

Acordo de não Persecução Penal: um Exame Crítico Sob a Ótica dos Princípios Fundamentais do Processo Penal e do Estado de Direito

Criminal Non-Prosecution Agreement: a Critical Examination from the Perspective of the Fundamental Principles of Criminal Procedure and the Rule of Law

Almir Santos Reis Junior^{*ab}; Ana Luiza Yumi Vargas^a

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

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

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

Resumo

Neste estudo será feita análise sobre a implementação do novo modelo de justiça criminal consensual no Brasil, o Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), verificando-se a possibilidade de insegurança jurídica em sua aplicação e com ênfase aos direitos e garantias fundamentais do investigado. Somado a isso, analisar-se-á a paridade de armas que dispõem o investigado e o Ministério Público, tendo em vista a ampla discricionariedade deste para agir, sob risco de contrariar princípios como o da ampla defesa, do contraditório, da isonomia, e, ainda, obter-se a confissão do investigado por meio de coação pelos amplos poderes da acusação. Deste modo, busca-se compreender o requisito legal da confissão formal e circunstanciada, como elemento necessário e condicional à apresentação de proposta do ANPP, bem como sua voluntariedade e finalidade. Para tanto, o método utilizado foi o hipotético-dedutivo, a partir de hipóteses criadas e falseadas em busca de uma solução à problemática exposta, por meio do emprego da técnica de pesquisa bibliográfica a partir de livros, artigos, teses, jurisprudências e legislações, de modo a diferenciar quais são as hipóteses que persistem como válidas. Ao final, chegou-se à conclusão da ocorrência da relativização das garantias do investigado, quando da celebração do Acordo de Não Persecução Penal, e de princípios como o da presunção de inocência e do “*nemo tenetur se detegere*”, ligados ao direito de não produzir prova contra si mesmo. Ainda, verificou-se a inconstitucionalidade do requisito da confissão para obtenção do Acordo de Não Persecução Penal, devendo o poder judiciário declarar tal inconstitucionalidade.

Palavras-chave: Discricionariedade. Confissão. Voluntariedade. Inconstitucionalidade.

Abstract

*In this study, an analysis will be made on the implementation of the new model of consensual criminal justice in Brazil, the Agreement of No Criminal Prosecution (ANPP) the possibility of legal uncertainty in its application and with emphasis on the fundamental rights and guarantees of the investigated. In addition, it will be analyzed the parity of weapons available to the investigated and the Public Prosecutor's Office, in view of the wide discretion of this to act, at the risk of contradicting principles such as broad defense, contradictory, isonomy, and also obtain the confession of the investigated by coercion by the broad powers of the prosecution. Thus, we seek to understand the legal requirement of formal and detailed confession, as a necessary and conditional element to the presentation of the ANPP proposal, as well as its voluntariness and purpose. For that, the method used was the hypothetical-deductive, from hypotheses created and distorted in search of a solution to the problem exposed, through the use of the technique of bibliographical research from books, articles, theses, jurisprudences and laws, in order to differentiate which hypotheses persist as valid. At the end, the conclusion was reached of the occurrence of the relativization of the guarantees of the investigated, when the conclusion of the Agreement of No Criminal Prosecution, and of principles such as the presumption of innocence and the “*Netenetur is detained*” concerning the right not to produce evidence against oneself. Also, it was verified the unconstitutionality of the requirement of confession to obtain the Agreement of No Criminal Prosecution, being applicable to the judiciary declare such unconstitutionality.*

Keywords: Discretion. Procedural Guarantees. Prosecution. Investigated.

1 Introdução

O tema central da presente investigação consiste no Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), introduzido na legislação brasileira por meio da Lei 13.964/19. Tal instituto apresenta-se como uma solução para o problema da morosidade processual e enfrentamento ao crime, além de buscar a reparação do dano à vítima. No entanto, é necessária uma reflexão sobre os parâmetros para a celebração do acordo, de modo que seja assegurado tratamento igualitário a todos os seus destinatários, no qual o Ministério Público, enquanto instituição, deve definir diretrizes e balizamentos que orientarão os seus membros na

condução e formalização do acordo, definindo situações que não recomendam o oferecimento da proposta, considerando a gravidade do crime, as consequências e os prejuízos sofridos pela vítima.

Verifica-se, na aplicação do instituto, a busca por propostas para o aprimoramento prático do Acordo de Não Persecução Penal, e, gradativamente, observa-se mudança da cultura que tradicionalmente vigora no sistema de processo criminal brasileiro, revelada pela excessiva carga de sentenças condenatórias.

O presente estudo justifica-se pela compreensão dos

diferentes posicionamentos acerca da mitigação do princípio da obrigatoriedade diante da aplicação do ANPP, do direito subjetivo do investigado e do poder-dever do órgão acusador sempre velar pelas garantias fundamentais do acusado em diversos cenários, dado os diferentes perfis dos investigados.

