

A CONFISSÃO COMO REQUISITO PARA O OFERECIMENTO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E SUAS IMPLICAÇÕES NOS DIREITOS CONSTITUCIONAIS

Beatriz Oliveira da Silva¹
Armando Duarte Mesquita Júnior²
Daiane Zappe Viana Veronese³

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo analisar justiça consensual no Brasil, bem como a inserção do acordo de não persecução no ordenamento jurídico, além disso, busca apresentar suas peculiaridades, em especial a exigência da confissão formal e circunstanciada para a sua proposição e o confronto deste requisito com os preceitos fundamentais assegurados pela Constituição Federal. Para isso, buscou-se entender como o requisito em questão evidencia os traços do sistema inquisitorial dentro do processo penal e como isso pode causar uma insegurança jurídica. Para tanto foi utilizado os procedimentos metodológicos bibliográfico e documental para uma análise acentuada do tema tratado neste trabalho. Concluiu-se que a confissão é um requisito inconstitucional para o oferecimento do acordo de não persecução penal por ofender alguns princípios constitucionais.

Palavras-chave: Justiça negocial. ANPP. Confissão. Inconstitucionalidade.

1 INTRODUÇÃO

Sempre predominou em nossa tradição jurídica o princípio da obrigatoriedade nas ações penais públicas, não sendo conferido ao órgão acusador a possibilidade de negociações com o suposto agente criminoso. Porém, desde a década de 1990, tal realidade vem sofrendo sensíveis modificações.

O parcelamento do crédito tributário (Lei nº8.137/1990), a transação penal (Lei nº9.099/1995), o acordo de leniência (Lei nº 10.149/2000 e Lei nº12.529/2011) e o acordo de colaboração premiada (Lei nº12.850/2013), são exemplos destacados de manifestações legislativas que mitigaram o alcance do princípio da obrigatoriedade nas ações penais públicas.

¹ Graduanda em Direito, Centro Universitário Nobre (UNIFAN), bya.silva871@gmail.com

² Mestre em Segurança Pública, Justiça e Cidadania (Universidade Federal da Bahia), Centro Universitário Nobre (UNIFAN), pofessor_armando@yahoo.com

³ Mestre em Ciências Jurídico-Criminais (Universidade de Coimbra), Centro Universitário Nobre (UNIFAN), advogadadaiane@hotmail.com

A inequívoca tendência à consensualização do processo penal culminou mais recentemente com a edição da Lei nº13.964/2019, a qual, dentre outras, trouxe a previsão legal do Acordo de Não Persecução Penal nas hipóteses específicas, ampliando o leque de negociação nas ações penais públicas. Ressalta-se que esse instrumento já era preconizado pela Resolução n. 181, de 7 de agosto de 2017, do Conselho Nacional do Ministério Público, mas que foi objeto de inúmeras controvérsias, haja vista a ausência do devido processo legislativo para a sua implementação.

O ANPP é um instituto de justiça negociada que não pode causar reflexo na culpabilidade do acusado, atuando, reitere-se, como uma excepcionalidade ao princípio da obrigatoriedade da ação penal pública.

Nesse sentido, para o efetivo oferecimento do ANPP por parte do Ministério Público ao possível acordante é necessário que este preencha alguns requisitos estabelecidos pelo artigo 28-A, do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), sejam eles: a) não seja caso de arquivamento do inquérito policial; b) que a infração penal em apuração tenha sido praticada sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos; c) a confissão formal e circunstanciada do delito.

Nessa conjuntura, este artigo tem como objetivo geral analisar a constitucionalidade da exigência de uma confissão formal e circunstanciada da infração penal pelo investigado/acusado, considerando que é direito fundamental não ser obrigado a produzir provas contra si mesmo. Ademais, por ser um instituto novo no ordenamento, ainda são abstratas e objeto de intensos debates doutrinários e jurisprudenciais as consequências que podem trazer ao acordante, demandando uma insegurança acerca da imposição do referido requisito.

É evidente a evolução que a introdução do instituto no sistema jurídico nacional trouxe para um processo penal ainda com traços fortes de tradicionalidade e com o modelo de sistema jurídico inquisitorial ainda enraizado, na medida que visa atenuar os efeitos de uma sentença penal condenatória, reduzindo os efeitos sociais prejudiciais da pena e diminuindo a superlotação dos estabelecimentos prisionais.

Entretanto, em que pese a intenção do legislador em desafogar o sistema jurídico, é necessário estabelecer na aplicação do ANPP regramentos e limites que assegure o respeito absoluto tanto às garantias materiais e processuais quanto a própria dignidade da pessoa humana.

Assim, busca-se nesse estudo refletir sobre o avanço da justiça negocial no processo penal brasileiro, bem como a funcionalidade do ANPP nesse

cenário e identificar os requisitos para a celebração do referido acordo. Do mesmo modo, pretende-se analisar quais as formalidades exigidas e qual o momento para a realização da confissão formal e circunstanciada e tratar do confronto entre este requisito com preceitos constitucionais básicos, visto a existência de diversas possibilidades de utilização desta para prejuízos futuros ao acordante.

