

A (In)Constitucionalidade do Requisito da Confissão para a Concessão do Acordo de não Persecução Penal

The (Un)Constitutionality of the Confession Requirement for Granting the Non-Persecution Agreement

Almir Santos Reis Junior^{*abc}; Lucas Takayama Bianchi^c

^aUniversidade Católica de Moçambique, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Público. Moçambique.

^bUniversidade Católica de Moçambique, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Penal. Moçambique.

^cUniversidade Estadual de Maringá, Curso de Direito. PR, Brasil.

*E-mail: almir.crime@gmail.com.

Resumo

A presente pesquisa aborda a constitucionalidade do requisito da confissão para a concessão do acordo de não persecução penal. Para tanto, analisar-se-á aspectos inerentes à justiça negocial brasileira para, sequencialmente, apontar aspectos inerentes à confissão como condição para celebração do acordo de não persecução penal, ou seja, verificar-se-á se tal exigência tolhe o sistema acusatório, tendo em vista a sua precariedade e sua natureza de instrumento de antecipação da culpa. Isso porque, a confissão importa em renúncia ao direito ao silêncio, consagrado no artigo 5º, LXIII, da Constituição Federal. Para tanto, adotou-se o método hipotético-dedutivo, que consistiu em pesquisa bibliográfica sobre o tema. Ao final, chegou-se à conclusão de que o requisito da confissão consiste em uma exigência inconstitucional, pois o direito a não autoincriminação, bem como o direito de não produzir provas contra si mesmo estariam sendo violados.

Palavras-chave: Acordo de Não Persecução Penal. Confissão. Constitucionalidade.

Abstract

This research addresses the constitutionality of the confession requirement for the granting of a non-prosecution agreement. In order to do so, aspects inherent to Brazilian negotiation justice will be analyzed to, sequentially, point out aspects inherent to the confession as a condition for concluding the non-prosecution agreement, that is, it will be verified whether such a requirement hinders the accusatory system, in view of its precariousness and its nature as an instrument for anticipating guilt. This is because the confession means waiving the right to silence, enshrined in article 5, LXIII, of the Federal Constitution. Therefore, the hypothetical-deductive method was adopted, which consisted of a bibliographic research on the subject. In the end, it was concluded that the confession requirement is an unconstitutional requirement, since the right not to self-incrimination, as well as the right not to produce evidence against oneself, would be violated.

Keywords: Criminal Non-Persecution Agreement. Confession. Constitutionality.

1 Introdução

A Lei 13.964/2019 introduziu, no Código de Processo Penal brasileiro, o art. 28-A que dispõe sobre o Acordo de Não Persecução Penal (ANPP). Trata-se de um instituto da justiça penal negociada, inspirado no “*plea bargaining*”, que amplia o espaço de negociação na justiça criminal brasileira.

Apesar da justiça penal negociada já estar presente na sistemática processual penal brasileira, por meio de outros institutos, o Acordo de Não Persecução Penal trouxe um novo modelo a ser discutido à luz dos direitos e garantias individuais, previstos na Constituição Federal de 1988. Isso porque, um dos requisitos para a formalização do acordo, é que haja a confissão, pelo imputado, dos fatos narrados na exordial acusatória. Diante disso, indaga-se em como conciliar esse novo instituto com as garantias processuais constitucionais.

Daí a importância de se aprofundar no estudo do tema, de modo a discutir eventual inconstitucionalidade do requisito da confissão para a celebração do Acordo de Não

Persecução Penal. Posto isso, justifica-se a presente pesquisa na necessidade de se conciliar tal modelo de resposta estatal com os direitos e garantias individuais, de modo a garantir o processo penal como um instrumento de garantias, de limitação do poder punitivo e de respeito ao devido processo legal.

2 Desenvolvimento

2.1 Metodologia

O presente trabalho foi desenvolvido sob a perspectiva metodológica do método hipotético-dedutivo. Portanto, foram criadas, a partir da problemática sobre a possível inconstitucionalidade na exigência da confissão, como requisito para celebração do acordo de não persecução penal, hipóteses que nortearam a pesquisa; no mesmo sentido foram falseadas com escopo de encontrar uma verdade, ao menos, provisória sobre tal temática.

Nesse sentido, para alcançar seus objetivos, foram empregadas técnicas de análise de bibliográfica de doutrinas, leis e jurisprudências de matérias jurídicas que tratam de

questões referentes à introdução do instituto no ordenamento jurídico brasileiro.

2.2 Noções Gerais Sobre a Justiça Negocial no Brasil

A origem da justiça negocial no Brasil, no âmbito criminal, remonta à década de 1990, por meio do advento da Lei 9.099/95, que dispõe sobre os Juizados Especiais. Realmente, é a primeira legislação específica que trata sobre o assunto.

A ideia central da Lei dos Juizados Especiais Criminais foi a de proporcionar maior celeridade e eficiência à justiça criminal brasileira. Assim como nos demais países, a justiça negocial brasileira é guiada pela filosofia utilitarista. À vista disso, tem-se que a Lei 9.099/95, com o intuito de proporcionar maior vazão aos processos criminais de menor complexidade, sem abrir mão dos princípios da obrigatoriedade e indisponibilidade da ação penal pública, criou a discricionariedade regulada.

Nesse cenário, a Lei 9.099/95 passou a definir a organização dos Juizados Especiais Criminais, delimitando a competência para as infrações de menor potencial ofensivo, atualmente, sendo todas as contravenções penais e os crimes, cuja pena máxima não ultrapasse dois anos.

Inserida no contexto da política de desencarceramento, a Lei dos Juizados Especiais abriu as portas para a introdução de um modelo de justiça consensual no Brasil por meio da introdução da composição civil, da transação penal e da suspensão condicional do processo. Busca-se com a Lei 9.099/95 aumentar a eficiência dos processos criminais, ampliar a participação da vítima no processo de composição dos danos e evitar condenações nos casos envolvendo delitos de menor potencial ofensivo.