Para tanto, torna-se relevante verificar se o requisito da confissão, para obtenção do Acordo de Não Persecução Penal, é constitucional, bem como se tal confissão pode ser utilizada no processo penal em caso de revogação do ANPP, já que esta é meio de prova, afastando-se, portanto, de seu significado no ANPP, que aproxima-se mais à cláusula de conveniência privada.

2 Desenvolvimento

2.1 Metodologia

Este estudo foi desenvolvido com adoção da perspectiva metodológica do método hipotético-dedutivo. Foram criadas, portanto, a partir da problemática sobre alguns aspectos do Acordo de Não Persecução Penal que estão em desalinhamento com mandamentos constitucionais.

Nesse sentido, para alcançar os objetivos propostos, foram empregadas técnicas de análise bibliográfica de doutrinas, leis e jurisprudências de matérias jurídicas que tratam de questões referentes à introdução do instituto no ordenamento jurídico brasileiro.

2.2 Acordo de Não Persecução Penal

Alguns motivos ensejadores da criação do ANPP foram delimitados, inicialmente, pela Resolução 181/2017, do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), e, posteriormente, pela Lei 13.964/2019. Em regra, consistem: a) na exigência de soluções alternativas no processo penal que proporcionem celeridade na resolução dos casos menos graves; b) na priorização dos recursos financeiros e humanos do Ministério Público e do Poder Judiciário para processamento e julgamento dos casos mais graves; e c) na minoração dos resultados nocivos de uma sentença penal condenatória aos acusados em geral, reduzindo os efeitos sociais prejudiciais da pena e desafogando os estabelecimentos prisionais (LIMA, 2020).

Nesse contexto, o Acordo de Não Persecução Penal justifica-se também como sendo uma proposta para diminuir a excessiva demanda de ações penais no Brasil e representa avanço na justiça consensual, em razão de introduzir um mecanismo consensual de solução de determinadas lides penais, com a previsão de hipóteses em que o titular da ação penal pública e o investigado poderão inaugurar um acordo de concessões recíprocas, por meio do qual o Ministério Público comprometer-se-á a não oferecer denúncia e o autor da infração, a cumprir os termos do acordo (REIS; LENZA; GONÇALVES, 2021).

Ademais, diante do enfrentamento do problema de sobrecarga de trabalho para magistrados e servidores, é

necessária uma reflexão sobre como melhorar as normas penais e como aumentar a obediência das pessoas a elas, humanizar e tornar efetivo o sistema penitenciário, assim como melhorar a qualidade, celeridade e justiça de todo o arco de intervenção do sistema penal, ou seja, desde a investigação criminal até a execução penal (CABRAL, 2020).

À vista disso, a construção de vias alternativas e, conseqüentemente, a ampliação da possibilidade de celebração de acordo em matéria penal, para os crimes de média e baixa lesividade, apresenta-se como resposta penal adequada.

Por fim, especialmente em relação ao ANPP, para sua celebração, o art. 28-A do CPP exige requisitos cumulativos, alguns positivos e outros negativos. Os requisitos positivos são: a) pena mínima cominada inferior a 4 (quatro anos); b) crime cometido sem violência ou grave ameaça; c) não ser caso de arquivamento; d) confissão formal e circunstanciada da prática da infração penal; e e) que o acordo seja necessário e suficiente para a reprovação e a prevenção do crime. Por outro lado, os requisitos negativos, resumem-se em: a) não ser cabível transação penal; b) não ser investigado reincidente ou com elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional; c) não ter se beneficiado nos últimos cinco anos de soluções consensuais; e d) não se tratar de crime praticado no âmbito de violência doméstica ou familiar ou praticado contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor.

2.3 Aspectos gerais sobre o Acordo de Não Persecução Penal

Pelo princípio da obrigatoriedade da ação penal, diante de indícios de autoria e prova da materialidade, em crime cuja ação penal seja pública incondicionada, o membro do Ministério Público é obrigado a agir. Contudo, tal princípio é mitigado por mecanismos despenalizadores previstos na legislação processual penal, como, por exemplo, a transação penal e o ANPP.

A criação do Acordo de Não Persecução Penal reproduz o sucesso da Lei 9.099/95, que deu solução a milhares de casos penais menos relevantes. Além disso, proporcionou à vítima um papel mais ativo, permitindo o ressarcimento com mais facilidade (FREITAS, 2019).

A ampliação da justiça consensual é vantajosa para o investigado, para o Ministério Público e para a vítima; não se encaixa como uma lesão ao princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, justamente por ser eficaz ao promover a justiça de modo mais célere e econômico, por meio de uma resposta adequada e suficiente.

Ademais, a verdadeira violação ao princípio da obrigatoriedade seria não atender a demanda elevada e persistente do Poder Judiciário, ao

jogar os casos penais para dormitarem nos escaninhos das Varas Criminais do país, abarrotadas de processos (em sua esmagadora maioria, casos de baixa e média complexidade). (CABRAL, 2023, p.38).

