
**ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: A EXIGÊNCIA DE CONFISSÃO À
LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

***AGREEMENT OF NON-CRIMINAL PROSECUTION: THE REQUIREMENT OF
CONFESSION IN THE LIGHT OF THE FEDERAL CONSTITUTION***

**Gabriel Henrique Fari¹
Ana Cristina Medeiros Rodrigues²
Heitor Romero Marques³**

Resumo: O objetivo desta pesquisa é demonstrar como se configura a exigência de confissão no acordo de não persecução penal ante a Constituição Federal. A metodologia utilizada foi de revisão bibliográfica, com abordagem diagnóstica e método analítico sintético. Com isso, foi possível verificar que a exigência de confissão viola princípios constitucionais e infraconstitucionais previstos nos sistemas jurídicos penal e processual penal brasileiros. Portanto, concluiu-se que a exigência de confissão para a realização do ANPP é inconstitucional.

Palavras-chave: Processo Penal. Acordo de Não Persecução Penal. Exigência de confissão. Inconstitucionalidade.

Abstract: The objective of this research is to demonstrate how the confession requirement is configured in the non-criminal prosecution agreement in the face of the Federal Constitution. The methodology used was a bibliographic review, with a diagnostic approach and a synthetic analytical method. Thereat, it was possible to verify that the requirement of confession violates constitutional and infraconstitutional principles foreseen in the Brazilian criminal and procedural penal systems. Therefore, the requirement for confession is unconstitutional.

Keywords: Criminal Procedural. Non-Persecution Agreement. Requirement for confession. Unconstitutionality.

¹ Graduação em Direito pela Universidade Católica Dom Bosco, Brasil (2021). Estagiário do Ministério Público Estadual de Mato Grosso do Sul, Brasil.

² Mestrado em Desenvolvimento Local pela Universidade Católica Dom Bosco, Brasil (2016). Professora Titular da Universidade Católica Dom Bosco, Brasil.

³ Doutorado em Desarrollo Local Y Planteamiento Territorial pelo Universidad Complutense de Madrid, Espanha (2005). TEMPO INTEGRAL do UCDB - Mestrado em Desenvolvimento Local, Brasil.

*ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL:
A EXIGÊNCIA DE CONFISSÃO À LUZ DA
CONSTITUIÇÃO FEDERAL*

*Gabriel Henrique Farias
Ana Cristina Medeiros Rodrigues
Heitor Romero Marques*

Recebido em: 13/04/2021

Aceito em: 21/04/2021

1 INTRODUÇÃO

A propositura do Projeto de Lei (PL) 10.372/18 por parte do então Ministro da Justiça Sérgio Moro reacendeu os debates acerca do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), já anteriormente previsto em resolução no Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP).

O PL mencionado previa algumas mudanças na legislação Penal e Processual Penal. Como o seu próprio artigo 1º dispõe, este visa aperfeiçoar os ordenamentos penais e processuais penais pátrios. A tramitação no Legislativo do PL mencionado trouxe algumas mudanças, e o projeto foi finalmente aprovado por ambas as casas do Congresso Nacional e sancionado pelo chefe do executivo nacional.

Assim, o Pacote Anticrime, publicado em 24 de dezembro de 2019, passou a vigorar 30 dias após a sua publicação, em consonância com o que dispunha o seu Artigo 20, e trouxe diversas mudanças ao cenário penal e processual penal. Uma dessas mudanças foi a previsão do Acordo de Não Persecução Penal, um “contrato” penal entre o acusado e o Ministério Público. Esse acordo impõe ao acusado de algum crime algumas condições para cumprimento, dentre elas, a confissão – objeto de estudo desta pesquisa –, em troca do não oferecimento da denúncia.

Antes mesmo da propositura do Projeto de Lei do Pacote Anticrime, já existiam debates e estudos sobre o ANPP, visto que, como relatado, estava previsto em resolução do CNMP. Para alguns, inconstitucional a previsão em resolução, o acordo penal foi objeto de controle direto de constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal (STF). Entretanto, a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) perdeu seu objeto diante da entrada em vigor do artigo 28-A do CPP, trazido pelo Pacote anticrime.

Segundo o CNMP, o ANPP é fruto de estudos de Direito Comparado, já que o instituto foi embasado em figuras similares, aplicadas tanto nos Estados Unidos da América (EUA) como na Alemanha, ressalvadas algumas diferenças – a exemplo: a confissão.

