

O MOMENTO DA CONFISSÃO PARA O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

THE TIME OF CONFESSION FOR THE CRIMINAL NON-PROSECUTION AGREEMENT

Pedro Guilherme Müller Kurban

Especialista lato sensu em Ciências Penais pela PUCRS. Graduado em Direito pela PUCRS. Advogado.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9313489471287327>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8640-6698>

pgmullerkurban@gmail.com

Brunno Ruschel de Lia Pires

Especialista lato sensu em Compliance pela PUCRS. Graduado em Direito pela PUCRS. Advogado.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2668405841384456>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1638-7137>

brpires1304@gmail.com

Resumo: O presente artigo objetiva suscitar a discussão acerca da ocasião exigida para a confissão no Acordo de Não Persecução Penal, explorando tendência jurisprudencial que, no intento de limitar a incidência retroativa do ANPP, impõe a antecedência da confissão à própria oferta, sendo oportuno cotejá-lo com a sistemática do *Plea Bargaining*, e perscrutar possíveis efeitos deletérios à defesa e à acusação.

Palavras-chave: Confissão Prévia – ANPP – Precedentes – *Plea Bargaining*.

Abstract: The current article aims to raise the discussion about the occasion required for confession in the Criminal Non-Prosecution Agreement, exploring a jurisprudential tendency that, in an attempt to limit the retroactive incidence of the NPA, imposes the advance of the confession to the offer itself, being opportune to compare it with the *Plea Bargaining* system, and scrutinize possible deleterious effects to the defense and the prosecution.

Keywords: Previous Confession – NPA – Precedents – *Plea Bargaining*.

1. Introdução

O Acordo de Não Persecução Penal foi positivado pela Lei 13.964/2019, no bojo do pacote anticrime, acrescentando o artigo 28-A ao Código de Processo Penal, tendo como antecedente e inspiração o artigo 18 da Resolução 181/2017, do Conselho Nacional do Ministério Público, cuja redação é bastante similar, indicativo quicá do espírito dessa nova lei. De acordo com esses dispositivos, o investigado, aliado a determinados requisitos, deve confessar formal e circunstancialmente a prática da infração para que o acordo seja viável; todavia, indaga-se o momento dessa confissão, se condição prévia e/ou se concomitante à assinatura do acordo, para averiguar o potencial de causar deturpações no sistema penal, especialmente pelos recentes entendimentos jurisprudenciais.

A previsão legal do ANPP começou a vigorar em 23 de janeiro de 2020 e, malgrado incipiente, já acarreta muita discussão e divergência jurisprudencial em diferentes aspectos. Discute-se a natureza ínsita do acordo, se direito subjetivo do acusado e, portanto, interpretado no panorama democrático-acusatório favorável ao investigado ou réu – acaso haja ação penal em andamento –, convindo mencionar nessa corrente a posição de **Lopes Jr.** (2020); ou se a proposta seria prerrogativa exclusiva e também opcional do Ministério Público – Josita (2020) entende-o como um poder-dever do MP, aplicando-se o mesmo raciocínio da oferta de suspensão condicional do processo. Calha consignar que caminha a jurisprudência na linha desta última alternativa, recepcionando o Enunciado 19 do Grupo Nacional dos Coordenadores de Centro de Apoio Criminal do Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais (GNCCRIM/CNPG) acerca da Lei Anticrime, que dispõe ser faculdade do Ministério Público.

Por outro norte, continua a causar cizânia a aplicação do ANPP a

fatos pretéritos à sua vigência legislativa, bem como quanto aos seus respectivos marcos permissivos, se até a prolação da sentença – tendência que se tornou minoritária na jurisprudência, ou se até o recebimento da denúncia, como parece estar assentando-se nos tribunais, na forma defendida por **Fischer** (2020). De toda sorte, os precedentes restritivos e as exigências desbordam da limitação temporal, afetando o próprio instituto.

2. Precedentes dos Tribunais Superiores

A tendência jurisprudencial, disseminada a partir dos tribunais superiores, é pela redução do espectro da incidência do ANPP, estabelecendo-se o recebimento da denúncia como marco último para a possibilidade de oferta, em especial para afastar fatos pretéritos à vigência da lei. Nesse talvegue, emblemática a decisão do Supremo Tribunal Federal no âmbito do *HC* 191.464 AgR/SC, fixando a tese de que “o acordo de não persecução penal (ANPP) aplica-se a fatos ocorridos antes da Lei 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia”, reafirmada no *HC* 191.124 AgR/RO.

