

**A INCONSTITUCIONALIDADE DA CONFISSÃO COMO CONDIÇÃO AO
ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL**

**THE UNCONSTITUTIONALITY OF CONFESSION AS A CONDITION TO THE
CRIMINAL NON-PERSECUTION AGREEMENT**

Bruno Gabriel de Castro*
José Boanerges Meira**

RESUMO

Introduzido no Código de Processo Penal através da Lei 13.964/2019, o acordo de não persecução penal possui o intuito de expandir a área de atuação da justiça negocial no direito brasileiro. Embora o novo instituto pretenda ser uma possível solução consensual para as infrações de médio potencial ofensivo, em razão da ofensa ao princípio da não autoincriminação, a exigência de confissão como uma condição para a celebração do acordo entre o Ministério Público e o investigado se tornou uma problemática. O privilégio da não autoincriminação, também expresso pelo brocardo *nemo tenetur se detegere*, é um princípio constitucional implícito do processo penal pátrio e garante o direito de que ninguém é obrigado a se autoincriminar ou a produzir prova contra si mesmo. Assim, o presente trabalho pretende demonstrar o vício da exigência de confissão, após analisar, qual finalidade de tal requisito, como ele ofende o instinto natural à autopreservação, quais requisitos essenciais para a admissibilidade da confissão estão ausentes e porque esse ato pré-processual não possui força probatória em uma posterior ação penal.

Palavras-chave: Autoincriminação. Confessar. Direito ao Silêncio. Pacote Anticrime.

ABSTRACT

Introduced in the Criminal Procedure Code through the Law 13.964/2019, the non-criminal prosecution agreement is intended to expand the area of justice negotiated under Brazilian Law. Although the new institute intends to be a possible consensual solution for offenses of medium offensive potential, due to the offense to the principle of non-self-criminality, the requirement of confession as a condition for the conclusion of the agreement between the Public Ministry and the investigated has become a problematic. The privilege of non-self-incrimination, also expressed by the aphorism of *nemo tenetur se detegere*, is an implicit constitutional principle of the national criminal proceedings and guarantees the right that no one is obliged to self-incriminate or produce evidence against themselves. Therefore, the present work intends to demonstrate the defect of the requirement of confession, after analyzing, what purpose of such requirement, how it offends the natural instinct to self-preservation, what essential requirements for the admissibility of the confession are absent and why this pre-procedural act has no probative force in a subsequent criminal action.

Keywords: Self-incrimination. Confess. Right to Silence. Anti-crime package

Artigo submetido em 15 de julho de 2021 e aprovado em 19 de setembro de 2021.

* Graduando em Direito pela PUC Minas, campus Coração Eucarístico. E-mail: brunogabrieldecastro@gmail.com

** Mestre e Doutor em Direito Processual pela Faculdade Mineira de Direito, professor no curso de Direito da PUC Minas, unidade Coração Eucarístico. E-mail: jboanergesmeira@hotmail.com.

1 INTRODUÇÃO

No intuito de criar um modelo de processo penal mais eficiente e economicamente viável, o Pacote Anticrime, visualizado a partir da Lei 13.964/2019, trouxe em seu bojo o acordo de não persecução penal (ANPP), que até então era previsto apenas nas Resoluções nº 181/2017 e 183/2018 do Conselho Nacional do Ministério Público. Sob a orientação do princípio da intervenção mínima do direito penal, o novo instituto visa mitigar a obrigatoriedade da ação penal pública.

Entre os pressupostos necessários para a celebração do ANPP, o *caput* do artigo 28-A do Código de Processo Penal previu que o investigado deverá confessar formal e circunstancialmente a prática da infração penal. Todavia, tal requisito vem denotando prejuízos aos confitentes. Haja vista o empoderamento da acusação a partir da obtenção de vantagem por procedimento que não é o tradicional devido processo legal, verifica-se a ocorrência de transgressões a direitos resguardados na Constituição Federal.

Com efeito, o privilégio da não autoacusação, expressamente previsto na Convenção Americana sobre Direitos Humanos e no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, estabelece que ninguém é obrigado a se autoincriminar ou a produzir prova contra si mesmo. Segundo dispõe o parágrafo único do art. 186 do Código de Processo Penal, o suspeito ou acusado não pode sofrer nenhum prejuízo por não colaborar com a atividade probatória da acusação ou por exercer seu direito ao silêncio.

