



FACULDADE UNIFAMETRO DE MARACANAÚ
CURSO DE DIREITO

**A INCONSTITUCIONALIDADE DA OBRIGATORIEDADE DA CONFISSÃO PARA
CELEBRAÇÃO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL**

MAGILA MARDEM PEREIRA DA SILVA
SARAH ANDRESSA ARAÚJO SOUSA CAVALCANTE

MARACANAÚ

2023

MAGILLA MARDEM PEREIRA DA SILVA
SARAH ANDRESSA ARAÚJO SOUSA CAVALCANTE

A INCONSTITUCIONALIDADE DA OBRIGATORIEDADE DA CONFISSÃO PARA
CELEBRAÇÃO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Artigo TCC apresentado ao curso de Graduação em Direito da Faculdade Unifametro Maracanaú, como requisito para a obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da Prof. Esp. Ismael Alves Lopes.

MARACANAÚ

2023

A INCONSTITUCIONALIDADE DA OBRIGATORIEDADE DA CONFISSÃO PARA
CELEBRAÇÃO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Artigo TCC apresentada no dia 27 de junho de 2023 como requisito para a obtenção do grau de bacharel PREENCHER da Faculdade Unifametro Maracanaú – tendo sido aprovado pela banca examinadora composta pelos professores abaixo:

BANCA EXAMINADORA

Prof^o. Dr. Ismael Alves Lopes
Orientador – Faculdade Unifametro Maracanaú

Prof^a. Janaina da Silva Rabelo
Membro - Faculdade Unifametro Maracanaú

Prof^o. Luis Augusto Bezerra Mattos
Membro Faculdade Unifametro Maracanaú

Ao professor Ismael Alves Lopes, que com sua dedicação e cuidado de mestre, orientou-me na produção deste trabalho.

AGRADECIMENTOS

A Deus pelo dom da vida, pela ajuda e proteção, pela Sua força e presença constante, e por me guiar à conclusão de mais uma preciosa etapa de minha vida.

A INCONSTITUCIONALIDADE DA OBRIGATORIEDADE DA CONFISSÃO PARA CELEBRAÇÃO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Magila Mardem Pereira Da Silva¹

Sarah Andressa Araújo Sousa Cavalcante²

Ismael Alves Lopes³

RESUMO

Inicialmente regulamentado pela Resolução nº 181/2017, do Conselho Nacional de Justiça e consolidado no Código Processo Penal pela Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime). O presente trabalho tem como propósito, elucidar a lacuna existente no Acordo de Não Persecução Penal. Para que possa ser beneficiado de tal acordo na fase pré-processual, é exigido alguns requisitos para sua formalização que confere ao Ministério Público a prerrogativa de analisar a viabilidade e interesse da proposta. Suscitado o questionamento frente alguns princípios constitucionais, em destaque, o princípio da não autoincriminação: produção de provas contra si mesmo, da presunção da inocência: necessário a confissão, da efetividade, da economia processual. O objetivo é realizar apontamentos com base no direito comparado no tocante a institutos penais já existentes no país e, ainda, confrontar os princípios que envolvem tal instituto, o que por sua vez, proporcionará a conclusão da inconstitucionalidade do instituto.

Palavras-chave: Acordo Não Persecução Penal. Autoincriminação. Confissão. Presunção da Inocência.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa estudar o paradigma da confissão presente no Acordo de Não Persecução Penal, um instituto criado sob a ótica dos princípios constitucionais da eficiência, economia processual e celeridade. A tentativa do presente, é analisar se há supressão de direitos e garantias fundamentais implícitos no uso dos mencionados princípios, visto o cenário do Judiciário.

De outro vértice, não se pode olvidar que um Instituto como o Acordo de Não Persecução Penal enseje discursos e análises detalhadas sobre sua redação,

¹ Graduando do curso de Direito pela Faculdade Unifametro Maracanaú.

² Graduando do curso de Direito pela Faculdade Unifametro Maracanaú..

³ Prof^a. Orientador do curso de Direito da Faculdade Unifametro Maracanaú.

principalmente quando vislumbra críticas de lesão ou relativização de princípios constitucionais.

A pesquisa do tema se acolhe quando, em análise ao texto que positiva o Acordo de Não Persecução Penal verifica que há espaço para indagações no tocante à exigência da confissão para sua celebração.

A busca deste trabalho consiste em estudar se há alguma afronta ou relativização de princípios constitucionais, em especial, o princípio da presunção da inocência e do direito de não produzir provas contra si quando se examina os requisitos necessários para seu estabelecimento. Para tanto, faz-se necessária uma análise minuciosa deste Instituto contraposto aos princípios que o norteiam de forma que a pesquisa doutrinária será a base que fundamentará as indagações aqui suscitadas.

Dispondo, inicialmente do surgimento do Acordo de Não Persecução Penal, no ordenamento jurídico, o conhecimento dos princípios constitucionais, as implicações do acordo, para a formalização e execução, divididos em tópicos.