Sem dúvidas, tanto o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública como o Acordo de Não Persecução Penal requerem uso inteligente para funcionar de forma a solucionar o crescimento dos litígios judiciais e existem para proporcionar efetividade ao sistema (ALEXANDRE, 2020). Por isso, por questões de política criminal bem como apoiado na necessidade de criar meios que atendam o interesse da vítima, na reparação do dano, o ANPP vem em momento importante do cenário brasileiro, já que a população carcerária brasileira é a terceira maior do mundo. Em síntese, portanto, a relativização ao princípio da obrigatoriedade da ação penal pública incondicionada é justificada pela necessidade de mecanismos que efetivamente deem resposta adequada à criminalidade de menor relevância.

2.3.1 Análise sobre direito subjetivo do investigado e o poder-dever do Ministério Público

A afirmação de que a proposta de Acordo de Não Persecução Penal seria direito subjetivo do investigado expressa que, caso preenchidos os requisitos do ANPP previstos na lei, o judiciário poderia assegurá-lo mesmo contra a vontade do Ministério Público (VASCONCELLOS, 2022).

Já a expressão “poder-dever” do Ministério Público, sobre o ANPP, significa dizer que não é uma mera faculdade a ser exercida pelo Ministério Público. O poder-dever constitui um poder de assunção de obrigações por ajuste voluntário entre os envolvidos, que não pode deixar de ser exercido sem devida fundamentação, tendo em vista o princípio da supremacia do interesse público (STJ, HC 657.165/RJ).

Avena (2020) e Lima (2020) compreendem que o ajuste é faculdade do Ministério Público, com base na interpretação do art. 28-A, § 14, do CPP, que revela a possibilidade de recusa. Nesse sentido,

Partindo da premissa de que o acordo de não persecução penal deve resultar da convergência de vontades, com necessidade de participação ativa das partes, não nos parece correta a assertiva de que se trata de direito subjetivo do acusado, sob pena de se admitir a possibilidade de o juiz determinar sua realização de ofício, o que, aliás, lhe retiraria sua característica mais essencial, qual seja, o consenso (LIMA, 2020, p.274).

Lopes Junior (2020, p.321-322), em sentido contrário, entende que, uma vez preenchidos os requisitos legais, se trata de direito público subjetivo, pois

o imputado postula o reconhecimento de um direito (o direito ao acordo de não persecução penal) que lhe está sendo negado pelo Ministério Público, e o juiz decide, mediante invocação.

Sobre a mesma temática, Vasconcelos (2022) aduz que o Acordo de Não Persecução Penal deve ser oferecido ou aceito pelo Ministério Público se atendidos os requisitos previstos na legislação atual; eventual recusa precisa ter uma justificativa adequada, podendo ser submetida à revisão por órgão superior internamente na instituição.

Este também é o posicionamento da jurisprudência, que se firmou em relação aos mecanismos da Lei 9.099/95 e das

normativas do Ministério Público, de que o ANPP não constitui direito subjetivo do imputado que possa ser concedido contra a vontade do Ministério Público.

Segundo o Superior Tribunal de Justiça (STJ), o Acordo de Não Persecução Penal não constitui direito subjetivo do investigado; assim, pode ser proposto pelo Ministério Público conforme as peculiaridades do caso concreto, quando considerado necessário e suficiente para reprovar e prevenir infrações penais (GOMES FILHO; TORON; BADARÓ, 2022). A Corte Especial do STJ posicionou-se neste sentido, citando precedente do Supremo Tribunal Federal (STF), no sentido de que,

o Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) não obriga o Ministério Público nem garante ao acusado verdadeiro direito subjetivo em realizá-lo. Simplesmente permite ao parquet a opção, devidamente fundamentada, entre denunciar ou realizar o acordo, a partir da estratégia de política criminal adotada pela Instituição (STJ, EDcl no AgRg no RE nos EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1.816.322, Corte Especial, Rel. Min. Humberto Martins, j. 22.6.2021).

Para o interessado, por consequência, diante da recusa fundamentada do Ministério Público em oferecer o ANPP, é possível requerer a remessa dos autos ao órgão superior do Ministério Público, aplicando-se o disposto no artigo 28-A, § 14, do Código de Processo Penal. Em outras palavras, para evitar que seu direito seja tolhido há uma instância administrativa revisional.

Para tal propósito a defesa deve formular o pedido, ao magistrado, de remessa dos autos ao órgão de revisão do Ministério Público, no prazo da resposta à acusação, previsto nos artigos 396 e 396-A do Código de Processo Penal (CUNHA, 2022), ou seja, em 10 dias. Neste caso, apesar da denúncia já ter sido oferecida e recebida, o ANPP poderá ser feito durante a tramitação processual.

Portanto, reforça-se o entendimento de que o ANPP não é um direito subjetivo do acusado, mas uma faculdade do órgão acusador, um poder-dever do titular da ação penal, atendendo a chamada “discricionariedade regrada”, analisada a seguir.