Já o STJ unificou internamente suas decisões aplicando a mesma interpretação do STF sobre o limite para o ANPP ser o recebimento da denúncia, dirimindo divergência interna de suas Turmas; porém, um dos fundamentos para afastar a incidência do ANPP se alicerça na premissa de que a falta de confissão pré-processual configura justificativa para negar a proposta uma vez iniciada a ação penal. Neste sentido, cita-se o AgRg no RHC 152.763/SP do STJ, que confirmou a decisão do Tribunal de origem afastando o ANPP por entender recusa justificada não haver confissão prévia, depreendendo-se que ao MP caberia verificar, durante a investigação em sede policial ou ministerial, se os requisitos estariam presentes, incluindo-se confissão formal e circunstancial antecedente. Todavia,

esse posicionamento trouxe a reboque o entendimento implícito de que a confissão deve-se dar anteriormente ao acordo, o que implica caracterizá-la como uma condição prévia à oferta, criando-se o silogismo de que o primeiro passo do acordo é a confissão do investigado para permitir o mero oferecimento.

A confissão, enquanto requisito objetivo-subjetivo, deixa assim de ser uma opção pessoal e de defesa, passando à condicionante do Acordo de Não Persecução. Não haveria maiores problemáticas nessa confissão prévia se a figura do juiz de garantias tivesse sido implantada na forma da lei, já que eventual confissão pré-processual restaria acautelada em separado do juiz apto a julgar o feito, consoante previsão do artigo 3-C, § 4º, CPP; entretanto, o instituto do juiz de garantias continua suspenso (LESCOVITZ; TAPOROSKY FILHO, 2021, p. 18).

Alvissareira, no entanto, a recente decisão da Sexta Turma do STJ no HC 657165/RJ ao pontuar a problemática de se exigir confissão no inquérito, por retirar do investigado a possibilidade de reflexão sobre o custo-benefício da proposta ainda incerta de ANPP, fixando ademais que o acordo, inobstante não seja um direito subjetivo do acusado, também não é mera faculdade do MP, mas um poder-dever, coadunando-se com a posição de **Josita** (2020) anteriormente citada. O grande mérito da decisão, mesmo com algumas ressalvas do caso concreto, é trazer à tona a discussão acerca da imprevisibilidade durante o inquérito quanto à oferta de ANPP, destacando o risco de uma autoincriminação antecipada.

3. *Plea bargaining* e *guilty plea*

Nesse ponto, importa trazer à baila, do Direito Comparado, o instituto norte-americano que inspirou a criação do ANPP brasileiro: o *plea bargaining*. O cerne deste decorre de discussões e concessões recíprocas feitas entre acusação e defesa (CUNHA *et al.*, 2017, p. 204); trata-se do processo de verdadeira barganha, que impõe a confissão para evitar a ação, situando-se no fechamento do acordo e não como condição previamente existente. Releva pontuar que a confissão enquanto declaração de culpa é exigência no sistema estadunidense pelo seu próprio funcionamento judicial.

Nos EUA, o processo tem o escopo de formação da culpa para posterior apreciação em julgamento. Imputada e aceita a acusação (*charging* ou *indictment*, a depender do estado e do crime), procede-se a uma audiência inicial (*initial hearing* ou *arraignment*), para perquirir como o acusado se declara em relação à acusação (*plea hearing*). Se declara não ser culpado (*not guilty*), abre-se o julgamento; se assume ser culpado (*guilty plea*), o caso se encerra com aplicação da pena na sequência. Logo, ao confessar (declarar-se culpado), o sentenciamento é corolário, dispensando-se o julgamento para apuração da culpa, abdicando-se, pois, de exercer o direito de ser julgado pela corte (ALSCHULER, 1979, p. 1). Havendo *plea bargain* ou *plea agreement* – se exitosa a negociação que é o *plea bargaining*, o acusado se declara culpado, e dá-se cumprimento ao que foi estabelecido entre acusação e defesa em sentença, já que a teleologia é exatamente evitar o custo financeiro e operacional de um processo judicial; por isso, o *guilty plea* é consequência indissociável do acordo (*plea deal*).