Considerando que se trata de um estudo conceitual e interpretativo, será utilizado os procedimentos metodológicos bibliográfico e documental para descrever e explicar o instituto do ANPP, visando apresentar seus aspectos e peculiaridades, em seguida estabelecer a relação de confronto entre o requisito da confissão formal e circunstanciada trazido pelo artigo 28-A Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), e preceitos constitucionais fundamentais.

2 O ESPAÇO DE CONSENSO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

A justiça negociada é bem acentuada no âmbito internacional. No direito norte-americano o *plea bargaining* é um dos principais mecanismos de resoluções de demandas criminais, utilizando do consenso entre acusação e acusado, a fim de dar soluções a conflitos de forma mais simplificada, a fim de encurtar o caminho para aplicação de uma sanção penal. É um instituto marcado pela principal fonte do sistema jurídico *Common Law*, o costume, ou seja, não se pauta na lei estrita como no Brasil.

Ordinariamente, paira no processo penal brasileiro o princípio da obrigatoriedade na ação penal pública, ou seja, havendo requisitos mínimos de justa causa e condições da ação penal, o Ministério Público e todos os órgãos persecutórios criminais não pode se abster de dar início a persecução penal, como descreve Renato Brasileiro:

[...] diante da notícia de uma infração penal, da mesma forma que as autoridades policiais têm a obrigação de proceder à apuração do fato delituoso, ao órgão do Ministério Público se impõe o dever de oferecer denúncia caso visualize elementos de informação quanto à existência de fato típico, ilícito e culpável, além da presença das condições da ação penal e de justa causa para a deflagração do processo criminal (2020, p. 324).

Para uma boa parte dos doutrinadores não se trata de um princípio de caráter constitucional, entretanto está previsto no artigo 24 do Código de Processo Penal:

Art. 24. Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo (BRASIL, 1945).

Nesse sentido, nas ações penais públicas temos como regra a obrigatoriedade, todavia diante das dificuldades enfrentadas pelo judiciário devido a grande demanda de ações, ocasionando a morosidade processual, diversas são as tentativas para desafogá-lo e ao mesmo tempo de concretizar o poder punitivo que o Estado detém. Nessas hipóteses, houve a redução do alcance desse princípio regra, adotando a partir daí uma obrigatoriedade mitigada.

Nesse escólio, foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro a justiça negociada, carregada de traços de influência do sistema *plea bargaining* do direito norte-americano, que fez com que o consenso passasse a estar presente no processo penal a algumas décadas, mesmo que de forma que sutil. Porém, vem tomando força com as novas possibilidades trazidas pela Lei nº 13.964/19 (Pacote Anticrime).

Foi na Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) de 1988, que surgiu a primeira possibilidade de composição no processo penal, mediante soluções dialogadas e/ou consensuais, vejamos no artigo 98, inciso I:

Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau; (BRASIL, 1988)

Com isso, foi implementado a figura dos Juizados Especiais Criminais (JeCrim), competentes para processar e julgar crimes de menor potencial ofensivo utilizando do procedimento sumaríssimo. Porém com edição da Lei nº 9.099/95, foi delimitada essa competência e estabelecido de fato quais crimes seriam de menor potencial ofensivo e na mesma linha, assentado o consenso no tocante ao processo e a pena.

Foi a partir da Lei nº 9.099/95, que a negociação apareceu de forma taxativa nos procedimentos penais por meio da composição dos danos de

natureza cível perante ao um juízo criminal, feito por meio de um conciliador ou juiz leigo e submetido a supervisão de um juiz togado.

Art. 72. Na audiência preliminar, presente o representante do Ministério Público, o autor do fato e a vítima e, se possível, o responsável civil, acompanhados por seus advogados, o Juiz esclarecerá sobre a possibilidade da composição dos danos e da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade (BRASIL, 1995).

Em casos de não haver a realização da composição civil, se tratar de crime de ação penal pública incondicionada e não ser hipótese de arquivamento do procedimento investigatório, o Ministério Público na figura do seu representante optando pela transação penal poderá propor ao autor do fato a aplicação de uma pena de multa ou restritiva de direito que caso seja aceito pelo autor do delito, terá aplicação imediata sem que gere antecedentes ou reincidência. Observa-se que a transação penal não será proposta nas hipóteses elencadas no § 2º, do artigo 76 da Lei nº 9.099/95.

Ainda dentro dos institutos do JeCrim, tem-se a suspensão condicional do processo como instituto de consenso introduzido pela lei retro mencionada. Trata-se de um mecanismo direcionado ao processo e não a pena. Aqui a proposta tem o condão de suspender o processo, bem como seu prazo prescricional por um prazo de 2 (dois) à 4 (quatro) anos. Superado esse prazo sem que haja o descumprimento das medidas impostas, será extinta a punibilidade do infrator.

Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

§ 1º Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições:

- I - reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo;
- II - proibição de freqüentar determinados lugares;
- III - proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz;
- IV - comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

§ 2º O Juiz poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado.

§ 3º A suspensão será revogada se, no curso do prazo, o beneficiário vier a ser processado por outro crime ou não efetuar, sem motivo justificado, a reparação do dano.

§ 4º A suspensão poderá ser revogada se o acusado vier a ser processado, no curso do prazo, por contravenção, ou descumprir qualquer outra condição imposta.

§ 5º Expirado o prazo sem revogação, o Juiz declarará extinta a punibilidade.

§ 6º Não correrá a prescrição durante o prazo de suspensão do processo.

§ 7º Se o acusado não aceitar a proposta prevista neste artigo, o processo prosseguirá em seus ulteriores termos. (BRASIL, 1995)

Podemos visualizar a negociação no parcelamento dos débitos tributários, disciplinado pela Lei nº 9.430/96, atualizada pela Lei nº 12.382/11. Na mesma linha, pode ser citado o termo de ajustamento de conduta, presente no artigo 5º, § 6º, da Lei nº 7.347/85, introduzido na lei nº 9.605/98, bem como o acordo de leniência, disposto nos artigos 86 e 87, da Lei nº 12.529/11, e a colaboração premiada dentro da Lei de Organizações Criminosas (Lei nº12.850/13).

Há quem diga que o consenso no processo penal põe em jogo a segurança dos direitos fundamentais da pessoa ante a maior intervenção da acusação nas imposições de medidas em propostas e cláusulas de acordos, o que causaria uma fragilização do devido processo legal ao presar mais pelo interesse privado ao público.

Sendo assim, o que seria visto como instrumentos de economia processual e agilidade, acabaria se tornando patentes violadores de direitos, limitando o exercício de uma defesa eficiente, aumentando exponencialmente as possibilidades de condenações de “inocentes”.

Entre os inúmeros embates travados acerca da negociação, é inegável sua força no âmbito jurídico penal. Alguns mecanismos como os já citados têm uma aplicabilidade acentuada no cenário atual, entretanto, no tocante ao acordo de não persecução penal, por ser mais recente causa uma certa insegurança quanto a sua eficiência a longo prazo e as consequências das exigências para ser proposto, o que vem sendo pauta de diversas discussões dentro da doutrina e jurisprudência.

3 ANPP COMO INSTRUMENTO NEGOCIAL

O denominado pacote anticrime (Lei nº 13.964/2019), trouxe diversas modificações para o cenário penal brasileiro, como objetivo de aprimorar o sistema jurídico penal, para isso causou significativas alterações na justiça negocial nacional. Para tanto ampliou o espaço de consenso de forma mais marcante que o anteriormente existente, trazendo a figura do acordo de não persecução penal.

3.1 O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Dentro do ambiente de consenso construído no processo penal, o ANPP ingressou como um modelo de negócio jurídico bilateral de natureza extrajudicial.

O ANPP foi instituído inicialmente pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) na edição da Resolução nº 181/17, em seu artigo 18, como instrumento de política criminal com o objetivo semelhante aos outros mecanismos negociais, o de dar uma resposta mais célere e efetiva por parte do Estado no âmbito penal. Entretanto, até aqui a celebração do acordo com base nesta Resolução não encontrava autorização legal, visto que as resoluções do CNMP detêm de caráter normativo primário, ou seja, vinculam apenas seus membros.

Dois anos após a edição da Resolução nº 181/17, o ANPP foi inserido no Código de Processo Penal (CPP) pelo pacote anticrime (Lei nº 13.964/19) em seu artigo 28-A, e entrou em vigor em 23 de janeiro de 2020, mantendo a mesma estrutura, porém trazendo algumas atualizações.

Para o Ministério Público como titular da ação penal, o ANPP atua como uma oportunidade de renunciar a propositura da ação penal, através do cumprimento por parte do acordante da imposição de algumas medidas cautelares diversas da privação de liberdade.

Este instituto ao tempo que se distancia do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, torna-se bem próximo do princípio da oportunidade, o qual permite ao órgão acusador a possibilidade de selecionar o que de fato merece a iniciação da persecução penal, se baseando também no princípio da intervenção mínima.