Portanto,

Na verdade, inspirada no princípio da intervenção mínima, a Lei no 9.099/95 importou em expressiva transformação do panorama penal e processual penal vigente no Brasil, criando instrumentos destinados a viabilizar, juridicamente, processos de despenalização, com a inequívoca finalidade de forjar um novo modelo de Justiça criminal, que privilegiasse a ampliação do espaço de consenso, valorizando, desse modo, na definição das controvérsias oriundas do ilícito criminal, a adoção de soluções fundadas na própria vontade dos sujeitos que integram a relação processual penal. (LIMA, 2020, p.194).

De fato, a Lei 9.099/95 que introduziu o primeiro modelo de justiça consensual brasileiro, está pautada pela introdução de mecanismos alternativos de provimento jurisdicional para desafogar a justiça criminal.

Por outro lado, com relação ao Acordo de Não Persecução Penal, a Lei 13.964/2019, introduziu no Brasil um modelo que se assemelha com o *plea bargaining* norte-americano, na medida em que a declaração de confissão, pelo imputado, passa a ser o elemento essencial nas negociações.

Em resumo, a justiça negocial no Brasil, assim como nos demais países, surgiu em um contexto de busca por uma maior celeridade e eficiência na justiça criminal, bem como se insere

dentro de uma política de desencarceramento, sendo guiada por um viés utilitário e pragmático.

2.3 O acordo de não persecução penal

Com a entrada em vigor da Lei 13.964/19 houve a introdução, na legislação brasileira, do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), por meio da inclusão do art. 28-A, do Código de Processo Penal. Com um viés utilitarista, o Acordo de Não Persecução Penal, inspirado no *plea bargaining* estadunidense, insere-se na sistemática processual penal, de modo a ampliar o espaço de consenso e negociação na justiça criminal.

Criado em um contexto utilitarista, o Acordo de Não Persecução Penal tem as suas origens na Resolução 181/17 do CNMP que assim dispõe: “Considerando a carga desumana de processos que se acumulam nas varas criminais do País e que tanto desperdício de recursos, prejuízo e atraso causam no oferecimento de Justiça às pessoas, de alguma forma, envolvidas em fatos criminais”.

Soma-se a isso o crescimento de novas tendências de resposta penal estatal, voltadas a uma solução cada vez menos retributiva e mais construtiva que visa à satisfação das expectativas sociais por justiça (SOUZA, 2021). Nesse sentido, o Acordo de Não Persecução Penal ingressa expressamente como um meio de aceleração da resolução de processos penais com a antecipação da punição por meio de acordo celebrado entre acusação e defesa.

Trata-se, portanto, de um:

[...] poderoso instrumento de negociação processual penal que requer uma postura diferenciada por parte dos atores judiciários, antes forjados no confronto, que agora precisam abrir-se para uma lógica negocial. (LOPES JUNIOR, 2020, p.315).

Diferentemente dos demais institutos da justiça negocial, presentes na sistemática processual penal brasileira, o acordo de não persecução penal exige a confissão para a sua concessão. Assemelha-se, assim, ao *plea bargaining*, porém não se confunde, haja vista que, diferentemente do modelo norte-americano, no acordo de não persecução penal não há a aplicação de pena por sentença judicial, mas tão somente condições a serem cumpridas pelo agente. (CABRAL, 2021). Portanto, o acordo de não persecução penal, homologado judicialmente, devidamente cumprido, extingue a punibilidade do agente. Sendo assim, não há que se falar em condenação e tampouco se discute pena, mas somente condições. Daí decorre a diferença com o *plea bargaining*, o qual há a imposição de pena mediante sentença judicial (CUNHA, 2020).

Diante disso, observa-se que, apesar das semelhanças entre os institutos, sobretudo no que diz respeito à admissão de culpa pelo imputado, eles não se confundem, sendo equivocada a afirmação de que o acordo de não persecução penal consiste no *plea bargaining* brasileiro.

Em síntese, com a entrada em vigor da lei 13.964/2019,

introduziu-se no Código de Processo Penal, o artigo 28-A que dispõe sobre um novo modelo de barganha processual brasileiro que será estudado nos próximos capítulos deste trabalho.

2.3.1 Requisitos para a Concessão do Acordo de não Persecução Penal

Para o oferecimento da proposta de acordo de não persecução penal, levar-se-á em consideração a presença cumulativa dos requisitos previstos no art. 28-A do Código de Processo Penal.

O primeiro requisito diz respeito à viabilidade acusatória, isto é, não deve ser caso de arquivamento dos autos investigativos. O segundo requisito está relacionado ao tipo penal praticado pelo agente, porquanto, acordo de não persecução penal somente é cabível para os delitos cuja pena mínima seja inferior a 04 (quatro) anos e não seja praticado mediante violência ou grave ameaça. Nos termos do §1º do artigo 28-A do CPP, para a aferição dessa pena, levar-se-á em consideração as causas de aumento e de diminuição de pena, uma vez que o acordo de não persecução penal é concedido baseado na pena *in concreto*. Nesse ponto, vale salientar que, o concurso de infrações penais é relevante para a aferição do cabimento do acordo de não persecução penal.

O terceiro requisito para a concessão do acordo de não persecução penal é a confissão formal e circunstancial da prática delitiva. Para tanto, faz-se necessário que a confissão seja concedida perante uma autoridade pública, contendo de maneira expressa e detalhada a admissão de culpa pelo investigado. (LOPES JUNIOR, 2020). E, ainda, deve-se averiguar se a medida é suficiente para a reprovação e prevenção do crime, analisando aspectos relacionados à necessidade, adequação e proporcionalidade.