Interessa salientar que a própria Suprema Corte americana definiu que o *guilty plea* é em si mesmo uma condenação (Kercheval v. United States, 274 U.S. 220, 223 [1927]) – ALSCHULER, 1979, p. 4). Logo, na sistemática americana, a admissão de culpa (*guilty plea*) é imprescindível para o encerramento do processo sem a convocação do júri, diferentemente do Brasil, onde a natureza da confissão é de elemento probatório, insuficiente por si só para a condenação e o consequente desfecho da ação.

Em vista disso, é de se apontar a recepção canhestra desse instituto,

compatível com o sistema adversarial do *common law*, distinto, pois, do ordenamento brasileiro, acarretando mais uma distorção a partir da chamada “americanização à brasileira”, como já antevira Coutinho (2019) ao prefigurar o possível desastre na sua importação. Seja pela própria diferença na natureza da confissão e do *guilty plea*, inclusive diferença valorativa e de importância processual, seja pela inexistência de confissão prévia no próprio *plea bargaining*, não se vislumbra fundamento para a obrigatoriedade de confissão anterior ao acordo como se requisito fosse, mas, sim, condição legal negociável ínsita do próprio ANPP.

4. A confissão como cláusula do acordo

A natureza de negócio jurídico pré-processual pressupõe evidentemente negociação e discussão entre as partes, induzindo concessões recíprocas para fins de viabilizá-lo, restando a cada um dos negociadores ceder mais ou menos em razão da situação fática; vale dizer, se há maior ou menor probabilidade de êxito para a acusação ou para a defesa em virtual ação penal.

Giza-se que, no sistema adversarial americano, qualquer das partes pode propor a avença, diversamente do ANPP, em que sempre pairará a incerteza da oferta por parte do Ministério Público, uma vez estabelecido ser sua prerrogativa exclusiva.

Malgrado compulsória, a confissão é sim uma das cláusulas a ser deliberada, e não um pressuposto anterior para viabilizar a negociação em si, como vem indicando a jurisprudência brasileira. Aliás, o Enunciado 13 aprovado na I Jornada de Direito e Processo Penal do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal (CEJ/CJF) é instrutivo ao sinalizar que “a inexistência de confissão do investigado antes da formação da *opinio delicti* do Ministério Público não pode ser interpretada como desinteresse em entabular eventual acordo de não persecução penal”.

Frisa-se que imprescindibilidade da confissão é contestada como inválida por parte de juristas, a exemplo de Nucci (2020, p. 383), sob o prisma do direito a não autoincriminação, que fica fragilizado. Afinal, a confissão se exaure em si mesma e perde o sentido porquanto mero meio de prova, inaproveitável para fins de ação penal fulminada pelo ANPP, cujo intuito é essencialmente despenalizador. Convém distinguir, pois, da confissão demandada para a colaboração premiada, já que esta sim serve ontologicamente como efetivo meio de obtenção de provas para processos criminais no panorama das organizações criminosas (DARGÉL; CORSETTI, 2021); infere-se, assim, possível inconstitucionalidade material na confissão em ANPP, afora sua desnecessidade (ZIEHE; MADURO, 2022, p. 702).

5. A problemática da confissão prévia na perspectiva da defesa e da acusação

De todo modo, tratar idealmente a confissão como absolutamente espontânea é ilusório, na medida em que sempre haverá algum grau de imposição do investigado ao se submeter aos termos entabulados. Sem embargo, despicienda a pretensão de verdade real em sede de ANPP como se o sistema fosse perfeitamente funcional, no qual apenas culpados reconheceriam seus atos e, só assim, o MP cogitaria por benevolência seletiva um acordo como recompensa à pretensa sinceridade.