Nada obstante, com a vigência do pacote anticrime instaurou-se uma grande controvérsia acerca do momento da propositura do acordo. Parte da

jurisprudência entende que se trata de um direito subjetivo por ser uma norma que beneficia o imputado e por isso deve retroagir para atingir os processos já em curso até o trânsito em julgado. Por outro lado, tem-se a parcela jurisprudencial entendendo que de fato o instituto deve retroagir; entretanto, apenas nos casos em que a denúncia ainda não tenha sido recebida, tratando-o como faculdade do Ministério Público, como decidiu o Superior tribunal de Justiça (STJ) em recurso ordinário em Habeas corpus:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL - ANPP. PLEITO DE REALIZAÇÃO DO ACORDO. NÃO CABIMENTO APÓS O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. FACULDADE DO PARQUET. RECUSA DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. O acordo de não persecução penal, previsto no art. 28-A do Código Penal, implementado pela Lei n. 13.964/2019, indica a possibilidade de realização de negócio jurídico pré-processual entre a acusação e o investigado. Trata-se de fase prévia e alternativa à propositura de ação penal, que exige, dentre outros requisitos, aqueles previstos no caput do artigo: 1) delito sem violência ou grave ameaça com pena mínima inferior a 4 anos; 2) ter o investigado confessado formal e circunstancialmente a infração; e 3) suficiência e necessidade da medida para reprovação e prevenção do crime. Além disso, extrai-se do §2º, inciso II, que a reincidência ou a conduta criminal habitual, reiterada ou profissional afasta a possibilidade da proposta.

2. A Corte de origem entendeu que a negativa do Ministério Público Federal em ofertar a proposta de ANPP estava devidamente fundamentada. Consoante se extrai dos autos, a denúncia foi recebida pelo juízo de primeiro grau em abril de 2017. De fato, "o acordo de não persecução penal (ANPP) previsto no art. 28-A do Código de Processo Penal, introduzido pela Lei n. 13.964/2019, terá aplicação somente nos procedimentos em curso até o recebimento da denúncia (ARE 1294303 AgRED, Relatora: ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 19/4/2021).

3. Além do mais, o acordo pretendido deixou de ser ofertado ao recorrente em razão do Ministério Público ter considerado que a celebração do acordo, no caso concreto, não seria suficiente para a reprovação e prevenção do crime, pois violaria o postulado da proporcionalidade em sua vertente de proibição de proteção deficiente, destacando que a conduta criminosa foi praticada no contexto de uma rede criminosa envolvendo vários empresários do ramo alimentício e servidores do Ministério da Agricultura.

4. Esta Corte Superior entende que não há ilegalidade na recusa do oferecimento de proposta de acordo de não persecução penal quando o representante do Ministério Público, de forma fundamentada, constata a ausência dos requisitos subjetivos legais necessários à elaboração do acordo, de modo que este não atenderia aos critérios de necessidade e suficiência em face do caso concreto.

5. De acordo com entendimento já esposado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, a possibilidade de oferecimento do acordo de não persecução penal é conferida

exclusivamente ao Ministério Público, não constituindo direito subjetivo do investigado.

6. Cuidando-se de faculdade do Parquet, a partir da ponderação da discricionariedade da propositura do acordo, mitigada pela devida observância do cumprimento dos requisitos legais, não cabe ao Poder Judiciário determinar ao Ministério Público que oferte o acordo de não persecução penal.

7. Recurso não provido.

(RHC n. 161.251/PR, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 10/5/2022, DJe de 16/5/2022.)

Recentemente decidiu o Supremo Tribunal Federal (STF) em recurso extraordinário com agravo sobre a impossibilidade de aplicação do ANPP em processo após o recebimento da denúncia:

EMENTA Agravo regimental em recurso extraordinário com agravo. Matéria criminal. Pretendida aplicação retroativa da Lei nº 13.964/19, que estabeleceu o ANPP (acordo de não persecução penal). Inviabilidade. Sentença condenatória em grau de recurso por ocasião da entrada em vigência da norma. Agravo não provido. 1. O magistério jurisprudencial do STF registra que “o acordo de não persecução penal (ANPP) aplica-se a fatos ocorridos antes da Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia” (HC nº 191.464/SC-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe de 26/11/20). 2. Agravo regimental não provido.

(ARE 1367838 AgR, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 16/05/2022, DJe-111 DIVULG 07-06-2022 PUBLIC 08-06-2022)

Portanto, embora ainda não sedimentado, é notório a tendência para este entendimento tanto no STJ quanto no STF ao que se refere a aplicação no tempo deste instituto.

3.2 DOS REQUISITOS

O caput do artigo 28-A do CPP, aduz que o ANPP só poderá ser proposto quando não for caso de arquivamento do inquérito policial, já que nessa hipótese o acordo perderia o objeto, sendo necessária a análise de admissibilidade de uma possível denúncia.

Com isso, o delito para se enquadrar deve ter sido cometido sem violência ou grave ameaça, tendo como pena mínima não superior a 4 (quatro) anos, considerando as causas de aumento e diminuição que poderão ser aplicados ao caso. Vale ressaltar que diferente do sursis processual, aqui o alcance acaba sendo maior por estabelecer o critério de pena mais amplo.

