

A horizontalização do acordo de não persecução penal

*Daniel de Resende Salgado*¹

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. A estrutura negocial dos acordos de não persecução penal e sua diferenciação com outros modelos consensuais no processo penal; 3. A necessária horizontalização controlada das negociações; 3.1. A relevância do ofendido; 3.2. A posição do investigado e do defensor no processo de negociação; 3.3. Celeridade, simplicidade e o procedimento comunicativo entre os interessados: a informação adequada; 3.4. O ambiente de negociação: a estrutura judicial e a audiência de custódia; 3.5. O devido controle judicial; 3.5.1. O momento do controle judicial; 3.5.2. A análise objetiva da validade do acordo; 4. Conclusão

1. Introdução

Em 24 de dezembro de 2019, por meio da lei 13.964, foi inserido no Código de Processo Penal o Acordo de Não Persecução Penal (ANPP). Os dispositivos replicam, com poucas alterações e algumas omissões, o instituto que já se encontrava estruturado desde 7 de agosto de 2017 na Resolução 181 do Conselho Nacional do Ministério Público.

O novel instrumento reconhece o Ministério Público e o imputado como atores centrais da persecução penal, afastando-se em definitivo de

¹ Procurador da República. Mestrando em Processo Penal pela USP. Ex-secretário de Pesquisa e Análise do Gabinete do Procurador-Geral da República. Foi membro auxiliar do Conselho Nacional do Ministério Público. Colaborador em cursos da Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU).

um modelo processual de cariz eminentemente impositivo. Confere às partes, não ao juiz, até então senhor absoluto do processo, o protagonismo do desenho resolutivo do conflito penal, o que vem a tornar o procedimento criminal mais inclusivo e participativo.

Ademais, o ANPP eleva o âmbito de formulação de juízos de discricionariedade pelo titular da ação penal², a permitir a possibilidade de o órgão acusatório dispor, em determinados casos, da pretensão sobre um fato a ser descritivamente enunciado e optar pela alternativa da solução negociatória. Evita-se, assim, o início da segunda fase da persecução penal pela “*não acusação*”, ainda que sob o devido controle judicial, que deve funcionar, nesses casos, como salvaguarda contra possíveis violações a direitos fundamentais e contra o excessivo fortalecimento dos poderes de disponibilidade persecutória. Isso, inclusive, abranda a crítica daqueles que leem o modelo negocial, em aproximação ao inquisitorialismo clássico, como atributivo da função de julgador a órgão acusatório.

Por outro lado, a introdução em nosso ordenamento jurídico de um instituto como o ANPP não deixa de ser a constatação da insuficiência resolutiva do sistema processual clássico, somado ao reconhecimento de que os indivíduos que cometem eventualmente um crime de lesividade mediana não podem receber o mesmo tratamento conferido à criminalidade objetivamente grave e habitual³.

² Ao tratar da transação penal, Scarance Fernandes sustenta que a previsão da solução consensual não trouxe o acolhimento do princípio da oportunidade, pois o membro do Ministério Público não pode, por conveniência, deixar de acusar ou, se presentes os pressupostos, de propor o benefício a imputado. Há, em seu entender, a adoção de um princípio da discricionariedade regrada, com mitigação ao princípio da obrigatoriedade. (SCARANCE FERNANDES, Antonio. *Processo Penal Constitucional*. 3^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 215 e 222).

³ No dizer de Costa Andrade, “concretamente, e embora não esgote o espaço do consenso, é invariavelmente a pequena criminalidade que aparece referenciada como pacificamente vocacionada para soluções processuais de consenso.” (COSTA ANDRADE, Manuel da. *Consenso e Oportunidade*:

Nessa senda, o Brasil, assim como diversas nações europeias⁴, com o objetivo de conferir celeridade à atividade persecutória, redirecionar a fase processual da persecução a delitos graves, reduzir o ônus financeiro do processo e a carga laboral, descongestionar o sistema de justiça e melhor adequar a solução dos conflitos, passou a absorver fórmulas utilitaristas e pragmáticas de soluções processuais consensuadas⁵. Contudo, o tratamento simplificado para crimes eventuais e de média potencialidade lesiva, da forma estabelecida pelo ANPP, não viabiliza estruturalmente a possibilidade de um maior direcionamento de recursos humanos e financeiros a macroinvestigações. Deveras, o instituto desafoga o Poder Judiciário, mas não os atores responsáveis pela investigação criminal. Em outros termos, não evita a fase preliminar da persecução, mas apenas a

reflexões a propósito da suspensão provisória do processo e do processo sumaríssimo. In *O novo Código de Processo Penal*. Coimbra: Almedina, 1988, p. 335).

⁴ Assim, por exemplo, é a recomendação nº R (87) de 17 de setembro de 1987, do Comitê de Ministros do Conselho da Europa para os Estados membros que, com o condão de superar a crise do sistema de justiça penal, sugere medidas para que os Estados incorporem em seus ordenamentos procedimentos de natureza simplificada e consensual, desde que compatíveis com as suas tradições normativas. Na mesma linha, a Corte Europeia de Direitos Humanos, reconhece, no sempre lembrado caso *Natsvlishvili e Togonidze v Geórgia* (29 de abril de 2014), os benefícios dos acordos penais com reconhecimento de autoria, desde que observadas salvaguardas mínimas. Nesse sentido, os itens 87 e 88 do julgado: “87. (...) In this connection the Court subscribes to the idea that plea bargaining, apart from offering the important benefits of speedy adjudication of criminal cases and alleviating the workload of courts, prosecutors and lawyers, can also, if applied correctly, be a successful tool in combating corruption and organised crime and can contribute to the reduction of the number of sentences imposed and, as a result, the number of prisoners. 88. The Court considers that where the effect of plea bargaining is that a criminal charge against the accused is determined through an abridged form of judicial examination, this amounts, in substance, to the waiver of a number of procedural rights. This cannot be a problem in itself, since neither the letter nor the spirit of Article 6 prevents a person from waiving these safeguards of his or her own free will (see *Scoppola v. Italy* (no. 2) [GC], no. 10249/03, § 135, 17 September 2009). The Court observes in this connection that as early as 1987 the Committee of Ministers of the Council of Europe called upon the member States to take measures aimed at the simplification of ordinary judicial procedures by resorting, for instance, to abridged, summary trials (see paragraph 54 above). However, it is also a cornerstone principle that any waiver of procedural rights must always, if it is to be effective for Convention purposes, be established in a unequivocal manner and be attended by minimum safeguards commensurate with its importance.”

⁵ Vitor Souza Cunha apresenta uma distinção entre justiça consensual e justiça negocial, afirmando que aquela é mais ampla que esta. A relação entre elas seria de gênero e espécie. O autor sustenta que são aspectos essenciais de qualquer negociação a ideia de processo específico, a presença de um determinado conflito e o envolvimento das partes, por meio da participação e interação. (CUNHA, Vitor Souza. *Acordos de admissão de culpa no processo penal*. Salvador: Juspodvum, 2019, p. 70-71).

acusação formal e, em consequência, a existência do processo penal, com todos os seus efeitos e suas consequências estigmatizantes.

Entretanto, os acordos processuais não apenas servem à redução de custos do processo. São também instrumentos de gestão de risco, a conferir às partes maior previsibilidade sobre o resultado e as despesas que o litígio pode trazer⁶ e, assim, diminuir as incertezas geradas pelo processo. Com o ANPP há, destarte, um ganho de previsibilidade e certeza não só para o investigado, como para o Ministério Público, porquanto, mesmo quando o *parquet* já se encontra municiado de elementos de informação aptos ao aviamento da ação penal (artigo 28-A do Código de Processo Penal), não se é possível estimar, com certeza, o conteúdo provável da sentença judicial.

A resolução simplificada do caso criminal também beneficia o imputado. Há, assim, supressão dos efeitos deletérios, com a redução de sua carga psíquica, derivados do próprio processo, como a adulteração da imagem pública e familiar do investigado, ao tempo que gera para ele economia de recursos financeiros e de tempo⁷. Se o instituto impede, por um lado, a condenação e todos os seus efeitos secundários, inclusive os simbólicos e estigmatizantes, como o reconhecimento judicial da culpabilidade, registros penais negativos, inserção no rol dos culpados ou reincidência, por outro evita as incertezas e ansiedades próprias do percurso do julgamento “*reconhecidamente a ‘cerimônia degradante’ (Garfinkel) mais amplificadora das sequelas da estigmatização*”⁸.

⁶ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. 2ª ed. Salvador: Juspodvm, 2018, p. 239-240.

⁷ GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, Oportunidade e Consenso no Processo Penal na perspectiva das garantias processuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 79.

⁸ COSTA ANDRADE, Manuel da. *Consenso...*, p. 322.

Com isso, a presunção de inocência, princípio cardinal do sistema do sistema penal contemporâneo (artigo 8.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos e no artigo 5º, LVII, da Constituição Federal), interpretado tanto como garantia política, como regra de tratamento processual⁹, continua incólume e preservada, uma vez que os imputados são despojados da censura ético-jurídica da pena e da demonstração de culpabilidade, ao tempo que põe fim às pendências e à estigmatização social gerada pelo simples trâmite do processo¹⁰.

Entretanto, nisso tudo há um custo. O investigado que se interessar por iniciar o processo de negociação para fins de ANPP, por exemplo, além de voluntariamente admitir autoria delitiva (artigo 28-A, *caput*, do Código de Processo Penal), deixa de operar a prática de atos processuais, inclusive a produção da prova ou a contestação dos elementos de informação produzidos durante o esforço investigativo, abdicando de seu direito de impugnar a acusação.

O instituto do ANPP, contudo, por possuir cariz eminentemente negocial, não pode ser caracterizado pela imposição de vontade unilateral do Ministério Público sobre a do investigado. Sua matriz é

⁹ Sob a perspectiva de garantia política, a presunção de inocência se expressa em termos gerais, no sentido de que é assegurado a todo indivíduo (e deve ser observado pela coletividade) a não consideração prévia de culpabilidade. Já a presunção de inocência como regra de tratamento processual se traduz pelo corolário de que o imputado não deve ser equiparado a condenado quando imerso como sujeito passivo de um processo penal, enquanto não emitida uma sentença judicial que declare sua culpabilidade. (ARANTES FILHO, Marcio Geraldo Britto. Notas sobre a tutela jurisdicional da presunção de inocência e sua repercussão na conformação de normas processuais penais à constituição brasileira. São Paulo, *Revista Libertas*, n. 4, maio-agosto de 2010, p. 26-27).

¹⁰ Vejam, nesse sentido, os escólios de Gustavo Badaró: “É exato que, sob o ponto de vista jurídico, a garantia constitucional da presunção de inocência, enquanto regra de tratamento do acusado, assegura que nenhuma diferenciação possa existir entre, de um lado, aquele que é acusado de um delito, sem que haja uma condenação transitada em julgado contra si e, de outro, qualquer cidadão que nunca foi processado. Mas também é certo que, do ponto de vista moral, social e mesmo psicológico, o simples fato de estar sendo processado criminalmente é um pesadíssimo fardo a ser carregado pelo acusado. Ser réu em processo criminal é, portanto, de alguma forma, já estar sendo punido.” (BADARÓ, Gustavo Henrique. Rejeição da denúncia ou queixa e Absolvição Sumária na reforma do Código de Processo Penal: atuação integrada de tais mecanismos da dinâmica procedimental. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vl. 76, jan-fev de 2009, p. 141).

constituída pela possibilidade da abertura de uma discussão horizontal, “*não hierarquizada da solução do problema criminal, com mais comunicação entre os sujeitos processuais.*”¹¹ Na justiça negocial, como subespécie de justiça consensual¹², o espaço para disputas, divergências e assimetrias dos discursos, características típicas da dialética processual clássica, é reduzido com o incentivo ao incremento da discussão colaborativa entre as partes para melhor resolução do conflito, o que possibilita despertar um mais elevado interesse e responsabilidade para cumprimento das condições acordadas¹³.

