

ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO REQUISITO DA CONFISSÃO E A UTILIZAÇÃO DESTA COMO PROVA EM EVENTUAL AÇÃO PENAL

VENDRAMINI, Kaoany Cristina¹
ROSA, Lucas Augusto da²

RESUMO:

O presente trabalho visa apresentar um estudo da constitucionalidade da confissão formal e circunstancial como um dos requisitos para celebração do acordo de não persecução penal, bem como se tal confissão poderá ser utilizada como prova em eventual ação penal ocasionada pelo descumprimento do acordo. No âmbito da justiça penal consensual, o Pacote Anticrime inovou ao trazer o benefício do acordo de não persecução penal, agora incluído na legislação brasileira no artigo 28-A do Código de Processo Penal. Tal benefício refere-se a uma medida despenalizadora, por meio da qual se é realizada uma tratativa entre o sujeito ativo do inquérito policial, ora investigado, e o Ministério Público, quando preenchidos os requisitos legais, na qual são definidas condições a serem cumpridas por aquele, e em contrapartida este deixa de oferecer a peça inicial da ação penal. Ocorre que, um dos requisitos para a concessão do referido benefício é que tenha o investigado confessado formal e circunstancialmente à execução do fato delituoso a ele imputado. Diante disto, gerou-se na doutrina posicionamentos apontando a inconstitucionalidade de tal requisito, com fundamento de que lesa diretamente o direito constitucional ao silêncio, e a regra da não autoincriminação. Assim sendo, o objetivo do presente estudo é averiguar a constitucionalidade do requisito da confissão para consagração do ANPP, assim como estudar se tal confissão pode ser utilizada como elemento probatório em ação penal que venha a ser proposta após o descumprimento de alguma condição do acordo.

PALAVRAS-CHAVE: Justiça penal consensual, acordo de não persecução penal, confissão, (in)constitucionalidade.

1 INTRODUÇÃO

Ao longo dos anos, o elevado número de casos penais a serem julgados fez com que o sistema de justiça criminal se tornasse mais lento, de forma que deixou de ser viável o processamento e julgamento das ações penais em um prazo razoável de duração. Deste modo se mostrou cada vez mais a incapacidade do Poder Judiciário de julgar de forma rápida e satisfatória todas as infrações penais praticadas, isso em um nível global.

E por esta razão se fez necessária a criação, dentro do direito processual penal, de novos institutos que objetivam uma solução mais rápida para os conflitos, de forma que diminua o acúmulo de ações esperando julgamento, mais que ao mesmo tempo não deixei de impor a devida responsabilização ao indivíduo.

Nesta senda, diversos países passaram a introduzir em seus ordenamentos jurídicos institutos da justiça penal consensual, numa forma de buscar desafogar seus sistemas de justiça criminal, sendo que o Brasil não foi uma exceção.

¹Acadêmica do 8º período do Curso de Bacharelado em Direito no Centro Universitário Fundação Assis Gurgacz - FAG, kaoanycvendra@gmail.com.

²Docente no Curso de Bacharelado em Direito no Centro Universitário Fundação Assis Gurgacz - FAG, lucasaugustodara@fag.edu.br.

Atualmente, observa-se que em nosso ordenamento jurídico, vem sendo implementados cada vez mais instrumentos da justiça penal consensual, que abreviam os tramites para a solução dos conflitos, ocasionando uma economia de tempo e recursos, na efetiva prestação da tutela penal nas infrações penais nas quais podem e devem ser aplicados.

Neste seguimento, a Lei nº 13.964/2019, o Pacote Anticrime, trouxe em seu bojo diversas alterações na legislação penal e processual penal brasileira, dentre as quais se encontra o acordo de não persecução penal (ANPP), que se apresenta como mais um dos instrumentos da justiça penal negociada.

Calha que, por tratar-se de instituto relativamente novo, surgem diversos questionamentos acerca do tema, sendo um deles a respeito da constitucionalidade do requisito da confissão para validação do ANPP, sobretudo quando colocado em frente ao direito ao silêncio e a regra da não autoincriminação, abonado em nossa Constituição Federal.

Neste contexto, questiona-se também se tal confissão prestada para celebração do acordo poderá ser utilizada como prova em ação penal posteriormente

Nesta senda, norteado pelas ciências do Direito Processual Penal, do Direito Penal e do Direito Constitucional, o presente trabalho trata-se de um ensaio teórico/pesquisa bibliográfica, que propõe analisar, por meio da contraposição do posicionamento dos doutrinadores, bem como pelo estudo dos dispositivos legais, a (in)constitucionalidade do requisito da confissão formal e circunstancial para legalização do acordo de não persecução penal e a possibilidade de utilização de tal confissão como prova em ação penal posterior ao descumprimento do acordo.

2 JUSTIÇA PENAL CONSENSUAL

2.1 CONCEITUAÇÃO

Nas palavras de Andrade a justiça penal consensual “trata-se de um modelo de justiça em que a solução é acordada entre as partes, ou seja, o desfecho para o caso criminal é forjado a partir da convergência de vontades dos litigantes, nos termos da lei.” (pág. 57, 2022).

