

Carlos Eduardo de Sousa Costa

Docente do Curso de Bacharelado em Direito (CESVALE);
Coordenador de Pós-Graduação (CESVALE);
Coordenador de Extensão e Investigação Científica (CESVALE) – Teresina-PI.
Mestrando em Ciências Criminais – PUC/RS.

Fernanda Torres de Arruda Leão Coelho Oliveira

Discente do Curso de Bacharelado em Direito do (CESVALE) – Teresina-PI.

RESUMO

O presente artigo analisa o Acordo de Não Persecução Penal, instituto de caráter pré-processual, de direito negocial entre investigado e representante do Ministério Público, introduzido ao Código de Processo Penal a partir da Lei 13.964/2019. Do mesmo modo que a transação penal e a suspensão condicional do processo, o acordo de não persecução penal insere-se no contexto de justiça penal consensual ou negociada e tem inspiração no *plea bargaining* instituto com origem nos países de sistema common law, que se resume em um acordo feito entre acusação e réu, através do qual este se declara culpado, em troca de algum benefício. Ocorre que, para a propositura e formalização deste acordo, é indispensável o preenchimento de requisitos e condições, dentre elas, a exigência de confissão formal e circunstanciada da prática de infração penal. Esta exigência tem sido alvo de questionamentos quanto à sua constitucionalidade, sendo objeto deste estudo.

Palavras-chave: ANPP; inconstitucionalidade; confissão.

INTRODUÇÃO

A Lei 13.964/19 introduziu o Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) no Código de Processo Penal brasileiro, abrindo caminho para a negociação no processo penal, a fim de possibilitar o descongestionamento da máquina estatal.

O instituto possui natureza jurídica de um contrato extrajudicial, exigindo, para sua formalização, o preenchimento de requisitos e condições. Dentre tais requisitos, a exigência de confissão formal e circunstanciada tem ocasionado duras críticas, haja vista denotar prejuízos aos confitentes, causando-lhes transgressões a direitos assegurados na Constituição Federal.

Dentro desta temática, o presente artigo realiza uma análise dos requisitos, condições e impedimentos estabelecidos na legislação para a

propositura e formalização do Acordo de Não Persecução Penal, com ênfase na exigência de confissão formal e circunstanciada da prática de infração penal, examinando seu formato como pressuposto ao consenso, bem como suas características e consequências.

Destarte, o presente trabalho tem como objetivo geral analisar a introdução do Acordo de Não Persecução Penal no ordenamento jurídico brasileiro, com enfoque na constitucionalidade da exigência de confissão como requisito obrigatório para formalização do acordo.

Quanto aos objetos específicos, são: a) entender o Acordo de Não Persecução Penal; b) compreender os requisitos, condições e impossibilidades estabelecidas em lei para a propositura do Acordo de Não Persecução Penal e; c) avaliar o direito à não autoincriminação, enquanto garantia constitucional.

O estudo do tema é necessário, uma vez que há um crescimento vertiginoso da prática. Dados do Ministério Público Federal demonstram que, até 28/11/2021, mais de 16 mil acordos foram enviados à Justiça Federal.

METODOLOGIA

No que se refere à estrutura da pesquisa, a primeira seção aborda a introdução do acordo de não persecução penal no ordenamento jurídico brasileiro, conceituando e elencando os requisitos e as condições exigidas para a sua celebração, além das impossibilidades.

Em seguida, será apresentado o princípio *nemo tenetur se detegere*, abordando as nuances do direito à não autoincriminação e as suas manifestações, com ênfase no direito ao silêncio e à não produção de provas contra si. Além disso, dispõe sobre a presunção de inocência, destacando que, enquanto a presunção de inocência alcança a distribuição do ônus da prova, o direito à não autoincriminação assegura ao réu o direito de permanecer inerte.

Por fim, a terceira seção retrata uma reflexão acerca da inconstitucionalidade ou não da exigência de confissão formal e circunstanciada, enquanto requisito para propositura da avença.

Importante ressaltar que se trata de uma pesquisa bibliográfica e documental, realizando-se a coleta de informações a partir de textos, livros, artigos e demais materiais de caráter científico e documental, utilizando-se documento com conteúdo informacional útil para a pesquisa. Ademais, a pesquisa tem abordagem qualitativa, haja vista ter o objetivo de esclarecer ao máximo um assunto que já é conhecido.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

Acordo de não persecução penal

O acordo de não persecução penal (ANPP), inserido formalmente no ordenamento jurídico brasileiro com a Lei 13.964/2019 de 24 de dezembro de 2019, substitui a Resolução nº 181, de 07 de agosto de 2017, do Conselho Nacional do Ministério Público. À época, a referida Resolução abordou diversos procedimentos relacionados à investigação criminal, inovando ao trazer a possibilidade de o Ministério Público propor acordo de não persecução penal.

Renato Brasileiro de Lima (2018, p. 196) conceitua o instituto:

Cuida-se de negócio jurídico de natureza extrajudicial, necessariamente homologado pelo juízo competente, celebrado entre o Ministério Público e o autor do fato delituoso – devidamente assistido por seu defensor –, que confessa formal e circunstanciadamente a prática do delito, sujeitando-se ao cumprimento de certas condições não privativas de liberdade, em troca do compromisso com o *Parquet* de promover o arquivamento do feito, caso a avença seja integralmente cumprida.

O pacote anticrime, ao trazer o instituto em seu artigo 28-A do CPP¹, manteve a sua natureza negocial, uma vez que se trata de um acordo de vontades, com concessões recíprocas.

A natureza de negócio jurídico extrajudicial foi confirmada pelo Enunciado 25 do Conselho Nacional de Procuradores Gerais (CNPJG), justificando que se trata de um acordo com repercussão no mundo jurídico celebrado antes da jurisdicionalização da imputação penal, com concessões e obrigações recíprocas, não havendo a imposição de penas.

Embora anteriormente fosse um instrumento de política criminal de cunho facultativo, atualmente, com o advento da Lei 13.964/19, o acordo, quando preenchidos os requisitos estabelecidos, deverá ser proposto pelo *parquet*, uma vez que se trata de um direito do investigado e não de uma mera faculdade, conforme veremos a seguir.

¹ § 1º Para aferição da pena mínima cominada ao delito a que se refere o caput deste artigo, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto.

§ 3º O acordo de não persecução penal será formalizado por escrito e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor.

§ 4º Para a homologação do acordo de não persecução penal, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor, e sua legalidade.

§ 5º Se o juiz considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo de não persecução penal, devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor.

§ 6º Homologado judicialmente o acordo de não persecução penal, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para que inicie sua execução perante o juízo de execução penal.

Requisitos para a propositura do Acordo de não penal

O *caput* do artigo 28-A² do Código de Processo Penal estabelece os requisitos cumulativos à existência do Acordo de Não Persecução Penal, quais sejam: não ser caso de arquivamento; o investigado deverá confessar o crime formal e circunstancialmente; ausência de violência e grave ameaça; o delito deverá ter pena mínima inferior a 4 anos; e o ANPP deverá ser necessário e suficiente à reprovação e prevenção do crime.