Apesar disso, não se nega que há uma supremacia negocial do órgão acusatório. A uma, o Ministério Público é Estado e, como Estado, encontra-se em uma posição de superioridade de força se comparado ao imputado. A duas, como partimos da premissa de que o *parquet* já deve possuir elementos de informação suficientes para o aviamento da peça acusatória¹⁴ no início do processo de negociação para o ANPP, a saída ao imputado, caso não aceite firmá-lo, é submeter-se à persecução penal em juízo, com todo desgaste, custo e estigma por ela gerados.

Por essa razão, tal instrumento de resolução de conflitos também deve se fazer acompanhar de salvaguardas suficientes¹⁵ contra possíveis

¹¹ GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade...*, p. 73.

¹² CUNHA, Vitor Souza. *Acordos de admissão...*, p. 70.

¹³ GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade...*, p. 96.

¹⁴ Em nosso entendimento, a expressão “*não sendo o caso de arquivamento*” prevista no *caput* do artigo 28-A do Código de Processo Penal deve ser interpretada como existência de elementos suficientes para o aviamento da denúncia, mormente em face do parágrafo 8º de tal dispositivo que faculta ao juiz devolver os autos ao *parquet* para complementar as investigações. A análise do *caput* do dispositivo agregada ao mencionado parágrafo autoriza a interpretação no sentido de que, para se firmar ANPP, mister a existência de elementos suficientes para começar a fase judicial da persecução, que só não será iniciada justamente pela presença de pressupostos e requisitos autorizativos da negociação do acordo.

¹⁵ Ao tempo em que reconhece os benefícios do procedimento abreviado previsto no Código de Processo Penal italiano, a Corte Europeia de Direitos Humanos foi peremptória quanto a necessidade de salvaguardas. Assim se pronunciou, por exemplo, no caso *Scoppola v Itália* (n. 2): “134. The Court has already had occasion to examine the particular features of the summary procedure provided for

abusos que podem ocorrer durante o processo de negociação. Em vista disso, colocaremos em discussão neste ensaio, sem pretensão de esgotá-las, algumas práticas que permitem intensificar o que denominamos de processo controlado de horizontalização dos acordos de não persecução penal. Antes, porém, mister uma abordagem sobre a estrutura negocial do ANPP.

2- A estrutura negocial dos acordos de não persecução penal e sua diferenciação com outros modelos consensuais no processo penal

A flexibilização da forma e o incentivo ao diálogo são componentes incorporados aos acordos processuais, humanizando o processo e procurando fortalecer a cooperação¹⁶ entre as partes. O instrumento negocial aqui estudado não foge dessa concepção. Assim, por meio do

in the Italian Code of Criminal Procedure. It has noted that the procedure entails undoubted advantages for the defendant: if convicted, he receives a substantially reduced sentence, and the prosecution cannot lodge an appeal against a decision to convict which does not alter the legal characterisation of the offence (see *Hermi*, cited above, § 78, and *Hany v. Italy* (dec.), no. 17543/05, 6 November 2007). However, the summary procedure also entails a diminution of the procedural safeguards afforded by domestic law, particularly public hearings and the possibility to adduce evidence and have witnesses summoned (see *Kwiatkowska v. Italy* (dec.), no. 52868/99, 30 November 2000). In a trial under the summary procedure the production of new evidence is in principle ruled out, as the court's decision has to be taken, subject to exceptions, on the basis of the documents contained in the file held by the Public Prosecutor's Office (see *Hermi*, cited above, § 87; see also paragraph 27 above). 135. The safeguards mentioned above are fundamental aspects of the right to a fair trial enshrined in Article 6 of the Convention. Neither the letter nor the spirit of Article 6 prevents a person from waiving them of his own free will, either expressly or tacitly. However, such a waiver must, if it is to be effective for Convention purposes, be established in an unequivocal manner and be attended by minimum safeguards commensurate with its importance (see *Poitrimol v. France*, 23 November 1993, § 31, Series A no. 277-A, and *Hermi*, cited above, § 73). In addition, it must not run counter to any important public interest (see *Håkansson and Stureson v. Sweden*, 21 February 1990, § 66, Series A no. 171-A, and *Sejdovic*, cited above, § 86). 136. The Court considers that by requesting the adoption of the summary procedure the applicant – who was assisted by a lawyer of his choice, and was therefore in a position to ascertain what the consequences of his request would be – unequivocally waived his rights to a public hearing, to have witnesses called, to produce new evidence and to examine prosecution witnesses (...).”

¹⁶ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções...*, p. 235.

ANPP, há um reforço à busca de resultados concertados entre os atores do procedimento criminal.

Com efeito, o ANPP pode ser entendido como uma espécie de composição extraprocessual imediata, antecipada, regrada e complexa, com o fim de evitar a acusação e, em consequência, o início da segunda fase da persecução penal. Por um lado, enquadra-se à autêntica expressão do exercício da ampla defesa. É, assim, uma alternativa personalíssima (não pode ser prestada por terceiros no lugar do investigado), voluntária (consciente e livre), tecnicamente assistida, que oportuniza ao investigado rejeitar o processo de negociação sem qualquer justificativa. Por outro lado, é opção alternativa do Estado-acusador, que também pode se negar, mas desde que devidamente justificada, à negociação e deduzir a pretensão acusatória clássica em juízo. Por fim, para produzir seus efeitos, necessita da devida homologação por órgão que se encontra para além dos interesses das partes.

Destarte, o âmago do instituto é permitir ao Ministério Público e ao investigado, devidamente acompanhado por seu defensor, *negociarem* as condições de acordo, formalizando-as por escrito, como forma de colocar termo, por meio do consenso, ao conflito penal (artigo 28-A, § 3º do Código de Processo Penal), desde que preenchidos determinados pressupostos e requisitos legais (artigo 28-A do Código de Processo Penal).

As condições estabelecidas entre as partes, assim, não possuem natureza estritamente penal-sancionatória. Em face da previsão de voluntariedade e a margem de negociação quanto à forma de cumprimento e ao conteúdo das condições, os efeitos de uma pena criminal não são a elas estendidos. Deveras, o ANPP, figura negocial em

sentido estrito, diversamente de outros institutos consensuais do processo penal, coloca termo à persecução antes do início de sua fase judicial. Assim, apesar de o controle do acordo ser realizado pelo Poder Judiciário, a sentença proferida não possui natureza condenatória, mas simplesmente homologatória, uma vez que, além de não indicar acolhimento ou desacolhimento do pleito do autor, carece da análise do enunciado fático deduzido em juízo e da valoração das provas, premissas necessárias à imposição da pena (*nulla poena sine iudicio*). Dessa forma, corretos são os escólios de VLADIMIR ARAS, ao sustentar que o ANPP não leva à aplicação da pena, mas a evita¹⁷. Em suma, não é correto se falar em pena em relação a regras de condutas firmadas entre o imputado e o Ministério Público, cujo cumprimento pode renunciar a todo tempo¹⁸, bastando descumpri-las.

Por outro lado, o ANPP, como mecanismo eminentemente negocial, difere de outros modelos consensuais penais. Destarte, diferente da suspensão condicional do processual, no qual o *parquet*, no ato de oferecimento da peça acusatória, apresenta a proposta de *sursis* e ao juízo é facultado agregar outras condições às legais (artigo 89, § 2º, da Lei 9.099/95)¹⁹, no ANPP as negociações devem ser implementadas extrajudicialmente e formalizadas exclusivamente entre Ministério Público e a defesa, sem qualquer intervenção judicial prévia ou concomitante à negociação.

¹⁷ ARAS, Vladimir. Acordos de não persecução penal no Brasil: uma análise à luz do direito comparado. In CUNHA, Rogério Sanches et al (coord). *Acordo de não persecução penal: resolução 181/2017 do CNMP*. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 313. Aparentemente em sentido contrário, ao tratar da natureza das condições oriundas do processo consensual GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; SCARANCE FERNANDES, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. *Juizados Especiais Criminais*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 97-98.

¹⁸ COSTA ANDRADE, Manuel da. *Consenso...*, p. 355.

¹⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; SCARANCE FERNANDES, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. *Juizados Especiais...*, p. 313 defendem que o *sursis* é fruto do consenso entre o juiz e o acusado, “*podendo o Ministério Público fazer sugestões.*”.

Em outros termos, o *sursis* é efetivado em uma fase eminentemente processual, na qual o já acusado, na presença do juiz (artigo 89, § 1º, da Lei 9.099/95), aceita cumprir determinadas condições em troca da paralisação do processo²⁰. Deveras, não há propriamente um acordo entre o órgão acusatório e o imputado, mas uma disponibilidade do processo, com abstenção da produção probatória, até o cumprimento de determinadas condições estabelecidas em lei e, em alguns casos, inseridas pelo juiz, por vezes sugeridas pelo *parquet*. Em resumo, há clara autorização legal para participação mais ativa do magistrado, ao possibilitar que especifique outras condições (artigo 89, § 2º, da Lei 9.900/95), além das previstas em lei (artigo 89, § 1º, I a IV, da Lei 9.099/95). Diferente o é no ANPP, na qual a negociação é realizada previamente à acusação formal entre as partes, clausuladas, reduzidas a escrito e submetida ao juiz. Destarte, após o entabulamento de um consenso para a melhor solução ao problema criminal, a fomentar uma participação proativa das partes²¹, resta ao magistrado a sua homologação se atendidos os requisitos e pressupostos legais e verificada a integridade do consentimento do imputado (artigo 28-A, §§ 4º e 5º do Código de Processo Penal).

No *sursis*, assim, há aceitação ou recusa pura e simples pelo acusado de condições pré-estabelecidas na lei e, eventualmente, fixadas pelo juiz. Portanto, a suspensão condicional do processo afasta-se de um modelo comercial caracterizado por assegurar às partes poderes para

²⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; SCARANCE FERNANDES, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. *Juizados Especiais...*, p. 235.

²¹ SOUZA, Renee do Ó; DAWER, Patrícia Eleutério Campos. Algumas respostas sobre o acordo de não persecução penal. In CUNHA, Rogério Sanches et al (coord). *Acordo de não persecução penal: resolução 181/2017 do CNMP*. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 149.

discutirem e influenciarem no conteúdo das propostas²², apesar de não deixar de ser uma manifestação da justiça consensual na seara criminal.

O acordo de não persecução penal também se diferencia da transação penal. Com efeito, uma das dissemelhanças relevantes é que, para realização do ANPP, não há dispensa às investigações criminais, enquanto a transação penal não é, em regra, precedida de um esforço investigativo. O principal escopo do ANPP, assim, é a economia da atividade persecutória em juízo, uma vez que se busca evitar o aviamento da peça acusatória, a produção das provas, a apresentação de alegações finais, a prolação de sentença e, eventualmente, interposição de recurso. Há, deveras, economia de tempo e de trabalho, mas dirigida aos atores da segunda fase da persecução penal. Contudo, a primeira fase da persecução permanece incólume, porquanto mister o desvelamento de elementos de informação delineadores do fato e de sua autoria aptos a iniciar o processo de negociação entre Ministério Público e o imputado.

