

ASPECTOS CONTROVERTIDOS DA CONFISSÃO EXIGIDA PELO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

CONTROVERSIAL ASPECTS OF THE CONFESSION REQUIRED BY
THE NON-PROSECUTION AGREEMENT

Beatriz Daguer

Mestranda em Direito Penal pela UERJ. Especialista em Direito Penal e
Processo Penal Econômico pela PUC/PR. Advogada criminalista.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4428577232570781>

ORCID: 0000-0003-3754-2412

beatrizdaguer.adv@gmail.com

Rafael Junior Soares

Doutorando em Direito pela PUC/PR. Mestre em Direito Penal pela
PUC/SP. Professor de Direito Penal da PUC/PR. Advogado criminalista.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7645805665092232>

ORCID: 0000-0002-0035-0217

rafael@advocaciabittar.adv.br

Resumo: O artigo examina o acordo de não persecução penal recentemente introduzido no processo penal brasileiro por meio da Lei 13.964/19. Em razão da sua importância, por força da quantidade de infrações penais albergadas, deve-se ter preocupação com a exigência de confissão formal e circunstanciada prevista no dispositivo, tendo em vista que tal requisito resulta em prejuízo ao investigado tanto no âmbito penal quanto nas demais searas do Direito. Portanto, por meio de revisão bibliográfica sobre o assunto e considerando as controvérsias e aspectos negativos ao direito de defesa do indiciado e/ou acusado, conclui-se que a confissão deve ser entendida como mera formalidade, sem qualquer possibilidade de utilização como prova incriminatória, em qualquer esfera contra o imputado ou para embasar a propositura de denúncia ou justificativa para condenação penal.

Palavras-chave: Acordo de Não Persecução Penal - Confissão - Vedação à Autoincriminação.

Abstract: This paper examines the non-prosecution agreement recently introduced in the Brazilian criminal process through law 13.964/19. In reason of its importance due to the number of criminal offenses lodged, the requirement for formal and detailed confession provided for in the provision should be concerned, given that this requirement results in prejudice to the investigated both in the criminal sphere and in the other areas of the law. Therefore, through a bibliographic review on the subject and considering the controversies and negative aspects of the investigated and/or accused right of defense, it is concluded that the confession must be understood as a mere formality, without any possibility of use as incriminating evidence in any sphere to the detriment of the accused or to support the filing of the complaint or justification for the criminal guilt.

Keywords: Non-prosecution Agreement - Confession - Prohibition of Self-incrimination.

O Pacote Anticrime (PL 882/2019), de autoria do ex-Ministro da Justiça e Segurança Pública Sergio Fernando Moro, propôs duas modificações no Código de Processo Penal visando introduzir soluções negociadas no Código de Processo Penal, como forma de descongestionar os serviços judiciários. A primeira consistente no art. 28-A, denominada de acordo de não persecução penal (ANPP), enquanto a segunda disposta no art. 395-A, alcunhada de acordo penal, o qual possuía uma nítida inspiração no *plea bargaining*,¹ especialmente porque sua homologação representaria uma sentença condenatória² (LANGER, 2017, p. 73-78).

Após a tramitação da proposição legislativa no Congresso Nacional, com o apensamento do Projeto de Lei 10.372/2018 originário da Comissão de Juristas presidida pelo Ministro Alexandre de Moraes, aprovou-se o acordo de não persecução penal, por meio da edição Lei 13.964/2019 (Lei Anticrime), sem que houvesse a confirmação do acordo penal (art. 395-A) pelo Poder Legislativo. O registro é significativo, porque o acordo de não persecução penal já figurava

no Projeto de Lei de 2018, não se tratando, portanto, de novidade debatida na esfera legislativa. Além disso, o referido instituto já integrava Resoluções do Conselho Nacional do Ministério Público (181/2017 e 183/2018). No entanto, pela falta de lei ordinária, em evidente desrespeito à legalidade, sua utilização era bastante controversa (VASCONCELLOS, 2017, p. 8).