2.3.2 O Ministério Público e seu âmbito de atuação no ANPP

A implementação de consenso na persecução penal, derivada de iniciativas institucionais, mesmo sem previsão legal, como forma de diminuir o número de processos criminais de menor gravidade, teve início em nações como França e Alemanha, em razão da grande carga de trabalho na justiça criminal. Isso permite afirmar que, à semelhança do que ocorreu no ordenamento jurídico brasileiro com o ANPP, nos ordenamentos jurídicos francês e alemão, o acordo penal decorreu de práticas de promotores e juizes sem a introdução de uma norma legal que previa tal possibilidade (CUNHA, 2022).

No Brasil, o art. 127 da Constituição Federal de 1988, dispõe que o Ministério Público é “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe

a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”. Nesse sentido, “o Ministério Público é um órgão legítimo para a definição das pautas prioritárias de política criminal” (VASCONCELLOS, 2022, p.43).

A oferta do ANPP é uma prerrogativa atribuída exclusivamente ao Ministério Público, já que o Poder Judiciário não poderá deixar de homologá-lo, salvo por violação a preceito legal. Nesse âmbito, cabe ao Ministério Público o exercício da “discricionariedade regrada”, em que o promotor de justiça pode rechaçar a possibilidade de acordo, desde que apresente fundamentação clara e convincente (CABRAL, 2023). Contudo, no que diz respeito a discricionariedade do órgão ministerial, observa-se, na aplicação do ANPP, alto grau de discricionariedade visto ser frequente “que as condições sejam unilateralmente propostas pelo Ministério Público sem qualquer (ou mínima) possibilidade ou interesse de negociação”. Por consequência, acaba-se levando o acusado a optar “por ‘aderir’ ao acordo ou decidindo por enfrentar o processo”, independentemente do próprio acordo de cooperação” (OLIVEIRA; MICHELOTTO, 2020, p.58-59).

Considerando as disparidades de tratamento ocasionado por atuações e posturas distintas entre membros da acusação, conclui-se que a decisão do promotor de justiça não pode ser tomada de modo totalmente discricionário. Ao contrário, o representante do Ministério Público deve orientar-se pelos requisitos legais previstos na legislação e sujeitar-se ao controle da instância de revisão ministerial para que não haja insegurança jurídica na aplicação do instituto.

É legítimo, portanto, um acordo customizado, adequado às particularidades do caso e do investigado, conforme inteligência do artigo 28-A, inciso V, do CPP. Todavia, as condições do pacto “devem também ser proporcionais, evitando-se propostas genéricas, padrão, por adesão, mesmo porque as condições consideradas inadequadas, insuficientes ou abusivas podem levar à não homologação judicial do acordo” (GOMES FILHO; TORON; BADARÓ, 2022, RL-1.7). Por isso que Vinicius Gomes de Vasconcellos (2022, p. 59), alerta que: “estruturar mecanismos de controle interno no MP e normativas complementares com critérios e instruções não viola a independência funcional, mas consolida a unidade da instituição e a isonomia do sistema jurídico”.

Em consequência, a renúncia do direito ao julgamento em troca de condições propostas pelo Ministério Público, no Acordo de Não Persecução Penal, deve ser limitada, tanto para evitar a imposição de sanções ilegítimas pelo Estado quanto para assegurar que o agente público não exerça as funções de acusação e também de julgamento.

2.4 A hipossuficiência do investigado e sua vulnerabilidade processual

O Acordo de Não Persecução Penal gera resposta célere e não privativa de liberdade ao infrator, enquanto medida necessária e suficiente para reprovação. A este respeito,

questiona-se se os acusados aceitam realmente voluntariamente o acordo, e se na hipótese de serem inocentes, se arriscariam a não serem absolvidos ao final do processo com transcurso normal. Isso porque, a justiça criminal negocial, não foi projetada para ser utilizada aos réus confessos, mas para gerar réus confessos a quem aplicá-la (VASCONCELOS, 2022, p.27).

Nesse sentido, ao aduzir que o próprio investigado, assistido por defesa técnica, pode livremente, de forma autônoma, avaliar se possui interesse em celebrar o Acordo de Não Persecução Penal, ou seja, que basta o acusado ser devidamente informado sobre suas garantias processuais e não ser constrangido a celebrar o acordo, “não se observa uma situação na qual se viabiliza uma verdadeira escolha para os réus menos favorecidos no âmbito do sistema de administração da justiça penal” (WERMUTH, 2019) e abre-se espaço para condições injustas e desiguais de oportunidade. Isso porque o perfil majoritário dos investigados é composto por pessoas de cor/etnia pretas e pardas, de baixa escolaridade, em situação de vulnerabilidades social e econômica, fatos que viabilizam a possibilidade de um inocente aceitar o ANPP e confessar uma infração penal que não cometeu.