Importante esclarecer que a ausência de quaisquer destes requisitos implica na impossibilidade da realização consensual. Neste sentido, Silva et al. (2020, p. 90) assevera:

É forçoso destacar a seletividade ocasionada pelo acordo, pois ao ser implementado seleciona os casos que passarão pelo trâmite tradicional do devido processo legal, dos casos que poderão se submeter ao método desburocratizado do negócio jurídico. Contudo, a destinação primordial do pacto penal interpartes é satisfazer as finalidades do direito penal, são elas a reprovação e a prevenção dos crimes, assim, independentemente do uso de medidas privativas da liberdade, o que se torna mais relevante é a efetividade da ressocialização, sendo necessário e suficiente para tanto, atentando a proporcionalidade.

Além destes requisitos, exige-se a viabilidade acusatória, contendo um suporte probatório mínimo para eventual condenação e a presença do *fumus comissi delicti* deve ser observada, sob pena de incorrer em constrangimento ilegal, caso não haja preenchimento de pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal ou de justa causa para o exercício da ação penal (OLIVEIRA e CANTERJI, 2020).

Outrossim, a lei exige a confissão formal e circunstancial do delito. Esta é questão tormentosa, que gera questionamentos e reflexos além daquele processo.

Etimologicamente, confissão é a revelação de culpa, do próprio delito ou de um ato reprovável³. No processo penal, a confissão consiste na aceitação pelo réu da acusação que lhe é dirigida em um processo penal.

No tocante à formalidade da confissão, é necessário que ela ocorra na presença do defensor do investigado, após a negociação dos termos da

² Art. 28-A, CPP. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente

³ "confissão", in Dicionário Priberam da Língua Portuguesa [em linha], 2008-2021, <https://dicionario.priberam.org/confiss%C3%A3o> [consultado em 28-09-2021].

avença com o membro do Ministério Público. Além disso, seguindo a orientação do Conselho Nacional dos Procuradores Gerais deverá ser registrado em áudio e vídeo, com o intuito de que se possa obter informações fidedignas, consoante o exposto no artigo 18, §2º da Resolução 181/17⁴. Por fim, a voluntariedade da confissão e todo o acordo devem passar pela apreciação do juiz das garantias, para que se averigüe a voluntariedade e legalidade, nos termos do artigo 28-A, §§4º a 6º, do CPP⁵.

Noutro ponto, a confissão é circunstanciada, tendo em vista que o investigado deve esclarecer os fatos de maneira detalhada, apresentando uma narrativa suficientemente coerente e convincente, demonstrando consistência e veracidade. Ademais, a confissão deve ser restrita aos fatos da investigação, sendo que o investigado não pode ser submetido a falar sobre outros fatos.

Segundo Rogério Sanches Cunha (2020), a confissão deve ser circunstanciada para ser corroborada com as informações já levantadas na investigação.

Vale ressaltar que a confissão realizada no inquérito policial ou no procedimento investigatório criminal não tem o condão de preencher o requisito estabelecido para a celebração do ANPP.

Alguns doutrinadores defendem que a exigência da confissão torna o acordo ilegítimo. Isto porque há um desequilíbrio relacional entre as partes. A ponderação da negociação entre a confissão, verdadeira ou irreal, para atingir a possibilidade de não se ver processualmente acusada, parece à pessoa mais uma pressão psicológica do que propriamente um benefício, ainda mais claro quando a ótica é a do sujeito inocente que acaba tendo de optar entre dois caminhos danosos (LOVATTO).

Para Aury Lopes Júnior (2020, pág. 445):

O primeiro problema que surge é o valor dessa confissão em caso de rescisão do acordo. Nos parece evidente que não poderá ser utilizada contra o réu, devendo ser desentranhada e proibida de ser valorada. Contudo, não se desconhece ou desconsidera o imenso problema que isso gera na formação do convencimento do julgador, na medida em que uma vez conhecida a confissão, será muito difícil que o juiz efetivamente a desconsidere (não

⁴ § 2º A confissão detalhada dos fatos e as tratativas do acordo serão registrados pelos meios ou recursos de gravação audiovisual, destinados a obter maior fidelidade das informações, e o investigado deve estar sempre acompanhado de seu defensor.

⁵ CPP, art. 28-A, § 4º Para a homologação do acordo de não persecução penal, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor, e sua legalidade.

§ 5º Se o juiz considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo de não persecução penal, devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor.

§ 6º Homologado judicialmente o acordo de não persecução penal, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para que inicie sua execução perante o juízo de execução penal.

existe delete mental) e venha a absolver o imputado, mesmo que o contexto probatório seja fraco. Daí porque, uma vez mais se evidencia a importância do sistema *double juez*, para que o acordo de não persecução penal seja feito perante o juiz das garantias e ofício (em caso de rescisão) tramite perante outro juiz (juiz da instrução). Mas e quando o acordo é formalizado no curso do processo? Não adianta excluir a confissão, seria preciso excluir o juiz que teve contato com ela (ou seja, precisaríamos da plena eficácia do art. 157, §5º). Segundo problema: essa confissão poderá ter efeitos para além daquele processo? Poderá ser usada em um processo cível de indenização sobre aquele fato? Poderá ser utilizada administrativamente, para fins fiscais ou de natureza punitiva disciplinar? A lei não estabelece limite de efeitos e esse risco não existe. Daí porque pensamos que deverá haver no acordo uma cláusula de limitação de valor probatório, não sendo permitida a publicidade ou o compartilhamento da confissão ou dos termos do acordo de não persecução penal. Também já existem posições doutrinárias interessantes, sustentando a limitação do valor e alcance dessa confissão, para que sirva exclusivamente para cumprimento do requisito formal do acordo de não persecução penal, sem geração de outros efeitos materiais.

Percebe-se, assim, que a indispensabilidade da confissão na pactuação do acordo é fruto de intenso debate e, por isso, será estudada de forma mais aprofundada no próximo tópico deste trabalho, especialmente no tocante à extensão dessa confissão, sua utilização em caso de descumprimento da avença e a ofensa a direitos constitucionalmente garantidos.

Dando continuidade aos requisitos previstos no *caput* do artigo 28-A do CPP, há vedação à propositura de acordo para delitos cometidos com violência e grave ameaça. Neste sentido, o criminalista Valber Melo Filipe Maia Broeto afirma que a violência ou grave ameaça impeditiva do acordo deve ser direcionada à pessoa de forma dolosa, ou seja, a violência deve estar na conduta intencional do agente e não no resultado por ele produzido.

O Enunciado 23 do Grupo Nacional de Coordenadores De Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM) esclarece sobre a possibilidade de realização de acordo nos crimes culposos com resultado violento:

É cabível a proposta de acordo de não persecução penal nos crimes culposos com resultado violento, uma vez que nos delitos desta natureza a conduta consiste na violação de um dever de cuidado objetivo por negligência, imperícia ou imprudência, cujo resultado é involuntário, não desejado e nem aceito pelo agente, apesar de previsível.

Em síntese, veda-se o acordo para autores violentos e não para condutas violentas de autores descuidados.