Insta salientar que na doutrina há quem distinga a justiça consensual da justiça negociada. Sobre isto, Andrade (2022) saliente que se há distinção entre elas, é que na justiça consensual existem limites bem definidos para atuação das partes, sem que haja muito espaço para discussão, devendo o consenso ser construído dentro de uma margem pelo legislador definida, enquanto na justiça negociada as partes têm maior autonomia quanto à formulação

de propostas e definição de seu conteúdo, de modo que agem com mais discricionariedade na busca de um acordo que coloque fim ao conflito.

Em todo caso, como bem pontua Andrade (2022), ambas as justiças, consensual ou negociada, orientam-se pelo paradigma do consenso, já que o diálogo e as negociações têm o intuito de alcançar o entendimento mútuo e a resolução acordada do conflito.

Entretanto, importante se faz dizer que nem sempre a justiça penal consensual impede ou evita que o conflito chegue ao Poder Judiciário, mas é assim vista, pois possibilita, por meio do consenso e diálogo, uma rápida e menos onerosa resolução dos conflitos, evitando assim que o réu sofra com os efeitos estigmatizantes de um longo processo e ajudando a diminuir a sobrecarga de trabalho das unidades jurisdicionais (LEITE, 2013).

Em síntese, a justiça penal consensual rompe os esquemas clássicos do Direito Processual Penal, representando uma mudança de mentalidade, visto que apresenta uma concepção de participação entre juiz, Ministério Público e defensor. Sendo que os três, cada um em sua função, buscam a solução mais célere e equânime, que atenda às expectativas do Estado, da sociedade e do próprio acusado da melhor maneira (ANDRADE, 2022).

2.2 JUSTIÇA PENAL CONSENSUAL NO BRASIL

Seguindo as tendências do sistema continental europeu, o Brasil passou a introduzir em seu ordenamento jurídico instrumentos de consenso com a finalidade de desburocratizar e acelerar a prestação da justiça criminal nas infrações de pequena e média periculosidade.

Os primeiros instrumentos de consenso, sendo uma alternativa ao princípio da obrigatoriedade da ação penal, que foram implementados no em nosso ordenamento jurídico no âmbito criminal foram os Juizados Especiais instituídos pela Lei nº 9.099/1995, tendo amparo no artigo 98, I da Constituição Federal.

Andrade (2022) explica que para as infrações de menor potencial ofensivo foram criados os institutos da composição civil e da transação penal e para os delitos de médio potencial ofensivo foi trazida a possibilidade da suspensão condicional do processo. Tendo esses institutos quebrado a inflexibilidade do modelo clássico de processo penal, pois pautados no princípio da oportunidade regrada e pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, eles baseiam-se na solução consensuada do conflito, aplicando medidas substitutivas à prisão e reparação de danos causados as vítimas.

Anteriormente, também havia sido introduzida a possibilidade de firmar acordo de colaboração premiada, na modalidade de delação premiada, por meio da Lei nº 8.072/1990 e

de outras várias leis penais especiais. Contudo a disciplina processual de tal instituto foi delineada na nova Lei do Crime Organizado, Lei nº 12.850/2013, orientando-se também pela vertente do consenso, representando um instrumento da justiça penal consensual (ANDRADE, 2022).

Mais recentemente, foi criado o acordo de não persecução penal (ANPP), inserido no ordenamento jurídico penal pela Lei nº 13.964/2019, o chamado Pacote Anticrime, que é o tema do presente artigo e será tratado de forma mais detalhada no tópico a seguir.

3ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O ANPP, inicialmente previsto no artigo 18 da Resolução nº 181, do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), atualmente positivado na legislação brasileira no artigo 28-A do CPP, incluído pela Lei nº 13.964/2019, *in verbis*:

Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente:

- I – reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo;
 - II – renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;
 - III – prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal);
 - IV – pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicado pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou
 - V – cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada. [...]
- (BRASIL, 1941).

Na visão de Lima (2020), o ANPP trata-se de um negócio jurídico, de natureza extrajudicial, necessariamente homologado pelo juízo competente, formalizado entre o Ministério Público e o autor do fato delituoso, assistido por seu defensor, que confessa formal e circunstancialmente a prática do delito, submetendo-se ao cumprimento de certas condições não privativas de liberdade, em contrapartida o *Parquet* compromete-se a não perseguir judicialmente o caso penal extraído do inquérito policial, ou seja, não oferecer a

denúncia, posteriormente declarando-se a extinção da punibilidade do investigado, caso executado integralmente.

Consoante, Cunha (2020) reputa que se temo ANPP como o ajuste obrigacional, firmado entre órgão de acusação e o investigado assistido por advogado, onde este assume sua responsabilidade, e aceita cumprir condições diversas e mais brandas, do que a sanção penal aplicável ao fato contra si imputado, que será devidamente homologado pelo juiz.

Assim, sendo uma medida despenalizadora, o ANPP é um acordo ajustado entre o Ministério Público e o sujeito ativo do Inquérito Policial, quando preenchidas as exigências dispostas no artigo 28-A do Código de Processo Penal, entre elas a confissão formal e circunstancial, no qual serão definidas condições a serem cumpridas pelo investigado e em contrapartida o Ministério Público obsta o oferecimento da denúncia.

