



A (IM)PRESCINDIBILIDADE DA CONFISSÃO PARA A PROPOSITURA DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL¹

THE CONFESSION AS AN (IN)DISPENSABLE REQUIREMENT FOR THE NON- PROSECUTION AGREEMENT

Juliana Menescal da Silva Ziehe²

Flavio Mirza Maduro³

RESUMO: O acordo de não persecução penal constitui uma modalidade de justiça negocial, cuja exigência da confissão precisa ser enfrentada. Além de impor uma flexibilização de direitos fundamentais, a confissão representa resquício da cultura inquisitorial. Ademais, diante da conclusão das investigações criminais e havendo elementos suficientes para o oferecimento da denúncia, indaga-se: seria a confissão (im)prescindível para a celebração do ANPP? O trabalho foi estruturado pelo método descritivo e parcialmente exploratório com o objetivo de estudar o ANPP e os desdobramentos que a confissão impõe ao investigado. Ao final foi possível concluir que a exigência da confissão está eivada de inconstitucionalidade.

PALAVRAS-CHAVE: *Plea Bargaining*. Acordo de não Persecução Penal. Confissão. Cultura Inquisitorial. Direito de não auto-incriminação.

ABSTRACT: The non-prosecution agreement constitutes a modality of consensual justice, whose requirement of confession needs to be analyzed. In addition to constituting a

¹ Artigo recebido em 10/11/2021 e aprovado em 01/04/2022.

² Mestranda em Processo e Efetivação da Justiça e dos Direitos Humanos pela UCP. Pós Graduada lato sensu em Gestão Estratégica Processos e Projetos Integrados na área de Segurança Pública pela COPPEAD/UFRJ. Pós Graduada lato sensu em Direito pela EMERJ. Atualmente é Delegada de Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro/RJ, Brasil. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3971825524310035> E-mail: juliana_ziehe@hotmail.com.

³ Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra, Professor da UERJ e da UCP. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. UERJ. Rio de Janeiro/RJ, Brasil. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4526253051246397> E-mail: flaviomirza@mirzamilan.com.br.



flexibilization of fundamental rights, confession represents a remnant of the inquisitorial culture. Furthermore, in view of the conclusion of the criminal investigations and existing enough elements for the complaint, the question is: would confession be an (im)dispensable requirement for the celebration of the ANPP? The work was structured by the descriptive and partially exploratory method in order to study the ANPP and the consequences that the confession imposes on the accused. In the end it was possible to conclude that the requirement of confession is riddled with unconstitutionality.

KEYWORDS: *Plea Bargaining*. Non-prosecution agreement. Confession. Inquisitorial Culture. No Self incrimination.

1.INTRODUÇÃO

A justiça negocial sempre recebeu tímida previsão no ordenamento jurídico processual penal, reservando-se, na maioria dos casos, aos crimes de menor potencial ofensivo como é o caso da transação penal. Com o advento da lei 13.964/2019, o legislador ampliou o espaço do consenso, prevendo a colaboração premiada para os crimes de organização criminosa e o acordo de não persecução penal (ANPP) para os crimes enquadrados no artigo 28-A do Código de Processo Penal.

Embora o ANPP guarde íntima relação com o instituto da barganha, mas com ele não se confundindo, o fato é que a importação indiscriminada dos institutos estadunidenses do *plea bargaining* para o sistema jurídico pátrio está gerando grandes debates acadêmicos, polarizando opiniões. Não há um consenso se a importação de tais institutos para o sistema processual penal brasileiro acarretaria mais benefícios do que prejuízos ao réu.

Com efeito, a exigência da confissão formal e circunstanciada como requisito objetivo para a propositura do ANPP, também tem causado desdobramentos tormentosos. Primeiramente, porque relativizaria o direito fundamental à não auto-incriminação, previsto no art. 5º, LXIII da Constituição Federal. Depois, porque o legislador não



regulamentou os efeitos da confissão para fora do acordo, podendo ser utilizada para fundamentar futura denúncia em caso de descumprimento dos termos pactuados.

Por esses motivos, indaga-se: seria a confissão (im)prescindível para a propositura do ANPP? Se as investigações já foram concluídas, havendo elementos suficientes para o oferecimento de denúncia, por que razão o legislador incluiu a confissão no artigo 28-A do Código de Processo Penal?

Para tanto, será desenvolvida uma pesquisa de natureza descritiva e parcialmente exploratória, a partir de leis, atos normativos institucionais do Ministério Público e de fontes bibliográficas sobre o tema. O objetivo é estudar o acordo de não persecução penal e os diversos desdobramentos que a exigência da confissão impõe ao investigado.

Nesse sentido, o presente artigo foi estruturado em dois capítulos com subcapítulos. No primeiro, será abordada a divergência doutrinária acerca dos acordos resolutivos como forma de garantir a celeridade processual penal para responder às demandas sociais punitivistas. O segundo capítulo irá tratar da confissão como elemento (im)prescindível para a propositura do ANPP. Esse capítulo foi subdividido visando uma melhor explanação sobre cultura inquisitorial no ordenamento jurídico e o direito à não auto-incriminação.

2. ASPECTOS JURÍDICOS E DOUTRINÁRIOS DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

O acordo de não persecução penal (ANPP) foi instituído formalmente no ordenamento jurídico brasileiro através da Lei 13.964/19. Conhecida como pacote anticrime, introduziu no Código de Processo Penal (CPP) o artigo 28-A. Embora constitua uma inovação legislativa, na prática, o instituto já vinha sendo aplicado institucionalmente pelo Ministério Público nos moldes do artigo 18 da Resolução 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público⁴.