Com efeito, o objetivo geral desta pesquisa é desvendar as implicações que o requisito da confissão no acordo pode causar em uma eventual persecução penal. Convém apontar, que o estudo do aludido tema se mostra de extrema relevância, já que, o Acordo de Não Persecução Penal foi criado com propósito de ser um dispositivo hábil a descarregar o sistema judiciário de algumas figuras penais e ainda ser benéfico ao investigado (sem prejudicar o acusado).

Destarte, a presente pesquisa tem como delimitação temática a confissão no Acordo de Não Persecução Penal, o estudo da (in)constitucionalidade do acordo não resta analisado no presente trabalho, bem como a comparação de institutos estrangeiros similares ao ANPP não serão objetos deste estudo.

Por fim, cumpre mencionar que a metodologia adotada neste artigo se fundamenta, majoritariamente, na revisão sistemática e bibliográfica de livros doutrinários, cujos autores discorrem sobre a temática abordada. Além de revistas do Ministério Público que elucidam o assunto em discussão, por conseguinte, haverá pesquisa de todo acervo que discorra sobre a temática de forma a explicitar melhor a intenção deste artigo.

2. CONSIDERAÇÕES SOBRE O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

À luz das diversas críticas sobre o sistema de investigação criminal no Brasil, bem como, a conhecida demora para a resolução das demandas pelo Judiciário, surgiu o Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) com a Resolução nº 181, de 07 de agosto de 2017, pelo Conselho Nacional do Ministério Público. A referida Resolução foi posteriormente alterada pela Resolução 183, de 24 de janeiro de 2018, cujo fundamento se pauta na efetivação do princípio constitucional da eficiência e na busca de reformar a estrutura do sistema de Justiça criminal, ainda que pontualmente.

Rodrigo Leite Ferreira Cabral (2017, n.p.) assevera sobre a Resolução que:

Referido acordo pretende dar maior racionalidade ao nosso sistema penal. Ele permite que o Ministério Público e Poder Judiciário possam dispensar maior atenção e celeridade aos crimes mais graves. Por outro lado, possibilita uma resposta muito mais rápida aos crimes de pouca gravidade, o que pode ocorrer, inclusive, poucos dias após o crime.

Introduzido ao Código de Processo Penal pela Lei nº 13.964/19, no artigo 28-A, o Acordo de Não Persecução Penal, permite a alguns tipos penais, em que a pena mínima cominada seja inferior a 4 (quatro) anos, que por sua vez, não tenham sido praticado com violência ou grave ameaça à pessoa, a possibilidade de se celebrar o acordo, desde que o investigado confesse formalmente a prática da infração penal como também se sujeite ao cumprimento de certas condições diversas da privação de sua liberdade e obtenha o arquivamento do feito pelo Ministério Público quando cumprido acordo.

Nessa perspectiva, o ANPP cumpre o papel de ser um acordo celebrado entre o Ministério Público e o investigado, acompanhado por seu advogado ou defensor público, e que, possibilitará o arquivamento da investigação pelo *Parquet*. Nesse sentido:

Compreende-se o acordo de não persecução penal como sendo um ajuste obrigacional entre o órgão de acusação e o investigado (assistido por advogado), devidamente homologado pelo juiz, no qual o indigitado assume sua responsabilidade, aceitando cumprir, desde logo, condições menos severas do que a sanção penal aplicável ao fato a ele imputado (CUNHA, 2020, p. 129).

O ANPP trata-se de um mecanismo que busca evitar a ação penal e assim, permite que medidas diversas da prisão sejam acordadas e cumpridas pelo investigado. O referido acordo é conhecido e intitulado como um instituto “despenalizador”, isso porque, quando se pensa na definição de “pena”, têm-se pelo dicionário o conceito, qual seja: “sanção aplicada como punição ou como reparação por uma ação julgada repreensível; castigo, condenação, penitência”, ou seja, remete-se a sofrimento. Logo, como o ANPP tem por objetivo evitar a aplicação de penas privativas de liberdade, tem caráter mais educativo do que punitivo no sentido de primar pela liberdade do indivíduo ao invés do cárcere quando do cometimento de uma infração.

Desse modo, sob a ótica de uma engrenagem perfeita, com a referida celebração do acordo, se alcança a pretensão pela qual o instituto foi criado, qual seja, desafogar o judiciário de demandas que podem ser resolvidas de forma célere e, ainda, evita o encarceramento do infrator em um sistema prisional já afogado.

Por esse ângulo, Regina Bandeira (2020, n.p.), com base nos dados estatísticos apresentados na 15ª edição do Relatório Justiça em Números, publicado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), concluiu que:

A duração de um processo submetido ao sistema judicial depende de inúmeros fatores, como complexidade do caso, tempo gasto na coleta de provas, prazos para formalização de atos processuais (recursos, por exemplo), entre outros. Nos casos dos processos criminais, o tempo maior pode ser justificado pela própria complexidade dos casos apresentados, que pode resultar em restrição do direito fundamental. Na fase de conhecimento do 1º grau da Justiça Estadual, por exemplo, esse tempo é de três anos e dez meses (criminal).