3.2 REQUISITOS PARA CELEBRAÇÃO DO ANPP

Os requisitos para o oferecimento da proposta de ANPP pelo Ministério Público para o sujeito passivo do inquérito policial estão previstos no artigo 28-A, *caput*, do Código de Processo Penal, eles são cumulativos, sendo assim, devem estar todos presentes.

Nesta senda, existindo inquérito policial, o primeiro requisito é que não seja caso de arquivamento de seu arquivamento. Consoante Lima (2020), o ANPP somente deve ser celebrado quando a instauração do processo penal se apresentar viável, devendo existir aparência da prática criminosa, punibilidade concreta, legitimidade de parte e justa causa, esta entendida como o mínimo suporte probatório que fundamente uma possível acusação.

O ANPP pressupõe a justa causa para denúncia, um mínimo suporte fático capaz de justificar o oferecimento da instância penal (CUNHA, 2020). Assim sendo, o ANPP apenas deve ser proposto se presentes indícios suficientes da infração penal que acarretariam em oferecimento da denúncia, não podendo o Ministério Público sugerir, caso a outra medida a ser tomada fosse o arquivamento.

Nesta perspectiva, quanto ao momento em que seria cabível o ANPP, gerou-se na doutrina controvérsias se caberia nos processos que já estavam em tramitação quando entrou em vigor a Lei nº 13.964/2019, processos nos quais já havia sido oferecida e recebida a denúncia. Tal discussão diverge opinião tanto na doutrina, como nos tribunais superiores.

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) editaram o enunciado nº 20 dispondo que só seria cabível ANPP a fatos anteriores a sua vigência se ainda não houvesse sido recebida a denúncia. Este também é o posicionamento da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Por outro lado, a 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal publicou o enunciado nº 98 sustentando que é cabível o ANPP em ações penais já em curso quando entrou em vigência o Pacote Anticrime, desde que antes do trânsito em julgado, se preenchidos os requisitos legais, devendo o integrante do MP oferecer ao acusado oportunidade para confessar formal e circunstancialmente a prática da infração penal, se achar que o ANPP é medida mais adequada e proporcional que eventual sentença ou acórdão. No mesmo sentido é o posicionamento da Sexta Turma do STJ.

Tendo em vista essas divergências, o Supremo Tribunal Federal (STF) no HC 185913/DF, da relatoria do Min. Gilmar Mendes, decidiu pelo julgamento do assunto pelo plenário da Corte Suprema, o qual ainda não foi realizado.

Dando sequência, o segundo requisito trazido pela lei é a confissão formal e circunstancial da prática da infração penal, contudo falaremos dele separadamente no próximo tópico, de forma mais aprofundada.

O terceiro requisito, por sua vez, é que a infração penal cometida seja sem violência ou grave ameaça. Nos dizeres de Avena (2020), acertou o legislador ao impor estas limitações, pois as infrações cometidas com violência ou grave ameaça revelam mais periculosidade social do agente, impondo que este responda a um processo criminal, que produz efeitos de prevenção e repressão com sua instauração tendo em vista o constrangimento causado pelo processo. Ainda, a violência ou grave ameaça tem relação à pessoa do ofendido, não incluindo a violência empregada contra coisas.

Inclusive, cumpre ressaltar que na doutrina há divergências a respeito do cabimento do ANPP nos crimes violentos culposos, sendo que parte entende que as violências tanto dolosas quanto culposas impedem o oferecimento do acordo, não tendo o legislador feito diferença entre elas.

Por outro lado, há doutrinadores que entendem que seria sim cabível a celebração. Este é o entendimento do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPGE) e do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM) no enunciado nº 23 sobre o tema, quando afirmaram que é cabível ANPP nos crimes culposos com resultado violento, visto que nesses delitos a conduta consiste na violação de um dever objetivo de cuidado por negligência, imperícia ou imprudência, com resultado involuntário, não desejado e nem aceito pelo agente ainda que previsível.

Ademais, exige-se que a pena mínima cominada a infração seja inferior a 4 (quatro) anos. Sendo que, de acordo com o disposto no §1º do art. 28-A do CPP para cotejo da pena mínima cominada ao delito serão consideradas as causas de aumento e de diminuição aplicáveis ao caso concreto.

A respeito deste requisito Junior (2020) atesta que para aferição dessa pena devem ser levadas em consideração as causas de aumento e de redução da pena, sendo que nas causas de diminuição será considerado o máximo possível e nas causas de aumento o mínimo, visto que buscasse a pena mínima cominada.

Cunha (2020) explica que tomando como norte a pena mínima abstratamente conferida ao delito, presente causa de aumento variável deve-se utilizar a menor fração, e havendo causa de diminuição variável utiliza-se a maior fração. Imaginando-se a fração variável de 1/6 a 2/6, se for causa de aumento aplica-se 1/6, se for causa de diminuição aplica-se a fração de 2/3.