⁴ Em sua redação original, a resolução do CNMP previa que nos delitos cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, não sendo caso de arquivamento, o MP poderia propor ao investigado acordo de não persecução penal, desde que confessasse formal e detalhadamente a prática do delito, indicando eventuais provas de seu cometimento. Assim, além da confissão, o investigado ainda era obrigado a indicar provas da autoria delitiva, devendo cumprir outros requisitos detalhados ao longo de diversos incisos do artigo em comento.



Contudo, a falta de previsão legal dessa forma de resolução pactuada gerava severas críticas diante da ofensa ao princípio da legalidade, ausência de participação do poder judiciário e ampla discricionariedade ministerial. Por esses motivos, sua positivação no ordenamento jurídico constituiu importante avanço para a sua regularização no sistema processual penal, resguardadas as críticas que serão expostas no desenvolvimento do presente artigo.

Feitas essas ponderações iniciais, o ANPP surge dentro de um contexto de valorização dos espaços de consenso. De acordo com parcela da doutrina⁵, o ANPP também visa a atender uma política de desencarceramento, em face do notório caos do sistema carcerário brasileiro, possibilitando que nos crimes com pena mínima inferior a quatro anos, cometidas sem violência ou grave ameaça, possam ser aplicadas outras medidas que não a de prisão.

Entretanto, nesse ponto, é importante observar que o argumento da política de desencarceramento deve ser utilizado com cautela. Isso porque, de acordo com dados divulgados no *website* do Departamento Penitenciário Nacional⁶, no período de janeiro a junho do ano de 2020, 57% das mulheres que se encontravam no sistema carcerário foram presas pelo crime de tráfico de drogas. Já nos presídios masculinos, o tráfico de drogas divide o ranking com os crimes contra o patrimônio. Nos crimes praticados por homens, 39% das prisões ocorreram por crime contra o patrimônio, ao passo que 31% se deram pelo delito de tráfico de entorpecente. Nota-se, portanto, que a ampla maioria dos crimes responsáveis pelo encarceramento em massa no Brasil não se sujeitariam ao ANPP por não cumprirem os requisitos legais. A título de ilustração, na Justiça Estadual, sobrariam apenas eventuais casos de prisão por crime de furto simples, estelionato, dentre outros, que pouco impactaria na política de desencarceramento.

⁵ SCHAUN, Roberta; SILVA, William de Quadros. Do acordo de não persecução penal (art. 28-A): algumas considerações iniciais. *Revista da Faculdade de Direito da FMP*, Porto Alegre, 2020.

⁶ Pesquisa realizada em 15 de junho de 2021 através do *website* do Departamento Penitenciário Nacional. Disponível em:

<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiMTVMWRiOWYtNDVkNi00N2NhLTk1MGEtM2FiYjJmMmIwMDNmIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTQiOGRhNmJmZThlMSJ9>



Retornando ao cerne da presente pesquisa, na definição de Roberta Schaun e Willian Silva⁷ o acordo de não persecução penal “consiste em um negócio jurídico firmado entre o Ministério Público e o acusado, de modo a extinguir a punibilidade dos crimes praticados, sem o ajuizamento de uma denúncia, desde que cumprida uma série de obrigações.” Assim, não sendo caso de arquivamento, isto é, depois de concluída a investigação criminal e havendo elementos suficientes sobre a autoria e materialidade delitiva, o Ministério Público deve verificar se estão presentes os elementos para a propositura do ANPP, antes do oferecimento de denúncia.

Nesse ponto, importante observação diz respeito à legitimação exclusiva do Ministério Público, titular da ação penal, para propor o ANPP. Deve o promotor de justiça verificar se seus requisitos estão presentes no caso concreto, sendo tal função indelegável. Isso significa que os inquéritos policiais, já relatados por delegados de polícia, não podem retornar às Unidades de Polícia Judiciária para que a autoridade policial analise se os requisitos do acordo resolutivo se fazem presentes. Na mesma esteira se enquadram os inquéritos concluídos em que o investigado não confessou a prática delitiva ou se reservou ao direito constitucional de permanecer em silêncio. Essa prática constitui um retrocesso às garantias constitucionais, que não possui outro objetivo senão de se obter uma confissão para futura proposição do ANPP. Além de onerar a polícia judiciária que já encerrou sua atividade constitucional, desvirtua as características do instituto e seus requisitos legais. Embora careça de regulamentação mais clara nesse sentido, o fato restou melhor definido na Resolução Conjunta do Ministério Público do Rio de Janeiro GPGJ/CGMP n. 20 de 23 de janeiro de 2020.

Com efeito, nos casos em que não há elementos suficientes para a propositura da ação penal, o arquivamento é medida que se impõe necessária. Refuta-se grave a conduta do promotor de justiça em propor acordo de não persecução penal quando não há elementos para o oferecimento de denúncia. Essa conduta constitui verdadeira afronta ao princípio da presunção de inocência. Em caso de dúvida, o Ministério Público deve requisitar outras diligências à autoridade policial, de modo realizar, ao final das investigações, a conduta mais adequada ao caso concreto.

