

ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: RETORNO DO STATUS DA CONFISSÃO COMO “RAINHA DAS PROVAS”

*NON-PROSECUTION AGREEMENT: THE CONFESSION RETAKING THE POSITION OF
“QUEEN OF THE EVIDENCE”*

Livia Barcessat Lewinski

Bacharelada em Direito pela PUCSP. Estagiária no Núcleo Sobre o Crime e a Pena da FGV.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0867541934345036>

ORCID: 0000-0002-2725-0961

livialewinski@gmail.com

Maria Clara Nicolellis

Bacharelada em Direito pela PUCSP. Estagiária no Tribunal de Justiça de São Paulo.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3619264823249647>

ORCID: 0000-0002-8958-6890

mariaclara2104@gmail.com

Pedro Vilhena Pinheiro

Bacharelado em Direito pela PUCSP.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7822613770616482>

ORCID: 0000-0002-7926-3270

pedro.vpinheiro1@outlook.com

Resumo: O artigo reconhece, em um primeiro momento, que a sociedade brasileira possui um forte desejo punitivo, que se materializa não só nas condutas de seus indivíduos e em suas ideologias, mas também em suas leis. Por ser uma manifestação dessa crescente pretensão punitiva, traçamos críticas ao Acordo de Não Persecução Penal, tal como foi apresentado pela Lei 13.964/19, conhecida como “Pacote Anticrime”. Nossas críticas voltaram-se, sobretudo, ao modelo de confissão, que consideramos inconstitucional, arbitrário e extremamente inquisitório. Ponderamos que as formas de negociação penal, quando adequadas aos limites legais, mostram-se benéficas tanto à redução da população carcerária exorbitante quanto à celeridade processual. Por esse motivo, finalizamos o texto apontando maneiras de solucionar as inconsistências do Acordo de Não Persecução Penal para sua aplicação.

Palavras-chave: “Pacote Anticrime” - Acordo de Não Persecução Penal - Artigo 28-A - CPP - Confissão - Devido processo legal.

Abstract: At first, the article recognizes that the Brazilian society has a strong punitive desire, which can be seen not only through Brazilian's aptitudes, but also through its laws. For being a manifestation of this growing punitive claim, we criticize the Non-Criminal Prosecution Agreement as presented by Law 13.964/19, known as “Pacote Anticrime”. Our criticisms are focused, above all, on the confession model, which we consider unconstitutional, arbitrary and extremely inquisitorial. Furthermore, we consider that the forms of negotiation crime, when appropriate to the legal limits, prove to be beneficial both for the reduction of the exorbitant prison population and for the speed of the proceedings. Therefore, we end the text proposing ways to solve the inconsistencies found in the non-criminal prosecution agreement.

Keywords: “Pacote Anticrime” - Non-Criminal Prosecution Agreement - Article 28-A - CCP - Confession - Due process of law.

Causa ânsia que a Fabiano, que vive vida paupérrima e sofrida na obra *Vidas Secas*, tenha sido negado o direito ao devido processo legal, sendo-lhe imputada responsabilidade criminosa de forma arbitrária pelo soldado amarelo que, presenciando uma atitude contrária aos seus interesses, tão logo aplicou-lhe uma pena. O personagem, por sua vez, “marchou desorientado, entrou na cadeia, ouviu sem compreender uma acusação medonha e não se defendeu” (RAMOS, 2013, p. 28). No Brasil atual, em observância aos princípios constitucionais (BRASIL, 1988) do devido processo legal (art. 5º, LIV), do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV), a situação relatada é inconcebível – ao menos aos olhos juspositivistas do ordenamento jurídico.

Apesar de soar ficcional a ideia de tamanho cerceamento de direitos, é o que ocorre no cenário fático brasileiro. O indivíduo que passa anos em um centro de detenção provisória aguardando o julgamento de seu caso para que, então, seja declarado inocente materializa as secas letras de **Graciliano Ramos**; fica claro que o desejo punitivo

da sociedade supera qualquer garantia constitucional.