Outrossim, fixada a baliza da confissão antecedente, encorajam-se confissões a granel, o que tem o condão de esvaziar o instituto do ANPP. Como é de sabença, confissão certamente não é sinônimo de realidade, o que é endossado pelo estudo de Silva (2019) acerca do fenômeno multifatorial das falsas confissões, que tenderia a se alargar. No mesmo compasso, direitos fundamentais e garantias processuais são colocados em xeque pelo processo de banalização da assunção de culpa (VASCONCELLOS; REIS, 2021, p. 292). A saber,

o já citado direito a não autoincriminação e, como consequência, o direito ao silêncio, já que o investigado não troca um direito por outro, visto não ser o ANPP um direito subjetivo, tolhendo essa prerrogativa constitucional, comprometendo a ampla defesa aliada à incerteza da proposta.

Além do mais, de posse da confissão prévia, o MP poderá agravar as condições do ANPP, diminuindo ainda mais a voluntariedade do investigado, que se deparará com o dilema de aceitar um acordo gravoso ou se dispor a enfrentar um processo criminal em posição desfavorável, obrigando-o assim a aceitar os termos do Ministério Público.

Sob a ótica da acusação, diminui-se a credibilidade das confissões pré-processuais em razão da incerteza se porventura motivadas pela expectativa de ANPP, enfraquecendo a própria confissão como elemento acusatório, que poderá futuramente ser desmentida pelo acusado na ação penal sob a justificativa de que confessara naquele momento única e exclusivamente visando ao benefício legal, até porque, como é cediço, a confissão é retratável, na forma do artigo 200 do CPP. Logo, toda e qualquer confissão antes do processo ficará maculada pela dúvida quanto ao seu real intento, revelando-se prejudicial não só para a defesa, mas também para a acusação.

6. Conclusão

Consolidando-se os precedentes de exigência de confissão prévia, resultar-se-á na discricionariedade do MP em propor o ANPP apenas após a confissão do investigado, robustecendo assimetricamente a acusação em detrimento da defesa, a despeito do sistema acusatório, fragilizado pelo claro desequilíbrio, ferindo a paridade de armas, vulnerando o devido processo legal em eventual ação penal. Em contrapartida, pela vulgarização, enfraquece-se a confissão como meio de prova da acusação.

Com efeito, a confissão não é nem deve ser tida como condicionante

do Acordo de Não Persecução Penal, mas parte integrante dele, sob pena de esvaziamento da confissão e do ANPP, ao acarretar distorções no sistema penal. Se no *plea bargaining* a confissão não é necessariamente antecedente ao acordo, tampouco seria razoável que no ANPP fosse. Mesmo havendo exigência legal da confissão, esta continua a ser meio de prova e não uma condenação por si só, não havendo amparo constitucional ou legal para situá-la mandatoriamente em momento prévio como requisito do ANPP.

Isso porque nada garantiria ao investigado confesso o recebimento da proposta pelo MP, ficando a seu bel prazer transigir com o investigado confesso ou valer-se da sua confissão como elemento indiciário para o ingresso de ação penal. O investigado fica debilitado em ambas as circunstâncias, seja pela incerteza desse acordo, seja pela autoincriminação provocada na expectativa frustrada de acordo. Ora, confessar previamente a qualquer oferta é, no mínimo, temerário para quem deseja transigir com o MP, posicionando-se em desvantagem e risco, prejudicando a sua defesa, dado que a confissão será manejada consoante a conveniência do órgão acusador, que já disporá de um elemento estigmatizante em desfavor do acusado.

Em razão disso, é inadequado equiparar a confissão prévia analogamente a uma demonstração de interesse por parte do investigado na oferta do Acordo de Não Persecução. É próprio de um acordo as partes ajustarem concessões mútuas, abrangida a confissão, a qual pode ser afastada acaso a negociação não avance. O momento mais apropriado para a confissão é na assinatura do esboço anteriormente pactuado; uma confissão compulsória prévia tolhe a espontaneidade demandada pelo § 4º do artigo 28-A do CPP, confirmável em controle judicial. De fato, a confissão formal e circunstancial deve ser integrante negociável do acordo, devendo ser assegurada ao investigado a oportunidade de fazê-la quando da proposta, e não como requisito prévio.