⁷ SCHAUN, Roberta; SILVA, William de Quadros. Do acordo de não persecução penal (art. 28-A): algumas considerações iniciais. *Revista da Faculdade de Direito da FMP*, Porto Alegre, 2020, p. 98.



Dessa forma, preenchidos os requisitos legais, constitui direito do investigado em ser beneficiado pelo acordo resolutivo em comento. Embora o art. 28-A do CPP tenha utilizado o verbo “poderá propor”, em consonância com a independência funcional do Ministério Público, parece mais acertada a posição doutrinária de Aury Lopes Junior⁸ no sentido de que o ANPP é um direito público subjetivo do imputado e não um poder discricionário do Ministério Público.

Destarte, o acordo de não persecução penal possui nítida inspiração no sistema norte americano do *plea bargaining* e, mais precisamente, ao exigir a confissão circunstanciada, da figura do *guilty plea*, no qual deve haver o reconhecimento da culpabilidade. Embora haja diferenças marcantes entre os institutos, não podendo ser tratados como sinônimos, o fato é que o ANPP possui um vínculo embrionário com o instituto da barganha.

Em importante contextualização sobre o tema, Vinicius Vasconcelos⁹ ao estudar cada fenômeno abrangido pela barganha, a define como sendo

o instrumento processual que resulta na renúncia à defesa, por meio da aceitação (e possível colaboração) do réu à acusação, geralmente pressupondo a sua confissão, em troca de algum benefício (em regra, redução de pena), negociando e pactuado entre as partes ou somente esperado pelo acusado. Assim, são elementos essenciais à barganha a renúncia à defesa (desfigurando a postura de resistência e contestação do acusado), a imposição de uma punição antecipada e a esperança do réu em receber algum benefício por tal consentimento (ou em evitar uma punição em razão do exercício de seus direitos).

De modo geral, a incorporação de negócios jurídicos no ordenamento processual penal consagra uma tendência mundial, como bem exemplificado por Monique Cheker¹⁰, que realizou ampla pesquisa sobre a aplicação dos acordos resolutivos em países como EUA, Portugal, Alemanha, Argentina, Espanha e Itália. A autora ressalta que em diversos países do mundo, pelo menos desde a década de 1980, a resolução antecipada do litígio entre Estado e investigado representa uma justiça penal mais célere e econômica, com benefícios significativos para o acusado.

⁸ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

⁹ VASCONCELOS, Vinicius Gomes. *Barganha e Justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. São Paulo. IBCCRIM, 2015, p. 68.

¹⁰ CHEKER, Monique. *Acordos resolutivos no direito penal: direito comparado, projeto anticrime e lei 13.964/2019*. *Revista da Escola da Magistratura do TRF da 4ª Região*. Porto Alegre, 2020.



Contudo, no Brasil, embora o dispositivo legal que previu o ANPP tenha entrado em vigor em 23 de janeiro de 2020, após o período de *vacatio legis*, o fato é que o tema está longe de estar pacificado. Nesse contexto, o ANPP é abordado por duas perspectivas diametralmente opostas, dividindo opiniões na doutrina pátria como se verá adiante. Essa polarização é ainda fomentada por questionamentos acerca do instituto do *plea bargaining*, no qual foram apontadas grandes injustiças em casos concretos¹¹ ¹², bem como pela importação de mecanismos consensuais do direito estadunidense para a latinoamérica¹³ de forma indiscriminada e sem qualquer adequação às peculiaridades regionais que se fazem necessárias.

Dentro de uma primeira abordagem, o ANPP é visto como uma forma de otimização da justiça criminal, assim como os institutos da transação penal, da suspensão condicional do processo e da colaboração premiada. Por essa perspectiva, a criação de instrumentos de justiça negocial viriam ao encontro dos anseios sociais, no sentido de implementação de mecanismos desencarceradores, que incentivem a substituição de medidas punitivas por outras de natureza restaurativa e conciliatória, privilegiando a

¹¹ Vinicius Vasconcelos cita em seu trabalho dois exemplos de evidentes pressões e intimidações direcionadas aos acusados na justiça criminal estadunidense, são eles: *Bordenkircher v. Hayes* (julgado em 1978) e *Brad v. United States* (de 1970). VASCONCELOS, Vinicius Gomes. *Barganha e Justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. São Paulo. IBCCRIM, 2015.

¹² O documentário 13º Emenda, dirigido por Ava Du Vernay, também expõe casos concretos de injustiças praticadas pelo sistema criminal norte americano que utiliza em larga escala o *plea bargaining* e o *guilty plea*. Explora a pressão que os promotores exercem para a confissão dos réus, mormente quando se trata de crimes apenados com pena perpétua e de morte. O documentário inicia falando sobre a população norte americana que representa 5% da população mundial, mas representa 25% da população carcerária, demonstrando essa desproporcionalidade. Também aborda a grande representatividade negra no sistema prisional, o problema da privatização dos presídios e escravização dessa mão de obra. A 13ª EMENDA. Direção: Ada DuVernay. Estados Unidos da América: Stream Netflix, 2016.