Inserido nessa mesma sociedade, o legislador juspositivista, diante de situações do gênero, se vê numa encruzilhada: ou combate os desvios do ordenamento, para que tudo volte à legalidade, ou positiva tais situações, suprimindo a sede punitiva. A opção pelo primeiro caminho parece certa, todavia, na Lei 13.964, de 2019 – que ficou conhecida como Pacote Anticrime – o legislador seguiu trajeto diverso.

Isso porque o citado diploma legal criou, dentre outros institutos, o Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), por meio do qual, ainda na fase pré-processual, o acusado pode confessar a infração, renunciando ao seu direito ao devido processo legal, para receber, desde logo, uma sanção. Nesse sentido, o art. 28-A do Código de Processo Penal (CPP) regula tal pacto, impondo requisitos e reservando direitos.

Cuida-se de negócio jurídico de natureza extrajudicial, a ser

celebrado entre o Ministério Público (MP) e o acusado de infração penal, mediante anuência do último e homologação pelo juízo competente, no qual o suposto autor do fato se sujeita ao cumprimento de determinadas condições não privativas de liberdade e, em contrapartida, o MP compromete-se a não o denunciar.

A cada vez que um ANPP é firmado, a expectativa de custo público e social de processos diminui, uma vez que se poupa o sistema judiciário da instauração de mais uma demanda penal. O acordo justifica-se, ainda, como política criminal, por promover o desencarceramento, o que é especialmente importante tendo em vista a superlotação do sistema prisional brasileiro. Em mesmo sentido, reduz-se a probabilidade de prescrição do crime, que poderia advir da demora do exercício da pretensão punitiva.

Tecidas considerações iniciais acerca do ANPP, apontar-se-á, sem embargo, algumas críticas a seu respeito, mormente no que concerne à obrigatoriedade da confissão por parte do acusado. Ressalte-se que o apontamento de tais críticas se dá com o intuito de aprimorar o instituto em apreço, e não de excluí-lo do ordenamento jurídico, pois o acordo exerce relevantes funções, sendo, nessa medida, pertinente às demandas atuais.

Em primeiro lugar, consigne-se que a ampla liberdade atribuída pelo inciso V do art. 28-A ao promotor de justiça, quando da fixação das condições a serem cumpridas pelo acusado, é um dos pontos merecedores de crítica. Esse dispositivo permite que o MP indique qualquer condição, a ser cumprida por tempo determinado, desde que (BRASIL, 1941) "proporcional e compatível com a infração imputada". Demasiadamente vaga, essa disposição dá espaço para a fixação arbitrária de sanções.

À vista disso, **Bernd Schünemann** (2013, P. 410) aponta que o ANPP mais se assemelha a um "contrato de adesão", em que o acusado adere ao que estipula a promotoria, do que a um acordo propriamente dito. E, por isso, o acusado se vê em um impasse: pode submeter-se aos termos fixados pelo MP – com a expectativa de, cumprida a avença, ver decretada a extinção de sua punibilidade –, ou, alternativamente, enfrentar o processo – que, até o trânsito em julgado,¹ pode prolongar-se por anos.

Outrossim, **René Ariel Dotti e Gustavo Britta Scandelari** (2019, P. 5) pontuam como fraquezas do ANPP (i) réus pobres não terem condições de arcar com um bom advogado para firmar um acordo justo;² (ii) a possibilidade de que a acusação ameace o acusado com imputações desproporcionalmente graves para coagir sua defesa a um acordo ruim; e (iii) o afastamento da população do Poder Judiciário.

Formuladas críticas gerais, passa-se à confissão formal como pré-requisito à elaboração do ANPP. Da análise do art. 28-A, extrai-se que a confissão do acusado é exigível previamente à proposição do acordo pelo MP; permite-se, pois, que o indivíduo confesse um crime com o objetivo de esquivar-se do processo criminal antes mesmo de ter ciência dos termos do pacto. Destarte, há a possibilidade de o sujeito sequer se interessar pelo acordo proposto, caso em que a "prova" contra si mesmo já teria sido produzida.