Enfim, com o ANPP passou-se a incentivar um processo de negociação real diretamente entre as partes, caracterizado pelo espaço para discussões, concessões recíprocas e influência na proposta apresentada pelo órgão acusatório por meio de contrapropostas do imputado, tudo com o escopo de as partes, assim consideradas o centro da persecução penal, contribuírem para solução do conflito. O investigado afasta-se, destarte, da simples adesão a um bloco de condições pré-estipuladas, como ocorre, em regra, com o *sursis* processual, no qual a negociação pode até existir, mas é um elemento accidental, não essencial como o é no ANPP.

²² CUNHA, Vitor Souza. *Acordos de admissão...*, p. 70.

Além da eficiência processual, da resolutividade do conflito e da economia nas atividades processuais, outros valores não menos importantes também devem ser cultivados por meio desse padrão de justiça, mormente quando a apuração da verdade ou falsidade dos enunciados sobre os fatos, que se daria com a prolação de uma sentença final alicerçada no produto da atividade probatória, encontra-se comprometida. Em consequência, o modelo negocial, ao se afastar do desenho epistêmico de processo penal²³, acaba por potencializar um *déficit* à justiça das decisões²⁴, uma vez que o escopo do procedimento passa a ser solucionar conflitos, não punir culpados²⁵.

Em assim sendo, o desenvolvimento de um padrão mais participativo e informal, com um maior protagonismo das partes e o incentivo à voluntariedade, repercute na necessidade de se estabelecer um processo de horizontalização controlada da estrutura dialogal. Ao afastar-se do modelo de um mero “contrato de adesão” para for fim à persecução, aproximando-se da possibilidade de discussão participativa, medidas devem ser adotadas como tentativas de minimizar, no contexto consensual, a supremacia do Estado, representado pelo Ministério Público. Algumas delas desenvolveremos a seguir.

²³ BADARÓ, Gustavo Henrique. Meio de prova, meio de obtenção de prova ou um novo modelo de justiça penal. In MOURA, Maria Thereza de Assis e BOTTINI, Pierpaolo Cruz (coord). *Colaboração Premiada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 138.

²⁴ Nesse diapasão são os escólios de Michele Taruffo. (TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz na construção dos fatos*. Tradução de Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 147-148). Em outra passagem de sua obra, afirma: “Acima de tudo, precisa-se que a alegação de um fato consiste na formulação de um enunciado descritivo daquele fato, feita por uma parte em um de seus atos. Esse enunciado é caracterizado por uma pretensão de veracidade, visto que a parte que alega o fato o indica como verdadeiro. Isso corresponde às condições de conversação de Grice, segundo o qual seria incorreto afirmar um fato e contextualmente negar sua veracidade. Todavia, isso não implica que aquele fato seja verdadeiro: o enunciado que o descreve pode ser verdadeiro ou falso, mas o *status* epistêmico do enunciado objeto de alegação continua sendo de incerteza. Essa alegação poderá ser resolvida somente pelo juiz na decisão final, com base no êxito das provas.” (TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade...*, p. 149).

²⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique. Meio de prova..., p. 140.

3. A necessária horizontalização controlada das negociações

3.1. A relevância do ofendido

No processo penal retributivo, o papel desempenhado pela vítima ²⁶ é instrumentalizado e relegado àquele análogo ao da testemunha²⁷. Assim, no sistema clássico de administração de justiça criminal, o conteúdo de suas declarações é assimilável a mero dado ou prova em um procedimento que, muitas vezes, ignora (ou, até mesmo, incrementa) seu sofrimento individual ²⁸, em claro processo de reificação e vitimização secundária.

Sem embargo, nos últimos trinta anos há uma tendência de redescoberta da vítima como um ator menos residual na persecução penal, desmarginalizando-a ²⁹. Tem-se verificado, portanto, alguns

²⁶ Há quem distinga a locução vítima das expressões lesado e ofendido. Assim, “É vítima pela condição de ter sofrido o ilícito e não por suas características intrínsecas ou extrínsecas ao processo. Diferentemente, quanto a utilização da expressão ‘lesado’, o Código de Processo Penal refere-se àquele que sofreu prejuízo em decorrência do crime (...). Já as expressões ‘ofendido’ ou ‘pessoa ofendida’ referem-se à vítima no sentido processual.” (DAOUN, Alexandre Jean. A participação do ofendido na ação penal pública. Pontos controvertidos. In SILVA, Marco Antonio Marques da. *Processo Penal e garantias constitucionais*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 26-27). Neste texto, chamaremos de vítima de um delito aquele que sofre as consequências diretas ou indiretas geradas pela prática criminosa (ALFARO, Luis M. Reyna. La víctima en el sistema penal. In: SCHÜNEMANN, Bernd; ALBRECHT, Peter-Alexis; PRITTWITZ, Cornelius; FLETCHER, George. *La víctima en el sistema penal: Dogmática, proceso y política criminal*. Lima: Grijley, 2006, p. 116).

²⁷ Além disso, seu “comportamento” ou “contribuição” (*blaming the victim*) durante a dinâmica criminosa é utilizado para privilegiar o delinquente com redução da pena (artigo 59 do Código Penal).

²⁸ ALBRECHT, Peter-Alexis. La funcionalización de la víctima en el sistema de justicia penal. In: SCHÜNEMANN, Bernd; ALBRECHT, Peter-Alexis; PRITTWITZ, Cornelius; FLETCHER, George. *La víctima en el sistema penal: Dogmática, proceso y política criminal*. Lima: Grijley, 2006, p. 48.

²⁹ Nesse sentido, Schünemann (SCHÜNEMANN, Bernd. El papel de la víctima dentro del sistema de justicia criminal: un concepto de tres escalas. In: SCHÜNEMANN, Bernd; ALBRECHT, Peter-Alexis; PRITTWITZ, Cornelius; FLETCHER, George. *La víctima en el sistema penal: Dogmática, proceso y política criminal*. Lima: Grijley, 2006, p. 29). Também Luis Miguel Alfaro, nos seguintes termos: “la Ciencia del Derecho penal ha vuelto su mirada hacia la víctima, en un proceso que ha cobrado notoriedad, a tal magnitud que no se hace sino hablar del ‘redescubrimiento’ de la víctima, ‘renacimiento’ de la víctima o de ‘devolución’ del conflicto a la víctima. Pues bien, más que un ‘redescubrimiento’ o ‘renacimiento’ de la víctima, el actual fenómeno se puede identificar con mayor exactitud con una ‘desmarginalización’ de la víctima (...)” (ALFARO, Luis M. Reyna. La víctima..., p.

passos para atendimento de seus direitos e interesses, antes praticamente olvidados.

Em tal contexto, autores vem se debruçando sobre posição da vítima no processo penal, inclusive discutindo a busca de um equilíbrio entre o seu papel e o do imputado. Alguns defendem um maior ativismo, com protagonismo análogo ao do acusador público. Outros, mesmo reconhecendo a importância de sua atuação, buscam limitá-la, sob a justificativa de que seu fortalecimento pode diminuir o espaço de garantias do imputado³⁰. BERND SCHÜNEMANN, por exemplo, discorda do fato de a vítima, atuando como uma espécie de acusador adicional, precisar ter um papel de parte ou quase parte no juízo criminal retributivo³¹, mas reconhece que a situação muda quando se pretende substituir, por exemplo, a sanção penal pela reconciliação, a qual precisa ser definida e aplicada em colaboração com o ofendido.

O modelo negocial reamolda, destarte, a função da vítima no processo penal. No caso do ANPP, a vítima pode ser incentivada a ter uma maior participação, como auxiliar, quando necessário³², à definição

110-111). Na mesma linha, a aparição de instrumentos de *soft law* na tentativa de estabelecer uma política criminal voltada à vítima, como a Recomendação nº (85) 11 do Conselho da Europa sobre a posição da vítima no processo penal e a Recomendação nº (87) 21 do Conselho da Europa sobre a assistência à vítima e a prevenção à vitimização.

³⁰ ALBRECHT, Peter-Alexis. *La funcionalización...*, p. 54.

³¹ SCHÜNEMANN, Bernd. *El papel...*, p. 31.

³² Há quem sustente que o acordo de não persecução penal abriu a possibilidade de utilização de princípios e valores restaurativos ao sistema de justiça criminal ordinário, tudo com o escopo de viabilizar, entre outros, uma espécie de arrependimento reintegrativo do ofensor e o resgate à autoestima da vítima (expressões utilizadas por Klaus Günther, segundo Cornelius Prittwtz, in PRITTWITZ, Cornelius. *La resurrección de la víctima en la teoría penal*. In: SCHÜNEMANN, Bernd; ALBRECHT, Peter-Alexis; PRITTWITZ, Cornelius; FLETCHER, George. *La víctima en el sistema penal: Dogmática, proceso y política criminal*. Lima: Grijley, 2006, p. 8-81). No sentido de utilização do acordo de não persecução penal como oportunidade de derivação da resolução do conflito à Justiça Restaurativa, vide MENDONÇA, Andrey Borges; CAMARGO, Fernão Pompêo; RONCADA, Katia Herminia Martins Lazarno. *Acordo de não persecução penal e justiça restaurativa: mais um passo no caminho da transformação social*. In: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet et al (coord). *Direitos Fundamentais em processo*. Brasília: ESMPU, 2020, p. 65-93.

pelo Ministério Público dos lindes das condições compensatórias a serem negociadas com o investigado, mormente quando os seus interesses e os da sociedade são complementares. Nesse sentido, o Ministério Público passa a refletir a proposta tendo como baldrame uma *reparação conciliadora* ³³. Na persecução penal, isso pode ser considerado um passo para promover a maior dignidade à vítima e amenizar seu sofrimento.

Nesse aspecto, apesar da ausência de previsão legal referente à intervenção da vítima no processo de negociação do ANPP e de sua participação direta nas negociações, é importante que o órgão do Ministério Público envide esforços para contactá-la e ouvi-la previamente sempre que possível e julgar necessário, em especial nos casos em que são significativos os interesses em jogo, esclarecendo-a sobre a possibilidade do acordo e seus efeitos.

Tal iniciativa inaugura a possibilidade, a considerar as aspirações e perspectivas da vítima, de correta ponderação, no juízo valorativo do membro do Ministério Público, dos efeitos e do alcance do acordo de não persecução penal, da gravidade ou da transcendência e intensidade do fato à vítima, para além da gravidade objetiva prevista em lei. Enfim, permite a aferição pelo Ministério Público da extensão dos danos, o que pode ser levado em consideração no processo negocial de modo a que o órgão acusador avalie adequadamente o grau de elevação da proposta de condições a ser apresentada ao investigado. A medida serve ainda para romper o desequilíbrio informativo, ao manter a vítima

³³ Expressão usada por Guilherme Costa Câmara, no contexto da substituição da pena privativa de liberdade pela prestação pecuniária à vítima (CÂMARA, Guilherme Costa. *Programa de política criminal orientado para a vítima do crime*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 348).

devidamente atualizada quanto à causa, evitando sua histórica ausência na solução do conflito e desinformação sobre a persecução penal.

Em suma, a oitiva da vítima poderá servir de norte ao *parquet* para refletir e modular as condições, considerando as suas necessidades e avaliando as suas justas expectativas³⁴, a franquear, em consequência, a pluralização dialógica no processo penal negocial.