É certo que todo dispositivo do Direito brasileiro deve ser submisso materialmente à Constituição Federal de 1988 (CF/88). Não seria diferente com o ANPP. Ele, portanto, juntamente com todos os seus nuances, deve passar pelo crivo constitucional.

Os objetivos específicos da pesquisa são decompor o acordo de não persecução penal, explicar os possíveis pressupostos de validade dele e justificar a necessidade da exigência de confissão para sua realização. O tema é de grande relevância, eis que proporciona experiências práticas inovadoras em sua aplicação ao caso concreto. Busca-se entender se tais experiências serão positivas ou negativas quando o acordo penal for implementado na atividade jurídica do dia a dia.

O questionamento levantado na pesquisa é: a exigência da confissão para a realização do acordo de não persecução penal obedece aos pressupostos da Constituição Federal? É isso o que se busca responder.

Ao estudar a confissão como prova do crime, pretendemos entender as consequências geradas por essa confissão nos casos em que houver posterior descumprimento do Acordo de Não Persecução Penal, e responder se o efeito da confissão é compatível com a constituição, muito embora seja claramente prejudicial ao indiciado.

A metodologia utilizada para tanto foi de análise bibliográfica, caracterizada por tendências fenomenológica-hermenêutica, com abordagem de tendência diagnóstica e natureza aplicada, método analítico sintético e tipo descritivo argumentativo.

2 ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Com a entrada em vigor do Pacote Anticrime trazido pela Lei 13.964/2019, diversas reformas foram realizadas no sistema jurídico penal brasileiro. Tanto no Direito Penal como no Direito Processual Penal as mudanças foram significativas.

O Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) foi uma das novidades advindas da Lei em comento. Para um melhor entendimento, necessita-se entender alguns conceitos, que serão delimitados a seguir.

2.1 CONCEITOS PRELIMINARES

O instituto do ANPP é, nas palavras do doutrinador CUNHA (2020, p. 127):

“[o] Ajuste celebrado entre o órgão de acusação e o investigado (assistido de advogado), devidamente homologado pelo juiz, no qual o indigitado assume sua responsabilidade, aceitando cumprir, desde logo, condições menos severas do que a sanção penal aplicável ao fato a ele imputado”.

O mencionado acordo é, portanto, nada mais que um contrato realizado entre o titular da ação penal – Ministério Público – e o indiciado, suspeito da prática de um delito, antes mesmo do oferecimento da denúncia, com a finalidade de otimizar a solução de um crime e garantir ao acusado a ausência de pena restritiva de liberdade, devendo ser homologado pelo juízo competente.

Para ser oferecido o acordo ao indiciado é necessário o preenchimento de alguns requisitos previstos na legislação, que serão listados e explicados no próximo capítulo.

2.2 DIREITO COMPARADO

O Brasil não é o primeiro a aplicar a figura do Acordo de Não Persecução Penal. Em vez disso, outros países ou já o aplicaram ou o aplicam atualmente. Podem ser citados pelo menos dois países que já utilizam ou utilizaram esse sistema: os Estados Unidos e a Alemanha.

O acordo teve origem nos países mencionados, mas sofreu modificações significativas que distorceram sua aplicação no sistema jurídico penal brasileiro, conforme será apreciado.

2.2.1 *Estados Unidos*

No sistema processual penal norte-americano, segundo QUEIRÓS CAMPOS (2012, p. 3), originou-se, por simples criação dos sujeitos processuais – *Common Law* –, o *plea bargaining*, que é semelhante ao acordo de não persecução

penal atualmente utilizado no Brasil. A barganha aplicada no país norte-americano foi conceituada por ALBERGARIA (2007, p. 20) como:

[A] negociação entre o arguido e o representante da acusação, com ou sem a participação do juiz, cujo objeto íntegra recíprocas concessões e que contemplará, sempre, a declaração de culpa do acusado (guilty plea) ou a declaração dele de que não pretende contestar a acusação (plea of nolo condete).

Pode-se dizer, portanto, diante da natureza negocial de ambos, que os institutos brasileiro e norte-americano são semelhantes – ressalvadas algumas diferenças como a exigência de homologação pelo juiz – e que um dos espelhos da teoria aplicada no âmbito nacional foi o modelo estadunidense.