Ademais, mesmo no cenário em que o indivíduo primeiro se certifica dos termos do ANPP, para, após, decidir se irá, ou não, confessar,

subsiste a possibilidade de o juiz não o homologar por motivos diversos. E, ainda que homologue o acordo – e que todos os envolvidos estejam satisfeitos com seus termos –, há a hipótese de violação de suas condições por parte do acusado, o que redundaria no processo criminal.

Note-se que são muitas as hipóteses de não efetivação do acordo em apreço, mesmo depois de já realizada a confissão. Assim, se o acusado confessa o crime a fim de celebrar o pacto, questiona-se: poderá a confissão ser empregada como meio de prova no Processo Penal, caso não se prossiga com o acordo? A lei é silente a esse respeito, abrindo margem para que o ato seja ratificado judicialmente e sirva como prova acusatória no Processo Penal. Nesse cenário, como ficaria o princípio constitucional do *nemo tenetur se detegere*?

Essa verdadeira "caça às bruxas" dos tempos modernos é taxada, no campo doutrinário, como inquisitorial e descabida em um sistema processual penal acusatório que exige o Estado Democrático de Direito. Nessa esteira, denuncia **Paulo Henrique Fuller** (2020, p. 154):

Como se percebe, a exigência legal de confissão do investigado (formal e circunstanciada) configura mero capricho da mentalidade inquisitorial que permeia o processo penal brasileiro: nada mais inquisitorial que a busca da confissão do investigado no bojo de uma solução consensual que promove a NÃO persecução penal.

Afinal, o indivíduo que confessa não necessariamente diz a verdade; pode confessar visando objetivos secundos, que não a revelação dos fatos. Talvez em observância a isso, o legislador previu, no art. 197 do CPP, que a confissão deve ser analisada em conjunto com as demais provas produzidas, do que decorre a compreensão de que o seu valor probatório é relativo.

E, especificamente no caso do ANPP, não é possibilidade remota que um inocente escolha confessar um crime que não cometeu

apenas por crer que as condições propostas pelo *parquet* para a efetivação do acordo seriam mais benéficas do que levar um processo adiante. Em vista disso, corre-se o risco de produzir prova contra quem sequer cometeu o delito que confessou.

De mais a mais, não assiste razão ao condicionamento do acordo à confissão do acusado. Isso porque é certo que confessar o que lhe está sendo imputado em nada alteraria o curso dos fatos, sendo uma condição desnecessária e até mesmo inconstitucional. Diz-se inconstitucional porque a

Carta Magna garante ao acusado, em seu art. 5º, LXIII, o direito de permanecer calado e, assim, não produzir prova contra si mesmo. Soma-se a isso a garantia prevista no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, de que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Ademais, após se ponderar a respeito do intuito da obrigatoriedade da confissão, conclui-se que ele não poderia ser outro que não a antecipação do mérito de um processo que sequer se instaurou para fins de legitimar a imputação de responsabilidade penal à parte acusada sem que lhe tenha sido concedido o direito ao contraditório. Frise-se que esse intuito oculto é expressão do desejo punitivista de nossa sociedade. Explicar-se-á o porquê do ora sustentado.

"[...] NÃO É POSSIBILIDADE REMOTA QUE UM INOCENTE ESCOLHA CONFESSAR UM CRIME QUE NÃO COMETEU APENAS POR CRER QUE AS CONDIÇÕES PROPOSTAS PELO PARQUET PARA A EFETIVAÇÃO DO ACORDO SERIAM MAIS BENÉFICAS DO QUE LEVAR UM PROCESSO ADIANTE."