Extraem-se, ainda, da leitura dos incisos do §2º do artigo 28-A do CPP, as causas impeditivas para a obtenção do acordo de não persecução penal. Primeiramente, verifica-se não é caso de aplicação da transação penal, já que esta tem preferência sobre o acordo. As demais causas impeditivas dispostas nos incisos do §2º do artigo 28-A do CPP é a reincidência, o fato de o agente ter sido beneficiado nos últimos cinco anos por qualquer medida despenalizadora ou se a infração penal foi praticada no âmbito de violência doméstica ou familiar.

Posto isso, não havendo nenhuma causa impeditiva, presentes os requisitos legais para a sua concessão, o Ministério Público poderá propor o acordo de não persecução penal, o qual será formalizado por escrito e firmado pelas partes, sendo posteriormente homologado pelo magistrado.

2.3.2 A Confissão como Ofensa aos Postulados Constitucionais que Fundamentam o Processo Penal

Ao se discorrer sobre a aplicação do acordo de não persecução penal, faz-se necessário ajustá-lo aos postulados constitucionais que fundamentam o processo penal brasileiro e que estão esculpidos na Constituição Federal de 1988

(BRASIL, 1988). Ocorre que, com a exigência da confissão para a celebração do acordo de não persecução penal, alguns princípios constitucionais são tolhidos.

Isso se deve ao fato de que, ao se exigir a confissão, o direito a não autoincriminação bem como o direito de não produzir provas contra si mesmo estariam sendo violados. A exigência da confissão, indiretamente, induz o investigado a renunciar ao direito ao silêncio, na medida em que é compelido a se autoincriminar para ter o direito à celebração do acordo. (MASI, 2021).

À vista disso, o investigado não poderia ser compelido a produzir provas que levam a sua culpabilidade, ainda que indiretamente, sob pena de violar as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Além disso, a exigência da confissão, no acordo de não persecução penal, afronta o princípio da presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII), pois atribui ao investigado um ônus que não cabe a ele suportar (FABRETTI; VELLOZO, 2019).

É inegável que a justiça negocial visa garantir maior celeridade e economia processual com vistas à garantia do princípio da duração razoável do processo (CF, art. 5º, LXXVIII). Contudo, não se pode objetivar a celeridade se, por consequência disso, haver uma supressão das garantias processuais (LOPES JUNIOR, 2020). Esse objetivo deve estar atrelado aos postulados constitucionais que fundamentam o processo penal.

Dessa forma, a exigência da confissão como requisito para a celebração do acordo de não persecução penal ofende os postulados constitucionais que fundamentam o processo penal, na medida em que viola os princípios e as garantias processuais, subvertendo o devido processo penal.

2.3.2.1 Ao princípio do “Nemo Tenetur se Detegere”

A tradução do termo “*Nemo Tenetur se Detegere*” significa que ninguém é obrigado a produzir provas contra si mesmo, tendo como manifestação mais comum o direito ao silêncio. Trata-se de um meio de autodefesa que consiste na possibilidade de o imputado se defender das imputações que lhe são atribuídas, recusando-se a praticar um ato probatório que julgar prejudicial à sua defesa.

O princípio do “*Nemo Tenetur se Detegere*” se desdobra no direito à não auto-incriminação, que tem como espécie o direito ao silêncio como um direito fundamental do imputado. O titular desse direito é o indivíduo frente ao Estado, pois se insere na esfera dos direitos fundamentais de primeira geração, eis que a tutela recai sobre a liberdade do indivíduo.

Pelo princípio do “*Nemo Tenetur se Detegere*” o imputado não pode sofrer qualquer prejuízo por deixar de colaborar na atividade probatória, haja vista que incumbe à acusação desincumbir-se desse ônus, uma vez que advoga em favor do réu o princípio da presunção de inocência.

Nesse sentido, afirma Lopes Junior (2020, p.713) que:

O direito de silêncio é apenas uma manifestação de uma garantia muito maior, insculpida 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. Sublinhe-se: do exercício do direito de silêncio não pode nascer nenhuma presunção de culpabilidade ou qualquer tipo de prejuízo jurídico para o imputado. Destarte, através do princípio do *Nemo tenetur se detegere*, o sujeito passivo não pode ser compelido a declarar ou mesmo participar de qualquer atividade que possa incriminá-lo ou prejudicar sua defesa.

Nesse contexto, não seria devida a exigência da confissão como um dos requisitos à concessão do acordo de não persecução penal, porquanto tal exigência estaria violando o direito a não autoincriminação, bem como o direito de não produzir provas contra si mesmo. Trata-se, destarte, de uma normativa inconstitucional, pois importa em renúncia ao direito de silêncio, consequentemente o exercício da garantia constitucional prevista no art. 5º, LXIII, Constituição Federal restará prejudicada. Salienta-se, ainda, que tal imposição viola o que está disposto no artigo 8.2, alínea “g”, da Convenção Americana de Direitos Humanos, a qual dispõe que toda pessoa tem o direito de não ser obrigado a depor contra si mesma nem a declara-se culpada.

Por esses motivos entende-se que o requisito da confissão viola a garantia do direito a não autoincriminação e, portanto, estaria em desacordo com a ordem constitucional (CF, art. 5º, LXIII), pois

[...] obrigar o investigado a confessar formalmente o cometimento do crime para depois fixar penas alternativas e outras condições não nos parece válido, ferindo o direito à imunidade contra a auto-acusação. [...] Creemos que esse acordo possa e deva ser celebrado sem necessidade de confissão plena e detalhada. (NUCCI, 2020, p.383).

Este argumento adequa-se, em princípio, com o que estabelece o Código de Processo Penal, segundo o qual nenhum prejuízo pode ser imposto àquele que exerce seu direito constitucional de não se autoincriminar (CPP, art. 186). Portanto, tal dispositivo se alinha diretamente ao direito a não auto-incriminação, disposto na Carta Constitucional de 1988 e na Convenção Americana de Direitos Humanos. O direito ao silêncio, corolário do princípio “*Nemo Tenetur se Detegere*”, previsto no referido dispositivo legal, não pode ser interpretado em desfavor do imputado.