O direito de não se autoacusar foi uma conquista importantíssima na história. Trata-se da superação do antigo sistema inquisitivo em que até mesmo a tortura era considerada um método legítimo para obtenção da confissão. Não mais se verifica a atribuição de plenos poderes ao Estado na produção de provas. A Constituição Federal brasileira de 1988 arrolou, dentre os direitos e garantias fundamentais do indivíduo, no inciso LXIII o art. 5º, o direito do suspeito ou acusado de permanecer calado.

Neste diapasão, identifica-se que a exigência de confissão como condição para as tratativas do acordo não persecutório encontrasse na contramão do desenvolvimento das garantias individuais na legislação pátria. Após a redemocratização de 1988, o Brasil se estabeleceu como um Estado Democrático de Direito e expulsou permanentemente do ordenamento jurídico os elementos contrários ao devido processo legal.

A confissão em análise não possui finalidade hábil a justificar a ofensa ao princípio da não autoincriminação. Diversos elementos essenciais para sua admissibilidade estão ausentes e, mesmo que entendam pela permanência da exigência de confissão, sob nenhuma hipótese ela deverá ser aceita como prova em juízo, sobretudo se for retratada. Em razão da exigência do contraditório e da ampla defesa, as provas extrajudiciais ou extraprocessuais destinam-se ao convencimento do Ministério Público, não do magistrado. A confissão não judicial somente pode ser admitida se for repetida na ação penal.

Assim, o presente trabalho pretende analisar a ofensa do negócio jurídico implementado no art. 28-A do Código de Processo Penal ao princípio da não autoincriminação. O tema é de suma relevância em razão da análise da futura repercussão jurídica que o acordo de não persecução penal pode aflorar na prática jurídica. Sublinha-se que o presente estudo não busca esgotar o tema, mas sim acrescer aos conceitos da comunidade acadêmica um conteúdo inovador e atual à luz do sistema acusatório.

2 A CONFISSÃO COMO PRESSUPOSTO AO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Conforme se verifica do *caput* do art. 28-A, *caput*, do Código de Processo Penal, dentre as condições para celebração do acordo de não persecução penal, o legislador entendeu por

exigir a confissão formal e circunstancial do investigado ao Ministério Público no momento das tratativas do acordo.

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;
- 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. (BRASIL, 1941).

A confissão em análise deve ser compreendida como a declaração voluntária, formal e circunstancial realizada pelo investigado ao Ministério Público, extrajudicialmente, no momento de celebração do acordo de não persecução penal. Trata-se de uma declaração extraprocessual que não se confunde com a confissão realizada no interrogatório, que é endoprocessual.

2.1 Significado de formal e circunstancial

Para efeito de celebração do ANPP, o *caput* do artigo 28-A previu que a confissão do investigado deverá ser formal e circunstancial. Entretanto, pouco se sabe sobre o sentido jurídico desses termos.

Por formal, é compreensível que o legislador se referia à forma em que a confissão seria realizada – possivelmente o objetivo era coibir a confissão oral sem registros; e, por circunstancial, entende-se que a finalidade era fazer constar detalhes suficientes para que se possa aferir judicialmente sua consistência e verossimilhança.

2.2 A confissão qualificada

Tendo em vista que o Código de Processo Penal previu apenas que a confissão do investigado deve ser formal e circunstancial, verifica-se que não há nenhum óbice legal à realização da confissão qualificada no momento das tratativas do acordo de não persecução penal. Isto é, por força do princípio da legalidade, que exorta a máxima “tudo aquilo que não é proibido é permitido”, é direito do confitente apresentar justificativas discriminantes ou exculpantes na confissão.

Nesse diapasão, é ilegal a recusa do Ministério Público em celebrar acordo de não persecução sob a justificativa de que a confissão se caracteriza como qualificada, sobretudo, se consideramos que a Súmula nº 545 do Superior Tribunal de Justiça já pacificou o entendimento de que a confissão, mesmo que qualificada, dá ensejo à incidência da atenuante prevista no

artigo 65, inciso III, alínea "d", do Código Penal – Lei nº 2.848/1940, quando utilizada para a formalização do convencimento do julgador (BRASIL, 2015).