Quanto à pena cominada ao delito, exige-se que se trate de crime cuja pena mínima seja inferior a 4 (quatro) anos, devendo, para tanto, considerar as causas de aumento e de diminuição da pena, conforme prevê o §1º do art. 28-A, do CPP, estipulando o alcance mínimo de pena em abstrato.

No que concerne à necessidade e à suficiência para a reprovação e prevenção do crime, o Código de Processo Penal estabelece que o acordo só poderá ser celebrado se necessário e suficiente para a prevenção e reprovação do crime.

Este juízo de necessidade e suficiência para a prevenção e reprovação do crime configura a liberdade atribuída pela Constituição Federal aos membros do Ministério Público, prevista no artigo 127, §1º, decorrente da função de titular do exercício da ação penal, consoante o artigo 129, I, da Constituição.

Cabral (2020, p. 93) assevera:

“[...] se no caso concreto exista algum elemento que não recomende, desde uma perspectiva preventiva do delito, a celebração a avença, não deverá ser celebrado o acordo de não persecução penal. É dizer, a simples dúvida se o acordo preenche ou não essas diretrizes político-criminais já é suficiente para o seu não oferecimento. Isso porque, o que deve estar provado nos autos é que o acordo cumpre esses requisitos político-criminais, não o contrário”.

A recusa em oferecer o acordo de não persecução penal exige a necessidade de fundamentação adequada do motivo, baseada em dados e elementos concretos do caso, pelo qual o acordo não é suficiente e necessário para a reprovação da infração penal, pelo que não cabe falar em subjetivismo.

Condições para propositura do Acordo de não persecução penal

O acordo de não persecução penal, exige, além dos requisitos objetivos e subjetivos, o cumprimento de condições ajustadas cumulativamente e alternativamente, que estão dispostas nos incisos do artigo 28-A, do CPP⁶.

⁶ Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente:

I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo;

II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;

A primeira condição exigida pelo legislador dispõe sobre o dever de reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo. Nela, o legislador, adota uma política criminal que objetiva minimizar ou reparar integralmente os danos causados à vítima em virtude do delito cometido pelo investigado.

Esta condição visa assegurar os direitos da vítima, uma vez que não existe título executivo judicial a ser executado pela vítima, se não houver sentença penal condenatória. Entretanto, a reparação do dano no âmbito cível é perfeitamente possível.

Já a renúncia voluntária a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime, estabelecida no inciso II, do artigo 28-A, do Código Penal, visa que o investigado não enriqueça de maneira ilícita. Para isso, são necessários elementos contundentes que indiquem a existência de instrumentos, produtos ou proveitos do crime, sob pena de se criar uma condição inexecutável ou expor o investigado a um confisco de bens (BARROS; CABRAL; CUNHA; SOUZA, 2020).

Essa renúncia voluntária configura-se como uma espécie de confisco consensual de bens, cabendo ao membro do Ministério Público indicar os bens entendidos como instrumentos, produto ou proveito do crime.

O Código prevê, ainda, a pactuação de prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, gratuitamente, por período correspondente à pena mínima cominada ao delito, diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução.

Rodrigo Ferreira Leite Cabral (2020) esclarece que a prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas consiste em uma medida exercida como forma de reprovação de sua conduta, funcionando como medida preventiva necessária para a celebração do acordo, de modo que o cumprimento de tal condição visa provocar no investigado uma reflexão acerca do comportamento delitivo.

Além da reparação do dano, o legislador previu outra condição de natureza patrimonial, qual seja, o pagamento de prestação pecuniária. Estipulada nos termos do art. 45 do Código Penal, deve ser fixada em prol de entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito.

III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal);

IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou

V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

Por fim, a legislação prevê uma cláusula genérica, que estabelece o cumprimento, por prazo determinado, de outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

Para Renato Brasileiro Lima (2020, p. 284), as condições diversas daquelas previstas taxativamente na legislação que trata sobre o tema, são tendentes a demonstrar a autodisciplina e senso de responsabilidade na busca da ressocialização, corroborando a desnecessidade de deflagração da *persecutio criminis in judicio*.

Sobre tal previsão, Guilherme de Souza Nucci (2020, p. 61) assevera:

Quanto à cláusula prevista no inciso V do art. 28-A, deve-se frisar que a abertura nunca deu certo a uma condição para se fixar qualquer coisa. Note-se o disposto no art. 79 do Código Penal: “a sentença poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do condenado”. O referido art. 79 refere-se à suspensão condicional da pena.

Desta feita, em razão de conferir discricionariedade, trata-se de medida que inspira cuidados. Para Salvador Netto (2020), os membros do Ministério Público devem utilizar com cautela, cabendo ao Juiz, quando da análise de legalidade do acordo, vetar condições que considere desproporcionais ou demasiadamente onerosas, conforme previsão do artigo 28-A, §4º, do CPP.

Impossibilidades para a propositura do Acordo de não persecução penal

O parágrafo 2º do artigo 28-A⁷ elenca as hipóteses em que não é possível a realização da avença, quais sejam: se for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais; se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional; ter sido o agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; e nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou

⁷ § 2º O disposto no caput deste artigo não se aplica nas seguintes hipóteses:

I - se for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei;

II - se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas;

III - ter sido o agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; e

IV - nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor.

praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor.

Em que pese a transação penal e o Acordo de Não Persecução Penal serem instrumentos utilizados pela justiça criminal negocial, os dois institutos apresentam diferenças importantes.

De acordo com Cabral, enquanto a transação penal é formada por uma ideia de despenalização, sendo aplicada aos crimes de menor potencial ofensivo, cuja pena máxima não exceda a 2 (dois) anos, o Acordo de Não Persecução Penal objetiva a realização de uma política criminal de eleição de prioridade, que visa conferir celeridade à resposta estatal, voltando-se aos crimes de pequena e média gravidade. Ademais, o Acordo exige a assunção de culpa e confissão do investigado, ao contrário da transação penal.

No que diz respeito à reincidência, a legislação veda a possibilidade de avença nos casos em que o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, salvo se insignificante a infração penal pretérita. Assim, esta vedação envolve 5 (cinco) situações distintas.

A primeira trata da reincidência, cuja definição pode ser encontrada nos artigos 63 e 64 do Código Penal⁸. Considera-se reincidente aquele que comete um novo delito, após ter sido condenado definitivamente, por crime anterior, desde que não transcorridos 5 (cinco) anos entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração anterior.

A segunda situação envolve a conduta criminal habitual, reiterada ou profissional. Renato Brasileiro de Lima (2020) afirma que a conduta criminal habitual é aquela em que há uma pluralidade de delitos, evidenciando o estilo de vida do agente voltado à criminalidade.

A conduta criminal reiterada, por sua vez, é aquela em que há repetitividade, havendo renovação. Já a conduta criminal profissional decorre da prática de atividades ilícitas como se fosse um ofício (LIMA, 2020).