Além disso, para que o Ministério Público proponha o acordo deve analisar se as cláusulas estipuladas são necessárias e suficientes para prevenir e reprimir o delito. E não menos importante, se faz obrigatória a confissão formal e circunstanciada da prática do crime.

O acordo não poderá ser oferecido se o investigado/acusado for reincidente ou reste elementos que comprovem habitualidade, reiteração ou profissionalismo na prática delitiva, com exceção aos delitos considerados insignificantes pelo Ministério Público. Tal como, se tratando de crimes de violência doméstica, familiar e/ou contra mulher em razão da sua condição de sexo feminino.

No mesmo sentido, caso o delito for de competência dos JeCrim, e couber a transação penal, o agente não fará jus ao ANPP, tão pouco se já tiver sido beneficiado dentro dos 5 (cinco) anos anteriores por transação penal, sursis ou o próprio ANPP.

3.3 DA CELEBRAÇÃO

Em regra, o ANPP deve ser celebrado antes de haver o oferecimento da denúncia, embora ainda seja matéria de discursão jurisprudencial, podendo ser proposto na audiência de custódia, a depender do caso. Portanto, caso sejam preenchidos os critérios do artigo 28-A do CPP, o Parquet designará uma audiência com a presença do acordante acompanhado de um defensor, onde será determinada as condições do acordo.

Após formalizado e devidamente assinado pelas três partes, o acordo deverá ser submetido a homologação em juízo, que em tese seria pelo juiz das garantias, também em audiência, com a presença do acordante, seu defensor e o representante do Ministério Público. É válido mencionar que a figura do juiz das garantias encontra-se suspenso desde 2020, por força da medida cautelar na ADI nº 6.299, STF, do Ministro Luiz Fux.

Nesse momento, será avaliada pelo juiz a voluntariedade do autor do delito em pactuar o acordo, bem como a legalidade deste, se entender correto, será homologado e devolvido para o Ministério Público a fim ser iniciada o cumprimento do quanto estipulado perante a vara de execuções penais. Assim,

cumpridas as condições, será extinta a punibilidade do autor do fato, sem que gere reincidência ou antecedentes criminais.

Porém, se o magistrado entender “inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições” determinará a devolução dos autos ao Parquet para o reajuste da proposta, ou até mesmo rejeitar a homologação, o que ensejará o oferecimento da denúncia ou complemento das investigações.

Na hipótese de ser negada a propositura do acordo pelo órgão acusador, o investigado/acusado tem a faculdade de requerer a remessa dos autos a Procuradoria de Justiça para que seja reavaliada a possibilidade e proposta.

4 DA CONFISSÃO FORMAL E CIRCUNSTANCIADA COMO REQUISITO DO ANPP

4.1 MOMENTO DE REALIZAÇÃO E AS FORMALIDADES EXIGIDAS

Inicialmente cumpre entender como seria a confissão formal e circunstanciada. A priori, ela será formal quando feita pessoalmente, explícita e realizada por meio de um termo assinado pelo confitente ou até mesmo por gravação, ocasião que deve seguir os ditames dos artigos 187 e ss, do CPP, sem dar qualquer espaço para confissões presumidas ou tácitas.

Será circunstanciada a exposição de forma minuciosa e detalhada dos fatos, a fim de se coadunar com as demais provas existentes e assegurar a lógica e credibilidade do que foi confessado, nos termos do artigo 197 do CPP.

Conforme expresso no artigo 28-A do CPP, a confissão deve ser realizada perante o Ministério Público, o qual irá propor o acordo, porém nada impede que a autoridade policial responsável pela investigação colha a declaração de culpa e remeta ao órgão acusatório, o que será avaliado por este. Estas formalidades serão averiguadas pelo juiz na audiência de homologação do acordo.

4.2 A CONFISSÃO COMO REQUISITO PARA O ANPP

Conforme já explanado anteriormente, um dos requisitos trazidos no artigo 28-A do CPP, para a propositura o ANPP é a necessidade da confissão formal e circunstanciada. Esse requisito segue como modelo o acima citado,

plea bargaining, no qual tem como exigência a admissão de culpa da prática do ilícito pelo acordante.

O *plea bargaining* dentro do sistema jurídico americano é marcado pela inquisitorialidade, tendo em vista o grande poder colocado nas mãos do órgão de acusação ao permitir a discricionariedade de iniciar ou não a persecução penal. Essa característica se distâcia do sistema acusatório adotado no Brasil, o que o torna incompatível com nossos preceitos constitucionais.

Sob um parâmetro histórico, a confissão carrega problemas genéticos ligados ao sistema inquisitorial. Este é um sistema bastante pernicioso, o qual trouxe consequências perversas que até hoje são praticadas ou são regeradas. Dessa forma, tratava o investigado/acusado como objeto e não como sujeito de direitos, pois tinha como objetivo máximo a condenação, e para isso usava a confissão como condutor, ou seja, na busca da “verdade”, era a mais significativa obtenção de prova, por isso deveria ser alcançada a todo custo, assim tinha o título de “rainha das provas”, como vemos no Manual do Inquisidor, sem deixar de apontar a incisiva influencia religiosa.