2.3 O momento da confissão

Considerando que o art. 28-A do Código de Processo Penal apenas previu a confissão como requisito específico para a realização do acordo de não persecução penal, não há como exigir que o investigado ou acusado já tenha confessado em sede de interrogatório policial ou em qualquer outro momento anterior às tratativas do acordo. Embora a confissão deva ser tratada como pressuposto para o ANPP, a sua ausência na fase policial não implica, por si só, a inviabilidade da proposta.

No caso de o investigado ter permanecido em silêncio ou negou os fatos no inquérito policial, ainda será possível a propositura do acordo. A confissão prestada ao Ministério Público durante a celebração do ANPP independe da negativa de confissão realizada no ato do interrogatório no curso do inquérito policial, pois, nesse momento, o investigado pode utilizar-se do direito que lhe é assegurado constitucionalmente.

Lado outro, de igual modo, embora a confissão prestada perante a autoridade policial funcione como um elemento informativo, dentro da coleta de indícios de autoria e materialidade, a princípio, para validade do acordo não persecutório é necessário que ela seja refeita no momento da celebração do acordo, ou seja, na presença do Ministério Público.

2.4 Valor probante da confissão em caso de descumprimento do ANPP

Após o advento da Lei nº 11.690/08, a redação do art. 155 do Código de Processo Penal passou a vedar expressamente a fundamentação de sentença com base exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação. As provas devem ser produzidas ou repetidas em contraditório judicial. Por esse motivo, a confissão realizada perante o Ministério Público durante a celebração do ANPP não possui valor probatório, mesmo quando voluntária.

A esse respeito prelecionam Ali Mazloum e Amir Mazloum:

O descumprimento do acordo não valida a confissão como prova porque não há processo ainda, aplicável a regra do artigo 155 do CPP. Ademais, a situação assemelha-se à delação premiada desfeita, em que as provas autoincriminatórias não podem ser utilizadas em desfavor do colaborador. (MAZLOUM, MAZLOUM, 2020).

Na mesma linha, Rogério Sanches Cunha aduz que:

Apesar de pressupor sua confissão, não há reconhecimento expresso de culpa pelo investigado. Há, se tanto, uma admissão implícita de culpa, de índole puramente moral, sem repercussão jurídica. A culpa, para ser efetivamente reconhecida, demanda o devido processo legal. (CUNHA, 2020. p. 129).

Esse entendimento é controverso e não recebe aceitação de alguns setores do Ministério Público. Diversos manuais de orientação defendem a possibilidade de utilização da confissão prestada durante as tratativas do acordo de não persecução penal como suporte probatório no caso de descumprimento das condições convencionadas e eventual oferecimento da denúncia.

Nesse sentido se encontra a orientação do Ministério Público do Rio Grande do Norte:

A denúncia a ser oferecida poderá utilizar como suporte probatório a confissão formal e circunstanciada do investigado (apresentada ou prestada voluntariamente na celebração do acordo), conforme Enunciado nº 27 do GNCCRIM/CNPJ – Havendo descumprimento dos termos de acordo, a denúncia a ser oferecida poderá utilizar

como suporte probatório a confissão formal e circunstanciada do investigado (prestada voluntariamente na celebração do acordo). (RIO GRANDE DO NORTE, 2020, p. 43).

Renato Brasileiro de Lima entende que essa confissão constitui a contribuição que o investigado faz à investigação criminal e ao eventual futuro processo penal, cabendo ao próprio indivíduo decidir se tem ou não interesse em celebrar o acordo de não-persecução penal.

[...] desde que o investigado seja formalmente advertido quanto ao direito de não produzir prova contra si mesmo e não seja constrangido a celebrar o acordo, parece não haver nenhuma incompatibilidade entre esta primeira obrigação do investigado, prevista no art. 28-A, caput, do CPP, e o direito ao silêncio (CF, art. 5º, LXIII). Ora, como não há dever ao silêncio, todo e qualquer investigado (ou acusado) pode voluntariamente confessar os fatos que lhe são imputados. (LIMA, 2020, p. 283).