Isso não quer dizer, entretanto, que o Ministério Público deva simplesmente se submeter à vontade da vítima, mormente quando a ofensa não é dirigida somente a ela, mas a todos enquanto integrantes da sociedade. Deve valer-se da sua vontade, interesse e disposição em participar e colaborar com o estabelecimento dos lindes das condições do acordo, como meio de humanização do processo, garantido o seu tratamento como sujeito de direitos e não mera fonte de informação, mas, por outro lado, precisa evitar que se traga à discussão conflitos que extrapolam o objeto negocial, como questões comportamentais e emocionais, muitas vezes de grande dificuldade de administração.

3.2. A posição do investigado e do defensor no processo de negociação

O ANPP é firmado por meio de um pacto entre o Ministério Público e o imputado, com efeitos benéficos a ambos. O escopo do instituto, como já averbado, é potencializar as soluções negociadas no processo

³⁴ Alguns rechaçam que o que moveria a vítima insistir na reação pública ao ofensor seria vingança. Cornelius Prittwitz apresenta, por exemplo, a ideia de Jan Philipp Reemtsma do direto à vítima ao castigo do ofensor como uma espécie de reabilitação e restabelecimento de sua crença no direito. Em outros termos, a pena não pode e não deve tentar somente compensar à vítima, mas pode prevenir ou reduzir um dano adicional a ela. Tal escopo é alcançado mediante a declaração pública de que o ofendido é vítima de um delito, não de um acidente ou uma catástrofe, por exemplo (PRITTWITZ, Cornelius. *La resurrección...*, p. 77-78).

penal na busca da melhor solução para resolução do conflito. Para tanto, mister uma mais fluida e democrática comunicação entre Ministério Público, investigado e seu defensor, afastando-se da imposição “*hierarquizada, fria e silenciosa de uma condenação.*”³⁵

Destarte, o processo que conduz ao entabulamento do ANPP é moldado por meio de um procedimento negocial em sentido estrito, porquanto as partes que comporiam os polos antagônicos da persecução penal tradicional procuram, sem recurso a terceiros, determinar o resultado da controvérsia, com métodos ora competitivos, ora cooperativos (ofertas, concessões e contraofertas), em uma situação de conflito sobre um assunto de interesse comum³⁶.

Apesar de a negociação em sentido estrito também ser reconhecida como mecanismo alternativo de resolução da controvérsia³⁷, não pode ser confundida com a mediação ou com a arbitragem. Estas se caracterizam justamente pelo envolvimento de outrem, seja como tomador de decisão (heterocomposição), como o é a arbitragem, seja como facilitador neutro à decisão pelas próprias partes³⁸, emponderando-as (autocomposição assistida), como o é a mediação. Na negociação, ao contrário, a solução do conflito é definida exclusivamente pelas próprias partes, sem intervenção de terceiros.

Entretanto, nem toda negociação é capaz de resultar em um acordo. Há, assim, de se examinar as alternativas em caso de negociação

³⁵ GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade...*, p. 96.

³⁶ Essa é justamente uma característica inserida no conceito de prática negocial estrita. Nesse sentido, vide RÍOS, Aníbal Sierralta. *Negociação e teoria dos jogos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 43-45.

³⁷ RÍOS, Aníbal Sierralta. *Negociação...*, p. 47 e 178.

³⁸ MOURÃO, Alessandra Nascimento; CAMPOS, Anita Pissolito; AZEVEDO, Monique Haddad Knöchelmann; SIMONATO, Monica. *Fundamentos da negociação para o ambiente jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 32-38.

frustrada. Os especialistas denominam de BATNA (*Best Alternative to a Negotiated Agreement*)³⁹ ou MASA (Melhor alternativa sem acordo)⁴⁰ a melhor ação para satisfazer seus interesses sem a concordância da outra parte.

No ANPP, em análise abstrata e objetiva, a BATNA é do Ministério Público, porquanto o artigo 28-A, *caput*, do Código de Processo Penal, dá a entender que o *parquet* decidirá pela possibilidade de negociação caso disponha de elementos de justa causa para ação penal. Em outros termos, se não houver elementos mínimos para aviamento da peça acusatória, o órgão de acusação não deve, sequer, iniciar a entabulação do acordo. A BATNA do investigado, por seu turno, é a prospecção de uma absolvição, anulação ou prescrição, após ser submetido a um processo penal longo e oneroso.

Mesmo assim, pode ser que o investigado, entendendo-se jurídica ou faticamente inocente⁴¹ e/ou acreditando em uma resposta judicial positiva a seus interesses, prefira discutir a prática criminosa na instrução processual, valendo-se de todas as garantias e instrumentos de defesa. Caso possua dados para afirmação de sua inocência ou entenda que o Ministério Público não dispõe de elementos robustos o suficiente para sustentar a pretensão acusatória, possui à sua disposição

³⁹ FISCHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. *Como chegar ao sim: como negociar acordos sem fazer concessões*. Rio de Janeiro: Sextante, 2018, p. 124-125.

⁴⁰ Segundo Paulo Valério Dal Pai Moraes "A MASA é um balizador psicológico interno e externo. É o argumento externo que poderá ser usado para convencimento do interlocutor (função externa, quando a MASA é informada pelo interlocutor), funcionando, também, como um balizador psicológico interno para que o negociador para a negociação, caso sua MASA seja melhor que a conciliação naqueles termos propostos." (MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Técnicas de Negociação no âmbito do Ministério Público*. In JUNIOR, Jarbas Soares e ÁVILA, Luciano Coelho (org). *Manual de negociação e mediação para membros do Ministério Público*. 2ª ed. Brasília: Conselho Nacional do Ministério Público, 2015, p. 189).

⁴¹ Uma distinção entre inocência fática e inocência jurídica é apresentada por Fernando Gancón Inchausti e Juan Antonio Lascuraín Sánchez no texto intitulado *¿Por qué se conforman los inocentes?*, publicado originariamente em InDret 3/2018, disponível em <http://www.indret.com/pdf/1400.pdf> (visitado em 20 de dezembro de 2020) e traduzido para esta obra.

todas as garantias do rito processual comum. Como as negociações derivam da autonomia da vontade, a decisão de participar das negociações e, em consequência, firmar o ANPP, é derivada de uma estratégia constitucionalmente assegurada de defesa. Em outros termos, sua participação no processo negocial não é nada mais do que uma escolha racional, que deflui do princípio da ampla defesa e tem a autonomia de vontade, também de cariz constitucional⁴², como eixo do vínculo que se forma entre os acordantes⁴³.

Nesse aspecto, o investigado realiza um cálculo a partir da prospecção do resultado, projetando as perdas e os ganhos em se submeter ou não, livre e conscientemente, a um processo penal. No cálculo sobre a prognose de êxito e análise de custo-benefício em se submeter à ação penal, podem ser levados em consideração fatores diversos, como a robustez dos elementos de informação coletados pelo Ministério Público, as despesas processuais, o peso do processo para sua vida familiar, social e laboral, a incerteza a respeito do juiz a quem for distribuída a demanda, o custo de honorários.

Essa manifestação de vontade do imputado, por seu turno, deve ser devidamente acompanhada e orientada por uma defesa técnica efetiva (artigo 28-A, § 3º, do Código de Processo Penal). Com efeito, no modelo de solução dialogal, a simetria comunicativa entre o *parquet* e o investigado é também garantida pela orientação de um profissional qualificado, um dos elementos, em conjunto à integralidade informacional, à ambientação horizontal e à sindicabilidade judicial, a

⁴² Tais princípios, referidos por Andrey Borges de Mendonça para a colaboração premiada (In: MENDONÇA, Andrey Borges. Os benefícios possíveis na colaboração premiada. In MOURA, Maria Thereza de Assis e BOTTINI, Pierpaolo Cruz (coord). *Colaboração Premiada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 59-60), também servem claramente como sustentáculo ao ANPP.

⁴³ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções...*, p. 248.

auxiliar a estabelecer um possível equilíbrio real entre as partes do processo de negociação.

Portanto, o papel do defensor é imprescindível neste modelo de interação informacional entre o Ministério Público e o investigado, desde o primeiro momento de sinalização das negociações para o ANPP. É certo que próprio defensor, em seu agir, busca metas racionais e impessoais, como economia de tempo e de trabalho, a maximização da produção e dos proventos, no dizer de FIGUEIREDO DIAS e COSTA ANDRADE ⁴⁴. Entretanto, tudo isso deve ser conciliado com o prognóstico de um possível resultado de uma ação penal, além do auxílio ao cliente na avaliação das condições propostas apresentadas, explicando-as claramente para viabilizar uma decisão⁴⁵ mais segura e orientando-o sobre os efeitos da aceitação da proposta, inclusive aqueles irradiados para além do âmbito criminal⁴⁶. Em outros termos, a assistência efetiva de um defensor não se limita às fases persecutórias. Estende-se, outrossim, às negociações com reconhecimento de autoria, como o é o caso do ANPP.

Para o sucesso do consenso e o estabelecimento de um equilíbrio real entre o representante do Estado e o particular, uma negociação igualitária, horizontal e não hierarquizada⁴⁷ é condição necessária. A

⁴⁴ FIGUEIREDO DIAS, Jorge; COSTA ANDRADE, Manuel da. *Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 523.

⁴⁵ No caso *Missouri v Frye* 566 US 134 (2012), a Suprema Corte Norte-americana decidiu que a defesa tem o dever de expor as propostas de acordo formulada pelo Ministério Público a seu cliente, apresentando a ele todas as opções disponíveis para avaliação daquilo que lhe possa ser favorável.

⁴⁶ Em caso que pode servir como referência, assim decidiu a Suprema Corte Norte-americana no caso *Padilla v Kentucky* 559 US 356 (2010), ao entender que o defensor deveria ter alertado seu cliente, imigrante, sobre os riscos de deportação em caso de confissão de autoria. Em resumo, a Corte considerou que, em determinadas situações, os advogados precisam orientar seus clientes não-cidadãos americanos sobre o risco de deportação, ao entendê-la uma sanção severa e conectada ao processo criminal, apesar de ter natureza cível. Averbou o Tribunal que, às vezes, evitar uma deportação pode ser mais importante ao investigado do que evitar a pena de encarceramento máximo.

⁴⁷ GUINALZ, Ricardo. *Consenso no Processo Penal Brasileiro*. São Paulo: LiberArs, 2019, p.84.

voluntariedade, reflexo da liberdade psíquica do agente⁴⁸, assistida por profissional qualificado, assim como na colaboração premiada⁴⁹, é parte integrante do processo negocial. Contudo, como já aduzido, pela posição na qual se encontra neste modelo, o *parquet*, como órgão estatal, possui melhores condições negociais, o que pode comprometer a voluntariedade do acordo⁵⁰. Assim, alguns outros mecanismos devem ser encontrados para minimamente superar a assimetria existente entre as partes no procedimento negocial, como os a seguir estatuídos.

3.3. Celeridade, simplicidade e o procedimento comunicativo entre os interessados: a informação adequada

A superação das assimetrias entre os negociadores é impulsionada por cláusulas compensatórias conferidas, por um lado, pela própria legislação (artigo 28-A, III e IV e §§ 12 e 13 do Código de Processo Penal), a auxiliar em abstrato o reequilíbrio dos pactos e estabelecer uma certa proporcionalidade entre ganhos e perdas, a fim de impedir um sacrifício desarrazoado, seja da sociedade, seja do indivíduo. Por outro lado, outro aspecto de auxílio à horizontalização do processo, com a remodelagem da interação entre os atores negociais, é o fomento ao contato direto entre o representante do Ministério Público, o investigado e o seu defensor, longe de trâmites burocráticos formais.