Destarte, “o acordo de não persecução penal pode se transformar em um mecanismo de acentuação das desigualdades sociais no âmbito jurídico-penal, na medida em que impele o investigado a aceitar um acordo proposto diante do receio dos “riscos do processo” (WERMUTH, 2019). Deve ser levado em consideração que a repressão e o controle se aplicam em intensidade desigual entre as pessoas, pois “nota-se que os direitos e garantias fundamentais propositalmente não se distribuem de maneira igualitária na sociedade”. Na verdade, existe uma “violação autorizada de direitos constitucionalmente assegurados de parte da população” (COUTO; PRADO; PORTUGAL, 2021, p.12). Portanto, o devido processo legal deixa de ser considerado uma garantia ao investigado e passa a ser uma possibilidade de resposta penal mais gravosa. Por isso, a exigência de assistência jurídica na celebração do acordo não é suficiente para assegurar que o investigado estará, de fato, ciente de suas garantias constitucionais e a confissão em razão do temor de ser condenado em um processo criminal não ocorra, uma vez que essa relação entre advogado e investigado é fragilizada, facilitando falsas confissões.

2.5 A necessidade da confissão do indiciado sob a ótica da conveniência

Em contraste aos demais institutos da justiça consensual, inseridos no ordenamento jurídico brasileiro, o Acordo de Não Persecução Penal requer a confissão do investigado sobre a infração penal imputada como condição para a sua celebração. Isso significa dizer que para a celebração do acordo, o acusado narra pessoal, oral e detalhadamente os fatos ocorridos e sua concreta participação neles, em audiência pública, acompanhado de seu defensor constituído ou nomeado.

Sendo assim, dentre as diversas classificações de confissão, importa mencionar que a confissão qualificada (quando o acusado admite a autoria dos fatos, mas sustenta uma causa de exclusão da ilicitude ou da culpabilidade), a confissão informal (obtida por meio de depoimento informal do investigado, sem a observância do direito ao silêncio prevista no artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal de 1988) e a confissão retratada (quando o agente confessa a prática do delito na fase extrajudicial e, em Juízo, se retrata, negando a autoria, por exemplo) são inviáveis para celebração do ANPP. Permite-se, contudo, a confissão parcial nos casos em que o Acordo de Não Persecução Penal for firmado somente em relação à parte dos fatos delituosos imputados.

É interessante notar que a confissão deverá se dar na presença do representante do Ministério Público, no momento da celebração do acordo. Deste modo, a confissão no ANPP não configura fundamento para constatação da justa causa, visto que «a justa causa para o acordo, porém, deve advir da investigação, e não da confissão para o acordo» (SAAD, 2021, p. 179).

Questiona-se, então: qual é a necessidade da confissão do indiciado no ANPP? A confissão tem a função de garantia, ou seja, funciona como um reforço argumentativo da justa causa, pois confirma, que não se pratica uma injustiça contra um inocente; por outro lado, sua função processual, seria como um elemento de vantagem processual, em caso de descumprimento do acordo pelo investigado (CABRAL, 2023).

Ademais, a confissão circunstanciada e formal, da infração penal, é como uma “nova mecânica de esclarecimento do caso penal”, substituindo a prestação jurisdicional como modo de resolver o caso penal (GUARAGNI, 2020, p. 299).

Veja que, aliado a essas razões, estão todas as vantagens do ANPP como a celeridade aos processos, redução de gastos e reparação às vítimas. Sob outra perspectiva, não se pode olvidar que a renúncia aos direitos e garantias fundamentais, a título exemplificativo: o devido processo penal, a ampla defesa, o contraditório, a busca da verdade real, a presunção de inocência, o direito ao silêncio e, por consequência, o direito de não produzir prova contra si mesmo (“*nemo tenetur se detegere*”) se fazem presentes, pois são mitigados. Inclusive, o princípio do “*nemo tenetur se detegere*” encontra previsão legal não apenas no texto constitucional (art. 5º, inc. LXIII, da Constituição Federal de 1988), mas também incorpora a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em seu art. 8º, §2º, alínea “g”. Em outras palavras, a exigência da confissão formal e circunstanciada, para celebração do ANPP, afronta tais mandamentos constitucionais.

É preciso refletir, sob tal lente, que “quando as pautas estão cheias e o sistema passa a valorar mais o juiz pela sua produção quantitativa do que pela qualidade de suas decisões, o processo assume sua face mais nefasta e cruel”, de modo que a lógica do tempo curto acaba “atropelando as garantias

fundamentais em nome de uma maior eficiência” (LOPES JR.; ROSA, 2015, p. 5).

Nesse contexto, com a negociação da persecução penal “a grande beneficiada com o sistema da barganha do acordo é a pretensão punitiva, já que consegue o seu objetivo com um custo menor, com maior rapidez e em maior número” (SANTOS, 2018, p. 32). Entretanto, essa conclusão leva, igualmente, à ponderação sobre os perigos que há nessa máquina de barganha estatal, cuja finalidade primária é a resolução de processos, sem julgamento do mérito e sem a concessão de qualquer contraditório ao investigado, já que muitas vezes os direitos e garantias, constitucionalmente previstos são relegados, inclusive por aquele que tem a função de velá-los, enquanto agente do processo, ou seja, o Ministério Público.