Com a introdução do acordo de não persecução penal no diploma processual penal, pesquisas apontaram o aumento substancial na quantidade de acordos concretizados,³ revelando a enorme relevância do instituto para o sistema de justiça criminal, tendo em vista a clara superação de um modelo, em regra, contencioso, para um modelo de justiça criminal negocial.

A ideia do acordo nada mais é do que permitir que o Ministério Público, nos casos de infração penal sem violência ou grave ameaça com pena mínima cominada inferior a 4 (quatro) anos, possa oferecer o ANPP ao investigado na fase pré-processual, desde que confesse

formal e circunstanciadamente o crime, além de se tratar de medida necessária e suficiente à reprovação e prevenção do crime.

O investigado e seu defensor avaliarão as condições previstas de reparação do dano, renúncia a bens e direitos como instrumentos, produto ou proveito do crime, prestação de serviço à comunidade, prestação pecuniária ou outras condições fixadas pelo Ministério Público para deliberação a respeito da aceitação do ANPP.

Relevante pontuar que o órgão acusatório só poderá propor o ANPP quando não for o caso de arquivamento da investigação, pois estando presente causa de exclusão do crime, isenção da pena ou qualquer outra justificante, a oferta não deverá ser apresentada e o inquérito será arquivado (MENDES; LUCCHESI, 2020, p. 60). Ou seja, para a formalização do acordo, deverá estar formada a *opinio delicti* da acusação, devendo existir provas da materialidade do delito e indícios suficientes de autoria (ROSA; ROSA; BERMUDEZ, 2021, p. 26-27).

Em caso de aceitação pelo investigado e posterior homologação pelo magistrado, a persecução penal não será desenvolvida, relativizando-se o princípio da obrigatoriedade da ação penal. Por outro lado, afasta-se a possibilidade de condenação pela prática criminosa que seria imputada ao indivíduo em eventual ação criminal.

Além disso, o legislador estabeleceu proibições para o ANPP, como na possibilidade de cabimento de transação penal, investigado reincidente ou nos casos de conduta habitual, reiterada ou profissional, nas hipóteses de outros benefícios despenalizadores aceitos no prazo de 5 (cinco) anos anteriores e, por fim, nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar e contra a mulher por razões da condição do sexo feminino.

O objetivo do ANPP é o de desafogar as autoridades públicas que fazem parte do sistema de justiça criminal, a fim de que possam desempenhar suas atividades cotidianas voltadas à prática criminosa mais grave. A despeito disso, notável apuração realizada por **Guilherme Brenner Lucchesi e Tiago Bunning Mendes** (2020, p. 56), constatou que, dentre todos os tipos previstos na parte especial do Código Penal, somente 45 crimes não permitirão a propositura e formalização do ANPP.⁴

Ocorre que a prática forense do acordo de não persecução penal tem gerado diversos questionamentos que estão em julgamento perante os tribunais pátrios. Um deles consiste no requisito de que o investigado confesse formal e circunstanciadamente a prática da infração penal.

A temática é pertinente porque a experiência até então acumulada com a justiça negocial existente não exigia a mesma postura. Isso porque os institutos da transação penal e suspensão condicional do processo dispensam qualquer assunção de responsabilidade pelo investigado ou réu, sem que os acordos pudessem gerar qualquer prejuízo na esfera penal ou até mesmo nas demais. Diante disso, a necessidade de confissão formal e circunstanciada da infração penal revela dois graves problemas no emprego do instituto. O primeiro consistente na possibilidade de que assunção da responsabilidade do fato criminoso possa, posteriormente, ser utilizada contra o investigado. Ora, conforme prevê o art. 28-A, § 10, do CPP, em caso de descumprimento do acordo, o Ministério Público comunicará o juiz, para fins de rescisão, redundando no oferecimento da peça acusatória, havendo possibilidade de inclusão da confissão obtida anteriormente para fins de homologação do benefício legal.