Muito embora similares os dispositivos, a adaptação não foi fiel ao modelo espelhado, em vez disso trouxe distorções relevantes do sistema no Direito brasileiro. Um exemplo disso é a impossibilidade de aplicação de pena restritiva de liberdade ao indiciado no acordo introduzido no Brasil, de modo que, enquanto no modelo americano pode o Ministério Público propor acordo com pena de prisão, no brasileiro as penas são diversas da restritiva de liberdade.

Por esse motivo, ainda que possua êxito no outro país, quanto ao Brasil não se pode afirmar o mesmo.

2.2.2 Alemanha

O país da Alemanha também passou por experiências com uma espécie de acordo de não persecução penal. Com sua origem em meados da década de 1970, o acordo na esfera criminal surgiu aplicando-se a delitos menores, sem previsão legal. Quando entrou em pauta de discussão, já se estava aplicando instituto a crimes gravosos, inclusive com violência, e então o tema chegou aos tribunais superiores alemães e foi regulamentado por lei em 2009. Nesse sentido publicou ANDRADE (2017, p. 244):

Na Alemanha, a origem do acordo na esfera criminal (Absprachen) é obscura, mas remonta à década de 1970. Seu começo se deu com a

aplicação em delitos menores, mas, por não possuir previsão legal, foi adotado sem a realização de registros. Com o tempo, porém, ele passou a ser aplicado em delitos mais gravosos, inclusive aos que envolviam violência.

Entretanto, o modelo alemão adotou práticas que não foram implementadas no Brasil, tais como a realização de audiência pública para o oferecimento do acordo; o oferecimento partindo do juiz; e principalmente a confissão como apenas parte do conjunto probatório, devendo o juiz basear-se em outras evidências para o convencimento do magistrado. Dessa forma, não se pode ter como pressuposto de validade do acordo penal o modelo alemão.

2.3 HISTÓRICO NO BRASIL

No Brasil o ANPP teve origem na pioneira Resolução 181 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) de 07 de agosto de 2017, posteriormente alterada pela Resolução 183/18 também do CNMP.

Com o advento da resolução supracitada nasceu um debate jurisprudencial acerca da constitucionalidade da mesma, já que a regulamentação dispunha sobre Direito Processual Penal, matéria que só a União pode legislar, nos termos do Artigo 22, inciso I, da Constituição Federal de 1988. Por esse motivo, a resolução teve a constitucionalidade questionada por via das Ações Diretas de Inconstitucionalidades - ADIs nº 5.790, de autoria da Associação dos Magistrados Brasileiros, e 5.793, de autoria da Ordem dos Advogados do Brasil

Muito embora o CNMP tenha afirmado em sua defesa nas ADIs que a resolução não se trata de disposição processual, e sim de política criminal, a mesma possui interferência direta no sistema processual penal brasileiro. Pondo fim à discussão, a Lei do Pacote Anticrime trouxe a previsão do acordo penal, não havendo mais o que se falar em relação à inconstitucionalidade da resolução do Conselho.

Frisa-se, aliás, que a próxima na linha do tempo a prever o acordo penal é a Lei 13.964/2020, acrescentando ao Código de Processo Penal (CPP) o artigo 24-B, sobre o qual agora pairam as dúvidas de constitucionalidade.

3 ANÁLISE PROCEDIMENTAL DO ACORDO

Feito um breve relato histórico do Acordo, urge esclarecer o aspecto procedimental dele, entendendo, para tanto, como deve ocorrer segundo a lei e como efetivamente ocorre na prática do dia a dia jurídico.

O Artigo 28-A do Código de Processo Penal traz em seu caput requisitos, e em seus incisos, condições que, quando atendidos, impõem ao Ministério Público o poder dever de oferecimento do ANPP.

Do caput do dispositivo supracitado, o legislador destacou os seguintes requisitos: não ser o caso de arquivamento da investigação; a confissão formal e circunstanciada da prática da infração penal – sobre a qual recai o questionamento desta pesquisa - a ausência de violência e grave ameaça; e a pena mínima inferior a quatro anos, quando o acordo for necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do tipo no qual o delito é enquadrado.

Configura-se como requisito, ainda, segundo SILVARES (2020), a existência de procedimento investigatório – quer Inquérito Policial, quer procedimento investigatório criminal do Ministério Público.

Com base no caput do artigo 28-A, entende-se que, uma vez preenchidos tais requisitos, o acordo deve ser oferecido ao indiciado, e a este cabe a escolha de, depois de informado das condições a serem cumpridas, aceitar ou não o acordo penal oferecido.