Todavia, resta questionar a que custo tais promessas tituladas como “vantajosas” são de fato vantajosas, bem como, se são coerentes com as diretrizes e princípios Constitucionais que norteiam o Direito Penal. Há que se observar até que ponto as entrelinhas do acordo são congruentes com os direitos e garantias individuais que a Constituição visa proteger.

Neste enfoque, deve ser ponderar se há apenas um interesse focado no cumprimento do acordo no tocante aos princípios da eficiência (CF, artigo 37, caput) e da celeridade (CF, artigo 5º, LXXVIII), em detrimento de outros, assim como, se a celebração do acordo inserido no art. 28-A do Código de Processo Penal, acaba por lesar princípios constitucionais mais voltados ao investigado.

2.1 QUANDO SERÁ POSSÍVEL O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Primeiramente, a título de conhecimento, ressalta o fato de a Lei 13.964/19, estabelecer no *caput* do Art. 28-A, que é o Ministério Público o órgão competente para propor o Acordo de Não Persecução Penal, por ser o titular da ação penal. Diante de tal afirmativa, em análise inicial, destaca-se a omissão legal quanto a possibilidade de Acordo de Não Persecução Penal, nas ações penais privadas.

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.** (BRASIL, 2019).

O advogado e professor universitário Paulo Ricardo Suliani, segue o entendimento da jurisprudência, que tem considerado possível proposta de suspensão condicional do processo e transação penal não apenas pelo Ministério Público, titular da ação penal, como também pelo ofendido. Suliani afirma que:

É corolário lógico que, como se compreendem cabíveis, em ações penais privadas, tanto a transação penal, quanto o *sursis* processual, pelas mesmas razões deve-se encampar o acordo de não persecução penal aos delitos, *exempli gratia*, de injúria, calúnia, difamação, esbulho possessório, dano qualificado, introdução ou abandono de animais em propriedade alheia, fraude à execução, induzimento de casamento em erro, exercício arbitrário das próprias razões, concorrência desleal, dentre outros. (SULIANI, 2020, n.p.)

Compartilha da mesma opinião, todavia com distinta justificativa, o doutor em Direito Processual Penal, Aury Lopes Jr., que afirma ser:

Cabível o ANPP por ausência de vedação legal aos crimes de ação privada que tramitam na Justiça comum desafiando o rito especial (art. 519 a 523, CPP) ou que tramitam no JECRIM, mas o querelante não tem direito a transação, nem a *sursis* processual. Inclusive, pensamos que esse debate seguirá o mesmo rumo que no passado existiu em torno da transação penal. (LOPES JÚNIOR, 2020, n.p.).

O presente trabalho acadêmico não objetiva prender-se a esta pauta, há aqui, apenas demonstrada discussão doutrinária sobre a possibilidade do instituto do ANPP ser cabível nas ações penais de iniciativa privada pelo silêncio da Lei.

Em contrapartida, de forma clara, nas linhas do mesmo dispositivo legal, constam as condições para celebração do acordo, que são elas: a) não ser caso de arquivamento; b) que o investigado confesse formal e circunstancialmente a prática de infração penal; c) que a infração não tenha sido cometida com violência ou grave ameaça; d) que o crime tenha pena mínima inferior a 4 (quatro) anos; e) desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

A Lei 13.964/2019 elencou dentro dos requisitos para o ANPP, a confissão, e diante desta determinação surge uma crítica. Há que se verificar a displicência dessa obrigatoriedade frente a observância dos Direitos e Garantias individuais vigentes na nossa ordem constitucional.

Tão logo, cumpre destacar, que no sistema acusatório brasileiro, o réu não é obrigado a produzir prova contra si mesmo, portanto, a grande dúvida aqui é: não podendo ele ser obrigado ainda que indiretamente fornecer dados para se incriminar e questionar sua culpabilidade, como pode ele aceitar um acordo que exige como requisito “abrir mão” do direito constitucional chamado “*Nemo Tenetur se Detegere*”, e, ainda, cujo dispositivo legal possui validade?

É certo que as dúvidas sobre a confissão ser ou não um requisito relevante e legítimo para o Acordo de Não Persecução Penal, que não lesa a proteção prevista no art. 5º LXIII da Constituição Federal de 1988, bem como, se a necessidade da confissão enseja puramente uma admissão implícita de caráter unicamente moral que não interferirá em uma eventual persecução penal, será amplamente discutida ao longo desta pesquisa, para que desse modo, se suscite e quiçá se estabeleça uma possível conclusão.

As condições do acordo seguem o disposto no *caput* do Art. 28-A, do Código de Processo Penal. A saber, transcrição *in verbis*:

- 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.

Em outras palavras, o ANPP será possível preenchidos os requisitos legais para tanto e também nas situações em que este não seja vedado.