A questão adquire relevância porque, em razão da vantagem trazida pelo acordo de não persecução penal, nada impede que se obtenham confissões de investigados apenas para fins de formalização do acordo, ante o desinteresse em enfrentar a persecução penal com todos seus estigmas (família, trabalho, sociedade, aguardar o trâmite do processo judicial até trânsito em julgado etc.).

Por outro lado, há quem defenda que a confissão da ANPP teria o escopo de proteger o próprio investigado, por se consubstanciar em filtro para impedir ou limitar o ajuste com pessoas inocentes, tratando-se de verdadeira garantia. Ademais, serviria como fator de manutenção do acordo, servindo de desincentivo ao descumprimento das condições pelo investigado (MENDONÇA, 2020, p. 285-286).

Os argumentos acima não parecem convencer, especialmente porque eventual concretização do ANPP já pressupõe justa causa para o oferecimento da peça acusatória, até por uma questão do dever de boa-fé do órgão acusatório, não sendo a confissão do investigado o fundamento para a formação da opinião do Ministério Público. Por sua vez, depender de elementos informativos do inquérito policial para justificar eventual condenação na fase judicial viola o próprio art. 155 do Código de Processo Penal, uma vez que a confissão válida será aquela realizada com respeito ao contraditório e ampla defesa (MARTINELLI, 2020, p. 314-315).

A despeito do tema, **Vinicius Vasconcellos** compreende que a exigência de confissão atesta o fracasso do aparato estatal de persecução penal, o qual "tem que se valer da palavra do jurisdicionado, naturalmente fragilizado, para obter o reconhecimento de sua 'culpabilidade'" (VASCONCELLOS; REIS, 2021, p. 295). O autor ressalta que a confissão também banaliza a assunção de culpa, uma vez que são ignorados por completo os impactos que ela pode causar na vida daquele que confessa.

Da mesma forma, a confissão se torna ainda mais problemática na hipótese de autorização do compartilhamento de provas. O Código de Processo Penal nada abordou a respeito da eventual utilização da confissão em outras esferas do Direito, ou seja, sobre a possibilidade de se utilizar, por exemplo, no processo civil ou processo administrativo. Tal aspecto se mostra relevante, porque, ainda que o investigado obtenha a extinção da punibilidade após o cumprimento do benefício legal penal, eventuais processos nas demais esferas prosseguiriam com seu curso normal, com possibilidade, inclusive, de utilização da confissão em seu desfavor. Trata-se de prova autoincriminatória que pode, inclusive, afastar a concretização de acordos no plano penal (SOARES; BORRI; BATTINI, 2020, p. 219-221).

Embora o legislador não tenha tratado do assunto, a solução poderia ser proibir o compartilhamento de provas para as demais áreas, uma vez que a confissão seria única e exclusivamente para fins de concretização do acordo de não persecução penal, sem assunção de culpa. Experiência similar ocorreu no âmbito das colaborações premiadas, em que os elementos probatórios "produzidos e indicados pelo delator, tendo em vista o acordo firmado e homologado, não podem ser utilizados em outras persecuções, penais ou não, para agravar a sua situação" (VASCONCELLOS, 2019, p. 21). Por outro lado, ainda que a confissão não seja utilizada em desfavor do investigado nas demais esferas, o desfecho dos respectivos processos ficará totalmente a critério da autoridade competente, de acordo com os fatos e provas lá produzidos.

O debate aqui retratado é de extremo interesse em face das

inúmeras repercussões causadas pelo acordo de não persecução penal na esfera de direito do investigado e coinvestigados. Tanto é que assim que o Ministro Gilmar Mendes, no *habeas corpus* 185.913/DF, visando oferecer segurança jurídica e previsibilidade das situações processuais, remeteu o remédio constitucional à deliberação pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, com o fim específico de se responder a pergunta sobre o cabimento ou não do acordo, mesmo em casos nos quais o imputado não tenha confessado anteriormente, durante a investigação ou o processo, estando pendente de julgamento (BITTAR; SOARES, 2021, p. 55).