As condições a serem cumpridas, alternativa ou cumulativamente, pelo acusado, estão previstas nos incisos I a V do Artigo 28-A do CPP, as quais são: reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo; renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; 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; pagar prestação pecuniária a entidade pública ou de interesse social, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos

aparentemente lesados pelo delito; ou cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

Caso o investigado, devidamente assistido por advogado, aceite as condições previstas nos incisos I a V, o acordo deve ser celebrado entre este e o Ministério Público e posteriormente homologado pelo juiz, extinguindo-se a punibilidade do indiciado antes mesmo do oferecimento da denúncia.

Existe ainda a previsão no parágrafo segundo do Artigo 28-A de requisitos negativos, ou seja, hipóteses nas quais não será oferecido o acordo de não persecução penal. Essas são: se for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei; 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; ter sido o agente beneficiado nos cinco anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; e nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor.

Findada a fase da pactuação do acordo, inicia-se a fase da homologação desse. Após a formalização por escrito do acordo determinada pelo parágrafo terceiro do artigo em xeque, a lei determina a realização de audiência na qual o juiz verificará a legalidade e a voluntariedade do acordo penal por meio da oitiva do indiciado e de seu defensor.

Se o juiz entender inadequadas, abusivas ou insuficientes as disposições acordadas, o magistrado encaminhará novamente o acordo para o Ministério Público, que reformulará a proposta mediante concordância do indiciado e de seu defensor. O juiz pode ainda recusar homologar a proposta quando o acordo não atender os requisitos legais ou não for realizada a reformulação da proposta quando não forem adequadas. Recusada a homologação, os autos serão devolvidos para o Ministério Público para a complementação da investigação ou para o oferecimento da denúncia.

Se o juiz aquiescer com o acordo, homologará o mesmo, e os autos serão novamente encaminhados para o Ministério Público e iniciar-se-á a fase de execução perante o juízo da execução penal. Cumprido integralmente o acordo, será decretada a extinção da punibilidade do indiciado. Já se o acordo não for cumprido, o Ministério Público informará o juízo do descumprimento, e procederá com o oferecimento da denúncia.

Este é o breve relato com base no Código de Processo Penal do acordo de não persecução penal.

3.2 ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL, TRANSAÇÃO PENAL E SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO – BREVES COMPARAÇÕES

Existem três institutos penais semelhantes ao acordo de não persecução penal já previstos na legislação e em aplicação no contexto processual atual. São eles: a transação penal; a suspensão condicional do processo; e o acordo de delação premiada. Ressalvadas algumas diferenças entre eles, os três dispositivos apresentam um ponto de congruência com o acordo de não persecução penal: todos eles são formas de acordos penais, frutos do processo penal negocial, e por esse motivo merecem um espaço de comparação nesta pesquisa.

3.2.1 Transação penal

A transação penal possui previsão na Lei 9.099/95, que dispõe acerca dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Em seu Artigo 76, a lei mencionada faz alusão à transação penal, determinando que essa permita a aplicação imediata de penalidades restritivas de direitos ou multas ao indiciado, antes mesmo do oferecimento da denúncia, dentre outras disposições. Nesses termos leciona LOPES (2020, p. 1196), dizendo que a transação penal consistirá no oferecimento ao acusado, por parte do Ministério Público, de pena antecipada, de multa ou restritiva de direitos. Não há, ainda, oferecimento de denúncia.

Destaca-se ainda que a transação penal abrange crimes de menor potencial ofensivo, ou seja, aqueles crimes com pena máxima não superior a dois anos, conforme preceituam os Art 60 e 61 da Lei 9.099/95. Entende-se, portanto, a pena igual ou inferior a dois anos como outro dos requisitos deste acordo.

Verifica-se a semelhança entre a transação penal e o acordo de não persecução penal, pois ambos são dispositivos que permitem o cumprimento antecipado da pena não restritiva de liberdade. Entretanto, respeitadas outras diferenças, a transação penal – diferentemente do que ocorre com o acordo de não persecução -, não exigiu, acertadamente, a confissão do indiciado.

3.2.2 Suspensão condicional do processo

A suspensão condicional do processo é outro negócio processual previsto na Lei 9.099/95. A previsão deste encontra-se no Artigo 89 da referida Lei, e determina a propositura, por parte do Ministério Público, da suspensão do processo por dois a quatro anos, caso o crime praticado tenha pena mínima igual ou inferior a um ano, abrangidos ou não pela competência do Juizado Especial Criminal. Nesse sentido manifesta-se LOPES, (2020, p. 1207):

Nos delitos em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo pelo período de dois a quatro anos, desde que preenchidas pelo acusado certas condições. Cumprido o período de provas, o Juiz declarará extintos a punibilidade e, por decorrência, o processo.