Assim, em que pese os entendimentos divergentes, pode-se concluir que, mesmo que se admitida a confissão no acordo de não persecução penal como necessária, ela deverá obrigatoriamente ser limitada a servir como mero indício de autoria, não como meio de prova, inclusive por permitir retratação.

3 A OFENSA AO PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO

Os principais argumentos dos defensores da confissão formal e circunstancial como condição ao ANPP são que: I – teria a finalidade de estimular os confitentes a cumprirem o acordo; II – em razão de ser vedado o oferecimento do acordo não persecutório nos casos de arquivamento, a declaração ajudaria a verificar a existência de justa causa, ou seja, a presença de indícios mínimos de autoria e materialidade; III – a confissão circunstancial serviria para identificar os casos em que o confitente estaria celebrando o acordo com a finalidade de coibir eventual investigação ou ação penal em face do verdadeiro autor da conduta criminosa.

Contudo, em razão do princípio da prevalência dos direitos humanos, esses argumentos não merecem prosperar. Os princípios do *nemo tenetur se detegere* e da presunção de inocência são marcos históricos na humanização da persecução penal, eles não podem ser violados sob qualquer pretexto. Efetivamente, a confissão em análise está criando uma presunção de culpa e ferindo de morte a presunção de inocência. Trata-se de uma tentativa de se obter eventual vantagem ao Ministério Público, sob o pretexto de transgredir garantias fundamentais.

Conforme vimos, em razão do disposto no art. 155 do Código de Processo Penal, que exige a produção das provas em contraditório judicial, a confissão como requisito ao acordo, como elemento de natureza extraprocessual, se limita a ser um mero indício de autoria, com questionável constitucionalidade e validade. Não possui valor processual de meio de prova, da mesma forma como anteriormente previsto nas resoluções do Conselho Nacional do Ministério Público.

Justamente por criar uma presunção de culpabilidade, não é lícito exigir a realização de confissão, mesmo como mero indício de autoria. Em nenhuma hipótese deve ser permitido exigir confissão, mesmo que ela não tenha uso judicial. Como exemplo, pode-se mencionar a confissão em sede de inquérito policial. Ela não serve como meio de prova, também é um mero indício de autoria, mas nem por isso é lícito exigí-la. De fato, verdadeiramente, nem mesmo em juízo é permitido exigir uma confissão.

Assim como o interrogatório, a confissão não deve ser considerada como um dever. Trata-se de renúncia à autodefesa negativa. O confitente deixa de exercer seu direito de não colaborar com a atividade investigatória estatal. Deve ser algo voluntário, jamais uma exigência

para encerrar a persecução penal. A confissão deve ser um ato livre de qualquer pressão ou ameaça. Não deve existir sanção para quem não confessa.

Guilherme de Souza Nucci entende que não é válido obrigar o suspeito ou acusado confessar o cometimento de um crime, para depois fixar penas alternativas, de modo que o ANPP possa ser celebrado sem necessidade de confissão.

Esse acordo pode ser realizado, por proposta do Ministério Público, se o investigado tiver confessado formal e detalhadamente a prática do crime, sem violência ou grave ameaça à pessoa, com pena mínima inferior a quatro anos. Neste ponto, é preciso destacar tratar-se de um acordo para não haver persecução penal; assim sendo, obrigar o investigado a confessar formalmente o cometimento do crime para depois fixar penas alternativas e outras condições não nos parece válido, ferindo o direito à imunidade contra a autoacusação. Imagine-se que o investigado celebre o acordo e depois não o cumpra. O Ministério Público pode pedir a rescisão do pacto e propor denúncia, lembrando, então, que, a essa altura, já terá havido confissão por parte do acusado. Cremos que esse acordo possa e deva ser celebrado sem necessidade de confissão plena e detalhada. (NUCCI, 2020, p. 383).

Lado outro, é importante mencionar que na transação penal e na suspensão condicional do processo, previstos respectivamente nos arts. 76 e 89 da Lei 9.099/1995, não há nenhuma exigência de confissão por parte do suspeito ou acusado. A lei exige a mera aceitação das condições formuladas pela acusação.