Nessa senda, é ideal que, desde a fase preparatória das negociações até o entabulamento do acordo, soluções venham a ser encontradas para se afastar da acentuada burocratização da

⁴⁸ O STF, Pleno, HC 127.483/PR, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 27/08/2015, DJe. 4/02/2016, apresenta premissas da colaboração premiada que podem ser aplicáveis ao ANPP.

⁴⁹ MENDONÇA, Andrey Borges. Os benefícios possíveis..., p. 60.

⁵⁰ GUINALZ, Ricardo. *Consenso...*, p. 85.

organização ministerial e de sua rotina de atuação, mormente quando no horizonte político criminal da justiça negocial predomina os princípios e ideários de informalidade, cooperação, consenso, discricionariedade e eficácia.

Com efeito, se, no entendimento do Ministério Público, couber as negociações para acordo de não persecução penal, a provocação ao investigado para formalização do ANPP pode ser realizada pelo próprio *parquet*, uma vez que a lei prevê a voluntariedade do imputado (artigo 28-A, § 4º, do Código Penal), mas não necessariamente sua espontaneidade. Isso não exclui, entretanto, a possibilidade de a iniciativa de pactuação partir do próprio imputado, por meio de seu defensor ou por iniciativa própria.

Assim, é irrelevante que a negociação seja iniciada pelo *parquet* ou pelo investigado. Entretanto, a *ancoragem* da proposta, ou seja, o ponto de referência em torno do qual as negociações irão girar, cabe sempre ao órgão de acusação, baliza importante e paradigma limitador à estruturação das condições negociais⁵¹.

Por outro lado, naquilo que for possível, deve-se incentivar uma *informalidade controlada*, com um procedimento comunicacional menos burocrático, linha mestra de qualquer tipo de negociação⁵². Como o protagonismo na solução do conflito é do Ministério Público e do investigado, cabe a tais atores a coordenação do procedimento e sua organização. Isso torna mais fácil o estímulo à realização de trocas ou concessões durante a construção de uma solução que viabilize o atendimento dos interesses da sociedade, representada pelo Ministério

⁵¹ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Técnicas de Negociação...*, p. p. 187.

⁵² MOURÃO, Alessandra Nascimento; CAMPOS, Anita Pissolito; AZEVEDO, Monique Haddad Knöchelmann; SIMONATO, Monica. *Fundamentos...*, p. 39.

Público, e do investigado. Nesse aspecto, o Ministério Público deve fomentar condições organizacionais concretas de execução dos acordos, investindo em um desenho interno que facilite a dinâmica da comunicação com o imputado.

Só há manifestação efetivamente livre se houver alternativas reais e margem de negociação. É de dizer que só existe acordo efetivo quando um indivíduo não se submete completamente à vontade de outro, o que não ocorre quando há condição potestativa pura. O poder absoluto ou a imposição de uma das partes à outra, ressalte-se, não é convenção em sua essência. Há necessidade, assim, de abrir a oportunidade para as discussões, mas isso não impede que o investigado venha simplesmente a aceitar a proposta do Ministério Público sem discuti-la, mormente quando, em situações jurídicas de vantagem, o indivíduo tem livre opção de dela abdicar ou não a exercer, tomando atitude passiva⁵³. Mesmo assim, o processo comunicativo é importante para a decisão livre, consciente e racional, seja sobre a aceitação da proposta, negociando-as ou não, seja pela simples rejeição do procedimento negocial.

Em razão disso, o *parquet* deve envidar esforços para prestar informação prévia e adequada ao investigado, com adaptações didáticas e ajustes à linguagem, tanto em relação às condições, quanto às cláusulas do acordo e, em especial, em relação aos elementos de informação produzidos na fase inquisitorial, suprindo, destarte, qualquer deficiência informacional.

Isso pode ser implementado, por exemplo, com a disponibilização prévia dos autos do caderno investigativo, a agilizar e simplificar o processo comunicacional e conferir ao investigado e a seu defensor

⁵³ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções...*, p. 197.

tempo de preparo para a negociação. Inclusive, permite ao causídico viabilizar uma investigação própria em contraposição à hipótese fática potencialmente construída pelo Ministério Público, com o condão de avaliar se a negociação é a melhor estratégia defensiva.

Na mesma linha, o chamado do investigado para reunião de negociação precisa ser instruído com um resumo dos fatos e uma minuta de proposta de acordo, a assegurar a máxima transparência, cooperação e a boa-fé do órgão de persecução penal. A informação completa, clara e precisa à defesa, ponto de partida ao processo negocial, é extremamente relevante para o imputado precisar a sua exatidão e não simplesmente aceitá-la sem a sua devida crítica, melhor desenhar as suas sugestões, contrapropostas e decisões sobre o acordo. Essa simples medida confere mais racionalidade à escolha e municia o investigado de elementos necessários para que seja plenamente capaz de melhor discutir as condições apresentadas pelo Ministério Público, com mais condições de utilizar argumentos e defesas mais estruturadas para que o diálogo negocial possa se manter horizontalizado na busca da resolução do problema de maneira suficiente e satisfatória. Intensifica-se, dessa forma, o direito de defesa no processo negocial, tornando-o mais efetivo.

Para conferir maior celeridade comunicacional, qualquer meio idôneo, mesmo mais informal, mas controlável, viabilizado pelo uso de qualquer canal de comunicação tecnológica atual, pode ser utilizado pelo Ministério Público para instar o investigado dos elementos de informação de que dispõe e convidá-lo a participar da reunião de negociação do acordo, informando-o dia e hora. Com isso, fomenta-se a celeridade, efetividade e a simplificação dos trâmites, conferindo-lhe máxima simplificação e diligência, em contraste ao formalismo anacrônico e burocrático dos canais de comunicação próprios da

administração pública. Assim, se um dos objetivos do acordo de não persecução é conferir maior agilidade e outorgar a possibilidade de uma decisão racional e voluntária por parte do investigado, as informações devem transitar com a maior fluidez possível.

Inserida na perspectiva de intensificar a adequação informativa, o Ministério Público, em reunião de negociação, deve aclarar as dúvidas e azeitar o processo de comunicação, evitando uma linguagem rebuscada e estritamente jurídica, tudo para se ter certeza de que o investigado se encontra em nível de compreensão apto à tomada de decisão racional e voluntária. Além disso, importa ao *parquet* escutar o investigado e seu defensor, porquanto isso proporciona reflexão e conexões entre o tema que é debatido, bem como afirmar as consequências do não estabelecimento do acordo e reexplicar seus pressupostos e requisitos, seu alcance, benefícios e efeitos. Entretanto, deve apresentá-los em tom neutro, conferindo tempo ao imputado para, caso queira, rediscutir os termos do acordo com seu defensor e de escolher entre as consequências da ação penal ou a efetivação de um ANPP.

Durante o diálogo negocial, o Ministério Público pode se valer de sua BATNA como tática na negociação, esclarecendo ao investigado, por exemplo, que há elementos suficientes para oferecimento da peça acusatória e quais os benefícios da realização do acordo. Deve se afastar, entretanto, de uma postura de imposição ou coerção, entendida esta quando exercida fora dos lindes legais ou de forma abusiva⁵⁴, fomentadora de desequilíbrio comunicacional.

⁵⁴ Sobre o significado da coação para os acordos de admissão de culpa, vide Vitor Souza Cunha (CUNHA, Vitor Souza. CUNHA, Vitor Souza. *Acordos de admissão...*, p., p. 239-244).

A simplificação e a informalidade não excluem, entretanto, a necessidade de certificação nos autos de todos os passos procedimentais observados na negociação. Em outros termos, todo processo negocial, até possíveis contatos por meio de canais não oficiais de comunicação, precisa ser documentado, registrado e certificado. Inclusive, é recomendável que a reunião de negociação e de admissão de autoria seja registrada em vídeo e áudio (artigo 18, § 2º da Resolução 181/17, do CNMP), para um controle formal dos pressupostos e requisitos do acordo e para que se verifique se foi franqueada a devida cientificação ao imputado dos elementos de informação, se vislumbre a sua participação efetiva na construção das condições, seja avaliada se houve defesa técnica concreta e para garantir o controle sobre possíveis abusos ou pressões, possibilitando, assim, que, durante a entabulação do acordo, a atuação dos atores da negociação torne-se mais segura, transparente e pública.

Por fim, a impossibilidade de o Ministério Público, como representante do Estado, fazer com que o investigado acredite estar em uma situação pior se comparado àquilo que os elementos de informação demonstram é questão essencial inserida na perspectiva informacional regrada pela boa-fé e transparência. Com efeito, a armadilha e a dissimulação não devem estar presentes no processo negocial. Não há espaços para inconsistências no comportamento ético pelo órgão estatal, falsas promessas ou a insinuação de apresentação de elementos de informação que não possui, sob pena de tais condutas comprometerem a credibilidade do próprio Ministério Público e a confiança no instituto do ANPP.

Como aduzido, a informação completa é extremamente importante para a defesa tomar uma decisão racional e razoável. O órgão

ministerial, também em razão de sua função como fiscal da lei, precisa viabilizar que isso aconteça. Em suma, o Ministério Público não deve se valer da desinformação, *bluff* ou meias verdades, como técnica de manipulação da informação⁵⁵ para influenciar a decisão do investigado. A ética, a razoabilidade e a boa-fé objetiva, com obrigações gerais de confiança e lealdade⁵⁶, são alicerces fundamentais da justiça negocial, “especialmente no espaço público, de onde devem sair os exemplos para toda sociedade”⁵⁷.

3.4. O ambiente de negociação: a estrutura judicial e a audiência de custódia

Com o modelo dialógico incentivado pelos acordos, há um ganho em informação, aumentando-se a oportunidade de se alcançar uma decisão que valoriza os interlocutores. A forma dialogal, destarte, deve buscar a objetividade aliada à interação horizontal e simétrica, sem criar sentimento de menor valor a qualquer das partes envolvidas⁵⁸.

Não há dúvidas de que a linguagem e a comunicação estão presentes em tudo que o homem cria, inclusive na arquitetura. Assim, a ambientação e a configuração especial também devem ser influenciadoras da interação simétrica entre os atores da negociação. É importante, dessa forma, a preparação de um ambiente apto a favorecer o equilíbrio entre as partes no processo de construção negociada da solução do conflito.

⁵⁵ RÍOS, Aníbal Sierralta. *Negociação...*, p. 132-133.

⁵⁶ MENDONÇA, Andrey Borges. Os benefícios possíveis..., p. 64.

⁵⁷ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Técnicas de Negociação...*, p. 169.

⁵⁸ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Técnicas de Negociação...*, p. 170.

Nessa linha, a clássica ambientação arquitetônica do judiciário não deixa de ser uma forma de comunicação capaz de, com sua indumentária e rito, influenciar nas tomadas de decisões.

Destarte, a distribuição espacial topográfica da mobília e dos respectivos assentos da sala de audiência judicial criminal transmite disposição de poder, impassível de horizontalização das discussões. É um ambiente circunspecto e impessoal, que procura refletir uma impressão de neutralidade, formalidade e hierarquia. No dizer de FIGUEIREDO DIAS e COSTA ANDRADE, para o imputado a arquitetura da sala de audiência, a indumentária, a ritualística, a expressão linguística é algo distante e misterioso⁵⁹.