Sob tal lente, a exigência da confissão como um dos requisitos para a concessão da referida benesse, mostra-se incompatível com o aludido dispositivo processual. A lógica que se observa não se mostra compatível com a intenção do legislador ao estabelecer que nenhum prejuízo será imposto àquele que exercer o direito ao silêncio; pelo contrário, ao se recusar a declarar-se culpado das imputações que lhe são feitas, o acusado deixa de receber a proposta de acordo de não persecução penal, o que acaba gerando de certa forma um prejuízo a sua defesa, haja vista que se trata de um instituto que evita a persecução penal em juízo.

Não se pode admitir que um dispositivo infraconstitucional tolha postulados constitucionais que fundamentam o processo penal como um todo. Por essas razões, conclui-se que, a exigência da confissão para a obtenção do acordo de não persecução penal, ainda que atrelada a um acordo de vontade entre as partes, fere diretamente o direito à não autoincriminação, violando o princípio “*Nemo Tenetur se Detegere*”, sendo, portanto, inconstitucional.

2.3.2.2 Aos princípios da ampla defesa e do contraditório

Os princípios da ampla defesa e do contraditório decorrem do artigo 5º, LV, da Constituição Federal e estão intimamente relacionados com o princípio do devido processo legal. Desse modo, impõe-se a exigência de um processo formal e regular, assegurando aos litigantes o direito de se defenderem do fato que estão sendo julgados.

Tais princípios, contudo, não se confundem, na medida em que apresentam diferenças significativas, mas, quando reunidas, proporcionam aos indivíduos meios de defesa no âmbito da demanda judicial. Nesse sentido, Lopes Junior (2020, p.146), filiando-se à doutrina de Grinover, aduz o seguinte:

[...] contraditório e direito de defesa são distintos, pelo menos no plano teórico. Pellegrini Grinover explica que ‘defesa e contraditório estão indissolavelmente ligados, porquanto é do contraditório (visto em seu primeiro momento, da informação) que brota o exercício da defesa; mas é esta – como poder correlato ao de ação – que garante o contraditório. A defesa, assim, garante o contraditório, mas também por este se manifesta e é garantida. Eis a íntima relação e interação da defesa e do contraditório’.

O direito ao contraditório consiste em uma prerrogativa de confrontação entre as imputações feitas pela acusação e as teses sustentadas pela defesa, por meio da produção probatória. Já a ampla defesa, de modo geral, consiste no conjunto de meios que os imputados têm de se defenderem das imputações que lhe são feitas (LOPES JUNIOR, 2020).

Em que pese essa diferenciação teórica, na prática, a ampla defesa é exercida por meio do contraditório, ao mesmo tempo em que o contraditório é garantido pela ampla defesa, os quais, juntos, contribuem para o devido processo legal.

Diante disso, observa-se que a confissão obtida para fins de concessão do acordo de não persecução penal viola o princípio do contraditório, tendo em vista que a confissão se dá em um momento pré-processual, sem nem mesmo contar com o oferecimento da denúncia ou queixa. Acrescenta-se, ainda, que, em decorrência ao princípio da ampla defesa, entende-se que, se nenhum prejuízo pode ser imposto àquele que exerce o seu direito constitucional de não se autoincriminar (CPP, art. 186), igualmente nenhum direito lhe pode ser tolhido por não confessar. (NUCCI, 2020). Isso porque, o direito a ampla defesa, engloba a defesa pessoal de cunho negativo, ou seja, o acusado não é obrigado a declarar-se culpado das imputações que lhe são feitas, pelo contrário, trata-se de um direito, o qual é garantido constitucionalmente (LOPES JUNIOR, 2020).

Por esses motivos, conclui-se que a exigência da confissão para fins de concessão do acordo de não persecução penal consiste em real ofensa aos princípios da ampla defesa e do contraditório, violando os postulados constitucionais que fundamentam o processo penal brasileiro.

2.3.2.3 Ao princípio da verdade real

Considerando que o direito penal é orientado pelo princípio da intervenção mínima, bem como o fato de que o processo penal tutela direitos indisponíveis, como, por exemplo, a liberdade humana, faz-se necessário que se busque a verdade real dos fatos e não só àquelas trazidas nos autos pela acusação.

Diante disso, vigora, no âmbito do processo penal, o princípio da verdade real, em que o Estado não pode se satisfazer com a realidade formal ou convencional, mas sim, sobretudo, concretizar o *ius puniendi* com a maior eficácia possível. A busca pela verdade real, contudo, não pode ser utilizada como justificativa para a realização da pretensão punitiva do Estado a qualquer custo. Nesse sentido,

[...] Essa busca da verdade material era, assim, utilizada como justificativa para a prática de arbitrariedades e violações de direitos, transformando-se, assim, num valor mais precioso do que a própria proteção da liberdade individual. A crença de que a verdade podia ser alcançada pelo Estado tornou a sua perseguição o fim precípua do processo criminal. Diante disso, em nome da verdade, tudo era válido, restando justificados abusos e arbitrariedades por parte das autoridades responsáveis pela persecução penal, bem como a ampla iniciativa probatória concedida ao juiz, o que acabava por comprometer sua imparcialidade. (LIMA, 2020, p.68).

Nessa linha de raciocínio, trazendo ao âmbito do acordo de não persecução penal, o Estado não pode se valer da confissão para fundamentar uma futura ação penal, nem tampouco torná-la em uma verdade real, simplesmente para atender as suas demandas punitivas, pois a aceitação dos termos de um acordo de não persecução penal se dá, exclusivamente, no âmbito da convencionalidade. Afinal, o que é melhor para um inocente: a proposta tentadora do Ministério Público ou o transtorno de uma ação penal? Sim, até o inocente pode ceder, tendo em vista o caráter punitivista do processo penal brasileiro.