Assim, o que se constata é que a confissão não pode ser requisito para o acordo de não persecução penal. Deve-se esclarecer que não se está defendendo a impossibilidade de se fazer confissão no processo penal, mas sim que a mesma deve ser obtida de forma constitucional. O Brasil adota o sistema acusatório, após a deflagração da ação penal e o exercício do contraditório e ampla defesa, o depoimento do acusado deve ser o último ato da instrução processual.

3.1 Da violação a normas federais, constitucionais e internacionais

A exigência de confissão como condição ao acordo de não persecução penal, prevista no *caput* do art. 28-A do Código de Processo Penal viola frontalmente normas federais, constitucionais e internacionais de proteção aos direitos humanos. O parágrafo único do art. 186 do supracitado *codex* certifica que o suspeito ou acusado não pode sofrer nenhum prejuízo por exercer seu direito ao silêncio (BRASIL, 1941).

Lado outro, o art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988 preconiza o direito à ampla defesa; o inciso LVII, garante que ninguém deverá ser considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, e o inciso LXIII, assegura ao suspeito ou acusado o direito de permanecer em silêncio, sem que isso importe em qualquer prejuízo à sua defesa.

Ademais, o art. 8º, inciso II, alínea “g” da Convenção Interamericana de Direitos Humanos e o art. 14, inciso III, alínea “g”, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos estabelecem expressamente que ninguém deverá ser obrigado a depor contra si mesmo, nem declarar-se culpado.

3.2 Da origem estranha ao processo penal brasileiro

Em razão de ter sido inserido no ordenamento jurídico brasileiro, mas inspirado no *plea bargaining* norte-americano, o acordo de não persecução penal se tornou uma figura híbrida que não adotou completamente nenhum dos dois ordenamentos jurídicos.

Ao mesmo tempo em que se diferencia diametralmente do instituto estadunidense – que por si só já sofre diversas críticas, o ANPP não se encontra em completa conformidade com a legislação brasileira.

3.2.1 Das diferenças em relação ao *plea bargaining*

Segundo Emerson de Paula Betta, a primeira diferença é que, apesar de nos dois instrumentos os confitentes se submeterem a uma sanção negociada, no ANPP a condição a ser cumprida é proposta independente de formação de culpa, enquanto no *plea bargain*, em observância à sistemática estadunidense, a pena é decorrente de uma ação penal já instaurada e devidamente presidida por um juiz competente, o qual é obrigado a verificar, além das formalidades do acordo e sua voluntariedade, a compatibilidade da confissão junto com os outros elementos de prova existentes, para, assim, verificar se possível a condenação criminal e a imposição da pena negociada.

Não há que se justificar a confissão dizendo que no ANPP também se tem uma sentença e atuação do juiz. O artigo 28-A, §4º, Código de Processo Penal prevê tão somente que o Juiz aferirá a legalidade e a voluntariedade do acordo firmado entre a acusação e confitente, não havendo valoração de prova.

A segunda diferença é que, cumpridas as condições estabelecidas no acordo de não persecução penal, não se considera o sujeito passivo culpado e não é feita anotação em sua ficha criminal. Já no *plea bargain*, o réu é considerado culpado, com sentença penal condenatória, e é feita a devida anotação em sua ficha criminal, gerando reincidência.

Por fim, a terceira diferença é que, no acordo brasileiro, a condição imposta, nunca será privativa de liberdade, sendo tais condições em todo igual às previstas como penas restritivas de direito, já no instituto norte-americano, o réu pode, e em determinadas hipóteses é obrigatório, submeter-se a uma pena privativa de liberdade, a qual nada obstante acordada, é imposta pelo Juiz e decorrente de uma sentença penal condenatória (BETTA, 2020).

3.2.2 Da assimetria em relação ao ordenamento jurídico brasileiro

Em que pese a inspiração no chamado *plea bargaining* norte-americano, em que o acusado obrigatoriamente deve se declara culpado de parte ou da totalidade das acusações, a exigência de confissão para a celebração do acordo de não persecução penal é assimétrica em relação à legislação brasileira.

No Brasil, depois de vinte e um anos sob regime militar, o país passou por um processo de redemocratização que culminou na promulgação da Constituição Federal em 5 de outubro de 1988. A nova ordem jurídica que surgiu tinha anseio por expurgar todos os abusos do regime passado e criar mecanismos para coibir a repetição das violações aos direitos humanos que até então vinham ocorrendo.