2.2 A FORMALIZAÇÃO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

O acordo deverá ser escrito, com presença de todas as partes interessadas, inclusive do defensor do investigado. Haverá uma audiência a fim de verificar possíveis ilegalidades quanto ao interesse do investigado no acordo, bem como se as condições são inadequadas, insuficientes ou mesmo abusivas para que sejam os autos devolvidos ao Ministério Público para refazer a proposta mediante consentimento do investigado e de seu defensor.

Sobre o aceite da proposta do Ministério Público, o advogado Diogo Toscano de Oliveira Rebello e o Promotor de Justiça Fábio Barros de Matos (2020, n.p.), elucidaram suas opiniões na publicação feita no Sítio eletrônico Conjur, de modo a afirmar que o aceite dos termos proposto pelo MP ao investigado, pressupõe que este será “beneficiado com uma reprimenda mais branda do que aquela que seria estabelecida em uma sentença penal condenatória”.

Não obstante, pode o investigado recusar o proposto pelo *Parquet*, caso não concorde com as suas determinações estabelecidas para evitar a persecução penal. Seguindo a legalidade, não compete ao Juízo de primeiro grau interferir na determinação das condições a que se submeterá o investigado, sua função no ANPP é justamente a de salvaguardar os direitos individuais daquele.

A homologação do acordo pelo juiz deve ser realizada se preenchidos os requisitos legais, verificada a voluntariedade do investigado e, desde que, ausentes qualquer ilegalidade no acordo ante as condições propostas pelo membro no Ministério Público. Este, por sua vez, é o responsável por remeter os autos ao juízo da execução penal para início do cumprimento do homologado.

Nessa lógica, como adendo, salienta-se que o entendimento do art. 28-A quanto ao cumprimento do acordo ser de competência do juízo da execução penal, denota uma questão intrigante, que fomenta questionamentos.

Primordialmente, destaca-se o fato de inexistir pena no Acordo de Não Persecução Penal, mas sim, uma espécie de medida despenalizadora, destarte, por se tratar de um instituto consideravelmente novo, a esta época, certamente haverá amplos questionamentos e posicionamentos no tocante a viabilidade de detração de pena em eventual descumprimento do acordo, prosseguimento da ação e fortuita condenação, todavia, tal questão não será analisada no presente artigo.

De igual modo, tangenciar ao juízo da execução penal o cumprimento do acordo, por sua vez, pode ensejar interrogações acerca de sua realização não caracterizar uma sanção e não ser causa de detração penal. Enfim, outras questões ambíguas podem advir da competência desse juízo para execução do acordo que não compõe o cerne deste estudo.

Prosseguindo, o parágrafo 7º, do art. 28-A, dispõe que pode o juiz recusar homologar a proposta caso ela não atenda aos requisitos legais ou não restar adequada ao disposto no parágrafo 5º do artigo anteriormente mencionado.

Equitativamente, pode o investigado recusar o acordo, nesse caso, o Ministério Público prosseguirá com as investigações. Caso o membro do órgão acusador esteja satisfeito com as provas até o momento colhidas, prossegue à denúncia.

A luz do parágrafo 14 da Lei do Art.28-A, recusando o Ministério Público propor o ANPP, o investigado poderá requerer a remessa dos autos para análise do órgão superior.

A recusa por parte do Ministério Público é questão complexa pela dúvida que traz quando a Lei estabelece que cabe ao órgão, a discricionariedade da proposta e por sua vez, não é clara quanto ao momento em que deve ser feita a confissão.

Insurgindo assim, questões como: o investigado deve conhecer previamente a proposta do órgão acusador para avaliar o aceite ou deve confessar a prática delitiva mesmo não conhecendo a proposta ou mesmo se ela será realizada?

Sobre o dúbio assunto, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, tem entendido que o Acordo de Não Persecução Penal é uma prerrogativa do Ministério Público e não um direito subjetivo do acusado e, se acertadamente sua recusa, não pode ser imposto pelo Judiciário.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS – Impetração contra ato do Procurador-Geral de Justiça, que ratificou recusa de acordo de não-persecução penal pelo Promotor de Justiça oficiante no caso concreto – Ausência de cumprimento dos requisitos do art. 28-A do CPP – Inexistência de confissão formal e circunstanciada, crime cuja pena mínima é de cinco anos e medida que não se prestaria à prevenção e recuperação – Acordo que é prerrogativa do Ministério Público, cuja negativa, se fundamentada, não pode ser alterada pelo Judiciário - Ordem denegada.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Acórdão nº 2204757-24.2020.8.26.0000. Relator Ademir Benedito. **TJSP**. São Paulo.

Na mesma linha segue a 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo. A saber:

HABEAS CORPUS – Tráfico de drogas - Acordo de não persecução - Negativa do Promotor de Justiça e do Procurador Geral de Justiça - Ausência de confissão - Requisito objetivo previsto no artigo 28-A do Código de Processo Penal não preenchido – Ordem DENEGADA.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Acórdão nº 2083764-49.2020.8.26.0000. Relator Heitor Donizete de Oliveira. **TJSP**. São Paulo.