É notório, portanto, que a suspensão condicional do processo, assim como os outros dois institutos mencionados, também é uma forma de transigir o cumprimento antecipado de pena diversa da restritiva de liberdade caso o requerido cumpra certas exigências ofertadas pelo Ministério Público. Entretanto, diversamente do previsto para o acordo de não persecução penal, a suspensão condicional do processo também não exige a confissão do indigitado.

Dessa diferença entre a exigência da confissão no acordo de não persecução penal e da não exigência nos outros dois acordos penais surge então o

questionamento acerca da necessidade dessa confissão no acordo de não persecução. Se outros acordos semelhantes a este não exigem confissão, por que motivo o acordo de não persecução penal exige? É o que trataremos no próximo capítulo.

4 CONFISSÃO COMO PROVA DO CRIME

A confissão, como já dito, é um dos requisitos para a realização do acordo de não persecução penal elencados no Artigo 28-A, caput, do Código de Processo Penal e é o ponto chave desta pesquisa. Para a melhor análise da confissão, é necessário conceituá-la. Assim procedeu NUCCI (2020, p. 760), definindo a confissão como sendo a admissão contra si, por quem seja suspeito ou acusado de um crime, tendo pleno discernimento, voluntária, expressa e pessoalmente, diante da autoridade competente, em ato solene e público, reduzido a termo, a prática de algum fato criminoso.

Diante do conceito mencionado, a confissão é uma das provas cabíveis no processo penal, conforme disciplinam os Artigos 197 e seguintes, do Código de Processo Penal. Entretanto, o próprio Artigo 197 do CPP determina que a confissão deve ser confrontada com outros meios de provas, verificando-se a compatibilidade e a concordância desta com o conjunto probatório restante. É certo, portanto, que a confissão somente não é indício suficiente para ensejar a imposição ao réu de condenação.

Quanto ao seu valor, outrora no sistema inquisitório, a confissão era considerada como a rainha das provas e, quando presente, configurava a plenitude da culpa do réu, sendo que ela era buscada a qualquer custo. No ordenamento penal atual, não há mais que se falar em prova rainha, eis que não existe prova absoluta e todas devem ser confrontadas entre si. Nas palavras de LOPES (2020, p. 724): “A confissão não é mais, felizmente, a rainha das provas, como no processo inquisitório medieval. Não deve mais ser buscada a todo custo, pois seu valor é relativo e não goza de maior prestígio que as demais provas”.

A exigência de confissão, ainda que na modalidade formal e circunstanciada, é, portanto, inadequada para a realização do ANPP. Colocar a confissão como requisito para a realização do acordo é dizer, em outras palavras, que caso o indiciado confesse – nos casos em que os demais requisitos sejam cumpridos –, será realizado o acordo, caso não, não poderá este ser realizado. Isso seria um retrocesso processual, eis que a confissão voltaria a ser, nesses casos, a prova absoluta para a imposição ao indigitado de cumprimento de uma pena – ainda que não privativa de liberdade. Nesse sentido também assevera Nucci (2020, p. 752), dizendo:

Certamente é mais confortável ao Estado encerrar o processo, quando o réu confessa, mas voltaríamos ao passado, quando a confissão era a “rainha das provas” e buscada a qualquer custo, sob qualquer método. A segurança exigida para uma condenação é totalmente alienada da confissão pura e simples de um réu, razão pela qual deve ser rechaçada qualquer tentativa de transformá-la em fonte única de prova e razão exclusiva da aplicação da pena, especialmente a privativa de liberdade.

Desse modo, muito embora seja confortável ao estado encerrar o processo com a confissão, é certo que a exigência dela para a realização do ANPP é um declínio processual penal. Esse desavanço causa, na prática penal, efeitos desastrosos. Na hipótese de celebração do acordo entre o indiciado e o MP e posterior descumprimento do acordo por parte daquele, o prejuízo é significativo, como se tratará no próximo tópico.

4.2 CONFISSÃO EM FACE DO DESCUMPRIMENTO DO ACORDO

É sabido que o ANPP é semelhante a um contrato, e assim como neste há possibilidade de descumprimento por alguma das partes, naquele também há possibilidade. Diante do descumprimento por parte do indiciado surge uma enorme incongruência no sistema penal brasileiro.