A então nova Carta Magna estabeleceu a antiga Terra de Santa Cruz como um Estado Democrático de Direito e positivou expressamente como cláusulas pétreas diversas garantias individuais e coletivas, como a ampla defesa, a presunção de inocência e o direito ao silêncio. Da simples leitura do título que trata dos direitos e garantias fundamentais, percebe-se que elementos que violam o devido processo legal foram expulsos da legislação pátria. As metodologias inquisitórias do antigo regime, como a exigência de confissão, não foram admitidas no novo sistema jurídico.

Assim, em razão da busca por ser cada vez mais democrático, no Brasil a evolução legislativa sempre foi no sentido de se proibir a exigência de confissão em qualquer hipótese. Por esse motivo, tal dispositivo é tão estranho e desconexo em relação ao resto do ordenamento jurídico.

3.3 O instinto natural de autopreservação

O direito de não autoincriminação tem origem no instinto natural de autopreservação. É da condição humana procurar preservar sua liberdade, sua boa imagem perante a sociedade e se defender de agressões injustas. Justamente por esse motivo é nobre e louvável o ato de pedir desculpas. Trata-se da superação da própria essência para assumir que errou e acusar a si próprio como falho e imperfeito.

Efetivamente, em razão da natureza humana, o suspeito ou acusado que for celebrar um acordo de não persecução penal se encontra em uma encruzilhada. A ideia de confissão para encerrar a persecução penal é antagônica ao instinto de conservação do investigado. Ele se vê obrigado a decidir se deve se autopreservar de uma confissão que no futuro pode lhe acarretar danos a longo prazo, ou se deve se preservar da persecução penal que lhe atormenta naquele momento.

O direito não pode remar contra a índole humana. O suspeito ou acusado pode até colaborar com a acusação na atividade persecutória para a produção de prova incriminatória, mas ele não deve ser obrigado, sobretudo porque é presumido inocente.

3.4 Análise teleológica da exigência de confissão

Segundo a lógica epistêmica do processo, a confissão possui o papel de meio de prova - tem o objetivo de comprovar a hipótese acusatória dentro de um sistema legal de provas, sob o crivo do contraditório. Todavia, conforme vimos, em razão do caráter extraprocessual, a confissão realizada nas tratativas do ANPP não pode ser utilizada como meio de prova, e, por ferir a presunção de inocência, não deve ser admitida nem mesmo como indício de autoria.

Lado outro, alguns autores defendem que o objetivo da confissão seria mudar o *mindset* do suspeito ou acusado. Entretanto, o ANPP é um acordo não judicial em que não se afere culpa e não há exame de mérito dos fatos. A possibilidade de um confitente refletir sobre o delito que cometeu não é escopo suficiente para justificar a violação de preceitos constitucionais.

Por fim, tão pouco se pode dizer que a confissão evita que inocentes celebrem o acordo não persecutório. Os indícios mínimos de autoria não devem vir da confissão, eles já deveriam estar presentes desde o início da persecução penal.

Assim, resta concluir que a exigência de confissão não possui nenhuma finalidade, senão, trazer malefícios ao acusado. É uma tentativa ilegal de trazer eventual vantagem ao Ministério Público em uma possível ação penal.

Emerson de Paula Betta ensina que se trata de claro vestígio do ranço inquisitório:

Cremos que tal indagação talvez possa ser respondida na odiosa consideração de claro ranço inquisitório (ainda infelizmente muito arraigada nos nossos representantes legislativos e executivos), e totalmente contrária ao sistema acusatório e a um processo penal condizente a um Estado Democrático de Direito, onde o suspeito/acusado sempre deverá curvar-se a acusação, assumindo os fatos a ele imputados, para demonstrar arrependimento e purificar-se. (BETTA, 2020).

3.5 A ausência de voluntariedade

Como meio de prova, a confissão possui uma série de requisitos essenciais que devem ser observados para assegurar a sua confiabilidade. No caso da declaração obtida por meio de exigência para a celebração do acordo de não persecução penal, verifica-se que ela é viciada em razão da ausência de voluntariedade.