Referências

- ALSCHULER, Albert. *Plea Bargaining and its History*. *Columbia Law Review*, v. 79, n. 1, p. 1-43, 1979. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2005&context=journal_articles. Acesso em: 27 jun. 2022.
- BRASIL. Casa Civil. Decreto-Lei nº 3689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 13 out. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 01 jul. 2022.
- BRASIL. Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. *I Jornada de Direito e Processo Penal: Enunciados Aprovados*. Brasília, DF: CEJ/CJF, 2020. Disponível em: https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/copy_of_Jornada%20de%20Direito%20Administrativo%20-%20Enunciados%20aprovados/jornada-de-direito-administrativo-enunciados-aprovados. Acesso em: 05 set. 2022.
- BRASIL. Conselho Nacional de Procuradores-Gerais. *Enunciados Interpretativos da Lei Anticrime*. Grupo Nacional dos Coordenadores de Centro de Apoio Criminal do Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais. Brasília, DF: GNCCRIM/CNPG, 2019. Disponível em: https://criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/GNCCRIM_-_ANALISE_LEI_ANTICRIME_JANEIRO_2020.pdf. Acesso em: 05 jul. 2022.
- BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Resolução nº 181, de 7 de agosto de 2017. Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. *Diário Eletrônico do CNMP*, Caderno Processual, Brasília, DF, 08 set. 2017. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/atos-e-normas-busca/norma/5277>. Acesso em: 29 jun. 2022.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 191.464/SC, Primeira Turma, Relator: Min. Luis Roberto Barroso. Brasília, DF, 11 de novembro de 2020. Publicado no Diário de Justiça Eletrônico n. 280, Brasília, DF, 26 nov. 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Habeas Corpus n. 191.124/RO, Primeira Turma, Relator: Min. Alexandre de Moraes. Brasília, DF, 08 de abril de 2021. Publicado no Diário de Justiça Eletrônico n. 69, Brasília, DF, 13 abr. 2021.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). Agravo Regimental no Habeas Corpus n. 152.763/SP. Relator: Min. Olindo Menezes (Desembargador convocado do TRF 1ª Região). *Lex: Superior Tribunal de Justiça*, Brasília, DF, 08 fev. 2022. Publicado no Diário de Justiça Eletrônico n. 3334, Brasília, DF, 15 fev. 2022.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). Habeas Corpus n. 657165/RJ. Relator: Min. Rogério Schietti Cruz. *Lex: Superior Tribunal de Justiça*, Brasília, DF, 09 ago. 2022. Publicado no Diário de Justiça Eletrônico n. 3469, Brasília, DF, 01 set. 2022.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Plea bargaining* no projeto anticrime: crônica de um desastre anunciado. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminas*, n. 317, abr. 2019.
- CUNHA, Rogério Sanches et al. *Acordo de não persecução penal*. Salvador: JusPodivm, 2017.
- DARGÉL, Alexandre Ayub; CORSETTI, Christian. A exigência da confissão no ANPP e a desvantagem do inocente. *Conjur*, 22 set. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-set-22/opiniao-exigencia-confissao-anpp-desvantagem-inocente>. Acesso em: 17 jul. 2022.
- FISCHER, Douglas. Não cabe acordo de não persecução em ações penais em curso. *MSJ*, 11 jul. 2020. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2020/07/11/nao-cabe-acordo-de-nao-persecucao-em-acoes-penais-em-curso>. Acesso em: 11 jul. 2022.
- LESCOVITZ, Guilherme; TAPOROSKY FILHO, Paulo Silas. A (in)constitucionalidade dos requisitos do acordo de não persecução penal. *Academia de Direito*, v. 3, p. 143-167, 2021.
- LOPES JR., Aury; JOSITA, Higyra. Questões polêmicas do acordo de não persecução penal. *Conjur*, 6 mar. 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-mar-06/li-mite-penal-questoes-polemicas-acordo-nao-persecucao-penal#_ftn3. Acesso em: 03 set. 2022.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Direito Processual Penal*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- SILVA, Juliana Ferreira da. O *plea bargain* e as falsas confissões: uma discussão necessária no sistema de justiça criminal. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminas*, n. 318, maio 2019.
- 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 Criminas*, v. 20, n. 80, p. 264-279, 2021.
- ZIEHE, Juliana Menescal da Silva; MADURO, Flávio Mirza. A (im)prescindibilidade da confissão para a propositura do acordo de não persecução penal. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 23, n. 2, 2022.

Recebido em: 25.07.2022 - Aprovado em: 29.08.2022 - Versão final: 06.10.2022