E, por fim, carece que o acordo seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime. Sobre o tema Avena (2020) deslinda que diferente das demais, esta constatação é realizada a partir da subjetividade do membro do Ministério Público analisando as peculiaridades do caso em concreto, podendo ser feita também em face da natureza do delito. O ANPP deve ser bastante para atender as finalidades repressivas da infração praticada e a preventiva de novas infrações da mesma forma que seria a tramitação do processo penal e a eventual sentença condenatória.

Nesta conjuntura, importante também elencar as hipóteses trazidas pelo §2º do art. 28-A do CPP que são aquelas nas quais não será possível o oferecimento de proposta de ANPP. São elas:

§2º O disposto no caput deste artigo não se aplica nas seguintes hipóteses:

I - se for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei;

II - se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas;

III - ter sido o agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; e

IV - nos crimes praticados no âmbito da violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor.

(BRASIL, 1941)

Dito isto, passamos a análise do requisito da confissão, objeto de pesquisa do presente artigo.

3.2.1 Confissão formal e circunstancial

Como exposto no tópico anterior, é pressuposto para oficialização do ANPP que o investigado confesse formal e circunstancialmente a prática do injusto penal a ele imputado. Portanto, insta esclarecer que no âmbito do processo penal, confessar é quando, tendo pleno discernimento, de forma voluntária, expressa e pessoal, aquele que seja suspeito de cometer um crime, admite sua prática, diante de autoridade competente, em ato solene e público reduzido a termo (NUCCI, 2019).

Para mais, no dizer de Avena (2020), confissão formal é a prestada na forma escrita, enquanto a circunstancial, importa dizer que a proposta do ajuste pelo Ministério Público está condicionada ao investigado assumir, com detalhamento de todas as circunstâncias, a prática do ilícito penal objeto do acordo.

Outrossim, Masi (2020) afirma que uma narrativa completa e detalhada do crime e de todos as suas circunstâncias é o que a lei se refere quando mencionada a confissão formal e circunstanciada.

Aliás, Andrade (2022) sanciona que o art. 28-A do CPP exige que a confissão seja formal e circunstanciada, ou seja, detalhada e integral. Em vista disso, poderia somente aceitar a confissão sem reservas, simples, na qual o investigado não evoca fatos em seu benefício. Portanto, a confissão qualificada, na qual o confitente alega fatos em seu favor, visando excluir tipicidade, ilicitude ou culpabilidade, ou ainda, pretendendo uma desclassificação, não pode autorizar o ANPP.

Ademias, Cabral (2022) explica que a confissão deve ocorrer na presença do membro do Ministério Público no momento em que o acordo for celebrado, devendo o investigado estar acompanhado do defensor. Portanto, não vale a confissão prestada no IP ou no PIC, pois deve ser prestada no momento da celebração do acordo.

Por fim, deve ser algo detalhado, com narrativa suficientemente coerente e convincente sobre a prática do ilícito, de forma que transmita consistência e veracidade. Terá que falar livremente, com as próprias palavras, sem conduções ou auxílio de terceiros, não podendo ser uma confissão parcial, devendo incluir autores e partícipes, e não poderá ser uma confissão qualificada, nem retratada (ANDRADE, 2022).

3.3 DIREITO AO SILÊNCIO E PRINCÍPIO DO NEMO TENETUR SE DETEGERE

Assegurado no artigo 5º, inciso LXIII da nossa Constituição Federal, o direito ao silêncio tem suas origens na Convenção Americana de Direitos Humanos, foi positivado em nosso ordenamento jurídico no referido artigo e encontra-se também disposto nos artigos 186 e 198 do Código de Processo Penal.

Leciona Junior (2020) que o direito ao silêncio é meramente uma manifestação de uma garantia muito maior, talhada no princípio *nemo tenetur se detegere*, de acordo com o qual o sujeito passivo não pode sofrer qualquer prejuízo jurídico por omitir-se de colaborar em atividade probatória da acusação ou por exercer seu direito de silêncio quando interrogado. Não pode nascer nenhuma presunção de culpabilidade ou qualquer tipo de prejuízo para o imputado após o exercício do direito de silêncio.

Segundo Freitas Junior e Gondim (2021) o direito ao silêncio trata-se tão somente de uma das vertentes do princípio *nemo tenetur se detegere*, que consiste no direito de ninguém ser obrigado a produzir prova contra si mesmo, modalidade de autodefesa passiva, exercida através da inatividade do indivíduo sobre o qual recai a imputação do delito.

Através do princípio do *nemo tenetur se detegere*, não pode o sujeito passivo ser compelido a declarar ou participar de qualquer atividade que possa incriminá-lo ou prejudicar sua defesa (JUNIOR, 2020).

Freitas Junior e Gondim (2021) apresentam cinco desdobramentos do princípio *nemo tenetur se detegere*, sendo eles o direito ao silêncio ou direito de permanecer calado, o direito de não ser constrangido a confessar a prática de ilícito penal, a inexigibilidade de dizer a verdade, o direito de não praticar qualquer comportamento ativo que possa incriminá-lo e o direito de não produzir nenhuma prova incriminadora invasiva.

Conforme afirma Pacelli (2020) o direito ao silêncio ou a garantia contra a autoincriminação, além de permitir que o acusado ou aprisionado permaneça em silêncio durante a investigação e em juízo, também impede que ele seja pressionado a produzir ou contribuir com produção de provas contrárias ao seu interesse.