No bojo de sua obra, Lei anticrime, David Metzker, apresenta opinião diversa às exibidas acima, no sentido de que para ele, o oferecimento do acordo é um direito subjetivo do investigado.

Pode ver:

Caso o Ministério Público não ofereça o acordo, deverá o juiz das garantias encaminhar a instância de revisão do Ministério Público, conforme preceitua o artigo 28, modificado pela lei anticrime. Isso se dá, **visto que o ANPP se torna um direito subjetivo do investigado**. Caso preencha os requisitos, o ANPP tem que ser oferecido, assim como ocorre com a transação penal e SUSPRO. (METZKER, 2020, p. 54).

Como se percebe, a questão suscitada sobre a recusa do Ministério Público em propor o acordo, bem como a exigência de uma confissão para tanto, têm promovido discordâncias que estão sendo levadas aos Tribunais para que possam ser decididas.

Pela possibilidade de dupla interpretação, a recusa do Ministério Público em propor o acordo, bem como a questão omissa quanto ao momento da confissão para tanto, trata-se de uma via de mão dupla. Pois, obviamente se falarmos em defesa do investigado, está notadamente, alegará que o acordo é direito subjetivo e que deve ser proposto pelo Ministério Público com base nos requisitos legais, sem juízo de discricionariedade.

Quanto à confissão, pode ainda, suscitar o fato de que o investigado precisa conhecer da proposta antes de prestá-la, visto o constrangimento ilegal a que ele se submeterá realizando a confissão e o risco da não celebração de acordo entre ele e o Ministério Público.

Já o MP, por outro lado, pode se valer do texto legal para argumentar a exigência de uma confissão para formalização do acordo e inexistência de dúvidas sobre sua prerrogativa legal em propô-lo.

O que se conclui é: em se tratando de um acordo de vontades, tal característica supõe que ambos os interessados conheçam seus direitos e deveres para celebração do feito. A vontade do investigado e do MP devem convergir para que o acordo alcance a finalidade pretendida.

Ainda sobre a formalização do acordo, cumpre ressaltar que a vítima será intimada em caso de realização ou descumprimento deste, para fins de ciência. Para David Metzker, tal comunicação é necessária, veja-se:

Ordenado o arquivamento, deverá a vítima ser comunicada, assim como o investigado e a autoridade policial. Essa comunicação à vítima é necessária, pois o parágrafo primeiro do artigo 28 do CPP permite que, em caso de não concordância, submeter a matéria para que seja novamente apreciada pelo órgão revisor do Ministério Público. O prazo da vítima para se manifestar será de 30 dias. (METZKER, 2020, p. 50)

A intimação da vítima permitirá o acompanhamento da sua reparação do dano causado, bem como os efeitos do acordo e não cumprimento do réu.

3. O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL FRENTE AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO

A Lei Maior positivou a presunção da inocência e o princípio da não autoincriminação no artigo 5º. Não se pretende, neste trabalho, discorrer sobre a legislação internacional da Declaração dos Direitos Humanos, vinculada ao tema, mas como ilustração, destaca-se o fato de que diplomas internacionais consagraram a presunção de inocência enquanto não comprovada culpa, o direito de não depor contra si mesmo e de não se confessar culpado.

O direito de não produzir provas contra si (direito de ficar calado), similar ao princípio conhecido pela expressão "*nemo tenetur se detegere*", cuja tradução de

Maria Elisabeth Queijo (2012, p. 28) é: “ninguém é obrigado a se descobrir”, angariando assim, vínculo e correlação com o manto constitucional da presunção de inocência.

O princípio *nemo tenetur se detegere*, é influenciado pelo modelo acusatório, onde há clara divisão dos papéis da acusação, defesa e do julgador. Assim, não se exige que o acusado assuma o papel da acusação e produza provas contra si.

Queijo (2012, p. 102) assevera ainda que o *nemo tenetur se detegere* combina com o princípio da presunção de inocência e, através deste, o acusado está impedido de se tornar objeto de prova.

Desse modo, neste modelo, a cooperação do acusado na persecução penal é uma faculdade, pois, o princípio suscitado reserva a este o direito de não se incriminar, ou seja, o direito de arguir a regalia de silenciar-se quando da produção de provas que comprometerá a presunção constitucional de não culpabilidade que lhe é atribuída de pronto.

A prerrogativa do direito ao silêncio, consolida a não imposição da participação do acusado no lastro probatório como requerido pelo modelo inquisitório. Assim, caso deseje produzir provas contra si, as informações prestadas podem ser usadas para fundamentar lacunas na busca da verdade real sob pena de relativização da presunção de inocência.

A relativização e não integralidade da prova que produz o acusado contra si, se justifica com base no texto constitucional que como já visto, prevê no art. 5º, inciso LVII que: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988).

Nesse seguimento, ainda que se desvincule o acusado da prerrogativa de não se autoincriminar, a prova produzida pelo acusado com a finalidade de macular sua própria inocência, precisa necessariamente ser corroborada com outras provas para que seu valor seja absoluto e não relativo. Além de carecer do trânsito em julgado de uma sentença para que a culpa seja afirmada.