Colaboram na temática Silva e Reis (2020), que prelecionam:

Outro aspecto material da Constituição violado, que pode ser notadamente argumentado, refere-se ao princípio da Dignidade Humana, contido no artigo 1º, inciso III, da Constituição da República, pois, sendo ele a base de todo o Estado Democrático de Direito, tratando os indivíduos como sujeitos de direito dentro do âmbito persecutório penal, não mais como objeto, a confissão como cessão necessária por parte do indiciado apresenta-se como fundamento à instauração da ação penal, tornando-se verdade real, por assim dizer, finda por tornar objeto o indivíduo, servindo apenas aos caprichos do *ius puniendi*.)

Além disso, haja vista o desequilíbrio que existe entre as partes, há uma pressão psicológica durante a celebração do acordo de não persecução penal, haja vista que o imputado,

na esperança de se ver livre de um processo criminal, acaba confessando fatos que não necessariamente guardam relação com a causa. Nesse sentido,

A ponderação da negociação entra a confissão, verdadeira ou irreal, para atingir a possibilidade de não se ver processualmente acusada, parece à pessoa mais uma pressão psicológica do que propriamente um benefício, ainda mais claro quando a ótica é a do sujeito inocente que acaba por tendo de optar entre dois caminhos danosos. Trata-se de imposição de uma situação tida por negocial, mas que apenas transparece o desequilíbrio relacional entre as partes. (LOVATTO, 2020, p.11).

Diante disso, a problemática sobre a constitucionalidade da confissão no acordo de não persecução penal vai além da sua simples obtenção, mas, principalmente, do seu conteúdo que pode estar em desacordo com o princípio da verdade real.

Nesses casos, uma vez obtida a confissão, se o acordo não for cumprido na sua integralidade, o benefício pode ser revogado. No entanto, a declaração de culpa já se faz presente no bojo do processo penal, mas em respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa, tal confissão deverá ser desconsiderada.

Ademais, diante do princípio da verdade real, ao juiz não é devido aceitar a confissão obtida para fins de concessão do acordo de não persecução penal como o único meio pelo qual se obtém a verdade dos fatos. De certo que, frente à confissão obtida durante a celebração do acordo de não persecução penal, a verdade real não pode estar consubstanciada nas declarações do imputado, haja vista que a mesma foi obtida fora do crivo do contraditório judicial.

Em síntese, o requisito da confissão para fins de celebração do acordo de não persecução penal se mostra inconstitucional pelo fato de violar os postulados constitucionais que informam o processo penal, sobretudo, o direito a não autoincriminação, os princípios do contraditório e da ampla defesa e a verdade real.

2.3.3 A Confissão como Instrumento de Antecipação de Culpa

Ao se discorrer sobre a confissão como instrumento de antecipação de culpa no processo penal, é importante analisar alguns aspectos que se relacionam com essa temática. Nesse contexto, indaga-se a respeito da aplicabilidade do princípio da presunção de inocência às hipóteses em que o imputado se declara culpado durante a celebração de acordos criminais.

O princípio da presunção de inocência, elevado ao patamar de garantia fundamental, encontra guarida no artigo 5º, LVII, da Constituição Federal, que dispõe sobre a permanência do estado de inocência do acusado até o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Observa-se que, em razão do princípio da presunção de inocência, a simples formalização de uma acusação não implica em um juízo de antecipação de culpa. A questão que surge é se, nos acordos criminais, poderia haver antecipação de culpa do imputado, desrespeitando o princípio da presunção

de inocência.

Para Cunha (2020), não há que se falar em juízo de antecipação de culpa, pois a mesma está atrelada a pena e o acordo de não persecução penal não objetiva impor pena, mas tão somente condições que, se cumpridas integralmente, evita a persecução penal em juízo. No mesmo sentido se posiciona Cabral (2020) que entende que a confissão circunstanciada e integral não antecipa o juízo de culpa, mas colabora para a formação da *opinio delicti*, contribuindo para a formação da justa causa necessária para o embasamento do acordo de não persecução penal.

Nesse diapasão, a confissão circunstanciada contribui para o esclarecimento do caso em questão, viabilizando a resolução antecipada do processo e que constitui uma contrapartida lícita exigida para o investigado (ROCHA, 2020).

Em que pese as orientações doutrinárias acima, parte da doutrina entende que o requisito da confissão para obtenção do acordo de não persecução penal viola a garantia da não autoincriminação e o próprio princípio da presunção de inocência, já que, uma vez prestada a confissão, a declaração de culpa já se faz presente no processo.

Segundo Masi (2020), diante da ausência do contraditório, o imputado não pode ser compelido a autoincriminar-se e produzir provas que levam à sua culpabilidade, uma vez que se está em uma fase pré-processual, não havendo sequer a formalização da denúncia. Para os defensores dessa corrente, o imputado é impedido de exercer o direito ao silêncio, na medida em que é forçado a autoincriminar-se para a obtenção do acordo de não persecução penal, antecipando o juízo de culpa que viria somente durante a fase instrutória.

Posto isso, em que pese os respeitáveis argumentos contrários, a hipótese de se admitir ser a confissão um instrumento de antecipação de culpa parece mais acertada. Isso porque a confissão, ainda que obtida em sede de acordo de não persecução penal, acaba sendo um meio de prova que, em conjunto com os demais elementos probatórios, poderá servir ao juiz para fundamentar a sentença em uma eventual retomada da persecução penal.

Acrescenta-se, ainda, que, pelo princípio da presunção de inocência, o ônus da prova recai exclusivamente sobre a acusação. Logo, ao se exigir a confissão, o Estado estaria passando o ônus probatório ao imputado, todavia, ele não é obrigado a produzir provas contra si mesmo, haja vista que essa incumbência é do órgão acusador.