Isto posto, passamos para o próximo tópico.

3.4 (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO REQUISITO DA CONFISSÃO PARA CELEBRAÇÃO DO ANPP

Tendo em vista os aspectos apresentados anteriormente, passa-se agora a análise dos posicionamentos doutrinários acerca da constitucionalidade do requisito da confissão formal e circunstancial para realização do ANPP.

Da perspectiva de Avena (2020), não há inconstitucionalidade alguma no fato de se estipular a confissão formal e circunstancial do investigado como requisito para efeitos da formalização do ANPP. Isto porque a concretização do ANPP encontra-se no plano da voluntariedade do investigado. Celebrando-o se quiser, não havendo constrangimento para que o faça. Sendo que, se for de sua vontade realizá-lo, terá que acatar os requisitos legalmente previstos para tanto, entre eles a confissão.

No mesmo sentido, Carvalho (2020, p. 253), assevera que “[...] o investigado tem a liberdade de confessar ou não o ato delituoso, ou seja, tem o investigado o direito de ficar calado ou de confessar detalhadamente o ato delituoso. É uma opção do investigado, dentro de sua autonomia de vontade e assistido pela defesa.”

Para Cabral (2022), a confissão tem duas razões muito importantes, uma por constituir uma função de garantia e outra por viabilizar uma função processual. A primeira diz respeito a apresentar um fundamento robusto com fim de garantir que ao celebrar o acordo o MP não está praticando uma injustiça contra um inocente. Tal confissão reforça a justa causa que já era existente para o oferecimento da denúncia, dando peso e seriedade a realização do acordo.

A segunda função é fornecer ao MP um elemento de vantagem processual caso seja descumprido o acordo. De modo que haverá consequências para o investigado se o descumprir. Pois caso não houvesse a confissão o descumprimento não acarretaria em nenhuma consequência para o investigado, significando dizer que todo o atraso na persecução penal, toda movimentação para realização do acordo e sua concretização foram inúteis, podendo o investigado descumprir-lo sem qualquer ônus ou desvantagem (CABRAL, 2022).

De mais a mais, com relação a confissão frente ao direito ao silêncio, em suma Cabral (2022) assevera que a confissão prestada na celebração do acordo não admite emprego de nenhuma medida que visa forçar o investigado a confessar a prática do delito, por exemplo, a tortura. Sendo importante saber se existe consentimento livre e informado, se há voluntariedade na decisão de confessar para obter o benefício. Ainda, não se trata de uma ameaça ao investigado, mas sim uma oferta de confessar para ter o benefício.

Por estes e outros motivos, Cabral (2022) assegura que o estabelecimento pelo art. 28-A do CPP da confissão como requisito para o ANPP não viola o direito de ficar calado, visto que a decisão de confessar decorre de uma opção legítima e importante para a defesa do investigado, além de necessariamente ser orientada pelo defensor.

Por outro lado, há posicionamentos que sustentam a inconstitucionalidade da confissão como requisito do ANPP.

Neste diapasão, em Silva et al. (2020) vamos encontrar o esclarecimento de que o requisito da confissão para barganha entre órgão acusador e o sujeito acusado prejudica o direito ao silêncio previsto no artigo 5º, LXIII, da Constituição da República. Cumprindo ressaltar a colisão o requisito da confissão com o constitucionalmente previsto direito.

No mesmo sentido, Betta (2020) ratifica que se observa que a confissão não pode ser exigência para o ANPP, pois infringe frontalmente a garantia constitucional conjecturada no artigo 5º, inciso LXIII da CF.

Além disso, segundo Betta (2020), há muitas vezes, implicitamente, o risco de o indiciado confessar sem ter de fato cometido o delito ou até ter cometido, mas de forma menos grave, ou ainda em causa de justificação, suscitando uma falsa confissão, tão somente para não correr o risco de ser condenado criminalmente.

Andrade (2022) quando trata a respeito da violação aos princípios da presunção de inocência e do privilégio da não autoincriminação pelos instrumentos da justiça consensual amparados na assunção de culpa, leciona que tal afirmação se pauta na compreensão de que os mecanismos de consenso, que prometem redução de penas, tornam o processo numa forma de pressão contra o investigado. Pois naquelas circunstâncias ele se sentiria coagido ou pressionado a confessar, abdicando assim de suas garantias processual, com o fim de ter uma pena menor.

Ferrajoli (2014) crê que o sistema consensual funda um método coercitivo e injusto, vez que a via de acordo pode fazer pessoas inocentes se declararem culpadas, tudo por medo de serem condenadas a penas maiores.

Andrade (2022) assevera que “nesta linha de raciocínio, os acordos penais caracterizam insuperáveis violações ao aludido princípio de presunção de inocência e também à garantia contra a autoincriminação [...]”.

De mais a mais, Silva *et al.* (2020) sustenta que, apesar do acusado optar em aceitar ou não o acordo, estará ele sujeito as imposições ali contraídas, confessando automaticamente o delito ao aceitá-las, podendo fazê-lo não só por ser autor do crime, mas pelos benefícios que receberia, como a não formação de antecedentes criminais e a não punição com pena privativa de liberdade.