Certamente o publicismo posiciona o juiz como figura central do processo ⁶⁰. Em nosso sistema, o magistrado é situado, como representante do Estado-julgador, em patamar simbólico de destaque, apresentando-se ao centro da estrutura configurativa da sala de audiência, a transmitir a ideia de que, a seu redor, gravita toda a persecução penal. A seu lado direito, coloca-se, por prerrogativa legal (artigo 18, I, “a”, da Lei Complementar 75/93 e artigo 41, IX, da Lei 8.625/93), o Ministério Público, com atuação em nome da sociedade. Em um plano mais distante, o acusado e seu defensor⁶¹.

⁵⁹ FIGUEIREDO DIAS, Jorge; COSTA ANDRADE, Manuel da. *Criminologia...*, p. 377.

⁶⁰ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. 2ª ed. Salvador: Juspodvm, 2018, p. 151.

⁶¹ Aqui não entraremos na discussão de quebra de isonomia em razão da composição cênica da sala de audiência, como instrumento de constrangimento ao exercício da defesa, por bizantina. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (MS 70044110856, Vigésima Primeira Câmara Cível), por exemplo, já decidiu, conforme voto condutor do Desembargador Armínio José Abreu Lima da Rosa que “o equilíbrio, a isonomia, entre os sujeitos do processo penal, há de se dar em termos de efetiva oportunidade de atuação, jamais com base em questiúnculas mais atreladas a prestígio institucional ou considerações históricas. Não fosse isso, a colocação a ser feita, todavia, é de outra ordem e se atrela a uma prerrogativa institucional que, em si, não ofende a qualquer regra de igualdade, caso seja devidamente aplicada. É dizer, o posicionamento do Ministério Público, em não havendo algum prejuízo ao equilíbrio de armas, cinge-se a reconhecimento à instituição e sua atuação.” O que pretendemos demonstrar com o presente trabalho é que o ambiente e a disposição cênica da sala de

Tal estrutura encontra-se corporificada na ritualística e é até sustentável dentro de uma lógica de distribuição de funções no sistema processual clássico, com todo simbolismo dos papéis constitucional e legalmente definidos. O membro do Ministério Público, à direita do juiz, desempenha uma função acusatória e fiscalizatória de “*magistratura ativa de defesa impessoal da ordem jurídica democrática, dos direitos coletivos e dos direitos da cidadania*”⁶². O causídico, ao lado de seu cliente, exerce seu múnus privado de defesa dos interesses daquele indivíduo específico, cabendo-lhe a missão de avultar no processo tudo que for favorável à posição jurídica do imputado.

Assim, há na disposição cênica da sala de audiência uma insígnia amoldável ao papel exercido por cada um dos atores do processo penal clássico de matriz simbolicamente verticalizada, aparentemente hierarquizada, do papel do magistrado. Isso muito se explica pelo já referido posicionamento do juiz como figura central e prevalente do processo, com uma função soberana de aplicação do direito objetivo, ainda estampada por uma anacrônica relação de hierarquia e soberania⁶³, típica característica de uma justiça imposta, simbolizada pela indisponibilidade da ação penal pública.

audiência, com seus símbolos e estrutura, não são propícios ao processo de negociação horizontal entre os atores do negociais.

⁶² Nesse sentido, pequeno trecho do voto condutor do Ministro Sepúlveda Pertence no Mandado de Segurança nº 21.239/DF, Tribunal Pleno, DJ de 23.4.93. Figueiredo Dias e Costa Andrade averbam que o *parquet* apresenta o estigma de Jano, uma vez que é condenado a ser e atuar, simultânea e contraditoriamente, como uma espécie de magistrado e polícia, característica que pode ser verificada em nosso modelo de Ministério Público. São suas palavras: “O MP é, por isso, a instância de controlo em cuja acção é possível identificar um maior coeficiente ‘político’. E também por esta via se ampliam as linhas de conflito no interior do papel do MP: a dimensão política não pode deixar de colidir com o *ethos* de polícia e de juiz.” (FIGUEIREDO DIAS, Jorge; COSTA ANDRADE, Manuel da. *Criminologia...*, p. 482.)

⁶³ Em posição crítica ao que chama de hiperpublicismo, ver Antonio do Passo Cabral (CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções...*, p. 151-153).

Dessa forma, as estruturas jurídico-ritualísticas, inserida nesse contexto a tipologia da sala de audiência, determinam que, na interação entre o investigado e as instâncias formais de controle, aquele tenha a sua capacidade extremamente reduzida de “*antecipar as estratégias dos órgãos do processo penal no que toca a reconstrução da realidade e à concretização das normas jurídicas, orientar em conformidade a sua actuação, controlar todo o percurso do processo burocrático de prossecução penal e pôr em prática as estratégias susceptíveis de obviar às consequências negativas de cada etapa daquele processo*”⁶⁴. A limitação da denominada *competência de ação* do investigado, tem como consequência a diminuição da sua capacidade comunicativa e, não se nega, o desenho arquitetônico e representativo da sala de audiência contribui para isso. Em suma, não é um ambiente propício à negociação horizontalizada e interativa, que incentiva estruturalmente, com sua linguagem arquitetônica, o diálogo e a participação.

Por seu turno, a lógica da negociação demanda um ambiente mais horizontalizado, a incentivar alcançar o seu o escopo de solução consensual do conflito penal. Nessa senda, o Ministério Público e o investigado, figuras centrais desse modelo negocial, encontram-se imbuídos de um propósito convergente: encerrar a persecução penal, por meio de um procedimento abreviado, tendo como resultado a resolução conjunta e construtiva do conflito de maneira mutuamente satisfatória e eficiente.

Para tanto, em vez de uma sala de audiência, com todas as suas idiossincrasias, anacronismos e simbolismos, o processo negocial requer uma estrutura de *sala de reunião*. Uma simples mesa redonda,

⁶⁴ FIGUEIREDO DIAS, Jorge; COSTA ANDRADE, Manuel da. *Criminologia...*, p. 377-378.

por exemplo, em caso de encontros físicos, de início já intensifica a possível concretização de mensagem arquitetônica mais adequada ao diálogo, afastando-se da estrutura duelística de uma sala de audiência. Em encontros remotos, a melhor forma de horizontalização da mesa de debates é a viabilidade de videoconferência, na qual, além de gerar economia de tempo e recursos financeiros, cada um dos interessados se encontra em seu próprio ambiente negocial.

Assim, a partir da isonomia cênica, a comunicação passa de polarizadora, na qual os envolvidos se observam como adversários, para uma comunicação mais empática, na qual o diálogo horizontal estimula a postura colaborativa e a construção de uma solução ao conflito, a azeitar, em consequência, o diálogo e a escuta dentro de um procedimento negocial.

Em suma, a melhoria da comunicação entre as partes e a abolição das cerimônias ritualísticas próprias do processo penal clássico são necessárias à redução da assimetria negocial. O pacto deve se desenvolver entre o Ministério Público, o investigado e sua defesa em um ambiente arquitetônico adequado à negociação, diverso da ambientação verticalizada da sala de audiência, com todo peso simbólico, sisudez e rigor formal que transmite. Deve haver, assim, uma *mesa de negociação* que, ao tempo em que não mais transmita a verticalidade simbólica da ambiência judicial, confira importância ao ato e seus compromissos e apresente uma tentativa de se estabelecer um espaço comunicativo igualitário, com intercâmbio informacional e interação, aspectos essenciais ao processo de negociação.

Além da própria estrutura da sala de audiência, com todo simbolismo que a sua comunicação arquitetônica deseja transmitir, o ambiente judiciário facilita a intervenção de um juiz mais proativo no

proceso de estructuración do acordo, o que é passível de comprometer gravemente o seu estatuto constitucional. Assim, quanto maior a atuação oficiosa do magistrado, menor a autonomia das partes e, por consequência, a liberdade convencional. Destarte, a intervenção judicial, mesmo para simplesmente incentivar ou explicar os benefícios do acordo e as consequências negativas de seu possível rechaço, pode gerar no investigado uma desorientação lógica quanto a seus direitos e quanto a suas possíveis expectativas defensivas. Nessa mesma linha, a Segunda Sala do Tribunal Supremo Espanhol entendeu, no STS 767/2013, de 25 de setembro, que qualquer intervenção judicial no processo de negociação de um acordo com reconhecimento de culpa (chamado de *conformidad* pelo direito espanhol) debilita ainda mais a posição do cidadão no processo penal⁶⁵.

⁶⁵ Nesse sentido, anote-se o seguinte trecho do mencionado julgado: “Sí habría desbordado de forma manifiesta el régimen jurídico de la conformidad la iniciativa del Presidente ofreciendo, por sí mismo, una propuesta de pena al procesado. Tal forma de proceder, de haber acaecido realmente y si hubiera sido acreditada, comprometería gravemente el estatuto constitucional de quien está llamado al ejercicio de la función jurisdiccional. Ni el titular de un órgano unipersonal, ni el Presidente de un órgano colegiado, pueden adoptar iniciativa alguna tendente a ofrecer un acuerdo de conformidad. El órgano judicial no puede sumarse a la iniciativa del Fiscal y de las partes en la búsqueda de una sentencia pactada. Lo impide su condición de tercero imparcial al que la LECrim reserva el trascendente papel de fiscalizar si los términos en que esa conformidad ha sido libremente pactada por acusación y defensa puede resultar homologable (cfr. Arts. 787.3, 4 y 5 y 787.3 LECrim). El órgano jurisdiccional, en fin, no es actor de la conformidad, sino garante de que ésta reúne los requisitos indispensables -voluntariedad, conocimiento de su trascendencia y corrección de la pena interesada- para ser aceptada y para servir de presupuesto de una condena penal. De lo contrario, se subvierte de forma grave el esquema jurídico concebido por el legislador para rodear de garantías tan singular forma de allanamiento en el proceso penal. La intervención del Juez alentando la conformidad y, en su caso, explicando las bondades del acuerdo y las consecuencias negativas de su posible rechazo por parte del acusado, a buen seguro, ha de generar en éste la lógica desorientación acerca de sus derechos como parte pasiva y de las expectativas de defensa de su inocencia que haya podido abrigar durante la investigación de la causa. Quien ha de apreciar en conciencia las pruebas practicadas en el plenario (art. 741 LECrim) no puede anticipar un velado juicio de culpabilidad, exteriorizando las bondades de un acuerdo por él mismo promovido y cuya viabilidad presupone que un acusado, sin necesidad de juicio, es merecedor de las penas propuestas. Si lo hace, desborda y compromete la necesaria imparcialidad, exponiéndose a la activación de los mecanismos jurídicos previstos para alejar toda sospecha de parcialidad. Es posible que ese activismo del órgano judicial para promover el mayor número de conformidades, no sea ajeno a razones directamente ligadas a la agilización de los procesos a su cargo. Pero ni las cifras estadísticas, ni el mayor o menor grado de entusiasmo profesional en el ejercicio de los deberes del cargo, pueden justificar el grave quebranto del estatuto constitucional del Juez. Las garantías que rigen el proceso penal se difuminan de forma irreparable cuando quien es Juez se convierte en parte, entrometiéndose en la búsqueda de un acuerdo que sólo incumbe a las acusaciones y defensas. El acusado no puede percibir que el mayor interesado en que acepte su propia condena es el Juez inicialmente llamado a valorar las pruebas ofrecidas en su

Este também é um dos motivos pelo qual não são recomendáveis as negociações e lavratura de acordos de não persecução penal em audiência de custódia, momento em que o indivíduo, imediatamente após sua prisão, é conduzido à autoridade judicial (artigo 287 e 310 do Código de Processo Penal).