Procedimentos rigorosos e garantias fundamentais passam a ser considerados como meras formalidades a serem superadas em favor de uma perspectiva utilitarista do sistema de justiça criminal. Ou seja, a fim de abrandar o clamor público para que sinta maior segurança com o recrudescimento punitivo e ocultar a incapacidade do Estado no enfrentamento dos problemas sociais e a falha do sistema da justiça penal brasileira, que é lenta e não responde adequadamente a sociedade, amplia-se a discricionariedade das autoridades judiciárias, atenuando-se princípios como o da presunção de inocência e as garantias processuais. Aplicando essa tese ao requisito da confissão para obter o Acordo de Não Persecução Penal, tem-se que “passa-se a exigir do acusado, uma vez confesso, a solução de uma equação que resulta da falta de capacidade operacional do Estado” (WERMUTH, 2022, p.18).

Além disso, outro ponto desfavorável à exigência da confissão no ANPP destaca-se a partir de 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” (REIS JUNIOR; BIANCHI, 2022, p.19).

Nesse sentido, é preciso cogente resposta judiciária no sentido de reconhecer, ainda que incidentalmente, a inconstitucionalidade parcial do art. 28-A, do CPP, na parte que estabelece como requisito a confissão do indiciado para a obtenção do ANPP. Isso deve se dar, porquanto tal previsão legal afronta as normativas constitucionais acima expostas. Somado a isso, não se pode esquecer que o direito penal não faz parte do direito privado a ponto de conceber, como prática escorregia, uma espécie de contrato de adesão entre acusação e defesa, para celebração do ANPP. Deve-se, então, verificar as peculiaridades do caso concreto e sob tal contexto a redação do ANPP deve perfilar as diretrizes constitucionais.

Em resumo, é inconstitucional o requisito objetivo da confissão do indiciado para obtenção da proposta de ANPP, devendo, então, o Ministério Público, à revelia de tal dispositivo inconstitucional, ofertar ANPP com dispensa da confissão enquanto requisito obrigatório.

2.5.1 Efeitos da confissão no curso do processo e fora deste

Em que pese a defesa acerca da inconstitucionalidade do requisito da confissão, para proposta de ANPP, admitindo sua possibilidade surge uma problemática: qual o valor da confissão na hipótese de não homologação do ANPP ou de seu descumprimento? Vinicius Gomes de Vasconcellos (2022), Rogério Sanches Cunha (2020) e Aury Lopes Junior (2020) entendem que a confissão não poderá ser utilizada depois da rescisão, por não ter o Acordo de Não Persecução Penal finalidade probatória. Por outro lado, Rodrigo Leite Ferreira Cabral (2023), membro do Ministério Público paranaense, sustenta que a confissão poderá ser utilizada, inclusive para estimular o investigado a cumprir o acordo realizado. Ora, no sistema acusatório, vinculado ao Estado Democrático de Direito, o acusado não é objeto, mas sim, sujeito do processo. Não se busca a verdade por meio da confissão, nem ela pode ser um instrumento de coação ou obtenção de arrependimento (MASI, 2020, p. 284). Por isso, com acerto estão aqueles que afastam a possibilidade de admitir tal confissão como espécie de prova para eventual processo penal, pois tal fase, que antecede ao processo, é regida pela verdade *consensual*, que por si só, repugna a confissão colhida que deve apoiar-se em verdade *real*.

Portanto, na sistemática atual, o descumprimento do acordo não valida a confissão como prova porque não há processo. Assim, a confissão não poderá ser utilizada contra o investigado no curso do processo, tampouco produzirá efeitos fora do processo (impedindo a prova emprestada e a democratização da confissão), assim como ocorre, por exemplo, com a transação penal, que não gera qualquer efeito no juízo cível, pois também está amparada na verdade consensual. Em resumo, as medidas despenalizadoras se fundamentam em juízo discricionário de oportunidade e conveniência por parte do destinatário; por isso, não gera qualquer efeito fora de seu âmbito; pensar de forma diversa seria aproximar-se ao direito penal do inimigo, afastando-se das questões de política criminal que norteiam os institutos despenalizadores.

Somado a isso, a confissão obtida no âmbito do ANPP, não se adequa às diretrizes dos arts. 197 a 200, do Código de Processo Penal, nem tampouco integra o interrogatório; por isso, não há ampla defesa e contraditório, sem olvidar que a confissão, na forma regida pelo CPP, é o último ato processual que antecede as alegações finais das partes, já que integra o interrogatório, justamente para garantir a mais ampla defesa. Então, deve-se ter cuidado ao afirmar que a confissão é meio de prova, pois:

[...] a busca para que se evitem vícios na produção probatória deve ser incansável, tendo em vista que sua ocorrência acarretará a invalidade da prova, podendo ter como consequência uma nulidade processual ou uma sanção da inadmissibilidade do elemento probatório, a depender do caso (REIS JUNIOR; FRANÇA, 2022, p.5).

Em suma, a confissão feita no âmbito do ANPP, antes do

oferecimento da denúncia, em momento pré-processual, não observa o contraditório e a ampla defesa, impossibilitando-a de projetar seus efeitos fora do âmbito do acordo ou de ser posteriormente utilizada como prova.