É importante observar que a habitualidade e a reiteração devem fazer referência ao mesmo delito ou a delitos de mesma espécie, uma vez que não há hipótese de vedação, caso tratem de delitos que não são semelhantes entre si.

Noutro ponto, há, ainda, a ressalva do cabimento da avença no caso de cometimento de infrações penais pretéritas insignificantes, gerando um ponto de críticas dos doutrinadores. Ao utilizar o termo insignificante, o legislador refere-se ao princípio da insignificância?

Caso a resposta seja afirmativa, sequer haveria crime, uma vez que ausente a tipicidade material.

⁸ Art. 63 - Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior.

Art. 64 - Para efeito de reincidência:

I - não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - não se consideram os crimes militares próprios e políticos.

Para Gregório Assagra de Almeida e Rafael de Oliveira Costa (2020, p. 161):

O legislador nada estabeleceu acerca do conceito de “insignificância das infrações pretéritas”, de modo que é possível o surgimento de duas correntes: a) uma primeira posição, sustentando ser necessário o reconhecimento da atipicidade material, ou seja, efetiva incidência do princípio da insignificância; b) uma corrente ampliativa, que permitirá o afastamento do benefício apenas na hipótese de não se tratar de infrações de pequena repercussão social ou econômica.

Em relação aos delitos que afetem bens jurídicos coletivos, nos parece que a razão está com a primeira corrente, em atenção ao princípio da máxima efetividade, valendo ressaltar que a jurisprudência dos Tribunais Superiores tem inclusive afastado a possibilidade de reconhecimento do princípio da insignificância em várias hipóteses.

Da mesma forma, Aury Lopes Junior entende que o uso do termo é um critério vago e impreciso, criando inadequados espaços de discricionariedade pelo Ministério Público.

Renato Brasileiro de Lima (2020) entende que o legislador, em que pese tenha utilizado erroneamente o termo insignificante, queria se referir às infrações de menor potencial ofensivo, corroborando com o Enunciado nº 21 do Conselho Nacional de Procuradores Gerais (CNPGE) e do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM), que assim estabelece:

Não caberá acordo de não persecução penal se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas, entendidas estas como delitos de menor potencial ofensivo (BRASIL, 2020, p. 06).

Desta forma, a expressão “insignificante” não deve ser interpretada como sendo sinônima de princípio da insignificância.

Quanto à impossibilidade de oferecimento de ANPP àqueles que tiverem sido beneficiados nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo, busca-se evitar a banalização dos acordos penais, destinando-se, primordialmente, aos acusados que tenham praticado um delito pela primeira vez (LIMA, 2020).

Em outro ponto, a legislação estabelece a impossibilidade de acordo nos crimes praticados no âmbito da violência doméstica e familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor.

Aqui, o legislador veda o acordo quando o delito for cometido em duas hipóteses: a) no âmbito de violência doméstica ou familiar; e b) contra mulher por razões da condição de sexo feminino.

A restrição ao delito cometido no âmbito de violência doméstica ou familiar abrange todos os delitos que envolvam pessoas – sem distinção de gênero – que convivam num mesmo lugar. No entanto, os crimes cometidos no âmbito familiar, consideram as relações de parentesco existentes entre os envolvidos, ainda que não residam juntos, desconsiderando, assim, o espaço físico.

No que se refere aos delitos cometidos contra a mulher em razão da condição de sexo feminino há efetiva motivação de gênero para sua prática, uma vez que resta evidente que a vedação ao acordo se restringe aos delitos cometidos contra a mulher e em decorrência de sua condição, ainda que não ocorra no âmbito de abrangência da Lei da Maria da Penha:

Portanto entendemos que ao vedar a possibilidade do acordo de não persecução penal para crimes praticados por razões da condição do sexo feminino, leia-se, por circunstâncias de gênero, o legislador também criou a impossibilidade para o delito da importunação sexual do artigo 215-A do CP. A uma, porque se trata de conduta criminosa que, a despeito de poder ser praticada em face de vítimas do sexo masculino, revela, na sua essência, a motivação de gênero para sua prática. Prova disso são as estatísticas desse tipo de comportamento que, como já mencionado, sempre contou com a justificativa da dominação histórica masculina sobre o corpo feminino, com o incremento da impunidade. A duas, porque quando no caput do artigo 28-A o legislador permite a possibilidade do acordo de não persecução penal apenas para a “prática de infração penal sem violência ou grave ameaça”, não restringe o tipo de violência à modalidade física. No caso da importunação sexual, entendemos estar presente a violência moral, que atenta contra a dignidade sexual, aviltando-a e causando traumas na vítima que podem se manifestar a curto ou longo prazo (BAZZO, BIANCHINI, CHAKIAN, 2020, p.217).

Sendo assim, veda-se o acordo quando o delito for praticado com discriminação à condição feminina. Esta restrição reforça o que estabelece o *caput* do artigo, uma vez que nenhum crime praticado mediante violência ou grave ameaça pode ser objeto de acordo de não persecução penal.

Por fim, importante ressaltar a impossibilidade de celebração de acordo na audiência de custódia, uma vez que a confissão formal e circunstanciada é um dos requisitos exigidos para sua formalização. Além disso, para propositura há necessidade de inquérito policial maduro (BARBOSA; SILVA, 2020, n.p.).

Após a análise dos requisitos, condições e impossibilidade de propositura do acordo, trataremos sobre a constitucionalidade de um dos requisitos exigidos para a formalização da avença, qual seja, a confissão.

Embora inúmeras controvérsias envolvam o acordo de não persecução penal, nesta pesquisa optou-se por estudar as implicações decorrentes da exigência da confissão neste instituto.

Desta feita, abordaremos, inicialmente, o princípio *nemo tenetur se detegere*, do qual decorre o direito ao silêncio.

Princípio *nemo tenetur se detegere*

Considerado um direito fundamental do cidadão e, de forma específica, do acusado, o princípio *nemo tenetur se detegere* assegura a esfera de liberdade do indivíduo, sendo oponível ao Estado. É o direito à não autoincriminação, que enfatiza a proteção do indivíduo contra os excessos e abusos do Estado, resguardando contra violências físicas e morais.

Em sua interpretação literal, a expressão significa que ninguém é obrigado a se descobrir. Assim, qualquer pessoa acusada da prática de um ilícito penal tem os direitos ao silêncio e a não produção de provas contra si.

O direito à não autoincriminação não se eleva à categoria de garantia constitucional. No entanto, encontra-se fundamentado no Pacto de São José da Costa Rica, sendo parte integrante da legislação pátria, haja vista ter sido recepcionado pelo Brasil. Já o direito ao silêncio está previsto no artigo 5º, LXIII da Constituição Federal, sendo, portanto, uma garantia fundamental.

Importante destacar que o direito ao silêncio constitui apenas uma das possíveis manifestações do direito à não autoincriminação. Assim, o direito à não incriminação é gênero do qual o direito ao silêncio é uma de suas manifestações.

Neste sentido tem sido a posição institucional do Supremo Tribunal Federal. Vejamos a decisão no *habeas corpus* nº 99.558/ES: “o direito constitucional de conservar-se em silêncio é consectário lógico do princípio da não autoincriminação, o qual outorga ao preso e ao acusado em geral o direito de não realizar prova contra si mesmo” (BRASIL, 2010).