Com efeito, o acordo deve ser precedido por um processo negocial, alicerçado na voluntariedade e taticamente orientada por profissional qualificado, como a melhor forma de defesa. Por um lado, há necessidade de a escolha defensiva pelo entabulamento do acordo ser tomada sem a emotividade e as pressões próprias da restrição da liberdade que acabou de sofrer, devendo o imputado maturar seu processo decisório. Por outro lado, a própria comunicação cênica da sala de audiência não incentiva a oportunidade de o imputado adentrar em uma fase mais reflexiva e avaliar se é mais conveniente firmar o acordo ou optar pela alternativa de partir para a discussão jurídica da suposta prática criminosa.

Assim, o momento da audiência de custódia, em que o imputado se encontra em condição psicológica mais sensível, não é o mais adequado para planejar aspectos nucleares da negociação, apesar de se poder sinalizar pela possibilidade de iniciá-la. Mister oportunizar uma reflexão racional das condições moduladas pelo *parquet*, até se chegar à fase mais madura do trâmite negocial propriamente dito, em ambiente propício, momento decisional no qual efetivamente se realizam, em tese, as concessões recíprocas, as contrapropostas e se procura estabelecer, de comum acordo, a melhor solução para o caso concreto.

contra. La sugerencia por aquél de cualquier rebaja en la pena pedida con carácter provisional por las partes y la advertencia de los efectos de su rechazo, degradan, todavía más, la debilidad de la posición del ciudadano en el momento en que el Estado actúa el ejercicio del ius puniendi.”

Em suma, melhores decisões são tomadas quando são oportunizados tempo, estabilidade emocional e energia concentrada para o processo decisional, algo que não é concretizado em uma audiência de custódia estruturalmente judicial. Se assumidos compromissos fora de um espaço real e efetivo para o exercício da liberdade, pode-se correr o risco de não existir uma avença verdadeiramente voluntária.

3.5. O devido controle judicial

Se, por um lado, com o ANPP, procura-se afastar o juiz do centro do processo negocial, por outro não é desejável a manipulação do instituto negocial de maneira descontrolada pelas partes. Daí, para um maior equilíbrio, o processo horizontalizado de negociação deve ser submetido a um controle judicial.

Como já aduzido, por lógica, há superioridade informativa do Ministério Público em relação ao imputado, podendo tal assimetria se tornar mais incisiva em determinados casos. Em vista disso, um possível domínio do processo negocial por uma das partes pode gerar incertezas e inseguranças em aspectos essenciais de seu processo decisório, como, por exemplo, em relação a real suficiência de elementos de informação que o *parquet* diz possuir.

Uma das saídas para minimizá-lo é, justamente, a sindicabilidade e a supervisão do acordo pelo Poder Judiciário. Tal prática viabiliza um controle mais intenso da convenção, a impedir que a vontade de quem tem a BATNA mais forte neutralize ou subjogue a vontade de quem não o tem, em intensificação à assimetria entre os convenientes.

Ademais, a previsão de controle judicial é apta a reduzir sensivelmente o incentivo à utilização, como estratégia de convencimento, de possível ameaça de oferecimento de denúncia por crime mais grave (roubo, por exemplo), sem possuir alicerce em elementos mínimos para imputação por ele anunciada, para forçar acordo em face de um delito mais leve (furto, por exemplo), também sem dados suficientes, ou, até mesmo, a negociação sobre os fatos (*charge bargaining*), que nunca deve ser objeto do ANPP, uma vez que, por este instrumento legal, há negociação e acordo para “*não acusação*” com o fim de evitar o início da persecução penal em juízo, mormente quando a versão fática que seria objeto da pretensão do Ministério Público já deve se encontrar prévia e devidamente definida, com alicerce em dados mínimos de informação produzidos durante a investigação.

Portanto, a atuação legítima das partes no processo negocial não elimina a participação do juiz, apesar de o magistrado não fazer parte das negociações⁶⁶, porquanto somente os sujeitos que falam em nome de algum interesse possuem capacidade para negociar, não o Estado-juiz, que deve agir com imparcialidade⁶⁷. Nesse aspecto, a homologação judicial é condição legal e integrativa do ANPP, dando-lhe eficácia (artigo 28-A, § 4º, do Código de Processo Penal).

Dessa forma, diferente da posição sustentada por alguns de que um acordo efetuado pelas partes, sem a presença do juiz, não é igualitário ou protetor dos direitos e garantias fundamentais⁶⁸, a

⁶⁶ Nesse aspecto, por terem, em alguns aspectos, similar estrutura identitária e principiológica, pode-se aplicar ao Acordo de não persecução penal, por analogia, o §6º do art. 4º da Lei 12.850/2013, que reza o seguinte: “*o juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração*”.

⁶⁷ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções...*, p. 201.

⁶⁸ Nesse sentido, por todos, GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade...*p. 106-107.

ausência do magistrado, em especial em face da exigência de um reconhecimento de autoria circunstanciado pelo investigado (artigo 28-A do CPP), bem como a entabulação do acordo dentro de uma estrutura arquitetonicamente horizontalizada e a busca da interação simétrica, submetido, por óbvio, a um devido controle judicial, caracteriza-se por uma maior proteção a tais direitos e garantias, porquanto preserva totalmente a imparcialidade e o distanciamento do juiz, evitando-se a indução ao consenso. Rompe-se, assim, a ideia de que só há *processo justo* se estiver sob a direção formal e a tutela judicial⁶⁹. Ao juiz cabe o exercício do controle sobre a validade do acordo, função, no dizer de ANTONIO DO PASSO CABRAL, “*incompatível com a tomada de posição a favor de interesses, fossem esses interesses das partes ou do próprio Estado.*”⁷⁰.

3.5.1. O momento do controle judicial

O controle do magistrado, como órgão alheio aos interesses dos demais atores do processo, será realizado *a posteriori* à entabulação do acordo, mas *a priori* à sua eficácia⁷¹. O papel do juiz, assim, é de sindicabilidade⁷², avaliando a observância de seus pressupostos e requisitos legais, bem como se se mantém hígido no plano da existência e validade. Em outros termos, para produção de seus efeitos, a análise

⁶⁹ Vide, ao tratar do processo cooperativo, Antonio do Passo Cabral (CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções...*, p. 216-217).

⁷⁰ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções...*, p. 253.

⁷¹ CAPEZ, Rodrigo. A sindicabilidade do acordo de colaboração premiada. In MOURA, Maria Thereza de Assis e BOTTINI, Pierpaolo Cruz (coord). *Colaboração Premiada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 203.

⁷² Ao tratar da sindicabilidade dos acordos de colaboração premiada, apresenta princípios que, em alguns aspectos, podem ser aplicáveis ao Acordo de não persecução penal, vide CAPEZ, Rodrigo. *A sindicabilidade...*, p. 201-236.

do acordo pelo juiz deve perpassar pelo plano da existência e da validade do ato, aferindo a extensão da vontade do imputado e zelando para que o ANPP não avance em direção a uma seara inadmissível da autonomia de vontade, por inadequação, abuso ou extrapolação do espaço negocial. Há, dessa forma, autonomia para negociação, mas devidamente controlável pelo magistrado que, com base nos princípios da boa-fé e cooperação, tem a atribuição de impedir o uso abusivo ou desleal do instrumento colocado à disposição das partes.

Destarte, se as escolhas são livres, o Estado não pode intervir nesta seara, sob pena de aniquilar a liberdade e a autonomia de vontade. A ingerência judicial se justifica quando não há manifestação livre, ou quando não houver consentimento esclarecido. Deve o Poder Judiciário, destarte, respeitar as opções do indivíduo, no que tange ao exercício de situações processuais que ele entende mais vantajosa.

Como a manifestação da vontade é o pressuposto essencial à constituição do negócio jurídico bilateral, caso, no ato de homologação, se vislumbre que ela não ocorreu, o acordo é considerado inexistente⁷³. Entretanto, se há deficiência na manifestação de vontade, a viciar a autonomia ou liberdade do manifestante, o acordo não será válido. Para a validação do ANPP, o magistrado deve aferir se o investigado foi bem informado no processo de negociação e verificar se exerceu a liberdade consciente na renúncia a outros direitos, em inequívoca manifestação de vontade⁷⁴, mormente quando só há liberdade de consentimento se houver informação escorreita e integral.

⁷³ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções...*, p. 290-291.

⁷⁴ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções...*, p. 201.

Assim, falsa percepção da realidade, como no caso de o Ministério Público afirmar possuir elementos de informação que não possui, a indução artilosa, a coação direta ou indireta, os atos de intimidação, como informar que a ação penal terá reflexos em pessoas próximas ou ameaças de prisão, destinados a dissuadir ou desencorajar o investigado a discutir a questão em juízo⁷⁵, são exemplos de vícios passíveis de comprometer o acordo, devendo ser devidamente rechaçados pelo judiciário. Ressalte-se, entretanto, mais uma vez, que a simples possibilidade de ajuizamento de ação penal e a utilização de tal informação como argumento de convencimento e incentivo para a realização do acordo não pode ser considerada coação para fins de invalidar os atos negociais, porquanto é exercício normal da atividade ministerial, bem como decorrência *ex lege* da própria condição para se firmar o ANPP (artigo 28-A, *caput*, do CPP).

3.5.2. Análise objetiva da validade do acordo

Pode-se pensar, assim, em duas etapas ao processo de sindicabilidade do acordo. Uma a aferição da legalidade do acordo, realizada com o recebimento do pedido de homologação do ANPP apresentado pelo Ministério Público, mas antes da realização da audiência de homologação. Outra a constatação da voluntariedade do indivíduo, já durante a mencionada audiência.

Com efeito, a análise objetiva da validade do acordo, imbricada à seara da legalidade, passa pela verificação da existência de um fato

⁷⁵ Nesse sentido, o próprio caso *Natsvlishvili e Togonidze vs Geórgia*, item 114: “In this context, “pressure” includes not only direct coercion and flagrant acts of intimidation but also other improper indirect acts or contacts designed to dissuade or discourage applicants from pursuing a Convention remedy (see *Kurt v. Turkey*, 25 May 1998, § 159, Reports 1998-III).”

virtualmente criminoso, bem assim da existência de elementos de informação mínimos que o sustente, em especial em face da expressão “*não sendo caso de arquivamento*”, contida no artigo 28-A do Código de Processo Penal, combinado com o parágrafo 8º, que faculta ao magistrado devolver os autos ao *parquet* para complementar as investigações. Para viabilizar tal controle, o Ministério Público deve, no bojo do aviamento da pretensão homologatória substitutiva à pretensão acusatória, apresentar uma pequena narrativa dos fatos, mesmo sem aprofundamento, e a indicação de justa causa, como suporte mínimo de elementos de informação, tudo com o condão de possibilitar a aferição pelo juiz da possível “*prima facie case*” a partir de uma “*prima facie evidence*”.

Obviamente, o umbral de suficiência probatória exigido neste momento não é aquele necessário à condenação ⁷⁶. O grau de convencimento apto a caracterizar justa causa estaria inserido dentro de um juízo de probabilidade⁷⁷, ou seja, o magistrado precisa aferir, no

⁷⁶ Ravi Peixoto, ao tratar dos standards probatórios, assim aduz: “A formulação de standards probatórios dentro do mesmo procedimento deve seguir, em regra, uma linha ascendente, ou seja, a decisão de admissibilidade do processo (justa causa no processo penal), deve ser menos exigente do que a suficiência para a decretação da prisão preventiva, que deve ser menor do que a necessária para a condenação penal, especialmente pelo seu maior potencial de estabilidade decisória.” (PEIXOTO, Ravi. Standards probatórios no direito processual brasileiro. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 135).