[...] Muitas vezes a tortura era decretada e adiada na esperança de que o medo levasse à confissão. A confissão podia dar direito a uma penalidade mais leve e se fosse condenado à morte apesar de confesso, o sentenciado podia "beneficiar-se" com a absolvição de um padre para salvá-lo do inferno. [...] (LOBISOMEN, 2004 p.3)

Por conseguinte, o que antes era alcançado por meio de tortura, atualmente é obtido com o oferecimento de benefícios que podem ser capazes de evitar uma possível condenação ou até mesmo a iniciação de uma ação penal. Mas o que se discute é se dentro do cenário jurídico brasileiro, dar ao Estado esta prova de autoria delitiva seria capaz de causar algum prejuízo futuramente ao confesso, pois mesmo não sendo mais considerada prova absoluta ou a “rainha das provas”, ainda carrega uma valoração significativa por se originar do maior interessado.

Em que pese, é evidente a insegurança que a confissão dentro do ANPP gera. Como já dito, o acordo é um instituto novo no ordenamento, envolto de diversos questionamentos na doutrina e na jurisprudência acerca de sua aplicação e principalmente das consequências futuras.

À vista disso o Conselho Nacional de Procuradores-gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPGE) e o Grupo Nacional de

Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM), no enunciado nº 27, entende ser possível a utilização da confissão em uma possível ação penal, vejamos:

ENUNCIADO 27 (ART. 28-A, § 10) Havendo descumprimento dos termos do acordo, a denúncia a ser oferecida poderá utilizar como suporte probatório a confissão formal e circunstanciada do investigado (prestada voluntariamente na celebração do acordo).

Abrir mão de direitos concedidos pela Constituição no ato da confissão deve no mínimo dar alguma segurança ao acordante de que em momento posterior não gere a ele frutos mais graves do que receberia em uma possível condenação, pois nada impede que essa assunção de culpa seja usada em momento posterior, dentro da ação penal, mediante uma possível quebra de acordo ou renúncia, já que se trata de prova documental “lícita”.

É certo que para o Ministério Público não se mostra qualquer utilidade a confissão se não for para ser usada em um eventual processo. Esta atuaria como um fator de segurança para o seu julgamento. Ao ter o acesso os autos e, portanto, contato com a confissão, certamente isso influenciará diretamente no seu convencimento, comprometendo, em última análise, sua imparcialidade, ainda que considere o juiz das garantias.

Ainda é questionável a possibilidade desta confissão ser utilizada a título de prova emprestada em ações cíveis, administrativas e diversas outras áreas do direito, sobre essa questão entende Aury Lopes que:

A lei não estabelece limite de efeitos e esse risco existe. Daí por que pensamos que deverá haver no acordo uma cláusula de limitação de valor probatório, não sendo permitida a publicidade ou o compartilhamento da confissão ou dos termos do acordo de não persecução penal. (2021, p. 86)

Nesses termos, é inviável tratar a confissão como uma faculdade do investigado/acusado, já que sem ela não existirá acordo, visto ser um de seus pressupostos, o que acaba por violar direitos e princípios concedidos a todos pela Carta Magna.

5 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS AFRONTADOS PELO REQUISITO DA CONFISSÃO

O processo penal, assim como em todos os ramos do direito, é regido por princípios, sejam eles gerais ou específicos. Princípios estes que em sua grande maioria são assegurados pela Constituição Federal.

O ANPP, como já exposto anteriormente, é um instituto recente e que rompe paradigmas. Entretanto, uma das questões que ainda permeiam críticas consistentes é a respeito da constitucionalidade do requisito da confissão formal e circunstanciada.

Por muito tempo dentro do direito o acusado era detentor do ônus da prova, no sentido de atestar sua inocência. Com a evolução do ordenamento, passou a ser um direito natural do indivíduo o estado de inocente, cabendo ao Estado o ônus de provar sua culpabilidade.

Com o advento da CRFB em 1988, a perspectiva sobre presunção de inocência passou a estar expressamente em seu texto.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...] LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; (BRASIL, 1988)

Nessa senda, é dever do Estado, na figura do legislador de assegurar a aplicabilidade dos princípios norteadores durante todas as fases processuais, assim o acusado/investigado deve ter sua inocência presumida até o trânsito em julgado da sentença. Nas palavras de Gustavo Badaró e Aury Lopes: “O princípio da presunção de inocência é reconhecido, atualmente, como componente basilar de um modelo processual penal que queira ser respeitador da dignidade e dos direitos essenciais da pessoa humana.” (LOPES JR., 2022, p. 40)

Assim, a celebração do acordo baseado na confissão viola frontalmente a presunção de inocência, por exigir a admissão de culpa em fase pré-processual sem se quer passar pelo devido processo penal. Posto isso, é imensurável os prejuízos causados pela inobservância dessa garantia quando se trata da possível continuidade da ação penal, já que retira do acusado seu status de inocente desde o início da persecução.