¹³ Gabriel Anitua ao tratar da importação de sistemas consensuais norte americanos vai fazer uma definição dos institutos da maneira como foram concebidos nos EUA e analisar os casos em que foram aplicados. Após, vai realizar uma análise crítica da importação dos institutos de justiça negocial de forma indiscriminada por outros países europeus e da América Latina. Aborda o *plea bargaining* como uma prática que acelera a resposta do Estado pela contribuição dos acusados, que vai culminar com a eliminação do processo, resultando em um modelo processual punitivista, típico de sistemas autoritários e inquisitoriais. Reforça que a implementação desse modelo norte americano gera desnaturalização do processo penal e o sacrifício do garantismo penal. ANITUA, Gabriel Ignácio. La importación de mecanismos consensuales del proceso estadunidense, em las reformas procesales latinoamericanas. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Belo Horizonte, 2015.



autonomia das partes. Dentro desse cenário, o ANPP conferiria maior agilidade aos efeitos penais, principalmente quanto ao cumprimento da pena e medidas sancionatórias¹⁴.

Nessa linha, reforça-se que o ordenamento jurídico pátrio, nos arts. 76 e 89 da lei 9.099/95, já previam a suspensão condicional do processo e transação penal, mitigando o princípio da obrigatoriedade da ação pelo Ministério Público. No entanto, o espaço de consenso na transação penal não impactava diretamente na política de desencarceramento, posto que recaiam, na maioria dos casos, sobre crimes de menor potencial ofensivo. A previsão de resolução pactuada já estava presente no Brasil, mas prevista de forma insuficiente, o que demandou a intervenção do poder legislativo para a positivação de outras formas de resolução antecipada do litígio, como foi o caso da lei 13.964/19, que teria tornado a justiça penal mais célere e econômica.

Sob ótica totalmente diferente, Leo Ribeiro e Victor Costa¹⁵ entendem que a importação de institutos americanos como o *plea bargaining* para o sistema processual brasileiro, dentre os quais se enquadraria o ANPP, vieram satisfazer uma equivocada política criminal na qual a aplicação de sanções penais imediatas seria a adequada correção para o problema da criminalidade. Por essa modalidade processual, o quanto antes for aplicada a pena ao autor dos fatos, mais rápido o direito penal teria cumprido a sua finalidade. Trata-se de uma política que tem o cumprimento da pena como principal corolário, nem que para isso seja necessário o sacrifício de direitos constitucionalmente previstos, como é o caso do devido processo legal, princípio da presunção de inocência, princípio da não auto-incriminação, por exemplo. Nesse recorte, as garantias seriam entraves constitucionais para a aplicação da pena de forma rápida e eficiente, poupando o trabalho do judiciário e de toda a estrutura que o cerca. Seria uma nítida aplicação do direito penal das consequências, que traria imenso prejuízo para as garantias constitucionais do investigado.

¹⁴ SCHAUN, Roberta; SILVA, William de Quadros. Do acordo de não persecução penal (art. 28-A): algumas considerações iniciais. *Revista da Faculdade de Direito da FMP*, Porto Alegre, 2020.

¹⁵ RIBEIRO, Leo Maciel Junqueira; COSTA, Victor Cezar Rodrigues da Silva. Acordo de não persecução penal: um caso de direito penal das consequências levado às últimas consequências. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, 2019.



3. A (IM)PRESCINDIBILIDADE DA CONFISSÃO PARA A PROPOSITURA DE ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

A confissão formal e circunstanciada da prática do delito constitui um dos requisitos objetivos para a propositura do acordo de não persecução penal. Essa confissão deve ter sido realizada durante a investigação, nos autos do procedimento investigatório, em sede policial ou ministerial.

Nesse sentido, a confissão vem sendo considerada pelo Ministério Público como requisito imprescindível para a propositura do ANPP. Em âmbito Estadual, a matéria além de previsão expressa no art. 28-A do Código de Processo Penal, vem sendo ratificada por regulamentos internos como é o caso da Resolução Conjunta CPGJ/CGMP n. 20 de 23 de janeiro de 2020.

Contudo, a postura do Ministério Público arraigada à literalidade do dispositivo e a exigência legal da confissão têm sido muito criticadas, pois se distanciam da interpretação constitucional do ordenamento jurídico. Ademais, nesse ponto, o artigo se afastou dos acordos resolutivos já existentes como a transação penal e a suspensão condicional do processo. Essa afirmativa é possível extrair através de uma breve leitura dos artigos 76 e 89 da lei 9.099/95, nos quais o legislador não exigiu a confissão como condição para que a resolução do conflito por consenso fosse aplicada.

Nesse ponto, ainda que de forma superficial, também é importante diferenciar a exigência da confissão como requisito para a celebração da colaboração premiada prevista na Lei 12.850/13, com o acordo de não persecução penal previsto no Código de Processo Penal. No primeiro caso, é compreensível que o legislador tenha exigido a confissão do investigado, pois o acordo resolutivo representa importante ferramenta na investigação de uma Organização Criminosa. Diante da complexidade da investigação, seria praticamente impossível desvendar os detalhes acerca do funcionamento do grupo e identificar seus integrantes. Assim, nesse caso, o espaço do consenso ocupa diferente patamar para que os agentes estatais possam obter informações acerca da dinâmica do crime. Os investigadores oferecem algum benefício para o colaborador em troca de informações, desde que estritamente subordinada à reserva de lei e da intangibilidade das normas constitucionais. Com efeito, o próprio artigo 3-A da Lei 12.850/2013 reforça que além da natureza negocial



da colaboração, a mesma representa meio de produção de prova. Esses fatos, por si só, já demonstram o diferente papel ocupado pela confissão nos institutos sob análise.