Seguindo essa linha de raciocínio, observa-se que, durante a celebração do acordo de não persecução penal, o imputado fica sob o crivo discricionário do Ministério Público, podendo ser constrangido a apresentar uma versão coerente com os interesses acusatórios, pois, nas palavras de Pacelli (2020, p.345), “quem se vê obrigado a dizer algo, pode se ver compelido a dizer algo já determinado”.

Enfim, a exigência da confissão traz consigo uma incongruência com a sistemática processual vigente, violando as garantias constitucionais e conflitando com a própria

natureza do sistema acusatório, na medida em que antecipa um juízo de culpa.

2.3.3.1 O emprego da confissão como instrumento probatório no descumprimento do Acordo de Não Persecução Penal

O cumprimento integral do acordo de não persecução penal acarreta a extinção da punibilidade. Por outro lado, seu descumprimento possibilita com que o Ministério Público comunique ao juízo para fins de revogação e posterior oferecimento da denúncia, conforme o artigo 28-A, §§ 10 e 13, do Código de Processo Penal.

Salienta-se que, a decisão que revoga o acordo de não persecução penal deverá ser fundamentada, a fim de proporcionar ao imputado o contraditório e a ampla defesa. Para tanto, faz-se necessário a designação de uma audiência especificamente para esse fim, com a presença do defensor, para que, bilateralmente possa ouvir o imputado sobre os eventuais motivos que levaram ao descumprimento das condições; isso se dá em razão da função judicial garantidora dos direitos fundamentais do réu.

A problemática, no entanto, reside no fato de que, uma vez obtida a confissão, a mesma poderia ser utilizada em um eventual processo penal, caso haja a revogação do acordo de não persecução penal e o oferecimento da denúncia. Tal questionamento surge em decorrência da omissão existente no artigo 28-A e seus parágrafos e incisos quanto à utilização da confissão em caso de descumprimento do acordo criminal.

Diante dessa complexidade, deve-se recorrer às posições doutrinárias que tratam sobre o assunto. Há entendimentos no sentido de que a confissão prestada nessa etapa não possa ser usada em um posterior processo penal.

Para Cabral (2020), é necessário observar a dialética processual penal constitucional; nas hipóteses de revogação do acordo de não persecução penal, a confissão deve ser descartada, devendo a acusação arcar, sob o crivo do contraditório judicial, com o ônus probatório de eventual condenação. Para o autor a confissão do acordo de não persecução penal somente pode ser utilizada como espécie de prova auxiliar que vem a se juntar às demais provas já existentes no processo. Diante disso, caso seja necessária sua utilização, a confissão nunca deve ser isoladamente considerada para fins de criação de um juízo de certeza acerca dos fatos.

Em contrapartida, há posicionamentos que entendem que o uso da confissão em posterior processo penal é legítimo. Para Kalil (2020), ao se aceitar a inspiração norte-americana do *plea bargaining* no acordo de não persecução penal, não há qualquer restrição na utilização da confissão em um posterior processo penal, haja vista que o acordo se faz com base em concessões recíprocas, no qual o imputado reconhece a sua culpabilidade. Argumenta, ainda, que o contraditório já está instaurado, haja vista a presença de defensor no momento da celebração do acordo de não persecução penal. Sustenta,

ainda, que a confissão obtida no âmbito do acordo de não persecução penal possui o mesmo valor probatório equivalente ao produzido em interrogatório judicial.

Assim, para o referido autor, descumprido o acordo de não persecução penal, e, por consequência, revogado o benefício, a confissão prestada pelo imputado em sede de celebração do acordo criminal tem valor probatório suficiente para que o órgão acusador ofereça a denúncia. Nessa mesma linha de raciocínio é o entendimento de Lima (2020, p.287) que leciona:

Essa denúncia a ser oferecida pelo Ministério Público poderá trazer, como suporte probatório, inclusive a confissão formal e circunstanciada do investigado por ocasião da celebração do acordo. Ora, se o próprio investigado deu ensejo à rescisão do acordo, deixando de adimplir as obrigações convencionadas, é de todo evidente que não se poderá desprezar os elementos de informação por ele fornecidos.

É nesse sentido, inclusive, o Enunciado n. 27 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), que assim dispõe: “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)”.

Diante do exposto, observa-se a existência de diversos posicionamentos acerca do emprego da confissão no descumprimento do acordo de não persecução penal. Trata-se de matéria controversa que não se exaure nas explicações acima, mas que, em virtude da omissão legislativa, abre-se a possibilidade de interpretações diversas.

Pois bem, em que pese os argumentos em sentido contrário, o presente trabalho filia-se à hipótese de não se admitir o emprego da confissão, obtida para efeitos de ANPP, como instrumento probatório caso haja o descumprimento do acordo de não persecução penal. Isso porque, levando em consideração a inteligência do artigo 155, do Código de Processo Penal, a confissão, assim como as demais provas, deve ser obtida em contraditório judicial.

Em síntese, a confissão realizada perante o órgão acusador, durante a celebração do acordo de não persecução penal, não possui valor probatório. (MAZLOUM, 2020). Isso porque, diante da situação de desigualdade entre o investigado e o acusador público, não se pode cogitar a hipótese de obtenção da confissão sem que haja instaurado o contraditório judicial (LOPES JUNIOR; PACZEK, 2019).

Nesse sentido, a confissão obtida para fins de concessão do acordo de não persecução penal é inferior, em termos probatórios valorativos, à confissão obtida na fase preliminar do processo penal (que já é meio de prova precário ao processo penal, pois não há atenção ao devido processo legal).