2.5.2 A (in)voluntariedade do investigado

A voluntariedade do investigado refere-se ao desejo de aceitar o Acordo de Não Persecução Penal e vir a cooperar para que seja efetivada uma verdadeira negociação entre as partes, ou seja, a celebração de um contrato entre o investigado e o Ministério Público, inclusive na ação penal de iniciativa privada. Todavia, é preciso ter cautela para que não prevaleça o interesse do agente ministerial, ou seja, não se faça presente uma disparidade de armas entre as partes.

Acerca dessa temática, analisa-se o poder de coerção da autoridade, representativa do Estado-Administração, e de outro lado, um investigado, em regra, hipossuficiente, sem condições financeiras para constituir advogado. Nesse cenário, não é possível imaginar que a livre manifestação do investigado para a celebração do ANPP não seja comprometida em razão do desequilíbrio na relação de *interessados*.

A voluntariedade do beneficiário em realizar o Acordo de Não Persecução Penal deve ser verificada na audiência judicial de homologação, conforme dispõe o artigo 28-A, § 4º, do CPP. Isso porque, a real voluntariedade por parte do investigado faz parte do requisito de confissão formal e circunstanciada (ainda que seu conteúdo seja falso), e essa é a parte que pode ser fiscalizada pelo magistrado.

Para o Superior Tribunal de Justiça, quando o acusado confessar a infração penal perante o magistrado e afirmar que somente está confessando para obter o Acordo de Não Persecução Penal, não é possível a homologação do acordo por falta de voluntariedade, no âmbito do requisito da confissão (STJ, HC 636.279/SP). Em que pese tal posicionamento, isso não resolve nem tampouco legitima o problema da confissão como meio de prova, pois o juiz não questiona tal matéria aos beneficiários nem tampouco, se questionasse, o beneficiário falaria, pois como mencionado, está-se diante da verdade *contratual consensual*, na qual isso de nada importa à matéria, objeto do ANPP.

Por outro lado, aceitar a tese defendida pelo STJ implicaria, necessariamente, na necessidade de produzir provas, em busca da verdade real, para que fosse reiterada, em fase processual, a proposta de ANPP, porquanto houve, anteriormente, a “confissão formal e circunstanciada” não aceita pelo magistrado, em razão da falta de “voluntariedade”. Portanto, é preciso substituir a concepção de *voluntariedade* por *discricionariedade* no âmbito da confissão, enquanto requisito para a celebração do ANPP, já que sua função não é preparatória da ação penal e, por isso, tudo o que vem antes dela incorpora meros atos de investigação produzidos à revelia do contraditório e da ampla defesa formando, destarte, apenas indícios de autoria ou participação delitiva e materialidade para oferecimento da denúncia ou queixa.

3 Conclusão

A implementação da justiça negocial no ordenamento jurídico brasileiro é uma realidade que não pode ser ignorada e, por essa razão, é preciso refletir sobre seus limites éticos e legais, sempre tendo em vista os ditames constitucionais.

Visando a eficiência do Poder Judiciário no combate à criminalidade, após a promulgação da Lei nº 13.964/2019, procurou-se, por meio do Acordo de Não Persecução Penal, a realização de uma negociação jurídica extrajudicial entre o órgão acusador (Ministério Público) e o investigado (autor da infração penal), com a assistência de um advogado.

O Acordo de Não Persecução Penal tem gerado discussões a partir de teses doutrinárias e jurisprudenciais colidentes, o que coloca em dúvida a sua apresentação enquanto mecanismo de otimização da justiça criminal brasileira. Argumenta-se que esse instituto, ao exigir a confissão como requisito para celebração do ANPP, viola princípios fundamentais do processo penal e do Estado de Direito, tais como o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa e a presunção de inocência.

É necessário, portanto, que o judiciário apresente uma resposta contundente reconhecendo a inconstitucionalidade parcial do artigo 28-A do Código de Processo Penal, mais especificamente no que se refere ao requisito da confissão do indiciado para a obtenção do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP). Tal dispositivo viola normas constitucionais fundamentais. Cada caso deve ser avaliado de acordo com suas peculiaridades, e o ANPP deve estar em conformidade com as diretrizes constitucionais. Em síntese, é inconstitucional exigir a confissão do indiciado como requisito para a obtenção do ANPP; o Ministério Público deve ser capaz de oferecê-lo sem essa exigência.

Evidencia-se, a partir da análise da conveniência da confissão exigida no acordo e do alto índice de discricionariedade conferido ao *Parquet* ministerial, diante da grande disparidade de forças entre as partes acordantes, que embora o ANPP tenha sido concebido com a intenção de agilizar a justiça criminal e desafogar o sistema judiciário, sua constitucionalidade ainda é objeto de debate. É preciso continuar discutindo e avaliando as consequências práticas do uso desse instituto para que se possa garantir uma justiça justa, equânime e compatível com a Constituição Federal.

Referências

ALEXANDRE, J.P.S.M. Acordo de não persecução penal e a mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal: os novos paradigmas da política criminal brasileira. *Conteúdo Jurídico*, 2020. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/55754/acordo-de-no-persecuo-penal-e-a-mitigao-do-principio-da-obrigatoriedade-da-ao-penal-os-novos-paradigmas-da-politica-criminal-brasileira>. Acesso em: 6 jan. 2023.