Ab initio, é preciso considerar que as condições estipuladas pelo *parquet* podem se igualar às próprias penalidades instituídas no Direito Penal brasileiro, ainda que excluídas as privativas de liberdade. Diz-se isso porque o próprio art. 28-A, na parte final de seu *caput*, estabelece que o MP poderá propor o ANPP, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as condições elencadas nos incisos subsequentes ajustadas cumulativa e alternativamente. Ora, a “reprovação” e “prevenção” do crime são funções típicas de penas. Logo, qual seria o escopo de se exigir condições que atendessem à mesma finalidade de penas se não verdadeiramente equiparar o acusado, que firmou o ANPP, a condenado?

Nesta esteira, resta clara a presunção de culpa do acusado, o que se dá devido à mera confissão, uma vez que estão ausentes as demais provas, exceto as extrajudiciais. Pois bem, não era o próprio CPP, em seu art. 197, que atribuía à confissão valor probatório não absoluto, devendo ser confrontado com as demais provas do processo? Então, por que se permite que ao acusado sejam imputadas condições que se equiparam a penas, mediante sua simples confissão?

Nota-se que seria absurdo, à luz dos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, assumir a responsabilidade penal do acusado antes mesmo da instauração do processo criminal, utilizando-se somente das diligências ocorridas no curso do inquérito policial e de uma confissão extrajudicial. Outra não é a lição de **Guilherme de Souza Nucci** (2020, p. 322) ao apontar as seguintes medidas, a serem tomadas pelo juiz ao entrar em contato com as provas colhidas pela autoridade policial durante a fase investigatória:

a) desprezar toda e qualquer prova que possa ser renovada em juízo sob o crivo do contraditório (...); b) permitir à defesa que contrarie, em juízo, os laudos e outras provas realizadas durante o inquérito, produzindo contraprova; c) **tratar como mero indício e jamais como prova direta eventual confissão do indiciado;** (...). (grifos nossos)

Tais medidas são imprescindíveis para garantir que o inquérito policial não acabe se voltando sobremaneira contra o próprio investigado, haja vista que, durante seu curso não lhe é concedido o direito ao contraditório. Portanto, seria absolutamente conflituoso

permitir que a condenação do investigado se pautasse nas provas colhidas pela polícia, ainda que presente a confissão; entretanto, esse cenário é institucionalizado sob o manto de um acordo que, apesar de benéfico, está permeado por ilegalidades.

Nesse ínterim, o ANPP poderia seguir os exemplos de outras formas de negociação penal, como a transação penal e a suspensão condicional do processo, não discutindo a culpabilidade do investigado e, conseqüentemente, dispensando-o da confissão. Face ao problema posto, é que sugere **Paulo Henrique Fuller** (2020, p. 154),

Evidentemente que o investigado pode se recusar a confessar (materialmente, não haveria como o obrigar); contudo, se assim proceder, ficaria juridicamente privado da proposta do Acordo de Não Persecução Penal sem qualquer justificativa para tanto, afinal, a essência dessa solução consensual seria *não* discutir a culpabilidade do investigado - tal como ocorre na transação penal e na suspensão condicional do processo (arts. 76 e 89 da Lei n. 9.099/95), que prescindem da confissão do autor da infração ou do acusado.

Destarte, reputa-se que o objetivo do instituto deveria ser tão somente oferecer uma alternativa no espaço de consenso para, respeitados os direitos e garantias do acusado, combater o superencarceramento e promover a celeridade processual, não sendo necessário, para tanto, a presunção de responsabilidade penal da parte acusada e, tampouco, a aplicação de condições equiparadas a penas.

Conclui-se, em última instância, que a justiça criminal negocial é um prestigioso avanço no Direito Penal brasileiro, desde que respeitadas as garantias constitucionais. No caso do ANPP, a obrigatoriedade da confissão – uma dentre diversas irregularidades desse instituto –, ao antecipar o mérito de um processo que sequer se instaurou, é flagrantemente inconstitucional. Fere, assim, os princípios constitucionais do *nemo tenetur se detegere*, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.