Embora a exigência em tela não se trate de um constrangimento do nível da tortura, a previsão legal da confissão como critério para a proposição do ANPP também equivale a uma

forma de coação. É uma ilusão falar em voluntariedade se a confissão é uma exigência. O que leva o indivíduo a confessar nas tratativas do acordo não é a vontade, mas sim a necessidade.

Em que pese o § 4º do art. 28-A do Código de Processo Penal exija voluntariedade para o ANPP, ela nunca existirá. O beneficiário é obrigado a confessar para obter a proposta: ou confessa ou a persecução penal continua. Existe um vício do consentimento na medida em que o suspeito ou acusado não possui poder de escolha.

Peguemos o exemplo de algum usuário de entorpecentes que foi preso em flagrante e autuado nas iras do tráfico privilegiado – algo que acontece rotineiramente no judiciário brasileiro. Qual caminho o suspeito deve seguir? Passar por toda a persecução penal como traficante, correr o risco de uma condenação, na esperança de tentar comprovar que é um mero usuário, ou deve confessar a traficância, colocando uma pedra sobre esse problema para poder ir pra casa sem antecedentes, porém com uma confissão em seu desfavor guardada pelo Ministério Público. O confitente se encontra em uma encruzilhada.

Lado outro, não existe paridade ou igualdade entre as partes na negociação do acordo de não persecução. Na maioria dos casos, as cláusulas e condições do acordo são estabelecidas unilateralmente por uma das partes. Em razão dos critérios subjetivos e da exigência de confissão, o Ministério Público possui toda a vantagem negocial. Por se ver assombrado com a possibilidade de responder a um inquérito criminal e, ao final, ser condenado, o acusado se vê tendencioso a aceitar as exigências da acusação.

Assim, no que se refere ao direito ao silêncio, não deve existir espaço para barganha. O acusado não pode ser compelido pela lei a confessar para obter um direito. Por força constitucional, não pode o investigado sofrer qualquer prejuízo se não confessar algo que lhe seja criminalmente prejudicial. A confissão sempre deve ser uma faculdade.

4 A AUTOACUSAÇÃO FALSA NO ANPP

A princípio, aquele que assume a autoria de um crime inexistente ou praticado por outrem durante as tratativas do acordo de não persecução penal estaria cometendo o crime de autoacusação falsa, nos termos do art. 341 do Código Penal.

Autoacusação falsa

Art. 341 Acusar-se, perante a autoridade, de crime inexistente ou praticado por outrem:

Pena – detenção, de três meses a dois anos, ou multa. (BRASIL, 1940).

Conforme ensina Guilherme de Souza Nucci, tem-se que a aludida autoridade pode ser policial, judiciária ou ainda membro do Ministério Público, o que é o caso do ANPP.

Autoridade: em se tratando de crime contra a administração da justiça, é preciso entender por autoridade o agente do poder público que tenha atribuição para apurar a existência de crimes e sua autoria ou determinar que tal procedimento tenha início. Portanto, é a autoridade judiciária ou policial, bem como o membro do Ministério Público. (NUCCI, 2020, p. 2179).

É importante destacar que se deve verificar caso a caso. A maioria da doutrina entende que é necessário estar presente o dolo específico de se pretender prejudicar a administração da justiça – o que não se vê no caso em que o confitente se autoacusa falsamente simplesmente pelo anseio de encerrar a persecução penal. Segundo preleciona Guilherme de Souza Nucci não é punível a forma culposa:

Elemento subjetivo do tipo: é o dolo. Entendemos que há, ainda, o elemento subjetivo do tipo específico, consistente na vontade de prejudicar a administração da justiça. Não se pune a forma culposa. (NUCCI, 2020, p. 2179).

Com efeito, o tipo em tela deve ser reservado aos casos em que o sujeito passivo confessa com o escopo de o real autor se restar impune.

5 CONCLUSÃO

O presente estudo permite concluir que, embora o acordo de não persecução penal seja um instituto inovador no processo penal brasileiro, a exigência de confissão formal e circunstancial por parte do suspeito ou acusado ao Ministério Público no momento das tratativas do acordo, expressamente prevista no art. 28-A, *caput*, do Código de Processo Penal, é um tema que não deve ser tratado de forma banalizada e sem a devida atenção aos direitos e garantias individuais.