Portanto, prejudicado está o princípio da presunção da inocência quando o acusado opta por colaborar em seu desfavor na produção de provas, desvalorizando a garantia trazida pelo princípio *nemo tenetur se detegere*. Vale aqui, destacar novamente a redação do art. 197 do Código de Processo Penal, que não considera a

confissão como sendo uma prova absoluta, pois, reconhece suas minúcias ao estabelecer que:

Art. 197. O valor da confissão se aferirá pelos critérios adotados para os outros elementos de prova, e para a sua apreciação o juiz **deverá confrontá-la com as demais provas do processo**, verificando se entre ela e estas existe compatibilidade ou concordância (BRASIL, 1940).

A norma acima, reafirma que o princípio da presunção da inocência se liga ao Direito ao silêncio, bem como, freia a livre punição estatal frente ao acusado, ainda que, diante da colaboração probatória dele.

Além da previsão na Lei Maior, também resta positivado na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 (declaração que marca o início da proteção dos direitos básicos, individuais e coletivos do homem), em seu art. 9º que: “Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado”.

Segundo entendimento de Nucci (2015, p. 49), o princípio da presunção da inocência reforça a preocupação com a dignidade humana. A saber: “o princípio da presunção de inocência não passa de um desdobramento lógico e adequado ao respeito pela dignidade da pessoa humana, não se devendo considerar culpado alguém ainda não definitivamente julgado”.

Frente aos requisitos para o Acordo de Não Persecução Penal, questiona-se a relativização de tais princípios, que para alguns são tidos como absolutos e para outros não, acaba por gerar divergências.

Sabemos que o ANPP foi criado também sob os pilares dos princípios da celeridade e economia processual e, tais princípios, objetivam evitar que demandas não complexas sejam arrastadas por uma ação processual. Mas, é plausível que o legislador se valha de alguns princípios em detrimento de outros (considere aqui, os princípios da não culpabilidade e do direito ao silêncio) para eficácia do acordo?

Essa é uma questão que deve ser considerada com cautela, posto que, temerário seria fiar-se unilateralmente em um posicionamento e descobrir o investigado das proteções constitucionais que lhe são asseguradas.

O princípio da presunção da inocência ou da não culpabilidade, possibilita ao acusado a garantia de não ser considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória e o direito ao silêncio. Nesse sentido dispõe Igor Luís Pereira e Silva:

O princípio da presunção de inocência ou do estado de inocência garante ao acusado e ao réu a situação de não culpabilidade, enquanto não for condenado por sentença penal transitada em julgado, impedindo, assim, quaisquer medidas que afetem a sua liberdade ou restrinjam os seus direitos (SILVA, 2020, p. 335).

Em linhas gerais, o acusado tem sua inocência presumida, até que se prove o contrário. Nesse sentido Nucci, ainda assevera que:

O estado de inocência é indisponível e irrenunciável, constituindo parte integrante da natureza humana, merecedor de absoluto respeito, em homenagem ao princípio constitucional regente da dignidade da pessoa humana[...]. Noutros termos, a inocência é a regra; a culpa, a exceção. Portanto, a busca pelo estado excepcional do ser humano é ônus do Estado, jamais do indivíduo (NUCCI, 2015, p. 45).

Quando se fala em provas, o órgão acusador é o responsável por retirar do indivíduo sua condição de inocente assegurada pela CF/88 e demonstrar através de provas lícitas sua culpa.

Para que a garantia constitucional da presunção de inocência seja retirada do acusado, um conjunto probatório deve ser constituído apontando de forma indubitável a verdade da conduta infratora que é imputada. Nessa perspectiva, faz-se necessário que através das provas apresentadas não reste dúvidas quanto autoria e materialidade da conduta típica, sob pena de a decisão ser proferida de forma absolutória em favor do acusado.

O acusado, em razão do direito ao silêncio, pode se manter inerte quanto à produção de provas em um dado processo, valendo-se da garantia constitucional que têm, quando da demonstração de sua inocência. Assim, deixará unicamente a cargo do acusador, a macula de sua inocência, competindo à defesa demonstrar a eventual presença de fatos descaracterizadores do ilícito. Isso, seguindo os termos de uma perfeita ação penal. Mas, como falamos em um acordo isento de persecução penal, a situação deixa dúvidas.

Nesse sentido, destaca-se que, por se tratar de um acordo celebrado na fase investigativa, ou seja, pré-processual, a presunção da inocência por vezes é relativizada. Isso porque, a fase de investigação analisa todos os indivíduos como suspeitos. Por não haver instrução processual sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, o princípio da presunção de inocência perde sua força quando sua efetividade

dentro da ação penal é comparada àquele. Isso pois, na persecução penal se aguarda sentença para confirmação ou retirada da presunção de inocência do indivíduo.

Apesar de o acordo ser firmado na fase investigativa, não se deve pressupor que as propostas ocorram livremente, sem qualquer investigação mínima prévia por parte do órgão acusador. Assim, deve se pautar o MP longe dos critérios da discricionariedade ao oferecer o acordo que requisitará a confissão do investigado, ou seja, um acordo que equivalerá a renúncia de um direito pelo investigado.