⁷⁷ Nesse sentido, Maria Thereza de Assis Moura: “a prova que se exige para a incoação do processo é aquela em grau necessário para submeter alguém a julgamento. Relaciona-se, pois, a justa causa com o juízo de probabilidade mínima de condenação. Não se exige, de pronto, a certeza moral quanto à ocorrência do fato, da autoria e da culpabilidade” (MOURA, Maria Thereza Assis. *Justa causa para a ação penal*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001, p. 245). Por sua vez, ensina Antonio Scarance Fernandes que “não basta a descrição típica, devendo a imputação estar lastreada em prova razoável da existência de crime e em suficientes indícios de autoria”. (SCARANCE FERNANDES, Antonio. *A reação defensiva à imputação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 33). Em sentido contrário, Gustavo Badaró: “Quanto à autoria delitiva não se exige a certeza para a caracterização da justa causa, bastando que os elementos de informação colhidos na fase de investigação preliminar permitam um juízo de probabilidade de que o acusado seja o autor do delito (...). Não há justa causa para a ação penal se não se tem certeza da ocorrência de um crime. Sem a certeza do crime, a ação penal seria injusta e desnecessária (...). De qualquer forma, ainda que não haja consenso sobre o que se entende por justa causa para a ação penal, parece predominar o entendimento de que, para o início da ação penal é necessário que haja prova da materialidade delitiva. Isto é, a certeza da ocorrência de um fato da natureza que se subsuma a um determinado tipo penal.” (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Rejeição da denúncia ou queixa e Absolvição Sumária na reforma do Código de Processo Penal: atuação integrada*

juízo de legalidade do acordo de não persecução penal, se há suporte de elementos mínimos da existência provável do crime e de sua autoria, aptos a sustentarem, caso fosse aviada, o recebimento de uma peça acusatória, desconsiderando, entretanto, a confissão realizada exclusivamente para a concretização do ANPP.

Cabe aqui uma observação. Se a confissão faz parte da linha histórica do esforço investigativo, esta deve ser utilizada pelo juiz como elemento, aderido a outros, para verificar o mínimo de lastro demonstrativo de autoria e materialidade delitiva. Contudo, se o imputado confessa simplesmente para firmar o acordo, já que confissão formal e circunstanciada se faz necessária à realização do negócio jurídico, não deve ser utilizada pelo juiz como elemento para análise da justa causa, pois se o *parquet* decidiu pela possibilidade de iniciar o processo de negociação é porque, em tese, já possuía dados informacionais mínimos para denunciar o investigado, independentemente de sua confissão. Assim, nessa hipótese, o juiz se restringe a verificar se há elementos de informação que apoiam a confissão apresentada pelo investigado para o entabulamento do acordo. Portanto, se o Ministério Público imputar fatos que não foram investigados ou sem alicerce probatório mínimo, o acordo deve ser rejeitado pelo magistrado. Entretanto, a rejeição do acordo por ausência de justa causa não impede o aprofundamento das investigações e a negociação de um novo ANPP, agora com dados de investigação mais robustos (artigo 28-A, primeira parte do § 8º, do CPP).

Por outro lado, um acordo que estabeleça, em uma análise objetiva pelo magistrado, uma condição mais onerosa do que a sanção que

de tais mecanismos da dinâmica procedimental. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vl. 76, jan-fev de 2009, p. 143-146).

imputado, em tese, receberia em caso de condenação, deve ser rechaçado por abuso (artigo 28-A, § 5º do CPP). A sindicabilidade prévia à audiência de análise da voluntariedade, portanto, reduz o espaço para fixação de condições excessivas, para além da margem legal, mesmo com a abertura negocial prevista no artigo 28-A, V, do Código de Processo Penal, por exemplo.

Por outro lado, a voluntariedade do investigado em renunciar seu direito à dilação probatória e se submeter às condições negociadas deve ser aferida de forma direta pelo magistrado em audiência pública e oral de homologação de ANPP (artigo 28-A, § 4º, do CPP). Tal audiência não é realizada, em regra, para remodelar cláusulas, mas simplesmente para avaliar a voluntariedade do investigado e corroborar a legalidade na realização do acordo. Esse é o momento em que o magistrado ratifica a legalidade, a transparência e analisa a regularidade informacional do acordo, verifica se o imputado foi submetido a pressão, coação ou falsas promessas durante a negociação, se entendeu totalmente o instituto, com suas vantagens e desvantagens, tudo no intuito de decidir sobre a existência de vício ou sobre a higidez do ANPP.

Caso preenchidos os pressupostos, requisitos, verificada a voluntariedade dentro do espaço de autonomia conferido pela lei às partes, o juiz deve homologar o ANPP. Em caso de decidir pela não homologação do acordo, seja antes ou após a oitiva do beneficiário, cabe ao magistrado um maior ônus argumentativo, em razão do adágio do *in dubio pro libertate*, para infirmar a autonomia das partes na realização do acordo, invalidando-o⁷⁸. A liberdade de conformação e a prevalência da autonomia da vontade, o princípio da confiança e a segurança jurídica,

⁷⁸ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções...*, p. 288.

características da validade *prima facie* do acordo⁷⁹, devem conferir a diretriz ao controle de sua existência e validade.

O esforço argumentativo mais acentuado, a precisar as fortes razões para inverter a direção apontada pelas partes no estabelecimento da solução do conflito, invalidando ou negando aplicação à convenção, visa também a reduzir o risco de arbítrio e a discricionariedade judicial, a permitir o exame crítico da racionalidade das escolhas do magistrado. Tal matriz pode ser reforçada, inclusive, pela prática de, antes de declarar a invalidade do acordo, ser franqueada manifestação prévia das partes, em reforço à característica dialogal e inclusiva do processo negocial, impeditivas de imposição de soluções judiciais surpresas não debatidas por elas.

Também por esse aspecto é que o magistrado deve afastar-se da valoração meritória do conteúdo do acordo. Ao Ministério Público e ao imputado cabem a escolha discricionária das condições dentro da margem legal, não estando o juiz autorizado a substituí-los. Assim, a interpretação da abusividade, deslealdade e insuficiência deve se encontrar inserida, sob pena de intensificar o paternalismo estatal, dentro da análise objetiva de vícios de consentimento e da criação espúria de regras pelas partes que, por exemplo, derroguem a lei. O que o juiz precisa avaliar é se foi respeitada a autonomia da vontade, com a devida adequação e clareza informacional, características próprias processo cooperativo, a legalidade do acordo, horizontalização e isonomia nas negociações, mas nunca substituir a vontade das partes pela subjetiva vontade judicial.

⁷⁹ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções...*, p. 426.

Dessa forma, na seara negocial, a função do juiz passa a ser a de tutelar os princípios da confiança, da cooperação, da boa-fé, da autonomia da vontade e da segurança nas expectativas formadas no processo negocial.

Em suma, compete ao órgão judicial o controle da regularidade, legalidade e voluntariedade⁸⁰. É com base em tais alicerces que, por exemplo, caso verificada a ausência de algum pressuposto ou requisito do acordo, o juiz o devolverá ao Ministério Público para análise de denúncia (artigo 28-A, § 8º, segunda parte, do CPP). Outrossim, a partir desses limites ao conteúdo do controle judicial, desenha-se a possibilidade de o juiz sopesar possível desequilíbrio entre as partes capaz de distorcer o escopo do modelo negocial e, assim, provocar uma repactuação, instando-as a uma revisão consensual do ANPP, em busca do maior *reequilíbrio* diante de algum claro vício, a indicar cláusulas ilegais ou abusivas, sem alterá-las ou corrigi-las de ofício (artigo 28-A, § 7º, do CPP).

4. Conclusão

Para além de alterações e acréscimos legislativos, a sedimentação do ANPP, como típico instrumento negocial, está condicionada a uma mentalidade renovada dos atores processuais, especialmente na aceitação da reconfiguração e reconstrução das funções de cada um dentro dos novos modelos de horizontalização comunicacional sob

⁸⁰ Nos acordos de colaboração premiada, aplicável, em alguns aspectos, a sua estrutura principiológica e identitária à espécie, o Supremo Tribunal Federal já decidiu que “a homologação judicial do acordo de colaboração, por consistir em exercício de atividade de delibação, limita-se a aferir a regularidade, a voluntariedade e a legalidade do acordo, não havendo qualquer juízo de valor a respeito das declarações do colaborador” (STF, Pleno, HC 127.483/PR, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 27/08/2015, DJe. 4/02/2016).

administração das partes, mormente quando se verifica que não são mais a condenação ou a absolvição as únicas consequências possíveis da persecução penal.

Com os acordos penais, há um estímulo para a atuação mais cooperativa entre as partes, em contraposição a uma postura competitiva própria da formação dos atores do processo. O novo modelo fomenta a negociação colaborativa, équa, eficaz, célere, maleável e dinâmica, ao atender o interesse tanto do Estado, quanto do indivíduo, a partir de um modelo estrutural de cariz mais dialogal. Daí, mister se afastar de postura inflexíveis, rígidas e formais, características da comunicação organizada pelos ritos judiciais.

Assim, o Ministério Público, amparado pelo modelo constitucional de representante da sociedade na defesa de direitos fundamentais, deve buscar, por meio do ANPP, a atuação resolutiva e cooperativa, tudo com o condão de se alcançar a melhor forma de solução para o conflito. O escopo dessa nova perspectiva de justiça, destarte, é viabilizar a tentativa da construção de uma decisão voluntária e não coercitiva, a romper a inflexibilidade do clássico princípio da obrigatoriedade da ação penal e ampliar o espaço negocial na seara criminal. O foco sai, nesse aspecto, da sentença e volta-se à solução célere do conflito.

Além disso, mister a redescoberta e desneutralização da vítima no processo penal. Não há dúvidas de que a vítima mal informada é tratada injustamente. É importante a abertura do diálogo, ouvi-la, não sobre o que ela quer, mas sobre o que passou, com o fim de auxiliar na construção das condições do acordo a serem, em um primeiro momento, apresentadas pelo Ministério Público ao autor do fato.

Por seu turno, o defensor possui a função essencial de articular, com o imputado, a decisão de participar da opção negocial ou se

submeter ao processo penal clássico, esclarecendo-o das vantagens e desvantagens de um acordo penal.

No que lhe toca, a função do juiz é ressignificada, apresentando-se como controlador das salvaguardas principiológicas e legais da negociação direta entre o Ministério Público e a defesa, validando e conferindo eficácia ao ANPP. Não há mitigação, dessa forma, à função judiciária. Ao contrário, é ressaltada, ao apresentar o magistrado como supervisor de um novo mecanismo de resolução de conflito que estimula a solução dialogal como uma forma autocompositiva de solução de controvérsia.

Enfim, os atores da persecução em juízo passam a desempenhar um papel de propulsores do consenso penal, com alicerce em um novo modelo que se sobressai a partir de outra base principiológica, sem, entretanto, se afastarem da possibilidade de utilização de garantias e direitos já classicamente consolidados para persecução penal ordinária.

Ver referências corretas:

HC 84580/SP, Rel. Min, Celso de Mello, j. 25/08/2009, DJe 18/09/2009

Depois verificar no IBCCRIM como coloca referência de julgado americano