Em verdade, o ANPP aproxima-se da transação penal e da suspensão condicional do processo, institutos despenalizadores que buscam uma alternativa consensual no sistema de justiça criminal, de modo que a confissão se mostra totalmente descabida, especialmente porque impõe indevido constrangimento ao obrigar o investigado a produzir prova contra si (SANTOS, 2020, p. 191), o que indubitavelmente violaria o seu direito à não autoincriminação, previsto no art. 8, 2, "g", da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, da qual o Brasil é signatário.

A interpretação que deve ser dada ao ANPP é de que há enorme benefício, em especial ao Ministério Público, quanto à não efetivação

da persecução penal e os gastos dela decorrentes (MILHOMEM, 2020, p. 422-423). Em contrapartida, o investigado suportará as condições desde já fixadas, as quais já são suficientes para os fins de prevenção e repressão, na medida do que compreendeu o legislador. Nessa relação de proveito mútuo entre as partes, conforme apontado acima, a exigência da confissão não possui razão de ser, por configurar ônus e desequilíbrio indevido ao investigado, servindo apenas e tão somente para cumprir o requisito legal, a fim de permitir a realização do acordo, nada mais (ROSA; ROSA; BERMUDEZ, 2021, p. 60).

Portanto, conclui-se que a confissão formal e circunstanciada sequer seria necessária para fins de formalização do ANPP, tendo em vista que o objetivo do instituto de nítido caráter despenalizador não adentra em qualquer assunção de responsabilidade penal, devendo ser compreendido como desnecessário e inadequado. No entanto, ainda que se exija a confissão, por força expressa da previsão contida no art. 28-A, do CPP, a sua realização teria o caráter de mera formalidade para o ajuste entre partes, não podendo ser utilizada em desfavor do investigado, seja na esfera penal, seja nas demais esferas do Direito.

Notas

¹ O instituto não encontra definição precisa na doutrina, até porque diz respeito a um modelo norte-americano de *common law*, o qual serviu de base para reformas legislativas em diversos países, inclusive no Brasil. Originalmente, consiste na realização de um acordo entre o Estado e o acusado, mediante a assunção de culpa por parte do segundo, para que seja encerrado um processo instaurado. Esse sistema "possui problemas estruturais e sistêmicos que prejudicam não apenas o devido processo legal, mas também os valores fundamentais do sistema criminal", sendo inclusive rechaçado por parte da comunidade acadêmica estadunidense. Acerca do tema, Sarah Ribeiro e Rodrigo Guimarães discorrem acerca da classificação teórica do *plea bargaining*, afirmando que há uma divergência de compreensão: por um lado, a maior parte da doutrina brasileira entende que se trata de instituto decorrente do sistema acusatório, pois "seria representado por um modelo no qual as partes seriam as gestoras da prova, operando à luz do princípio dispositivo", concepção da qual concordamos. Contudo, faz-se necessário mencionar que subsistem algumas incompatibilidades com a ideia de um sistema acusatório, como o desequilíbrio na negociação. Por outro lado, ressaltam ainda que outros autores defendem que se trata de instituto inquisitório, que confere amplos poderes ao Estado, concentrando a

atribuição de acusar e julgar nas mãos do promotor, operando predominantemente pela confissão do investigado, "por vezes, até chegando ao ponto de constranger psicologicamente o investigado a confessar para evitar uma sanção mais severa". Ver em: Ribeiro e Costa (2019, p. 259-260); e Ribeiro e Guimarães (2020, p. 839-842).

² Máximo Langer chama a atenção para a notória influência do sistema jurídico norte-americano nos sistemas processuais penais ao redor do mundo, o que tem levado diversos países a simplesmente copiá-lo, em especial por meio da introdução do *plea bargaining*. No entanto, diversas características dos países que adotam em especial a *civil law* dificultam a americanização do sistema, resultando, na verdade, em problemas de fragmentação e divergência do sistema processual.

³ MPF, 2020.