Sendo assim, a confissão obtida para fins de acordo de não persecução penal não tem valor probatório, haja vista que

obtida sem o devido processo legal. Nesses termos, tem-se o entendimento de Cunha (2020, p.129) que afirma o seguinte:

[...] apesar de pressupor sua confissão, não há reconhecimento expresso de culpa pelo investigado. Há, se tanto, uma admissão implícita de culpa, de índole puramente moral, sem repercussão jurídica. A culpa, para ser efetivamente reconhecida, demanda o devido processo legal.

Dessa forma, pode-se admitir a confissão do acordo de não persecução penal como sendo apenas uma convenção para a celebração do acordo de não persecução penal, sem qualquer valor probatório.

2.3.4 Irrelevância da Confissão no Acordo de não Persecução Penal

O artigo 28-A do Código de Processo Penal estabelece a necessidade da confissão formal e circunstanciada da prática delitiva, isto é, exige-se do imputado uma narrativa completa e detalhada dos fatos praticados. Indaga-se, no entanto, sobre a relevância da confissão obtida em uma fase onde não há exame de mérito.

Quem defende essa exigência alega que a confissão, no acordo de não persecução penal, serve como prova que indica, ao menos, indícios de participação do investigado na prática delitiva, evitando a celebração de acordos com pessoas que sequer tenha envolvimento nos fatos imputados.

Nesse sentido, Souza (2019, p.3) advoga que:

A previsão da confissão para celebração do acordo de não persecução tem feição protetiva ao investigado, pois busca assegurar unicamente uma depuração nos elementos de convicção colhidos na fase inquisitiva, de modo a evitar a precoce celebração de acordos desprovidos de provas que indicassem a participação do confitente na infração penal, além de reforçar a confiança de que será efetivamente cumprido.

Para Lima (2020, p.283), a confissão, por ser um ato voluntário do investigado, cabe ao próprio decidir se aceita ou não o acordo de não persecução penal, independentemente das garantias constitucionais.

[...] essa confissão constitui a contribuição que o investigado faz à investigação criminal e eventual futuro processo penal (em caso de descumprimento das condições pactuadas). Desde que o investigado seja formalmente advertido quanto ao direito de não produzir prova contra si mesmo e não seja constrangido a celebrar o acordo, parece não haver nenhuma incompatibilidade entre esta primeira obrigação do investigado, prevista no art. 28-A, caput, do CPP, e o direito ao silêncio (CF, art. 5º, LXIII).

De mais a mais, citando a regra prevista no artigo 155, do Código de Processo Penal, Fernandes (2020) afirma que a confissão obtida em sede de celebração do acordo de não persecução penal tem valor probatório equivalente àquela produzida em interrogatório judicial. Para o referido autor, trata-se de uma exceção à regra da repetibilidade em juízo das provas.

Malgrado os entendimentos acima, essa questão está longe de ser pacificada, isso porque, a exigência da confissão,

para a celebração do acordo de não persecução penal, viola os direitos e garantias fundamentais previstas na Constituição Federal de 1988, bem como a própria sistemática processual vigente.

E, ainda, mesmo que obtida sem o contraditório judicial, portanto, sem valor probatório, é inegável que a confissão exercerá influência em caso de descumprimento do acordo de não persecução penal e o posterior oferecimento da denúncia. Contudo, embora o acordo de não persecução penal seja dotado de caráter negocial, é importante ressaltar que o mesmo não apresenta efetiva bilateralidade, haja vista a situação de desvantagem do acusado frente ao órgão acusador.

Por criar uma presunção de culpabilidade, não é lícito exigir a confissão, sobretudo quando dela decorram benefícios aos investigados. Sendo assim, entende-se que, se nenhum prejuízo pode ser imposto àquele que exerce o seu direito constitucional de não se autoincriminar (CPP, art. 186, p. único), igualmente nenhum direito lhe pode ser tolhido por não confessar.

A confissão deve advir de forma livre e voluntária, consistindo em uma renúncia ao direito à autodefesa. Nesse sentido, Nucci (2020, p.383) entende que não é lícito exigir a confissão do investigado para fixar-lhe penas alternativas.

Neste ponto, é preciso destacar tratar-se de um acordo para não haver persecução penal; assim sendo, obrigar o investigado a confessar formalmente o cometimento do crime para depois fixar penas alternativas e outras condições não nos parece válido, ferindo o direito à imunidade contra a autoacusação. Imagine-se que o investigado celebre o acordo e depois não o cumpra. O Ministério Público pode pedir a rescisão do pacto e propor denúncia, lembrando, então, que, a essa altura, já terá havido confissão por parte do acusado. Cremos que esse acordo possa e deva ser celebrada sem necessidade de confissão plena e detalhada.

Considerando que o acordo de não persecução penal é celebrado em uma etapa extraprocessual onde não há possibilidade de contraditório e ampla defesa, a exigência da confissão se mostra descabida, porquanto obtida sem o devido processo legal.

Ademais, conforme a sistemática acusatória, os indivíduos devem ser tratados como sujeitos de direito dentro do âmbito persecutório penal. Exigir do investigado a confissão para cessação de determinado benefício, finda por tornar o investigado mero objeto, servindo tão somente aos caprichos do *ius puniendi*.

Sendo assim, a confissão no processo penal deve ser obtida de forma constitucional, no âmbito da sistemática acusatória. Dessa forma, conclui-se que o requisito da confissão se mostra inconstitucional e, portanto, irrelevante para a concessão do acordo de não persecução penal.

3 Conclusão

Historicamente, os institutos da justiça penal negocial foram se desenvolvendo a partir da matriz filosófica utilitaristas, com vistas a buscar maior celeridade e economia

processual, frente às novas demandas sociais que chegavam às cortes judiciárias.

Com o advento da Lei 9.099/95, teve-se a inauguração da justiça penal negocial no Brasil. Com isso, houve a introdução dos institutos da composição civil, da transação penal e da suspensão condicional do processo que se assemelham ao procedimento do *nolo contendere*, porquanto não há admissão de culpa pelo investigado.