Corroborando com este posicionamento, a decisão do *habeas corpus* 79.224/DF:

O privilégio contra a autoincriminação, garantia constitucional, permite ao paciente o exercício do direito de silêncio, não estando, por essa razão, obrigado a fornecer os padrões vocais necessários a subsidiar prova pericial que entende lhe ser desfavorável.

[...]

As garantias constitucionais contra a autoincriminação, que têm sua manifestação mais eloquente no direito ao silêncio dos acusados. (BRASIL, 2000).

Para Luiz Flávio Gomes (2010, n.p.):

O direito ao silêncio é só uma parte do direito de não autoincriminação: não se pode nunca confundir a parte com o todo. O direito ao silêncio (direito de ficar calado), previsto constitucionalmente (art. 5º, inc. LXIII, da CF), constitui somente uma parte do direito de não autoincriminação. Como emanações naturais diretas desse direito (ao silêncio) temos: (a) o direito de não colaborar com a investigação ou a instrução criminal; (b) o direito de não declarar contra si mesmo; (c) o direito de não confessar e (d) o direito de não falar a verdade. Essas cinco dimensões acham-se coligadas diretamente ao silêncio, que afeta a produção da prova. Disso decorre a evidente conclusão de que o direito ao silêncio implica uma relevante questão probatória; constitui, aliás, um dos limites ao princípio da liberdade de provas. Todas as demais dimensões do direito à não autoincriminação reconhecidas pela jurisprudência tem essa mesma origem limitativa ao direito à prova.

Neste ponto, o direito à não incriminação abrange diversas hipóteses que têm como objetivo transferir às autoridades policiais e judiciárias a responsabilidade de comprovar os fatos delituosos.

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, LXIII estabelece: *“o preso será informado de seus Direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado” (BRASIL, 1988).*

Da mesma forma, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, adotado pela Assembleia-Geral da Nações Unidas, dispõe:

art. 14...

3. Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, a, pelo menos, as seguintes garantias:
[...]

g) De não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada.

A vedação à autoincriminação está consagrada também na Convenção Americana de Direitos Humanos:

Artigo 8º - Garantias judiciais

[...]

2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

[...]

g) direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada;

Deste modo, o direito ao silêncio consiste na prerrogativa que o acusado tem de não produzir provas contra si mesmo, uma vez que o silêncio não é representação de culpa nem de presunção de inocência, atendendo a proposta de evitar a autoincriminação e a culpabilidade (LIMA, 2017).

Portanto, o *nemo tenetur se detegere* não se refere apenas ao direito de silêncio, sendo integralmente independente, uma vez que protege, ainda, contra os excessos cometidos pelo Estado na persecução penal, o que inclui violências físicas e morais, que são empregadas para obrigar o indivíduo a cooperar na investigação e apuração de delitos, assim como contra métodos proibidos no interrogatório, sugestões e dissimulações.

Enquanto direito fundamental, o *nemo tenetur se detegere* classifica-se como direitos de primeira geração – direitos de liberdade. Em que pese ele esteja classificado entre os direitos de primeira geração, resguardando o indivíduo perante o Estado, não se deve olvidar o interesse público em sua tutela.

Embora o *nemo tenetur se detegere* esteja encartado entre os direitos de primeira geração, nos quais a ênfase é o resguardo do indivíduo diante do Estado, não se pode deixar de ressaltar a ótica do interesse público em sua tutela. Isto porque, como adiante se observará, o *nemo tenetur se detegere* se insere no direito à defesa e na cláusula do devido processo legal. Por via de consequência, repercute na própria legitimação da jurisdição. Nesse sentido, não é apenas o direito daquele indivíduo que está sendo investigado ou processado, especificamente, mas é de interesse público, para o exercício correto e adequado da jurisdição. Além de direito, o *nemo tenetur se detegere* é também garantia. Trata-se de garantia da liberdade, em especial da liberdade de autodeterminação do acusado (QUEIJO, 2003).

Por consagrar um direito de não fazer, tem caráter essencialmente negativo, assegurando uma omissão, não uma ação. Isto porque, não se presta a justificar condutas como destruição de provas, tais como: queima de documentos, remoção de sangue do local do crime (QUEIROZ, 2017).

A amplitude do direito ao silêncio é alvo de divergência doutrinária e jurisprudencial. Assim, embora o *nemo tenetur se degenere* e o direito ao silêncio não sejam absolutos, qualquer restrição conferida a eles deve ter previsão em uma lei adequada à convencionalidade e à constitucionalidade, não eliminando ou afetando o conteúdo essencial do direito restringido.

Noutro ponto, a Constituição Federal também assegura a presunção de inocência: “Art. 5º, LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988).

A presunção de inocência, reconhecida pela ONU como uma garantia judicial, está diretamente relacionada ao direito ao silêncio. Assim, se o indivíduo é naturalmente inocente, a incumbência de demonstrar a culpa não cabe a si.

No que se refere à presunção de inocência, Guilherme de Souza Nucci (2006, p. 78) assevera: “Todas as pessoas nascem inocentes, sendo esse o seu estado natural, razão pela qual, para quebrar tal regra, torna-se indispensável que o Estado-acusação evidencie, com provas suficientes, ao Estado-juiz a culpa do réu”.

Dissertando sobre a presunção de inocência, Aury Lopes Júnior (2020, p. 38) esclarece:

[...] a presunção de inocência impõe um verdadeiro dever de tratamento (na medida em que exige que o réu seja tratado como inocente), que atua em duas dimensões: interna ao processo e exterior a ele. Internamente, é a imposição – ao juiz – de tratar o acusado efetivamente como inocente até que sobrevenha eventual sentença penal condenatória transitada em julgado. Isso terá reflexos, entre outros, no uso excepcional das prisões cautelares, como explicaremos no capítulo específico. Na dimensão externa ao processo, a presunção de inocência exige uma proteção contra a publicidade abusiva e a estigmatização (precoce) do réu.

Corroborando com este entendimento, Alexandre de Moraes (2021, p. 173) afirma:

A Constituição Federal estabelece que *ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*, consagrando a presunção de inocência, um dos princípios basilares do Estado de Direito como garantia processual penal, visando à tutela da liberdade pessoal.

Dessa forma, há a necessidade de o Estado comprovar a culpabilidade do indivíduo, que é constitucionalmente presumido inocente, sob pena de voltarmos ao total arbítrio estatal, permitindo-se o odioso afastamento de direitos e garantias individuais e a imposição de sanções sem o devido processo legal e a decisão definitiva do órgão competente.

Assim, o direito à não autoincriminação estabelece que não há obrigatoriedade de colaboração do indivíduo com a acusação, sendo a ele conferido o direito de permanecer inerte, haja vista que a comprovação da culpabilidade cabe à acusação.

Neste sentido, Ferrajoli (2002) afirma que se a lei presume a inocência do indivíduo, não cabe a este provar essa condição, mas à acusação a prova de sua culpa.