As críticas que envolvem o ANPP circundam em volta não só da garantia constitucional retrocitada, mas também no que diz respeito ao princípio do

nemo tenetur se detegere ou como é conhecido, a inexigibilidade de não se autoincriminar. Que além de ser garantido constitucionalmente, está expresso no pacto de São José da Costa Rica em que o Brasil é signatário, onde assegura o “direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada” (INTERNACIONAL, 1969).

Como é sabido, o ônus de provar a existência de materialidade e autoria de um delito é encargo exclusivo do órgão competente pela acusação, portanto não cabe ao acusado/acusado produzir prova que o incrimine por qualquer que seja o meio, incluído a confissão. Visto que, como já exposto anteriormente, não há vedação na legislação que impeça a utilização futura da confissão autoral delitiva.

Desse princípio ainda se origina o direito ao silêncio previsto no artigo 5º, LXIII da CRFB, “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado [...]”, que por consequência estaria sendo violado, tendo em vista para que seja proposto o acordo ele acabaria por ser suprimido, senão vejamos:

O direito de silêncio é apenas uma manifestação de uma garantia muito maior, inculpada no princípio *nemo tenetur se detegere*, segundo o qual o sujeito passivo não pode sofrer nenhum prejuízo jurídico por omitir-se de colaborar em uma atividade probatória da acusação ou por exercer seu direito de silêncio quando do interrogatório. (LOPES JR., 2022, p. 42)

É evidente que contraditório e ampla defesa dentro de todo esse cenário resta prejudicados, ante a limitação sofrida pela necessidade da confissão antes que tenha havido uma análise das provas já existentes ou ter a possibilidade de discutir a ocorrência de fato diverso do que está sendo imputado.

Nesse caminho, é notório que considerando o prosseguimento de uma ação penal, o acusado já iniciará o processo em desvantagem por não existir uma paridade de armas entre a defesa e acusação, principalmente por estar diante de um juiz com seu convencimento comprometido por uma prova colida em fase pré-processual, o que aumenta significativamente as chances de condenação.

6 CONCLUSÃO

O presente estudo se propôs a apresentar como a justiça negociada está presente em nosso ordenamento jurídico e a força que tomou após o implemento da Lei nº 13.964/2019, bem como à análise do acordo de não persecução penal dentro do sistema penal atual.

O ANPP ingressou no ordenamento jurídico como uma exceção ao princípio da obrigatoriedade, assim como os modelos de justiça consensual já existentes no processo penal. Por ser um instituto novo, ainda é alvo de diversas discussões acerca de sua sistemática e estrutura, possuindo problemas ainda não solucionado pela jurisprudência e doutrina.

As discussões traçadas vão do momento da proposição do acordo, da forma em que é celebrado, até a necessidade dos pressupostos para sua proposição.

Porém, no que se refere aos seus pressupostos, é notória a inconstitucionalidade do requisito da confissão formal e circunstanciada para a proposição do ANPP, em especial por acentuar os traços de inquisitorialidade dentro do processo penal, que caminha para consolidar o sistema acusatório como modelo a ser seguido, com o objetivo máximo de estar em consonância com o texto constitucional.

Ao analisar historicamente a utilização da confissão, quando ainda era considerada prova de máxima valoração, verifica-se a problemática na sua exigência para proposição do acordo. Trata-se de uma violação evidente ao direito ao silêncio e aos princípios da presunção de inocência e inexigibilidade da auto incriminação.

Nessa perspectiva, nada obsta também a utilização da confissão feita para o acordo em outras searas do direito, visto que não há na legislação qualquer empecilho nesse sentido. Dessa forma, seus efeitos podem causar prejuízos ao acordante além dos causados no âmbito penal.

Se o ANPP veio com o intuito de facilitar os procedimentos para o Estado, é conveniente para este colocar os riscos para o acordante, pois se o acordo não vigorar até a sua extinção, o crime já confesso se tornará uma ação penal, com não só as provas já colhidas na investigação criminal, mas principalmente com a nota de culpa assinada pelo investigado/acusado nas mãos do órgão acusador.

Nessa esteira, buscou até aqui explanar o perigo iminente da obrigatoriedade da confissão formal e circunstanciada, como ela é cercada de inconstitucionalidade por afrontar diretamente preceitos fundamentais e por contrariar manifestadamente o sistema processual seguido nacionalmente. Da mesma maneira, por todas as razões expostas, mostrou-se a necessidade da exclusão deste requisito para a proposição do acordo a fim de fazê-lo entrar em consonância com a Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848. de 7 de dezembro de 1940 **Código Penal**. Diário Oficial Da União. Brasília, de 7 de dezembro de 1940.