Por todo exposto, o que se verifica é que a confissão exigida no ANPP perde o sentido quando estamos diante de um cenário em que o Ministério Público já possui elementos suficientes acerca da autoria e materialidade delitiva. Por esse motivo, indaga-se: se as investigações já foram concluídas e o MP já possui elementos para oferecimento de denúncia, por que razão o legislador exigiu a confissão como requisito para a propositura do acordo?

A questão enfrenta diversas consequências tormentosas, sendo a mais grave a relativização de direitos fundamentais como é o caso do direito de não auto-incriminação, como se verá adiante. Ademais, além de poder gerar efeitos para fora do processo penal, pois o legislador não estabeleceu limites quanto aos efeitos da confissão, esta também vem sendo utilizada pelo membro do *parquet* no caso de rescisão do acordo, fundamentando o oferecimento de denúncia¹⁶.

3.1 A Confissão como resquício da cultura inquisitorial

Ao que tudo indica, a exigência da confissão para a propositura do acordo de não persecução penal constitui resquício da cultura inquisitorial. Essa mentalidade inquisitória, ainda tão arraigada na sociedade e estruturas de poder, vai irradiar sobre toda legislação de vigência. O que gera efeitos nefastos para o indiciado.

Ademais, o que se percebe, é que a cultura inquisitorial se mantém presente até os dias atuais. Há, ao fim e ao cabo, uma tradição opressiva que influencia as frequentes alterações realizadas pelo poder legislativo, que ainda não se conscientizou efetivamente da força irradiante da Constituição.

Assim, não obstante a Constituição Federal de 1988 tenha surgido como um marco no rompimento com o sistema autoritário anterior, prevendo direitos fundamentais de

¹⁶ Em função dessas consequências para o investigado, Rafael Soares, Luiz Borri e Lucas Battini defendem que “a confissão efetuada pelo investigado atende meramente à exigência formal para a concretização do acordo de não persecução penal, até mesmo por ocorrer em sede de investigação preliminar, vedando-se sua utilização em eventual processo criminal, em caso de descumprimento das condições, bem como nas hipóteses de instauração de processos cíveis ou administrativos”. SOARES, Rafael Junior; BORRI, Luiz Antonio; BATTINI, Lucas Andrey. Breves considerações sobre o acordo de não persecução penal. *Revista do Instituto de Ciências Penais*, Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2020, p. 223.



forma inédita, ainda existe forte tradição opressiva no ordenamento jurídico vigente. Essa tradição decorre do próprio período em que o Código de Processo Penal foi promulgado. Isso porque o CPP foi elaborado durante o Estado Novo e teve como principal responsável Francisco Campos¹⁷, Ministro da Justiça durante o período Vargasista.

Dessa forma, a cultura inquisitorial jurídica, tida como toda tradição autoritária ou opressiva positivada no ordenamento jurídico em vigor, é tradicionalmente exemplificada pelo Código de Processo Penal. Como bem afirma Aury Lopes Junior¹⁸, fazendo alusão ao pensamento de Goldschmidt, “a estrutura do processo penal de um país funciona como um termômetro dos elementos democráticos ou autoritários de sua Constituição”.

Conforme muito bem pontuado por Carlos Mendes¹⁹, o discurso de Francisco Campos é o da defesa social. De modo geral, Francisco Campos coloca o processo penal como um instrumento à serviço da defesa da sociedade contra aqueles indivíduos considerados perigosos, colocando o juiz como o principal protagonista desse enredo. O que vai afetar todo o sistema processual penal. O juiz passa a exercer uma atividade estranha à sua função, qual seja, de combater o crime através da punição da figura do criminoso-delinquente. Nesse cenário, valoriza-se o substancialismo penal, o decisiosismo processual e o subjetivismo inquisitivo.

Essa influência que emana sobre todo o processo penal, trabalha sob a ótica de reduzir a criminalidade através de uma maior eficiência mediante uma ação repressiva, situando o processo como mero instrumento para o exercício do *ius puniendi*.

De acordo com o autor²⁰, existe, até os dias atuais

[...] a manutenção de uma estrutura inquisitorial que atribui ao juiz do processo penal funções de garantia da defesa social, transfigurando-se assim, este sujeito processual em agente de segurança pública, função estrita do poder executivo.
[...] A Constituição Federal de 1988 não conseguiu romper com essa cultura

¹⁷ Para aprofundamentos a respeito de Francisco Campos ler MALAN, Diogo. *Ideologia Política de Francisco Campos: Influência na legislação Processual Penal Brasileira* (1937 – 1941). In: PRADO, Geraldo e MALAN, Diogo (org). *Autoritarismo e Processo Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

¹⁸ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 43.

¹⁹ MENDES, Carlos Hélder Carvalho Furtado; MELO, Marcos Eugênio. *Mentalidade Inquisitória e Instrumentalidade do Processo Penal: Transição Democrática, Reformas Processuais e Permanências Autoritárias*. *Revista Arquivo Jurídico*, Teresina, 2017.

²⁰ MENDES, Carlos Hélder Carvalho Furtado; MELO, Marcos Eugênio. *Mentalidade Inquisitória e Instrumentalidade do Processo Penal: Transição Democrática, Reformas Processuais e Permanências Autoritárias*. *Revista Arquivo Jurídico*, Teresina, 2017, p. 96-97.



inquisitória, mesmo atentando para o respeito a preceitos de um sistema acusatório constitucional. Há uma distorção (intencional) da instrumentalidade constitucional, fundamento da existência do processo penal, em uma instrumentalidade que atende a ditames de eficiência e defesa social. Retirando-se, assim, do processo penal (constitucional/democrático) o seu viés de garantia.