De acordo com Eugênio Pacelli de Oliveira, o direito ao silêncio, em âmbito processual, estrutura-se sobre o princípio da presunção de inocência,

uma vez que tem por consequência direta a transferência do ônus probatório à acusação.

Importante esclarecer que o direito à não autoincriminação e a presunção de inocência não são sinônimos. Enquanto o princípio da presunção de inocência alcança a distribuição do ônus da prova, o direito à não autoincriminação assegura ao réu o direito de permanecer inerte.

Assim, o investigado, usando suas prerrogativas constitucionais, tem o direito de nada falar ou nada dizer contra si mesmo e de não confessar, uma vez que está protegido pelo direito ao silêncio.

Além disso, a proteção da garantia prevê que nenhum prejuízo pode ser imposto àquele que exerce seu direito constitucional de não autoincriminar, consoante o disposto no artigo 186 do CPP:

Art. 186. Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu Direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas.
Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa

Neste sentido, alguns doutrinadores entendem que o requisito da confissão para a celebração do Acordo de não persecução penal afronta o *nemo tenetur se detegere*, uma vez que não se pode violar um direito para conceder outro, conforme será explanado adiante.

A inconstitucionalidade da confissão no Acordo de não persecução penal

Conforme dito alhures, os direitos ao silêncio e à não produzir provas em seu desfavor são constitucionalmente garantidos. Assim, aquele que exerce o direito de não autoincriminar, não pode sofrer nenhum prejuízo. Ainda, a ausência de confissão não deve constituir óbice à garantia de qualquer direito.

Para Cardoso (2020), a exigência da confissão provoca violação a alguns direitos:

1. Viola o núcleo essencial do Direito fundamental previsto no art. 5º, LXIII da CF (Direito ao silêncio);
2. Elimina o conteúdo essencial do Direito previsto no art. 8.2, "g" do dec. 678/92 c/c art. 14.3, "g" do dec. 592/92 (Direito de não confessar);
3. Por consequência das premissas 1 e 2, afronta o *nemo tenetur se detegere*;
4. Vulnera normas cogentes, quais sejam, art. 5º, LXIII da CF; art. 8.2, "g" do dec. 678/92 e art. 14.3, "g" do dec. 592/92;

5. Exige a violação de um Direito Público subjetivo do acusado (Direito ao silêncio) para concessão de outro Direito Público subjetivo do acusado (ANPP);
6. Equivale a renúncia de um Direito irrenunciável, pois é exigência obrigatória abrir mão do Direito de não confessar (não é uma opção do acusado) para fazer jus a outro Direito (ANPP);
7. Equivale a coação (vício do consentimento), tendo em vista que o acusado é obrigado a confessar para receber a proposta de acordo

Embora a lei possa restringir o direito ao silêncio, é necessário que se preserve a convencionalidade e a constitucionalidade, não permitindo ofensa ao conteúdo essencial do direito restringido.

No tocante ao ANPP, a confissão dos fatos pelo investigado afeta diretamente o direito ao silêncio, uma vez que há a inversão do ônus da prova. Assim, em que pese ser função da acusação provar os delitos cometidos, quem o faz, nesse caso, é o investigado, quando assume a culpabilidade almejando usufruir de um direito.

Além disso, a exigência da confissão provoca ofensa aos princípios da ampla defesa e do contraditório.

Previsto no art. 5º, LV, da Constituição Federal⁹, a ampla defesa abrange a autodefesa – atrelada ao próprio investigado – e a defesa técnica – correspondente àquela realizada por um defensor, que possui conhecimento técnico para tal. Ademais, relaciona-se ao contraditório e à, já estudada, presunção de inocência.

No tocante à relação entre ampla defesa e presunção de inocência, observa-se que a ampla defesa atua como um instrumento de garantia da inocência, haja vista ser oportunizado ao agente o direito de apresentar a sua versão dos fatos, sendo-lhe facultada a chance de manifestar. Isso permite, por exemplo, que, na fase processual, o interrogatório do réu seja o último ato realizado na instrução, permitindo, desta forma, que o acusado e o defensor técnico conheçam toda a extensão da prova carreada aos autos.

O Acordo de Não Persecução Penal, ao inverter esta ordem, ou seja, ao exigir a confissão do investigado preliminarmente, viola a ampla defesa. Inicialmente, porque a celebração do acordo e, a consequente, confissão ocorrem antes da denúncia, sem que haja uma acusação formal, clara, precisa, objetiva e uma conduta individualizada.

Desta feita, a confissão do investigado ocorre sem que haja uma análise ampla e detalhada das provas e sem uma acusação formal do Ministério Público.

Lado outro, o princípio do contraditório assegura a igualdade de oportunidade entre as partes para apresentação de argumentações e provas, além de permitir contradizê-las em juízo, garantindo a imparcialidade do juiz.

⁹ Art. 5º, LV, da CF - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Nesta senda:

O princípio do contraditório é elemento essencial ao processo. Mais do que isto, pode-se dizer que é inerente ao próprio entendimento do que seja processo democrático, pois está implícita a participação do indivíduo na preparação do ato de poder. A importância do contraditório irradia-se para todos os termos do processo. Tanto assim que conceitos como ação, parte e devido processo legal são integrados pela bilateralidade. (PORTANOVA, 2001, p. 160-161).

Em síntese, consiste na oportunidade de o acusado defender-se, apresentando uma contraprova a partir de uma prova, refutando, assim, a acusação feita pelo autor da ação penal, a fim de garantir que a resposta se realize na mesma intensidade e extensão.

No ato de confissão, que ocorre com a celebração do Acordo de não persecução penal, o investigado não tem a oportunidade de produzir provas, gerando, desse modo, um desequilíbrio entre as partes.

Neste sentido, temendo o seguimento do processo para a instrução, o investigado poderá confessar o delito, a fim de evitar uma situação mais gravosa.

Em que pese a impossibilidade de a confissão ser utilizada no processo, há que se ponderar a valoração negativa que ela carrega consigo e o ônus a ser suportado pelo investigado, uma vez que não é disponibilizada uma discussão acerca da ocorrência dos fatos de maneira distinta daquela disposta no inquérito policial.

Ante o exposto, verifica-se que a exigência da confissão para propositura do acordo de não persecução penal constitui ofensa a princípios constitucionalmente garantidos.

De um lado, sobrepõe-se ao direito ao silêncio, uma vez que ao acusado, a confissão é obrigatória, refutando, assim, a ideia de voluntariedade do acordo.

De outro, ante a inexistência de espontaneidade, equivale a uma forma de coação, ocasionando, assim, um vício do consentimento, porque há uma exigência, não uma discricionariedade.

Guilherme de Souza Nucci (2020, p. 222 e 223) assim descreve sobre a confissão no acordo:

Confissão formal e circunstanciada: demanda o dispositivo uma confissão do investigado, representando a admissão de culpa, de maneira expressa e detalhada. Cremos inconstitucional essa norma, visto que, após a confissão, se o acordo não for cumprido, o MP pode denunciar o investigado, valendo-se da referida admissão de culpa. Logo, a confissão somente teria gerado danos ao confitente.