Como bem denota Andrade (2022) a questão é delicada, de alta complexidade, tendo que ser resolvida pelo Supremo Tribunal Federal no anteriormente mencionado HC 185913/DF, cujo relator é o Min. Gilmar Mendes. Pois além de decidir sobre a natureza da

norma do art. 28-A, clareando sobre sua aplicação nos processos que já estavam tramitando quando entrou em vigor a Lei nº 13.964/2019, o tribunal também vai decidir se é cabível o oferecimento do ANPP nos casos em que o imputado não tenha confessado anteriormente, durante a investigação ou o processo. Sendo o tema objeto também do debate da ADI 6304, na qual se sustenta que a obrigação de confessar a prática da infração penal viola o princípio da presunção de inocência.

Entretanto, o ANPP foi pensado visando evitar a instauração da ação penal e não para proporcionar a simplificação processual, a terminação antecipada do processo, com aplicação de pena por rito abreviado calcado na confissão de culpa. É um instituto que se destina a ser uma saída alternativa ao processo criminal, e não para que seja fixada a responsabilidade penal. Desta forma, se o mecanismo foi criado para ser uma solução consensual em fase pré-processual, não com intuito punitivo, mas para instituir o cumprimento consensual de condições, é melhor que a avença seja embasada em elementos de prova colhidos pela autoridade policial e não na confissão exigida (ANDRADE, 2022).

Além disso, Schmitt de Bem (2020) sabiamente adverte que a dispensa da confissão também impede que ela venha a ser vista como uma moeda de troca, devendo o investigado ajudar circunstanciadamente para ser ajudado, se não será processado.

Ademais, segundo Andrade (2022) a confissão acaba antecipando a discussão sobre o mérito sem que tenha sido oferecida a denúncia, sem que a acusação tenha sido formalizada. Podendo o investigado somente confessar pensando na celebração do acordo e este acabar não sendo oferecido pelo MP ou não homologado pelo juiz. E nesses casos o MP terá uma vantagem, pois desejará utilizar a confissão como elemento probatório para propositura de ação e convencimento do julgador sobre a responsabilidade do acusado.

Assim sendo, nota-se que há posicionamentos para ambos os lados, sem que haja uma uniformização do entendimento até então, sendo que, só haverá uma resposta correta para tal questionamento quando a questão for julgada pelo Plenário da Corte Superior.

3.5 IMPLICAÇÕES JURÍDICAS DO CUMPRIMENTO DO ANPP E AS CONSEQUÊNCIAS DE SEU DESCUMPRIMENTO

Tanto as implicações jurídicas do cumprimento do ANPP, como as consequências de seu descumprimento estão previstas nos parágrafos do art. 28-A do CPP, de modo que citá-las-emos a seguir fazendo os apontamentos pertinentes.

O § 12 do art. 28-A do CPP alude que a celebração e o cumprimento do ANPP não constarão em certidão de antecedentes criminais (BRASIL, 1941). Juntamente a isto, o §13 também do citado artigo garante que cumprido integralmente o ANPP o juízo competente decretará extinta a punibilidade do sujeito (BRASIL, 1941).

Isto significa dizer que a única consequência da celebração e do cumprimento do ANPP será a de que o agente não poderá realizar novo ANPP, nem ser beneficiário de transação penal ou suspensão condicional do processo pelo prazo de 5 (cinco) anos, nos termos do art. 28-A, §2º, inciso III do CPP, por conseguinte está será a única anotação constante em relação ao ANPP.

De mais a mais, depois de celebrado o acordo, caso o beneficiário venha a descumprir qualquer das condições que foram anteriormente estipuladas, o Ministério Público deverá comunicar o juízo, para que seja feita a rescisão do acordo, e posteriormente, que seja oferecida a denúncia, segundo o art. 28-A, §10 do CPP.

Neste seguimento, Cunha (2020) saliente que apesar da redação do parágrafo, não se trata apenas de um simples comunicado, mas sim de um requerimento ministerial para que o juiz rescinda o acordo. De forma que a decisão judicial não é meramente declaratória, mas tem natureza constitutiva negativa.

Ainda, Andrade (2022) sobreleva que havendo a comunicação do descumprimento do acordo pelo MP, é importante que o juiz mande intimar o investigado para que ele se manifeste dentro de certo prazo ou que designe uma audiência para dar-lhe a chance de justificar-se, explicando o porquê não cumpriu os encargos estipulados no negócio jurídico ora firmado com o órgão de acusação. E compreendendo o magistrado que houve o descumprimento injustificado da avença, vindo a rescindi-la, o MP poderá então oferecer a denúncia ou retomar o curso da ação penal, nos casos em que ela já estava em curso quando celebrado o acordo.

A respeito do tema, também surgiu na doutrina uma discussão acerca da possibilidade da confissão prestada na celebração do ANPP ser utilizada como prova na ação penal ocasionada pelo descumprimento do acordo, contudo trataremos a respeito no próximo tópico.

Por fim, o §11 do art. 28-A do CPP, assevera que tal descumprimento poderá ser utilizado como justificativa para que o Ministério Público deixe de oferecer a suspensão condicional do processo para o então acusado.