Como já dito, o ANPP é um acordo oferecido ao indiciado antes do oferecimento da denúncia, e, sendo cumprido, gera extinção de punibilidade. Porém,

existe a hipótese de não cumprimento das “cláusulas contratuais” do acordo pelo indiciado, e o conseqüente oferecimento da denúncia pelo Ministério Público. É nesse ponto que surgem os entraves da exigência da confissão.

Ao descumprir o Acordo de Não Persecução Penal, o indigitado enseja a quebra do acordo e, portanto, o oferecimento da denúncia pelo Ministério Público. Como o processo voltará ao seu normal curso, algum magistrado haverá, certamente, de sentenciá-lo utilizando-se das provas colhidas tanto na fase processual quanto na pré-processual. Desse modo, nos casos de realização do ANPP e de posterior descumprimento, o magistrado terá a informação de que houve acordo, e, conseqüentemente, que o acusado – agora réu –, confessou formal e circunstancialmente no momento de realização do acordo, isto é, o magistrado recebe o processo, e, ao ver o acordo, já se contamina com parcialidade.

A situação narrada vai de encontro com o sistema penal brasileiro de diversas formas. O próprio princípio da imparcialidade do juiz – princípio basilar do processo, conforme ressalta LOPES (2020, p. 89) – é colocado em xeque, bem como o da não autoincriminação, já que a confissão realizada para firmar o ANPP é uma prova que poderá ser utilizada no processo e foi produzida pela pessoa do indiciado.

Veja-se, por exemplo, que se determinado indiciado por certa infração penal que se encaixe nos requisitos do Artigo 28-A do CPP, mesmo não sendo o autor da infração, forjar uma confissão para ter o direito do ANPP, e, posteriormente, descumprir o acordo, produziu contra si uma confissão, em detrimento dos princípios mencionados.

Não são raros os argumentos de que as confissões falsas são raras e extraordinárias, de forma que devem-se considerar verazes todas as confissões. Entretanto, nas palavras de Nucci (1997, p. 89):

Mesmo que raras ou extraordinárias sejam as hipóteses de confissão falsa, uma sociedade democrática, lastreada num sistema judiciário justo, não se pode conformar com erros de julgamento ocorridos por conta da aceitação de confissões falsas. Pouco importa que sejam poucos os casos”.

Não é errado acreditar que, por vezes, o ANPP pode ser um incentivo às confissões falsas, isso porque algum indiciado pode forjar uma confissão falsa visando livrar-se das penas privativas de liberdade. Não se pode tolerar no sistema jurídico pátrio julgamentos equivocados com base em confissões falsas, ainda mais se um próprio instituto penal as incentivar.

Assevera-se ainda que esse “incentivo” às confissões falsas contraria uma norma expressa na Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (CADH) – ou Pacto de São José da Costa Rica –, norma de caráter supralegal por ser tratado internacional de direitos humanos não aprovado sob o crivo formal para se tornar emenda constitucional, portanto, infraconstitucional. Isso porque o Item 3 do Artigo 8º deste tratado dispõe que considerar-se-á válida a confissão feita sem coação de nenhuma natureza.

Veja-se: o dispositivo exigiu que seja inexistente coação de qualquer natureza, independentemente de ser física, moral, escusável ou inescusável. Desse modo, ainda que podendo ser considerada escusável a coação, a confissão deverá ser considerada inválida, de acordo com a norma supralegal mencionada.

Além do que foi mencionado, o Acordo de Não Persecução Penal, é um desavanço incompatível com um dispositivo trazido na lei que o previu: o Juiz das Garantias. Essa figura – atualmente com aplicação suspensa por liminar do Supremo Tribunal Federal - trazida pelo Pacote Anticrime prevê que, nas palavras de GOMES (2018): “[o] Juiz que investiga ou que monitora a investigação não pode julgar a causa”.

A previsão legal do Juiz das Garantias apresenta um avanço no campo da imparcialidade do juiz julgador, já que separa um magistrado para a fase de produção de provas e outro para a prolação de sentença para que o juiz do processo tenha liberdade crítica na análise das provas produzidas na fase investigatória. Em vez de atuar também no inquérito – dispendo sobre prisões provisórias, interceptações telefônicas e outras medidas –, o juiz do processo passa a atuar somente na fase processual. Dessa forma, quanto à imparcialidade do juiz, houve um nítido avanço com a figura do Juiz das Garantias e um retrocesso – exigência de confissão no ANPP.