O direito ao silêncio, por sua vez, é reafirmado pelo princípio “*nemo tenetur se detegere*”, conforme elucida Queijo (2020, p. 25): “a manifestação mais tradicional do princípio *nemo tenetur se detegere* é o direito ao silêncio”.

O silêncio do acusado de maneira nenhuma deve ser interpretado em seu desfavor, conforme dispõe o Código de Processo Penal. Consoante a ponderação brilhantemente Igor Luis Pereira e Silva:

A pessoa possui o direito ao silêncio durante a investigação e o processo criminal, sem que o seu exercício sirva como justa causa para a denúncia ou como fundamento para a condenação [...]. Nenhum ser humano pode ser coagido a se autoincriminar, produzindo declarações ou documentos que o incriminem. Tal postura integra a sua autodefesa e constitui o seu instinto de autopreservação e conservação (SILVA, 2020, p. 336).

Com a celebração do ANPP, haverá praticamente uma inversão do ônus probatório com a assunção de culpa por parte do investigado. A confissão ensejará que o investigado insurja numa prerrogativa ministerial de produção de provas, todavia, contrárias a si.

Diante deste cenário, suscita-se o seguinte: ao investigado concordar com a proposta do órgão ministerial, estará dispondo do seu direito ao silêncio e também da presunção constitucional de inocência que lhe é conferida?

Seguindo a letra da Lei Maior, há que se ter uma ação penal que observe todas as regras processuais penais e necessariamente resulte em uma sentença passível de trânsito em julgado para que afaste a presunção de inocência do acusado, aqui, investigado. Como esta não ocorrerá, entende-se haver uma lacuna no tocante a observância principiológica constitucional. A questão é dúbia e, por assim ser, divide a opinião dos doutrinadores e aplicadores da Lei.

Para alguns doutrinadores, Nucci (2020, p. 153), o *nemo tenetur se detegere* tem ligação com os princípios da presunção de inocência, da ampla defesa e do silêncio:

Há, ainda, a imunidade à autoacusação, sob o princípio de que ninguém está obrigado a produzir prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*): trata-se de decorrência natural da conjugação dos princípios constitucionais da presunção de inocência (art. 5.º, LVII) e ampla defesa (art. 5.º, LV) com o direito humano fundamental que permite ao réu manter-se calado (art. 5.º, LXIII). Se o indivíduo é inocente, até que seja provada sua culpa, possuindo o direito de produzir amplamente prova em seu favor, bem como se pode permanecer em silêncio sem qualquer tipo de prejuízo à sua situação processual, é mais do que óbvio não estar obrigado, em hipótese alguma, a produzir prova contra si mesmo.

A lesão aos referidos princípios, bem como o declínio dos direitos feito pelo investigado com o aceite da proposta de acordo, são tidos como reais/verdadeiros e evitados de inconstitucionalidade.

Este é o pensamento da Defensora Pública Estadual no Rio Grande do Sul, Aline Correa Lovatto e do Advogado e consultor jurídico, Daniel Correa Lovatto (2020, p. 74). Os autores pautam suas convicções sobre o requisito da confissão a confissão formal e circunstancial da prática da infração penal exigido pelo ANPP, escoltados pela fundamentação a seguir:

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.

Como o ANPP é um acordo promovido sem ação penal, não se olvida considerar a razão, a parcela doutrinária que acredita que, por se tratarem de direitos absolutos, individuais e fundamentais ao investigado, a previsão da confissão no acordo frente aos princípios constitucionais da presunção de inocência e do *nemo tenetur se detegere*, sem um contraditório, constitui violação constitucional. Como o requisito é uma exigência, questiona-se onde está a voluntariedade do investigado defendida em especial pelo titular da ação penal.

Ainda nesta linha, têm-se que um acordo que carrega em seu nome, o foco crucial de seu cerne, qual seja: a não persecução penal, não pode efetivar seu objetivo sem suprimir o direito constitucional de silêncio, com a exigência da confissão em seus requisitos. Isto porque, como vimos, com base na CF, a presunção de inocência deve ser quebrada através de uma ação penal que, conseqüentemente, dará lugar a uma sentença penal condenatória suscetível ao trânsito em julgado, viabilizando assim, o descrédito da garantia fundamental, bem como, o confronto e confirmação da confissão com outras provas perante a autoridade julgadora no processo, o que não acontece no acordo. Pois, apesar de o juiz homologar o acordo, a este, não é reservada atuações baseadas na instrução processual, mas sim, o dever de verificar a voluntariedade na celebração do acordo, bem como, a adequação e abusividade das cláusulas.

Em contrapartida, justamente embasados por um pensamento oposto ao explicitado acima, é a convicção de alguns operadores do direito. Uns autores traçam suas opiniões considerando o fato de que a inexistência de uma ação penal e, conseqüentemente, a ausência de uma sentença, são justamente os motivos para se descaracteriza qualquer ambigüidade com relação a plena constitucionalidade do requisito da confissão no ANPP.