3.5.1 Possibilidade de utilização da confissão prestada para celebração do ANPP como prova em ação penal ocasionada pelo descumprimento das condições estabelecidas no acordo

Como visto no tópico anterior, o descumprimento de alguma das condições estabelecidas no ANPP acarreta no oferecimento da denúncia pelo MP. Diante disto, surgiram questionamentos na doutrina acerca da possibilidade da utilização da confissão prestada na celebração do acordo como elemento probatório na ação penal ocasionada pelo descumprimento da avença.

Ali Mazloun e Amir Mazloun (2020) asseveram que “o descumprimento do acordo não valida a confissão como prova porque não há processo ainda, [...] a situação assemelha-se a delação premiada desfeita, em que as provas autoincriminatórias não podem ser utilizadas em desfavor do colaborador.”.

No mesmo sentido é o entendimento de Lima Silva (2020) que diz que não se encontra nos parágrafos e incisos do artigo 28-A do CPP previsão de utilização da confissão prestada em sede de inquérito policial em caso de descumprimento do acordo, de modo que tal coisa seria analogia em prejuízo do réu, o que é vedado em nosso ordenamento jurídico.

Ainda, Lima Silva (2020) também sustenta que obedecendo à dialética processual penal constitucional, mesmo nos casos de descumprimento do ANPP, a confissão prestada no momento da formulação do negócio deve ser completamente esquecida, sendo dever do MP coletar as provas necessárias para eventual condenação do acusado, isto sobre o crivo do contraditório.

Por outro lado, Andrade (2022) pontua que se o investigado confessou a prática delitiva, assistido por seu defensor, de forma livre e voluntária, e espontaneamente celebrou o ANPP, nada impede que seja feita alusão a tal confissão pelo órgão de acusação, se por sua culpa o acordo for quebrado e a denúncia oferecida. Não fazendo sentido a confissão ser convertida em algo imprestável e que seja inutilizada pelo descumprimento e revogação do acordo se tal coisa se deu por culpa do investigado.

É nesta mesma linha o entendimento do enunciado nº 24 do PGJ-CGMP do Ministério Público de São Paulo, e do enunciado nº 27 editado pelo CNPG e pelo GNCCRIM (2022) “Havendo descumprimento dos termos do acordo, a denúncia a ser oferecida poderá utilizar como suporte probatório a confissão formal e circunstanciada do investigado (presta voluntariamente na celebração do acordo)”.

Por fim, Andrade (2022) ressalta que não se pode deixar de lado que o problema central está na inadequação da exigência da confissão para celebração do ANPP, requisito desnecessário e que resvala as garantias constitucionais do investigado. Todavia, se ele

confessou de forma livre e consciente, e voluntariamente firmou o acordo assistido por seu advogado, não há razões para que a confissão seja desconsiderada posteriormente.

Desta forma, percebe-se que da mesma forma que sobre a (in)constitucionalidade do requisito da confissão, não se tem uma resposta exata para o questionamento acerca de sua posterior utilização, dependendo, desta forma, que seja julgada a primeira para se ter uma resposta a respeito da segunda.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante dos argumentos expostos, percebe-se que a justiça penal consensual está tomando cada vez mais espaço no ordenamento jurídico e que é algo que veio para ficar, pois seus mecanismos agilizam a resposta do Estado aos injustos penais e aceleram a reparação dos danos sofridos pelas vítimas.

Por sua vez, nota-se também que o ANPP se assemelha a um termo de ajustamento de conduta, no qual a parte acusadora se compromete a não oferecer a inicial acusatória, não iniciando assim o processo, enquanto do outro lado o investigado se compromete a cumprir as condições estipuladas.

Desta forma, é um instituto bastante benéfico para aqueles por ele acometidos, vez que não respondem por uma ação penal e não sofrem os efeitos de uma eventual condenação, bem como, não sofrem com a respectiva aplicação de penas.

Entretanto, a respeito da questão estudada no presente trabalho, verifica-se que há divergência, pois se encontram argumentos que fundamentam tanto a constitucionalidade, quanto a inconstitucionalidade da confissão como requisito do ANPP.

De um lado tem-se a voluntariedade do investigado em firmar o ANPP, podendo ele confessar ou não a prática da infração penal, não implicando em uma obrigação, mas sim uma faculdade. Bem como, uma maior segurança para o MP celebrar tal acordo, além de uma vantagem na ação penal e uma expectativa de consequência para o sujeito caso ele venha a descumprir com suas obrigações, sendo constitucional tal requisito.

Em contrapartida, sustenta-se a inconstitucionalidade do mesmo, vez que desserve diretamente o direito ao silêncio e a garantia da não autoincriminação, visto que se o investigado escolher realizar o acordo terá que confessar a prática do fato criminoso, tratando-se, portanto, de uma imposição. Contudo, tal requisito pode ocasionar falsas confissões, que objetivam apenas angariar os benefícios trazidos pelo acordo.

Além do mais, tal confissão acaba sendo vista como uma moeda de troca, tendo que o sujeito confessar para que tenha o benefício, proporcionando assim ao *Parquet* uma vantagem caso haja uma ação penal posteriormente.