De igual forma, LOVATTO assevera:

Acontece que se trata de um acordo ilegítimo por si só ao exigir a confissão dessa forma. A ponderação da negociação entre a confissão, verdadeira ou irreal, para atingir a possibilidade de não se ver processualmente acusada, parece à pessoa mais uma pressão psicológica do que propriamente um benefício, ainda mais claro quando a ótica é a do sujeito inocente que acaba por tendo de optar entre dois caminhos danosos. Trata-se de imposição de uma situação tida por negocial, mas que apenas transparece o desequilíbrio relacional entre as partes.

LOVATTO ainda defende que a necessidade de exigência de confissão decorre da determinação de uma responsabilidade flutuante, do ato de arbitrar um responsável, impingir uma pena, acalantar a vingança social ou dar ao Estado o falso sentimento de dever cumprido. No entanto, acaba por refletir a ineficiência dos meios investigatórios.

Aníbal Bruno (1978, p. 69), referindo-se à distribuição simbólica do crime, esclarece:

A destruição do homem é a distribuição simbólica do crime. E tal exigência é tão imperiosa que, desconhecido o verdadeiro agente, vai, muitas vezes, o ato punitivo incidir sobre qualquer outro, a quem seja atribuído o fato pela própria vítima ou seus parentes, ou por processo de natureza mágica. É a responsabilidade flutuante, em busca de um responsável para a pena, que libertará o clã da impureza com que o crime o contaminou (BRUNO, 1978, p. 69)

Assim, a necessidade de imputar o delito a alguém, pode, em determinados casos, provocar a confissão de indivíduos que não praticaram o fato típico.

Para Nucci (2020, p. 752):

Certamente é mais confortável ao Estado encerrar o processo, quando o réu confessa, mas voltaríamos ao passado, quando a confissão era a “rainha das provas” e buscada a qualquer custo, sob qualquer método. A segurança exigida para uma condenação é totalmente alienada da confissão pura e simples de um réu, razão pela qual deve ser rechaçada qualquer tentativa de transformá-la em fonte única de prova e razão exclusiva da aplicação da pena, especialmente a privativa de liberdade.

Desse modo, a exigência da confissão para a realização do ajuste pode resultar em um declínio processual penal, causando efeitos desastrosos.

Diante disso, a Abracrim, em 16/01/2020, propôs uma Ação Direta de Inconstitucionalidade¹⁰ questionando, dentre outros, a violação ao princípio da presunção de inocência.

Colha-se um trecho:

Exige-se, porém (caput do art. 28-A), que o investigado “confesse” a prática de crime para a propositura do referido acordo (*conditio sine qua non*), violando, inegavelmente, o princípio da presunção de inocência (inciso LVII do art. 5º da CF), e mais que isso, sem o crivo da presença ou participação do Poder Judiciário na celebração do acordo. Essa exigência de “confissão” da prática do crime pelo investigado (que pode, inclusive, nem conseguir celebrar o acordo, mesmo tendo confessado), pela não satisfação de outros requisitos ou condições - que é condição legal indispensável para a admissão do “acordo de não persecução penal.

Enfim, essa exigência legal (art. 28-A), a nosso juízo, absolutamente inconstitucional, repetindo, por violar o princípio da presunção de inocência! Ou seja, ou confessa a prática de crime ou não há acordo, assegurando, ademais, uma extraordinária “moeda de troca” para o Parquet, que pode usá-la de toda forma para pressionar (inclusive abusivamente, por que não?!) o investigado indefeso e desprotegido pela norma legal (art. 28-A). Referida previsão legal, enfim, afronta diretamente a presunção de inocência! (art. 5º, LVII, CF) e, possibilita, que o Ministério Público proponha, abusivamente, “acordo de não persecução penal” inclusive sobre fatos que não constituem crimes, pois o Judiciário não participa e nem fiscaliza a “negociação” do Ministério Público. Não se pode ignorar que o Ministério Público é uma Instituição que precisa de freios externos para evitar excessos e só quem pode contê-lo, processualmente falando, é um Juiz de Direito ou um Juiz Federal.

Por fim, propôs considerar que:

... a aceitação do referido acordo não implica em confissão da autoria de crime (ou seja, interpretação conforme ou constitucionalidade com redução ou supressão de texto), além de restringir-se sua aplicação a infrações penais de médio potencial ofensivo, ou seja,

¹⁰ Supremo Tribunal Federal. ADI nº 6304/DF. Relator: Celso de Melo, disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5843708>.

a crimes cuja pena máxima cominada seja inferior a quatro anos de prisão (aqui constitucionalidade com supressão de texto), ao contrário da atual previsão expressa no referido art. 28-A do CPP.

Resta evidente a desarmonia do sistema que adota o princípio *nemo tenetur se detegere* e, simultaneamente, exige a confissão como requisito para propositura de um acordo de não persecução penal.

É necessário, portanto, em defesa da segurança jurídica, que haja uma ponderação entre a confissão e o princípio da presunção de inocência, tendo em vista a impossibilidade de uso da confissão no caso de não homologação do acordo ou de seu descumprimento – fato que provoca uma posterior imputação pela denúncia da conduta confessada.

Segundo Barbosa (2020), tal exigência viola princípios constitucionais. Embora a confissão ocorra em âmbito extrajudicial, se houver prosseguimento do processo, pode exercer grande influência na decisão de juiz. Isto porque, em casos de descumprimento do Acordo e oferecimento da denúncia pelo Ministério Público, o Magistrado pode contaminar-se com a parcialidade, uma vez que tem em sua posse a informação de realização de prévio acordo e a consciência da confissão do acusado, ferindo o basilar princípio da imparcialidade do juiz.

Aury Lopes Júnior aduz que o acordo de não persecução penal se assemelha mais a um contrato de adesão do que a um acordo sinalagmático: “é inegável o constrangimento situacional e a posição de desvantagem do acusado em relação ao acusador público, especialmente com a pressão da prisão preventiva (Lopes Júnior, 2020, p. 337)”.

No mesmo entendimento:

Cumprido ressaltar que a confissão como requisito, assemelha-se com a rainha das provas, potencializando a busca incessante da verdade real às custas da desjudicialização dos atos, entretanto, na confissão em si, o acusado reconhece os fatos, sem, no entanto, ter ciência plena das consequências jurídicas. Ao confessar o delito, está se admitindo culpa, o que vai além do reconhecimento do casuístico, porém, na justiça consensual, essa autoacusação não é essencial, sendo necessária apenas a convenção interpartes. Ainda, ocasionará disparidade entre os integrantes do procedimento, pois a acusação possuirá maior vantagem sobre o acordo, que uma vez extinto por qualquer motivo, que não por cumprimento integral do negócio jurídico, o membro do Ministério Público deverá oferecer a denúncia de imediato, com a finalidade de instauração do processo penal,

podendo se utilizar da confissão como embasamento ao seu pleito, como consequência jurídica, de certo modo, não visualizada em primeira mão, se tem a não possibilidade de celebrar suspensão condicional do processo, embora não incida a sanção em forma de astreintes, para o descumprimento, a imediata instauração da ação penal corresponde a tal punição possuindo efeitos jurídicos bem maiores que o mero pagamento da multa, considerando a vantagem do órgão acusador pela obtenção de tal requisito, muitas vezes impensado, devidamente analisado apenas com um processo instrutório (SILVA et al., 2020, p. 94).