4.3 CONSTITUCIONALIDADE DA EXIGÊNCIA DA CONFISSÃO

Sabe-se que todo novo dispositivo legal deve passar pelo crivo da constitucionalidade. Outro questionamento a se fazer, portanto, é sobre a constitucionalidade da exigência da confissão, ou seja, verificar se essa é compatível com as normas e preceitos da Constituição Federal vigente.

Era visível a inconstitucionalidade do ANPP previsto na Resolução 181 do CNMP – vide tópico 2.3 –, eis que violava as disposições acerca da competência previstas no Artigo 22 da CF, o qual reserva a competência para legislar sobre matéria processual. A resolução mencionada dispunha sobre matéria processual mesmo de forma contrária à constituição, sob o argumento de tratar-se de política criminal e não de Direito Processual em si. Entretanto, não prospera o argumento, tendo em vista que gera mudanças significativas na esfera processual penal pátria. Portanto, era formalmente inconstitucional.

Muito embora as discussões acerca da inconstitucionalidade formal do ANPP tenham sido superadas com o advento do Pacote Anticrime, a inconstitucionalidade material da exigência da confissão permanece latente no acordo penal. Não se discute, neste artigo, a constitucionalidade do ANPP, mas tão somente da exigência de confissão na realização dele, é essa que não passa no filtro da Constituição Federal. NUCCI (2020, p. 223) assevera, falando sobre a confissão formal e circunstanciada:

Confissão formal e circunstanciada: demanda o dispositivo uma confissão do investigado, representando a admissão de culpa, de maneira expressa e detalhada. Cremos inconstitucional essa norma, visto que, após a confissão, se o acordo não for cumprido, o MP pode denunciar o investigado, valendo-se da referida admissão de culpa. Logo, a confissão somente teria gerado danos ao confitente.

Colhe-se, diante da citação supra, que tanto a exigência de confissão no ANPP quanto os seus efeitos prejudiciais ao indiciado – já mencionados no capítulo anterior – são materialmente incompatíveis com os princípios constitucionais. Portanto, inconstitucionais.

Na análise da constitucionalidade de qualquer dispositivo legal deve-se confrontar esse último com os preceitos – regras e princípios – da constituição federal vigente, no nosso caso, a CF/88. Em especial, como se trata de matéria processual penal, os princípios a serem observados são aqueles processuais penais constitucionais. Dentre eles, temos o princípio da não autoincriminação, também conhecido como “*nemo tenetur se detegere*”.

O mencionado princípio é derivado de uma interpretação teleológica do Artigo 5º, inciso LXIII da Constituição Federal de 1988. Muito embora o citado inciso determine somente que o preso será informado de seu direito – entre outros – de ficar calado, como bem assevera NARDELLI (2015, p. 9), “concede-se interpretação ampla ao dispositivo de modo a não se encerrar meramente no direito do preso a se calar”. Nesse sentido, é certo afirmar que do inciso LXIII, do Artigo 5º, da CF/88 deriva o princípio da não autoincriminação, e este determina que ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo. Além da CF/88, a não incriminação é prevista também na CADH – ou Pacto de São José da Costa Rica. O tratado internacional referido é outra base interpretativa para o entendimento do direito à não autoincriminação quando o prevê no Artigo 8º, Item 2, alínea g.

Superada a conceituação e fundamentação do princípio da não autoincriminação, passa-se à confrontação da exigência da confissão no ANPP com princípio conceituado. É incontestável que o reconhecimento da prática delitiva como condição do ANPP contraria a norma constitucional em análise, eis que obriga o indiciado a produzir, para livrar-se da pena privativa de liberdade, prova (confissão) contra si mesmo, autoincriminando-se, em desconformidade com a CF/88.

Uma vez inconstitucional, o requisito tal não pode encontrar previsão em normas que deveriam ser submissas aos preceitos constitucionais. Portanto, ainda que o ANPP venha a passar pelo filtro da constitucionalidade, a exigência da confissão encontra resistência nas entrelinhas da Constituição Federal de 1988.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Lei do Pacote Anticrime trouxe importantes mudanças no ordenamento jurídico penal brasileiro, entre elas, trouxe a previsão do ANPP, em síntese, um acordo entre o MP e o indiciado para a transação de penas diversas da restritiva de liberdade em troca do cumprimento de certas condições pelo acusado. Essa foi a mudança abordada nesta pesquisa.