O que nos remete ao outro questionamento discutido no presente artigo, qual seja a possibilidade da utilização da confissão como prova na ação penal posteriormente ajuizada caso descumprido o acordo. Ainda assim, não se tem também uma resposta certa e definitiva para este questionamento, havendo posicionamento para ambos os lados, que se baseiam basicamente nos mesmos argumentos postulados para defender a constitucionalidade ou não do requisito da confissão em si.

Dito isto, explícito que há argumentos fortes para ambos os lados, sendo que tais questionamentos e divergências somente cessarão quando o tema for julgado pelo Plenário da Suprema Corte.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Flavio da Silva. **Justiça penal consensual: controvérsias e desafios**. 2. ed. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022.

AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 12. ed. São Paulo: Método, 2020.

BEM, Leonardo Schmitt de. **Os requisitos do acordo de não persecução penal**. In: BEM, Leonardo Schmitt; MARTINELLI, João Paulo (orgs). *Acordo de não persecução penal*. Belo Horizonte, São Paulo: D'Placido, 2020.

BETTA, Emerson de Paula. **Da inconstitucionalidade e irrelevância do requisito da confissão no ANPP**. São Paulo: Revista Consultor Jurídico, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-17/tribuna-defensoria-inconstitucionalidade-irrelevancia-confissao-anpp#:~:text=Em%20conclus%C3%A3o%2C%20deve%20ser%20afastado,que%20a%20lei%20prop%C3%B5e%2C%20j%C3%A1>. Acesso em: 21 mai. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 21 mai. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Institui o Código de Processo Penal, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 21 mai. 2022.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **HC 185913/SP**. Relator(a): Min. Gilmar Mendes. Brasília/DF, 22/09/2020. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15350172379&ext=.pdf>. Acesso em: 22 mai. 2022.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Manual do Acordo de Não Persecução Penal**. 3. ed. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022.

CÂMARA, 2ª, **Enunciados**. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/enunciados>. Acesso em: 22 mai. 2022.

CARVALHO, Sandro Carvalho Lobato de. **Algumas questões sobre a confissão no Acordo de Não Persecução Penal**. Rio de Janeiro: Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, 2020. Disponível em: http://www.mprj.mp.br/documents/20184/2026467/Sandro_Carvalho_Lobato_de_Carvalho.pdf. Acesso em: 22 nov. 2021.

CUNHA, Rogério Sanches. **Pacote anticrime: Lei n. 13.964/2019 – Comentários às alterações no CP, CPP e LEP**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. Trad. De Ana Paula Zomer Sica e outros. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

GNCCRIM, Comissão Especial. **Enunciados interpretativos da Lei nº 13.964/2019 Lei Anticrime**. Disponível em: https://criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/GNCCRIM_-_ANALISE_LEI_ANTICRIME_JANEIRO_2020.pdf. Acesso em: 22 mai. 2022.

GONDIM, Lais Mesquita; FREITAS JR, João Carlos. **Direito Processual Penal**. 2. ed. Brasília: CP Iuris, 2021.

LEITE, Rosimeire Ventura. **Justiça Consensual e Efetividade no Processo Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal: volume único**. 8ª. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MASI, Carlo Velho. **O acordo de não persecução penal como ferramenta político criminal de despenalização dos crimes de médio potencial ofensivo**. Porto Alegre: Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, 2020. Disponível em: <https://revista.defensoria.rs.def.br/defensoria/article/view/36/25>. Acesso em: 22 nov. 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal: parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal**. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

MAZLOUM, Ali; MAZLOUM, Amir. **Acordo de não persecução penal é aplicável a processos em curso**. São Paulo: Revista Consultor Jurídico, 2022. Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/2020-fev-07/opinioao-acordo-nao-persecucao-penal-aplicavel-acoes-curso>. Acesso em: 22. mai. 2022.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

SILVA, J. C. F; REIS, D. C. F.; SILVA, K. A. R. F. **Inconstitucionalidade material da confissão no acordo de não persecução penal**. Fortaleza: ESMP Times, 2020. Disponível em: <http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2021/02/ARTIGO-4.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2021.

SILVA, Maycon Mauricio Lima. **A inconstitucionalidade do uso da confissão no descumprimento do ANPP**. São Paulo: Revista Consultor Jurídico, 2020. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2020-set-23/maycon-silva-uso-confissao-descumprimento-anpp#:~:text=A%20inconstitucionalidade%20do%20uso%20da%20confiss%C3%A3o%20no%20descumprimento%20do%20ANPP&text=O%20ano%20de%202020%20iniciou,opera%C3%A7%C3%B5es%20policiais%20Fpol%C3%ADticas%20\(vg..](https://www.conjur.com.br/2020-set-23/maycon-silva-uso-confissao-descumprimento-anpp#:~:text=A%20inconstitucionalidade%20do%20uso%20da%20confiss%C3%A3o%20no%20descumprimento%20do%20ANPP&text=O%20ano%20de%202020%20iniciou,opera%C3%A7%C3%B5es%20policiais%20Fpol%C3%ADticas%20(vg..) Acesso em: 22 mai. 2022.