⁴ A título de exemplo, não estão inseridos no rol que admitem o ANPP delitos como: homicídio (art. 121, CP), roubo (art. 157, CP), extorsão (art. 158, CP), extorsão mediante sequestro (art. 159, CP), estupro de vulnerável (art. 217-A, CP), favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual (art. 228, § 2º, CP), tráfico de drogas (art. 33, Lei 11.343/06), entre outros.

Referências

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus 185.913/DF. Relator Gilmar Mendes, DJ. 24/09/2020.

BITTAR, Walter Barbosa; SOARES, Rafael Junior. Capítulo 4 – Código de Processo Penal – Decreto-Lei 3.689/41. In: BITTAR, Walter Barbosa (org.) *Comentários ao Pacote Anticrime: Lei 13.964/2019*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021.

LANGER, Máximo. Dos transplantes jurídicos às traduções jurídicas: a globalização do *plea bargaining* e a tese da americanização do processo penal. *Delictae Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito*, [S.l.], v. 2, n. 3, p. 19, dez. 2017.

MARTINELLI, João Paulo. A (ir)relevância da confissão no acordo de não persecução penal. Acordo de não persecução penal. BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, Leonardo Paulo (orgs.). Acordo de não persecução penal. 2 ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020. p. 303-320.

MENDES, Tiago Bunning; LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Lei Anticrime: a (re)forma penal e a aproximação de um Sistema acusatório?* Lei 13.964/2019, que modifica o CP, CPP, LEP e outras Leis Penais Extravagantes. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

MENDONÇA, Andrey Borges de. Acordo de não persecução penal e o pacote anticrime (Lei 13.964/2019). In: Lei anticrime: um olhar criminológico, político-criminal, penitenciário e judicial [Coord. Antonio Baptista Gonçalves]. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

MILHOMEM, Flávio. O acordo de não persecução penal no pacote anticrime. Pacote anticrime: Lei 13.964/2019 – Temas penais e processuais penais. In: HABIB, Gabriel (coord.). Salvador: Editora Juspodvm, 2020.

MPF já fechou mais de 5 mil acordos de não persecução penal. *Conjur*, 17 set. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-17/mpf-fechou-mil-acordos-nao-persecucao-penal>. Acesso em: 14 mar. 2021.

RIBEIRO, Leo Maciel Junqueira; COSTA, Victor Cezar Rodrigues da Silva. Acordo de

não persecução penal: um caso de direito penal das consequências levado às últimas consequências. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 27, n. 161, p. 249-276, nov. 2019.

RIBEIRO, Sarah Gonçalves; GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim. O caso das Bruxas de Salém e a origem do *plea bargaining* norte-americano: contrapondo o entendimento dicotômico dos sistemas processuais penais. *Rev. Bras. de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v.6, n. 2, p. 835-872, mai./ago. 2020.

ROSA, Alexandre Morais da; ROSA, Luísa Walter; BERMUDEZ, André Luiz. *Como negociar o acordo de não persecução penal: limites e possibilidades*. 1. ed. Florianópolis: Emais, 2021.

SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *Comentários ao Pacote Anticrime*. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

SOARES, Rafael Junior; BORRI, Luiz Antonio; BATTINI, Lucas Andrey. Breves considerações sobre o acordo de não persecução penal. *Revista do Instituto de Ciências Penais*. v. 5, p. 213-231, dez./mai. 2020.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Compartilhamento de Provas na Colaboração Premiada: Limites à Persecução Penal Baseada nos Elementos de Autoincriminação Produzidos pelo Delator. *Revista de Direito Público*, Porto Alegre, v. 15, n. 87, p. 9-24, maio/jun. 2019.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes. Não-obrigatoriedade e acordo penal na Resolução 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público. *Boletim do IBCCRIM*, ano 25, n. 299, p. 7-8, out. 2017.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de; REIS, Dimas Antônio Gonçalves Fagundes. Limites à utilização da confissão do imputado realizada como requisito ao acordo de não persecução penal. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 20, n. 80, p. 289-306, 2021.

Recebido em: 15.03.2021 - Aprovado em: 26.05.2021 - Versão final: 12.09.2021