Posteriormente, com a entrada em vigor da Lei 13.964/19, introduziu-se, no Brasil, um modelo de justiça penal negocial inspirado no modelo norte americano de *plea bargaining*, denominado de acordo de não persecução penal, objeto de estudo da presente pesquisa.

Com previsão no artigo 28-A do Código de Processo Penal, o acordo de não persecução penal consiste em um modelo de barganha processual, no qual as partes negociam a confissão do investigado em troca da não deflagração da ação penal.

Em que pese a doutrina processualista divergir quanto a sua natureza jurídica, compactua-se com a hipótese de se admitir ser o instituto um direito público subjetivo do imputado. Nesse sentido, tendo em vista ser um benefício despenalizador e, portanto, mais benéfico ao réu, preenchido os requisitos legais, o Ministério Público não tem discricionariedade para ofertar a proposta, mas sim um dever, podendo o investigado exigir caso lhe convenha.

Quanto à problemática da constitucionalidade do requisito da confissão no acordo de não persecução penal, destaca-se como sendo uma exigência inconstitucional. Isso porque, ao se exigir a confissão, o direito a não autoincriminação, bem como o direito de não produzir provas contra si mesmo estaria sendo violado. Ademais, a confissão importa em renúncia do direito ao silêncio, conseqüentemente o exercício da garantia constitucional prevista no art. 5º, LXIII, CF restará prejudicada.

Desse modo, constata-se que a confissão obtida para fins de celebração do acordo de não persecução penal, consiste em um instrumento de antecipação de culpa, uma vez que há o seu reconhecimento expresso na fase pré-processual que contribui na formação da convicção do juiz, ainda que se possa alegar que a confissão seja apenas um elemento de informação.

A confissão obtida sem o devido processo legal implica em efetiva lesão ao próprio sistema acusatório, no qual as provas são sopesadas sob o crivo do contraditório judicial. Logo, nota-se uma incongruência sistêmica do acordo de não persecução penal, uma vez que a exigência da confissão viola as garantias constitucionais e conflita com a própria natureza do sistema acusatório.

Posto isso, em se tratando de direito público subjetivo do imputado, tendo em vista a inconstitucionalidade do requisito da confissão, o acordo de não persecução penal pode ser concedido ainda que o imputado não tenha confessado. Portanto, conclui-se pela irrelevância da confissão no acordo de não persecução penal.

Referências

- CABRAL, R.L.F. *Manual do acordo de não persecução penal*. Salvador: Juspodivm, 2020.
- CUNHA, R.S. *Pacote anticrime*. Salvador: Jus Podivim, 2020.
- CUNHA, R.S.; Ó SOUZA, R. A legalidade do acordo de não persecução penal: uma opção legítima de política criminal. Meu site jurídico, 2019. Disponível em: <<https://s3.meusitejuridico.com.br/2018/10/f257da7d-legalidade-do-acordo-de-nao-persecucao.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2022.
- CUNHA, V.S. Acordos de Admissão de Culpa no Processo Penal: devido processo, efetividade e garantias. Salvador: Jus Podivm, 2019.
- FABRETTI, H.B.; VELLOZO, H.B. Uma análise crítica sobre a lei anticrime do Ministério da Justiça. *Rev. Direito*. v. 11, n.2, 2019.
- FERNANDES, A.S. Acordo de Não Persecução Penal. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.
- KALIL, J.L.P. Sobre a Constitucionalidade da Confissão no Acordo de Não Persecução Penal, *Rev. Direito Penal e Processo Penal*, v. 2, n.1, 2020.
- LIMA, R.B. *Manual de Processo Penal*. Salvador: Jus Podivim, 2020.
- LOPES JUNIOR, A. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2020.
- LOPES JUNIOR, A. *Fundamentos do Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2019.
- LOPES JUNIOR, A.; PACZECK, V. O Plea Bargain no Projeto “Anticrime”: remédio ou veneno? *Rev. Duc In Altum Cad. Direito*, v.11, n. 23, 2019.
- LOVATTO, A.C.; LOVATTO, D.C. Confissão como (des)acordo de não persecução penal. *Rev. Defensoria Pública do Estado do RS*, 2020.
- MASI, C.V. Acordo de não persecução penal como ferramenta de político-criminal de despenalização dos crimes de médio potencial ofensivo. *Rev. Defensoria Pública do Estado do RS*, n.26, 2020.
- MAZLOUM, A.; MAZLOUM, A. Acordo de não persecução penal é aplicável a processos em curso. *Rev. Consultor Jurídico*, 2020.
- NUCCI, G.S. *Curso de Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- PACELLI, E. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 2020.
- ROCHA, A.A. A (in)constitucionalidade e o valor probatório da confissão como condição obrigatória no âmbito do acordo de não persecução penal. *Rev. Vertentes do Direito*, v.8, n.2, 2021.
- SILVA, J.C.F.; SILVA, K.A.R.F.; REIS, D.C.F. Inconstitucionalidade material da confissão no acordo de não persecução penal. *Rev. Acad. Esc. Sup. Minist. Público CE*, v.12, n.2, 2020.
- SOUZA, M. *Plea Bargaining no Brasil*. São Paulo: Jus Podivm, 2021.
- SOUZA, R.Ó.S. Acordo de não persecução penal: o papel da confissão e a inexistência de plea bargain. *Rev. Consultor Jurídico*, 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-jan-07/renee-souza-papel-confissao-inexistenciaplea-bargain>>. Acesso em: 25 nov. 2021.
- VASSALLI, L.S.D. Acordos entre o Ministério Público e imputado no Brasil e na Itália: aplicação da pena a pedido das partes, transação penal e acordo de não persecução penal. 2021. Disponível em: <https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina_visualizar&id_pagina=2156>. Acesso em: 13 out. 2021.