Feita uma análise de Direito comparado, passando pelas experiências obtidas com a implementação de institutos similares ao ANPP pelos Estados Unidos e pela da Alemanha, foi possível entender como surgiu e como se deu a justiça negocial em cada um dos países. Logo após, fez-se um breve histórico do instituto no Brasil, mencionando as Resoluções 181 e 183 do Ministério Público, que previram o acordo penal, assim como as ADIs de nº 5.790 e 5.793, ambas do STF, que trataram sobre a constitucionalidade das resoluções do MP. E, terminando o histórico, mencionou-se a Lei do Pacote Anticrime.

O procedimento do ANPP é que está em xeque, e destacaram-se os requisitos e condições para a realização do acordo. O ANPP foi comparado a outros institutos semelhantes a ele: a transação penal e a suspensão condicional do processo. Considerando esses dois acordos penais – oriundos de outras legislações penais –, colocou-se em dúvida o porquê de o ANPP exigir a confissão, diferentemente dos acordos mencionados.

Abordando a confissão como prova do crime, e feito um breve histórico de como a confissão passou de prova rainha à prova relativa sem superioridade em relação às demais, levantou-se um questionamento acerca da hipótese de descumprimento, por parte do requerido – é claro – do ANPP, e de como o mesmo produziria provas contra si mesmo atendendo à exigência da confissão. E, para finalizar, fez-se um paralelo entre o avanço trazido pelo instituto do juiz das garantias e o retrocesso da exigência da confissão no ANPP.

Por fim, chegou-se ao ponto chave da pesquisa: a constitucionalidade da confissão como pressuposto para a realização do acordo penal em estudo. Superada a inconstitucionalidade formal da Resolução do CNMP que previa o

acordo, passou-se à inconstitucionalidade material daquele previsto pelo Pacote Anticrime. Em confronto com a Constituição Federal, concluiu-se que a exigência da confissão por violar o princípio da não autoincriminação, previsto tanto pela CF/88 como pela CADH.

REFERÊNCIAS

LBORGARIA, P. S. **Plea bargaining**: aproximação à justiça negociada nos E.U.A. Coimbra: Almedina, 2007.

ANDRADE, Mauro Fonseca; BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Observações preliminares sobre o acordo de não persecução penal**: da inconstitucionalidade à inconsistência argumentativa. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, n. 37, p. 239-262, dez. 2017.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 23 abr. 2021.

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de outubro de 1941**. Institui o Código de Processo Penal. Brasília, DF: Presidência da República [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. Acesso em: 20 ago. 2020.

BRASIL. **Decreto-lei nº 9.099, de setembro de 1995**. Dispõe sobre os juizados especiais cíveis e criminais e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm. Acesso em: 02 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5790**. Processo Penal. Brasília, DF. [2020]. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5283027>. Acesso em 02 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5793**. Processo Penal. Brasília, DF [2020]. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5288159>. Acesso em: 02 set. 2020.

CUNHA, Rogério Sanches. **Pacote Anticrime – Lei 13.964/2018 – Comentários às alterações no CP, CPP e LEP**. Editora JusPodivm, 2020.

DECRETO Nº 678/1992. Convenção americana de direitos humanos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 29 set. 2020.

GOMES, Luiz Flávio. **O juiz de [das] garantias projetado pelo novo Código de Processo Penal**. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre, v. 7, n. 40, 2018.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal** / Aury Lopes Junior. – 17. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas. **O direito à prova e à não autoincriminação em uma perspectiva comparada entre os processos civil e penal**. São Paulo, Revista de Processo. 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado** / Guilherme de Souza Nucci. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **O Valor da Confissão Como Meio de Prova no Processo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

QUEIRÓS CAMPOS, Gabriel Silveira de. **Plea Bargaining e justiça criminal consensual**: entre os ideais de funcionalidade e garantismo. Custos Legis, Revista eletrônica do Ministério Público Federal, 2012. p. 5. Disponível em: http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista/2012_Penal_Processo_Penal_Campos_Plea_Bargaining.pdf. acesso em: 18 ago. 2020.

SIMPÓSIO sobre a Lei 13964/2019: Pacote Anticrime e sua Repercussão na Persecução Penal. 07 fev. 2020. 1 vídeo (1h 8 min 17 seg.). Publicado pelo canal Escola Superior do MPSP. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=BRpNq94rGFs&t>. Acesso em: 17 set. 2020.