Com efeito, em razão de o confitente não se encontrar diante da autoridade judicial competente durante a celebração do ANPP, a confissão não constitui meio de prova para condenação. Em razão do caráter extraprocessual, a declaração de culpa realizada perante o Ministério Público se limita a um mero indício de autoria de questionável validade e constitucionalidade, segundo se depreende da redação do art. 155 do Código de Processo Penal.

Ademais, justamente por suprimir a presunção de inocência em troca de uma presunção de culpabilidade, a confissão realizada durante as tratativas do acordo é ilegal e não deve se prestar a constituir nem se quer mero indício de autoria. Trata-se de medida sem finalidade, que viola normas e princípios federais, constitucionais e internacionais, em nítido retrocesso ao desenvolvimento das garantias individuais que a legislação brasileira conquistou a duras penas.

Em conclusão, não se está negando a legitimidade da confissão espontânea produzida no transcurso do processo, que observa todos direitos e garantias individuais, mas sim suscitando a ilegalidade de se exigir uma confissão pré-processual para ser utilizada como meio de prova ou indício de autoria. Condicionar o acordo de não persecução penal à confissão é deturpar todo o sistema processual penal democrático, tendo em vista sua afronta às garantias constitucionais da não autoincriminação, ampla defesa e devido processo legal, bem como por não ser juridicamente relevante para o que a lei propõe.

REFERÊNCIAS

BETTA, Emerson de Paula. **Da inconstitucionalidade e irrelevância do requisito da confissão no ANPP**. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-17/tribuna-defensoria-inconstitucionalidade-irrelevancia-confissao-anpp>. Acesso em: 20 fev. 2021.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1998**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 fev. 2021.

BRASIL. Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 20 fev. 2021.

BRASIL. Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 20 fev. 2021.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 20 fev. 2021

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 20 fev. 2021.

BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm. Acesso em: 20 fev. 2021.

BRASIL. Lei nº 11.690, de 09 de junho de 2008. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111690.htm. Acesso em: 20 fev. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 20 fev. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 545**. Quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no art. 65, III, d, do Código Penal. 2015. Disponível em: [http://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20%27545%27\).su](http://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%27545%27).su) b. Acesso em: 20 fev. 2021.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Manual do acordo de não persecução penal**. Salvador: Editora Juspodivm, 2020. p. 109.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CASTRO, Carolina Soares Castelliano Lucena de; NETTO, Fábio Prudente. **Comentários sobre a exigência da confissão no acordo de não persecução penal**. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-fev-15/opiniao-exigencia-confissao-acordo-nao-persecucao-penal>. Acesso em: 20 fev. 2021.

CUNHA, Rogério Sanches. **Pacote anticrime: Lei 13.964/19: Comentários às alterações no CP, CPP e LEP**. Salvador: Editora Juspodivm, 2020. p. 129-135.

GOIÁS. Aylton Flávio Vechi. Ministério Público do Estado de Goiás. **Manual de atuação e orientação funcional: acordo de não persecução penal (anpp)**. 2020. Disponível em: https://www.mpma.mp.br/arquivos/CAOPCRIM/manuais/18_08_30_417_Manual_Acordo_d_e_N%C3%A3o_Persecu%C3%A7%C3%A3o_Penal.pdf. Acesso em: 20 fev. 2021.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

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

MAZLOUM, Ali; MAZLOUM, Amir. **Acordo de não persecução penal é aplicável a processos em curso**. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-fev-07/opiniao-acordo-nao-persecucao-penal-aplicavel-aco-es-curso>. Acesso em: 20 fev. 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Processual Penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense Ltda., 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 20. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense Ltda., 2020.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 24. ed. São Paulo: Editora Atlas Ltda., 2020.

RIO GRANDE DO NORTE. Glaucio Pinto Garcia. Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte. **Manual de atuação e orientação funcional**: acordo de não persecução penal – caop criminal/mprn. 2020. Disponível em: http://www.ampern.org.br/app/webroot/uploads/files/Manual_ANPP_CAOP%20Criminal.pdf. Acesso em: 20 fev. 2021.