Deste modo, em respeito ao Estado Democrático de Direito e aos princípios constitucionalmente garantidos, a obrigatoriedade de confissão como requisito do ajuste é incabível.

Assim sendo, é forçoso que se declare a inconstitucionalidade com a redução do texto do art. 28-A, caput do CPP, excluindo-se a exigência da confissão formal e circunstanciada enquanto requisito para a propositura do ANPP.

CONCLUSÃO

O presente estudo analisou o acordo de não persecução penal, um modelo de justiça consensual negociada introduzido ao Código Penal a partir da Lei 13.964/2019, buscando evitar o encarceramento de quem comete infrações de menor expressão, admite o erro e pretende não mais delinquir.

Embora o instituto revele-se um importante aliado na desjudicialização, contribuindo para a redução das ações penais e da atividade jurisdicional em matéria penal, é necessário que haja ponderação na exigência de alguns requisitos e condições para a sua propositura, especialmente no tocante à exigência de confissão.

O estudo sobre tais requisitos e condições revelou a inconstitucionalidade da exigência da confissão formal e circunstancial, haja vista a desarmonia provocada pelo sistema que adota o princípio *nemo tenetur se detegere* e exige a confissão como requisito para propositura de um acordo de não persecução penal.

Assim, em respeito ao Estado Democrático de Direito e aos princípios constitucionalmente garantidos, torna-se imprescindível que se declare a inconstitucionalidade com a redução do texto do art. 28-A, caput do CPP, excluindo a exigência do requisito confissão formal e circunstanciada para a proposta do ANPP.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gregório Assagra e COSTA, Rafael de Oliveira. **Do Acordo de Não Persecução Penal no direito processual penal coletivo e o “pacote anticrime”**. Pacote anticrime: volume I. Curitiba: Escola Superior do MPPR, 2020.

BARBOSA, Ruchester Marreiros; SILVA, Raphael Zanon. **Delegado de polícia deve viabilizar acordo de não persecução penal**. Revista Eletrônica Consultor Jurídico, mar. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-17/academia-policiadelegado-policia-viabilizar-acordo-nao-persecucao-penal>. Acesso em: 30 de setembro de 2021.

BARROS, Francisco Dirceu; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira; CUNHA, Rogério Sanches; SOUZA, Renee do Ó. **Acordo de não persecução penal**. Salvador: Juspodvm, 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal - **HC nº 99.558/ES**. rel. Min. Gilmar Mendes. Disponível em: https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/HC_79244_DF-_23.02.2000.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEAO67SMCVA&Expires=1639675339&Signature=UcSP2UkrOCKf71zNTwQk%2BfJPUco%3D. Acesso em: 31/10/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal - **HC nº 99.558/ES**. Rel. Min. Gilmar Mendes. Disponível em: https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/HC_99558_ES_1297123_677721.pdf?Signature=hvKI9Yc4ocSgNArB0Vi2bT5UoAk%3D&Expires=1597965396&AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEAO765VPOG&response-contenttype=application/pdf&xamzmetamd5hash=f567d9e99fef9772c4889f90f37e8cf7. Acesso em: 31 de outubro. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União e Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal. **Enunciado n. 21**. Não caberá o acordo de não persecução penal se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas, entendidas estas como delitos de menor potencial ofensivo. Disponível em: https://criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/GNCCRIM__ANALISE_LEI_ANTICRIME_JANEIRO_2020.pdf. Acesso em: 10/10/2021.

BROETO, Valber Melo Filipe Maia. **Acordo de não persecução penal e suas (relevantes) implicações no processo penal brasileiro**. Disponível em: <https://www.abracrim.adv.br/artigos/acordo-de-nao-persecucao-penal-e>

suas-relevantes-implicacoes-no-processo-penal-brasileiro Acesso em: 25 de setembro de 2021.

BRUNO, Anibal. **Direito Penal**. Manual de direito penal brasileiro, parte geral.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Manual do Acordo de Não Persecução Penal: À luz da Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime)**. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

CARDOSO, Arthur Martins Andrade. **Da confissão no acordo de não persecução penal**. Migalhas. 01 out. 2020. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/334134/da-confissao-no-acordode-nao-persecucao-penal>>. Acesso em: 02/10/2021

CUNHA, Rogério Sanches. **Pacote Anticrime - Lei 13.964/2019: Comentários às alterações no CP, CPP E LEP**. Salvador: Juspodvm, 2020.

CUNHA, Walfredo. **Curso Completo de Processo Penal**, 2018, p. 61.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 589.

GOMES, Luiz Flávio. **25 anos depois, Direito Penal 3.0**. Boletim Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, n° 298, p. 2-4, set/2017.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

_____, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. 5. ed. rev. ampl. E atual.- Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 17. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LOVATTO, Aline Correa e LOVATTO, Daniel Correa. **Confissão como (des)acordo de não persecução penal**. Revista da Defensoria Pública RS, Ano 11, n. 26, JAN/JUN 2020. Disponível em: <https://www.defensoria.rs.def.br/upload/arquivos/202009/11151457-revista-26.pdf> Acesso em: 10 de outubro de 2021.

MORAES, Alexandre de, **Direito Constitucional**. Grupo GEN, 2021. 9788597027648. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597027648/>. Acesso em: 06 out. 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 2. ed. rev., atual e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 78.

_____, Guilherme de Souza. **Pacote Anticrime Comentado**. Forense. Rio de Janeiro, 2020.

OLIVEIRA, Eugênio Pacceli de. **Curso de processo penal**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 10ª edição, 2008.

OLIVEIRA, Felipe C. M e CANTERJI, Rafael B. **Acordo de não persecução penal, primeiras leituras: panorama, dificuldades e enfrentamento**. Revista da Defensoria Pública RS, Ano 11, n. 26, JAN/JUN 2020. Disponível em: <https://revistadpers.emnuvens.com.br/defensoria/article/view/39> Acesso em: 24/09/2021.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo (o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal)**. São Paulo: Saraiva, 2003.

QUEIROZ, 2017. **Princípio da não autoincriminação**. <https://www.pauloqueiroz.net/principio-da-nao-autoincriminacao/> Acesso em 12/09/2021.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo et al. **Pacote Anticrime Comentários à Lei nº 13.964/2019**. 1ed. São Paulo. Almedina 2020. Páginas 94 a 96.

SILVA, José Carlos Félix; Reis, Débora C. F; Silva, Klinsmann A. R. F. **Inconstitucionalidade material da confissão no acordo de não persecução penal**. Fortaleza: Escola Superior do Ministério Público do Ceará - Ano 12, nº2 / jul./dez. 2020. Disponível em: <http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2021/02/ARTIGO-4.pdf> Acesso em 02 de outubro de 2021.