BRASIL Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código De Processo Penal**. Diário Oficial Da União de 3 de outubro de 1941.

BRASIL. **Constituição Federal da Republica**, Diário Oficial Da União, Brasília, 5 de outubro de 1988

BRASIL Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. **Juizados Especiais Cíveis e Criminais**. Diário Oficial Da União de 26 de setembro de 1995.

BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, DF: Presidência da República, 2019a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 10 jun. 2022

BRASIL. Comissão Especial – Conselho Nacional dos Procuradores Gerais dos Ministérios Públicos do Estado e da União (CNPGE) e Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM). **Enunciados interpretativos da Lei nº 13.964/2019 Lei Anticrime**, 2020. Disponível em: https://criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/GNCCRIM_-_ANALISE_LEI_ANTICRIME_JANEIRO_2020.pdf. Acesso em: 10 de jun. de 2022.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 6304**. Relator: Min. Luiz Fux. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5843708>. Acesso em 12 jun. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Habeas Corpus nº 161.251/PR, DF**. Relator Min. Ribeiro Dantas, 16 de maio de 2022. Disponível em:

<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=RHC+161.251&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>. Acesso em: 12 jun. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário com Agravo nº 1367838 AgR, DF**. Relator Min. Dias Toffoli, 16 de maio de 2022. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur465545/false>. Acesso em: 12 jun. 2022.

CARVALHO, Sandro Carvalho Lobato de. **Questões práticas sobre o acordo de não persecução penal**. São Luís: Procuradoria Geral de Justiça, 2021. p. 231.

CONSTANTINO, Lúcio Santoro de. Considerações sobre a confissão como pressuposto para o acordo de não persecução penal (Lei nº13.964/19). **Revista da Defensoria Pública**, Rio Grande do Sul, v. 26, n. 11, p. 620-639, jun. 2020. Semestral.

CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (org.). **O Acordo de Não Persecução Penal: resolução 181/2017 do CNMP**. Salvador: Juspodivm, 2018. 336 p.

DAGUER, Beatriz; SOARES, Rafael Junior; BIAGI, Talita Cristina Fidelis Pereira. A necessidade de confissão como requisito para o acordo de não persecução penal e as repercussões produzidas no processo penal e nas demais esferas do direito. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, [s. l], v. 23, n. 1, p. 86-114, jan. 2022.

GIACOMOLLI, Nereu J. **O Devido Processo Penal**, 3ª edição. São Paulo: Grupo GEN, Editora Atlas Ltda, 2016. 9788597008845. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597008845/>. Acesso em: 17 jun. 2022.

INTERNACIONAL. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Convenção Americana de Direitos Humanos** (“Pacto de San José de Costa Rica”), de 22 de novembro de 1969. Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, 1969. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjos e.htm>. Acesso em: 10 de jun. de 2022.

KALIL, José Lucas Perroni. Sobre a constitucionalidade da confissão no acordo de não persecução penal. **Revista de Direito Penal e Processo Penal**, São Paulo, v. 2, n. 1, p. 50-60, jan. 2020. Mensal. ISSN 2674-6093.

Le Manuel des Inquisiteurs, **Manual dos Inquisidores** (Directorium Inquisitorum), Nicolau Eymerich, 1376 revisto por Fco. de La Peña, 1578. Traduzido para o francês em 1973 por Louis Sala-Moulins.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 8. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2020. 1.952 p.

LOBSOMEN, Daniel. **Manual do inquisidor**. São Paulo: Daemon Editora, 12 de jul de 2004. 1 v.

LOPES, Aury Jr. **Direito processual penal** 18. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2021. 9786555590005. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#!/books/9786555590005/>. Acesso em: 20 jun. 2022.

LOPES, Aury Jr. **Direito processual penal**. 19. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. 1.272 p. 9786553620520. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#!/books/9786553620520/>. Acesso em: 17 jun. 2022.

MOSCATELLI, Livia Yuen Ngan. Considerações sobre a confissão e o método Reid aplicado na investigação criminal. **Rev. Bras. de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 6, n. 1, p. 361-394, jan. 2020. Mensal.

SANTOS, Marcos Paulo D. **Comentários ao Pacote Anticrime**. São Paulo: Grupo GEN, 2022. 9786559645077. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#!/books/9786559645077/>. Acesso em: 01 jun. 2022.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro**. 2014. 361 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Ciências Criminais, Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul., Porto Alegre, 2014.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de; GIACOMOLLI, Nereu José. Justiça criminal negocial: crítica à fragilização da jurisdição penal em um cenário de expansão dos espaços de consenso no processo penal. **Revista Novos Estudos Jurídicos - Univali**, Internet, v. 20, n. 3, p. 1108-1134, 14 dez. 2014. Mensal. ISSN 2175-0491.