Feitas essas ponderações, no caso em estudo, a postura do legislador que impõe o reconhecimento da culpabilidade para a celebração do acordo resolutivo entre acusação e defesa, representa o ressurgimento da confissão como uma espécie de rainha das provas e importante fundamento capaz de sustentar uma denúncia e, ao final, uma condenação.

Ao abordar o problema dos inocentes e a coercibilidade da proposta de barganha, Vinicius Vasconcelos²¹ afirma que

a desconfiança diante de confissões apresentadas em troca de tratamento benevolente é evidenciada inclusive no período da Inquisição, em que tal meio de prova era reconhecido como superior e obtido por meio de tortura, ou seja, nessa época pensava-se que a declaração sob coação física era mais confiável do que outra motivada pela esperança de benefícios na persecução penal. Contudo, em que pese tais considerações de suspeita, o cenário atual de expansão dos espaços de consenso e da necessidade estatal por colaboração do acusado para possibilitar sua persecução penal tem acarretado a recolocação da problemática, **reposicionando os réus de nosso tempo ao lugar ocupado por Joana D'Arc e ao seu infalível dilema: “esperar passivamente a confirmação da sua presunção de inocência, ciente dos riscos que isso implica em meio coercitivo por natureza, ou aceitar uma dessas regras e decidir resolver a questão do modo mais rápido e econômico possível”**. Grifo nosso

Por tais motivos, a mudança desse cenário torna-se imprescindível, devendo a persecução penal incorporar as mudanças constitucionais. A investigação criminal deve produzir elementos sólidos sobre a materialidade e autoria delitiva, com o maior número de elementos de informações técnicos possíveis e disponíveis. Assim, importa em verdadeiro retrocesso o procedimento baseado exclusivamente em confissões.

Não se pretende com essa crítica afastar a confissão do ordenamento jurídico, até mesmo porque ela constitui uma liberalidade do investigado, que o pode fazer por arrependimento ou até por convicção pessoal, religiosa, dentre outras possibilidades. Tal iniciativa impõe ao magistrado, inclusive, o dever de aplicar a circunstância atenuante do artigo 65 do Código Penal. Todavia, é importante reforçar que havendo a confissão de forma voluntária no caso concreto, ela deve ser cotejada com outros elementos e provas.

²¹ VASCONCELOS, Vinicius Gomes. *Barganha e Justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. São Paulo. IBCCRIM, 2015, p. 165.



Na verdade, o que se pretende com o presente trabalho é lançar um olhar crítico sobre a confissão como condição inafastável para a propositura do acordo de não persecução penal. Principalmente porque quando tratamos desse tipo de acordo resolutivo, as investigações já foram concluídas. Não se pode autorizar um sistema de persecução penal que grave em torno da confissão, mormente diante de um processo penal democrático, cuja presunção de inocência só pode ser afastada por lastro probatório robusto.

2.2 ANPP E O DIREITO DE NÃO AUTO-INCRIMINAÇÃO

Durante uma investigação criminal, o suposto autor do fato pode adotar diversas posturas, dentre elas, o direito de se reservar em permanecer em silêncio. Essa prerrogativa decorre do art. 5º, LXIII da Constituição Federal que consagra o direito à não auto-incriminação, pelo qual o investigado não pode ser obrigado a produzir prova contra si mesmo.

Sobre o tema, complementa Luiz Flávio Gomes²² que

o direito de não auto-incriminação (que faz parte da autodefesa, como estamos vendo) possui várias dimensões: (1) direito ao silêncio, (2) direito de não colaborar com a investigação ou a instrução criminal; (3) direito de não declarar contra si mesmo, (4) direito de não confessar, (5) direito de declarar o inverídico, sem prejudicar terceiros, (6) direito de não apresentar provas que prejudique sua situação jurídica. A essas seis dimensões temos que agregar uma sétima, que consiste no direito de não produzir ou de não contribuir ativamente para a produção de provas contra si mesmo. Esse genérico direito se triparte no (7) direito de não praticar nenhum comportamento ativo que lhe comprometa, (8) direito de não participar ativamente de procedimentos probatórios incriminatórios e (9) direito de não ceder seu corpo (total ou parcialmente) para a produção de prova incriminatória.”

É nesse ponto que se impõe o seguinte dilema: como o acordo de não persecução penal poderia exigir a confissão, se ao investigado é assegurado o direito constitucional à não-auto-incriminação?

Além dos motivos já expostos no item anterior, a exigência de confissão como requisito objetivo para a propositura de ANPP na hipótese de o investigado se reservar ao direito de permanecer em silêncio só reforça a tese de que, nesse ponto, o dispositivo legal

²² GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da não auto-incriminação: significado, conteúdo, base jurídica e âmbito de incidência*. JusBrasil, 2010.



é incompatível com a norma constitucional. A confissão para a propositura do acordo, além da notória desnecessidade, é eivada de inconstitucionalidade material²³. Admitir o contrário, permitiria a flexibilização de um direito fundamental, em nítida inversão de valores do sistema jurídico.

Ao abordar a questão do controle de constitucionalidade no direito brasileiro, Luis Roberto Barroso²⁴ explica que a “inconstitucionalidade material expressa uma incompatibilidade de conteúdo, substantiva entre a lei ou ato normativo e a Constituição.” Esse confronto pode acontecer entre um princípio constitucional ou com uma regra constitucional, como é o caso analisado no presente artigo.