Ressalte-se que as maiores vítimas desta exigência são os Fabianos – pessoas sem formação escolar, pobres, periféricas, que ficam à mercê de um defensor que nem sempre será constituído. Na hipótese de confessarem e, por qualquer uma das razões apresentadas no presente trabalho, o ANPP não vier a vingar, serão também os Fabianos, alvos preferenciais do sistema, que estarão à mercê da seletividade do Direito Penal brasileiro.

Notas

¹ Dados de 2019 do Conselho Nacional de Justiça indicam que o tempo médio até a baixa do processo na fase de conhecimento é de 4 anos e 1 mês na Justiça Estadual e de 2 anos e 1 mês na Justiça Federal. Ver: (BRASIL, 2020, p. 194).

² Ademais, é descabido o argumento de que o réu pode recorrer à tutela da Defensoria Pública, vez que, em razão do déficit dessa categoria, que é de pelo menos 6 mil defensores, isso nem sempre é possível. (APRESENTANDO A DEFENSORIA PÚBLICA, 2018, p. 4).

Referências

APRESENTANDO A DEFENSORIA PÚBLICA: Retrato de uma Instituição em Desenvolvimento. *Associação Nacional das Defensoras e Defensores Públicos (ANADEP) e Associação Paulista de Defensores Públicos (APADEP)*, 2018. Disponível em: <https://www.apadep.org.br/wp-content/uploads/2018/11/book-defensoria-pu%CC%81blica.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números 2020: ano-base 2019*. Brasília: CNJ, 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Acesso em: 28 de abr. 2021.

BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29 abr. 2021.

BRASIL. *Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940*. Código Penal. Rio de Janeiro: Presidência da República, 31 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 29 abr. 2021.

BRASIL. *Decreto-Lei 3.689, de 03 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro: Presidência da República, 31 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 29 abr. 2021.

DOTTI, René Ariel; SCANDELARI, Gustavo Britta. Acordos de não persecução e de aplicação imediata de pena: o plea bargain brasileiro. In: *Pacote anticrime: remédio ou veneno?* *Boletim IBCCRIM*, ano 27, n. 317, p. 32-34, abr. 2019. Disponível em: <https://jornalistaslivres.org/wp-content/uploads/2019/04/ibccrim.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2021.

veneno? *Boletim IBCCRIM*, ano 27, n. 317, abr. 2019. Disponível em: <https://jornalistaslivres.org/wp-content/uploads/2019/04/ibccrim.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2021.

FULLER, Paulo Henrique et al. *Lei anticrime comentada*: artigo por artigo: inclui a decisão liminar proferida nas ADIs 6.298, 6.299 e 6.300. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MOSTACHI, Bárbara. E, afinal, cadê o Juiz das Garantias? *Canal Ciências Criminais*, 19 abr. 2021. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/e-afinal-cade-o-juiz-das-garantias/>. Acesso em: 29 de abril de 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de direito processual penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PACOTE ANTICRIME: remédio ou veneno? *Boletim IBCCRIM*, ano 27, n. 317, p. 1-2, abr. 2019. Disponível em: <https://jornalistaslivres.org/wp-content/uploads/2019/04/ibccrim.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2021.

RAMOS, Graciliano. *Vidas secas*. Rio de Janeiro: Record, 2013.

RIBEIRO, Natália Pimenta; DE PAULA E TOLEDO, Yashmin Crispim Baiocchi. *Plea bargain à brasileira: A justiça penal negociada do Projeto de Lei Anticrime e o recrudescimento dos resquícios inquisitórios do sistema criminal*. In: *Pacote anticrime: remédio ou veneno?* *Boletim IBCCRIM*, ano 27, n. 317, p. 32-34, abr. 2019. Disponível em: <https://jornalistaslivres.org/wp-content/uploads/2019/04/ibccrim.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2021.

SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

Recebido em: 30.04.2021 - Aprovado em: 02.06.2021 - Versão final: 17.08.2021