AVENA, N. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

BOVINO, A. Procedimiento abreviado y juicio por jurados. In: MAIER, J.B.J.; BOVINO, A. *El procedimiento abreviado*. Buenos Aires: Del Puerto, 2005. p.77

CABRAL, R.L.F. Acordo de não persecução: é uma boa opção político-criminal para o Brasil? In: CUNHA, R.S. *Acordo de não persecução penal: Resolução 181/2017 do CNMP com as alterações feitas pela Res. 183/2018*. Salvador: JusPODIVM, 2020. p.377-390.

CABRAL, R.L.F. *Manual do Acordo de Não Persecução Penal*. São Paulo: JusPODIVM, 2023.

COUTO, B.; PRADO, A.R.Ma.; PORTUGAL, D. Acordo de não persecução penal: justiça negocial e opressão racial no Brasil. *Bol. IBCCrim*, v.29, n.342, p.12-14, 2021.

CUNHA, R.S. OAB Campinas. *Acordo de não Persecução Penal: (in)Constitucionalidade da confissão como pressuposto*. 2022. Disponível em: <https://youtu.be/Z9PthvNzQc>. Acesso em: 10 dez. 2022.

CUNHA, R.S. *Pacote Anticrime – Lei n. 13.964/2019: Comentários às alterações do CP, CPP e LEP*. Salvador: JusPODIVM, 2020.

FREITAS, V.P. O princípio da obrigatoriedade da ação e os acordos na esfera penal. *Consultor jurídico*, 19 maio 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-19/principio-obrigatoriedade-acao-acordos-esfera-penal>. Acesso em: 6 jan. 2023.

GOMES FILHO, A.M.; TORON, A.Z.; BADARÓ, G.H. *Código de Processo Penal Comentado*. São Paulo: Thomson Reuters, 2022.

GUARAGNI, F.A. Acordo de Não Persecução Penal: Os Contornos da Confissão Exigida pelo Art. 28-A do CPP. In: BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, J.P.O. *Acordo de Não Persecução Penal*. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020. p.281-301.

LIMA, R.B. *Manual de processo penal: volume único*. Salvador: JusPODIVM, 2020.

LOPES JUNIOR, A. *Direito processual penal*. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LOPES JUNIOR, A.; ROSA, A.M. Com delação premiada e pena negociada, Direito Penal também é lavado a jato. *Consultor jurídico*, 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jul-24/limite-penal-delacao-premiada-direito-penal-tambem-lavado-jato>. Acesso em: 6 jan. 2023.

MASI, C.V. O acordo de não persecução penal como ferramenta político-criminal de despenalização dos crimes de médio potencial ofensivo. *Rev. Defens. Púb. Estado Rio Grande do Sul*, n.26, p.264-293, 2020.

OLIVEIRA, M.A.; MICHELOTTO, M. Acordo de não Persecução Penal. *Rev. Ordem. Cad. Juríd.*, n.68, p.58-59, 2020.

REIS JUNIOR, A.S.; BIANCHI, L.T A (In) Constitucionalidade do Requisito da Confissão para a Concessão do Acordo de não Persecução Penal. *Rev. Ciênc. Juríd.*, v.23, n.1, p.12-20, 2022. doi: <https://doi.org/10.17921/2448-2129.2022v23n1p12-20>

REIS JUNIOR, A.S.; FRANÇA, L.C. Os impactos processuais da inobservância procedimental no âmbito da cadeia de custódia. *Rev. Ciênc. Juríd.*, v. 22 n.1, p.2-06, 2021. doi: <https://doi.org/10.17921/2448-2129.2021v22n1p02-06>

REIS, A.C.A.; LENZA, P.; GONÇALVES, V.E.R. *Direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2021.

SAAD, M. Art. 28-A. In: GOMES FILHO, A.M.; TORON, A.Z.; BADARÓ, G.H. *Código de Processo Penal comentado*. São Paulo: RT, 2021.

SANTOS, M.F. *Delações premiadas e confissões falsas: a importância da interdisciplinaridade para o Direito*. Maringá:

Unicesumar, 2018.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. EDcl no AgRg no RE nos EDcl nos EDcl no AgRg no REsp nº 1.816.322. Corte Especial. Relator: Humberto Martins. Data de publicação: Dje 22/06/2021.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Habeas Corpus nº 636.279/SP. Relator: Joel Ilan Paciornik. Quinta Turma. Data de Publicação: Dje 09/03/2021.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Habeas Corpus nº

657.165/RJ. Relator: Rogerio Schietti Cruz. Sexta Turma. Data de Publicação: Dje 09/08/2022.

VASCONCELLOS, V.G. Acordo de não persecução penal. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

WERMUTH, M.Â.D. O acordo de não persecução penal no Brasil em face das garantias processuais. In: DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO Florianópolis: CONPEDI, 2022.