Com efeito, diante do conflito de uma norma constitucional com outra infraconstitucional, não restam dúvidas que a primeira deve prevalecer. As normas infraconstitucionais devem ser interpretadas à luz da Constituição Federal e não o contrário. Trata-se da aplicação do princípio da Supremacia da Constituição, sendo esta o vértice de todo ordenamento jurídico.

Por tais motivos, concluídas as investigações e tendo o suposto autor do fato se reservado ao direito de permanecer em silêncio, não poderia o Ministério Público se imiscuir da obrigação em propor o acordo resolutivo. Nesse caso, compete ao investigado, analisando sua estratégia de defesa, aceitar ou não o acordo. Reserva-se a ele, mediante análise de todos os elementos de informação carreados no inquérito, sopesar se prefere enfrentar a fase processual penal ou se valer do acordo de não persecução penal, renunciando ao direito de julgamento.

Nesse ponto, importante observação diz respeito ao chamado *overcharging* que tem por objetivo forçar o investigado a aceitar a resolução do conflito por consenso. Essa prática reflete o interesse implícito da barganha para atender aos interesses daqueles

²³ José Silva, Débora Reis e Klinsmann Silva defendem a inconstitucionalidade da confissão no ANPP. Afirmam que “o vício material acontece na medida que a lei se torna incompatível, através de uma violação ao integrado na *Lex Legum* ou então a algum princípio fundamental protegido por ela. Axiomático o encaixe da inconstitucionalidade material no âmbito do ANPP, uma vez que um de seus requisitos para sua validade é a confissão do indiciado, medida notoriamente contrária a presunção da inocência aderida pela Carta Magna.” SILVA, José Carlos Félix; REIS, Débora Crystina Ferreira; SILVA, Klinsmann Alison Rodrigues Felix: Inconstitucionalidade material da confissão no acordo de não persecução penal. *Escola Superior do Ministério Público do Ceará*, Fortaleza, 2020, p. 93.

²⁴ BARROSO, Luis Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 29.



diretamente responsáveis pela gestão da justiça criminal, especialmente dos membros dos órgãos acusadores e julgadores, a quem competem a administração da esfera punitiva estatal.

Atentos ao problema, Leo Ribeiro e Victor Costa²⁵ alertam para o cuidado que se deve ter para a “situação de *overcharging*”. Por ela, os acusadores fazem imputações mais graves para compelir o investigado a aceitar acordo menos vantajoso, levando à nebulosa situação de injustiça, o que desvirtua o instituto analisado.

Para Gabriel Anitua²⁶

a promessa de impor uma pena direta e sem julgamento que seria menos que poderia ser imposto para escolher exercer seus direitos, é a forma utilizada para obrigar o acusado a colaborar concordando com a acusação. Os acordos assim obtidos representam um golpe mortal contra a estrutura do julgamento criminal em um estado liberal.

Por tais razões, embora o ANPP seja um bom instrumento de justiça negocial, desde que realizada a devida compatibilidade com o núcleo essencial do direito fundamental exposto, o espaço do consenso deve garantir ao investigado a tomada de decisão de forma voluntária e racional. O medo de uma condenação indevida e de possíveis represálias por parte do órgão acusador, não podem ser o motivo para a celebração do ANPP de forma incontestada. Para isso, a defesa deve ter acesso a todos os elementos de informação carreados ao longo do procedimento, de modo que a decisão a ser tomada seja devidamente refletida e bem instruída.

Nesse cenário, o poder judiciário exerce importante função garantidora no momento da homologação do acordo. Qualquer tentativa de *overcharging* e a estampada desproporcionalidade na proposta por parte da acusação devem ser fiscalizadas e, conseqüentemente, rechaçadas pelo juiz, nos moldes do art. 28-A, § 4º e § 5º do CPP.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

²⁵ RIBEIRO, Leo Maciel Junqueira; COSTA, Victor Cezar Rodrigues da Silva. Acordo de não persecução penal: um caso de direito penal das consequências levado às últimas consequências. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, 2019, p. 161.

²⁶ ANITUA, Gabriel Ignacio. La importación de mecanismos consensuales del proceso estadounidense, en las reformas procesales latinoamericanas. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Belo Horizonte, 2015, p. 45.



Por todo exposto, o que se verifica é que o acordo de não persecução penal constitui importante ferramenta da chamada justiça negocial. De fato, além de constituir uma realidade em diversos países, o espaço do consenso vem sendo amplamente aplicado no Brasil e ganhou repercussão em Leis Processuais Penais.

No caso do ANPP, o que se percebe é a otimização do sistema judiciário e de recursos públicos, pois já existiriam elementos suficientes de autoria e materialidade delitiva para o oferecimento de denúncia, possibilitando maior agilidade dos efeitos penais. Trata-se de aplicação dos princípios da celeridade e economia processual, que também são princípios constitucionalmente consagrados.

Um importante fator que também precisa ser destacado é a possibilidade de reparação imediata do dano à vítima, prevista no art. 28-A, I do CPP. A reparação dos efeitos da infração de forma mais célere, por intermédio da harmonização entre autor e vítima, é importante objetivo de restauração social e harmonização de conflitos.

Ademais, ainda que o argumento deva ser utilizado com cautela, o dispositivo representa, ainda que pontualmente, uma conformidade com a política de desencarceramento, possibilitando que o investigado cumpra medidas diversas da prisão.

Contudo, de acordo com os argumentos expostos ao longo do presente trabalho, não se pode permitir que o espaço do consenso relativize direitos fundamentais como é o caso da exigência da confissão para a propositura do ANPP pelo Ministério Público. A confissão, nesse caso, além da notória desnecessidade por conta do término das investigações, representa nítido resquício da cultura inquisitorial. A afronta ao direito constitucional se torna mais evidente quando estamos diante do direito consagrado ao investigado de se reservar em permanecer em silêncio, desdobramento da garantia à não auto-incriminação. Por esse motivo, não resta alternativa senão considerar essa exigência eivada de inconstitucionalidade material.

No mais, o acordo resolutivo em comento constitui um bom instrumento processual penal, mas não pode ser desvirtuado pelo chamado *overcharging* que tem por objetivo forçar o investigado a aceitar a proposta. Nesse ponto, o poder judiciário exerce importante função na garantia da lisura do procedimento e de que a decisão do autor foi devidamente refletiva, instruída, racional e voluntária.



REFERÊNCIAS:

- ANITUA, Gabriel Ignácio. La importación de mecanismos consensuales del proceso estadounidense, em las reformas procesales latinoamericanas. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Belo Horizonte, 2015.
- ARAUJO, Rochester Oliveira. O direito fundamental contra a autoincriminação: a análise a partir de uma teoria do Processo Penal Constitucional. 2013. 278 f. *Universidade Federal do Rio Grande do Norte*, Natal, 2013.
- A 13ª EMENDA. Direção: Ada DuVernay. Estados Unidos da América: Stream Netflix, 2016.
- BARROSO, Luis Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL, *Quantidade de incidências por tipo penal*. Brasília, 2020. Disponível em <<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiaMTVMWRiOWYtNDVkNi00N2NhLTk1MGEtM2FiYjJmMmIwMDNmIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>> Acesso em: 15 jun. 2021.
- CHEKER, Monique. Acordos resolutivos no direito penal: direito comparado, projeto anticrime e lei 13.964/2019. *Revista da Escola da Magistratura do TRF da 4ª Região*. Porto Alegre, 2020. Disponível em: <https://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/dax_ctp-miolo-revista-emagis-n15_0.pdf>. Acesso em: 23 ago. 2021.
- GARRET, Brandon L. Por que o plea bargaining não são confissões? In: *Plea Bargaining*. Organizado por Ricardo Jacobsen Gloecker. São Paulo: Tirant lo Balnch, 2019.
- GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da não auto-incriminação: significado, conteúdo, base jurídica e âmbito de incidência*. JusBrasil, 2010. Disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2066298/principio-da-nao-auto-incriminacao->



significado-conteudo-base-juridica-e-ambito-de-incidencia>. Acesso em: 02 set. 2021.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

MALAN, Diogo. *Ideologia Política de Francisco Campos: Influência na legislação Processual Penal Brasileira (1937 – 1941)*. In: PRADO, Geraldo e MALAN, Diogo (org). *Autoritarismo e Processo Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

MENDES, Carlos Hélder Carvalho Furtado; MELO, Marcos Eugênio. *Mentalidade Inquisitória e Instrumentalidade do Processo Penal: Transição Democrática, Reformas Processuais e Permanências Autoritárias*. *Revista Arquivo Jurídico*, Teresina, 2017. Disponível em: <<https://revistas.ufpi.br/index.php/raj/article/view/7419/4306>>. Acesso em: 24 ago. 2021.

RANGEL, Carlos Eduardo. *Poder Punitivo, Polícia Judiciária e Democracia: Reflexões contemporâneas sobre a atividade de investigação criminal*. Rio de Janeiro: Freitas Barros, 2020.

RIBEIRO, Leo Maciel Junqueira; COSTA, Victor Cezar Rodrigues da Silva. *Acordo de não persecução penal: um caso de direito penal das consequências levado às últimas consequências*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, 2019.

SANTOS, Eneida Maria; MUNIZ, Natália Soprani Valente. *Resenha do Documentário A 13ª Emenda: a perpetuação da escravidão na Terra da Liberdade*. In: Grupo de Pesquisa da UFRJ. 2021. Disponível em <<https://trab21.blog/2021/01/12/a13emenda/>> Acesso em: 12 ago. 2021.

SCHAUN, Roberta; SILVA, William de Quadros. *Do acordo de não persecução penal (art. 28-A): algumas considerações iniciais*. *Revista da Faculdade de Direito da FMP*, Porto Alegre, 2020. Disponível em: <<https://revistas.fmp.edu.br/index.php/FMP-Revista/article/view/181/146>>. Acesso em: 23 ago. 2021.

SILVA, José Carlos Félix; REIS, Débora Crystina Ferreira; SILVA, Klinsmann Alison Rodrigues Felix. *Inconstitucionalidade material da confissão no acordo de não persecução penal*. *Escola Superior do Ministério Público do Ceará*, Fortaleza, 2020.



SOARES, Rafael Junior; BORRI, Luiz Antonio; BATTINI, Lucas Andrey. Breves considerações sobre o acordo de não persecução penal. *Revista do Instituto de Ciências Penais*, Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2020.

VASCONCELOS, Vinicius Gomes. *Barganha e Justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. São Paulo. IBCCRIM, 2015.