Assim, a parcela que não acredita que o princípio da presunção da inocência e o direito ao silêncio são absolutos, mas sim, passíveis de relativização a depender da situação, tendem pela inexistência de supressão da garantia fundamental da inocência, bem como, do direito de não produzir provas contra si, justamente por defenderem que estes não são irrestritos. Portanto, para esta parcela, não há que se falar em renúncia aos direitos e garantias constitucionais aqui estudados.

Apresentadas as divergências doutrinárias em à relação a presunção de inocência e o ANPP, leva-se também em consideração, o fato de que para o Ministério Público propor o ANPP, devem estar presentes indícios de autoria e materialidade aptos a desencadear uma ação penal, ou seja, não deve ser o caso de arquivamento.

Desse modo, a exigência de tal condição, suscita que o MP, ainda que na fase de investigação, tenha elementos suficientes para manter uma eventual ação penal. Por isso é que, para algumas correntes doutrinárias, não há pesar em estabelecer a confissão como requisito, uma vez que, presentes os indícios da culpabilidade do agente. A celebração do acordo, ensejará apenas, a assunção de culpa por uma

infração cuja autoria já se encontra embasada pela acusação. Assim, escoltam suas convicções na concepção de ser o acordo, apenas uma antecipação de “pena”. Pena esta que, carregando sua essência de ser (ante o fato de o acordo não estabelecer pena e sim, medidas despenalizadoras), são passíveis de maiores prejuízos ao investigado, caso ocorra a persecução penal.

É certo que os princípios estudados norteiam o direito e devem ser resguardados. Acresça-se o fato, de nesta pesquisa ter sido estudado os direitos e garantias constitucionais que se consagram por meio de princípios justamente para reafirmar a proteção aos direitos básicos do homem. O vínculo destes com uma aplicação normativa efetiva, dá margem ao questionamento proposto pelo trabalho, qual seja de se verificar não a inconstitucionalidade do acordo trazido pela Lei 13.964/19, pois, isso já foi superado, mas a inconstitucionalidade do específico requisito da confissão para proposta de um acordo intitulado como “benéfico”.

A exigência da confissão para a celebração do acordo fica ainda mais discrepante quando se confronta o acordo despenalizador a outros institutos – já pontuados aqui – que não ressalvam tal necessidade.

Quando a lei traz a confissão formal como requisito indispensável para realização do acordo, ergue a bandeira para uma guerra de opiniões sobre a questionável constitucionalidade. Percebe-se isso, quando se considera o princípio da presunção de inocência frente a inexistência de uma ação penal que possibilitaria que, a exigida confissão insurgisse no devido processo legal e, conseqüentemente, passasse por um contraditório e ampla defesa para ter seu valor aferido.

A luz do exposto, conclui-se que: o momento via de regra pré-processual em que se deve propor o acordo é exigir a confissão, é o motivo para que a questão seja de difícil resolução. Pois a depender do ângulo de análise, dada a influência direta do investigado com os princípios da presunção de inocência e da não-culpabilidade, este momento de realização do acordo, pode ser visto para alguns, como o motivo crucial para se fundamentar a inconstitucionalidade da exigência e, para outros, a causa da declaração de sua constitucionalidade.

Portanto, a ambiguidade da questão permite que os pontos controversos sejam colocados na balança para sopesar. Todavia, a aferição da inclinação para a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da exigência da confissão como requisito indispensável para o Acordo de Não Persecução Penal, deve ser feita com base em

convicções próprias extraídas pela fundamentação do estudo desenvolvido, que se constrói sob as defesas de ambos argumentos.

Assim, recomenda-se que, ao analisar ANPP frente aos princípios constitucionais da presunção da inocência e da não autoincriminação, tenha-se por base os dados trazidos até aqui, pois serão eles, os propulsores para sanar possíveis indagações.

Em suma, é preciso compreender que para celebração do ANPP, embora reconheça-se os direitos constitucionais do investigado, será exigido deste, a confissão formal e circunstancial do crime investigado. O que inevitavelmente, nos leva a acreditar veementemente na inconstitucionalidade do requisito da confissão por desrespeito a direitos e garantias fundamentais asseguradas pela Lei Maior, quais sejam: o de manter-se silente, de não produzir prova contra si mesmo e o de se ter presumida a inocência até que se constitua coisa julgada.

A concessão de um benefício ao investigado não deve vir acompanhada de uma exigência prejudicial a este. Isto porque, o art.28-A, prevê que para obtenção do acordo desencarcerador, o investigado preencha vários requisitos cumulativos e, também, preste confissão, ou seja, por causa desta, pressupõe a dispensa por parte do investigado dos mencionados direitos e garantias constitucionais.

4. CONFISSÃO NO ANPP: IMPOSIÇÃO OU VOLUNTARIEDADE?

Porque exigir a confissão do investigado num acordo consensual como é o ANPP, quando a Lei Maior do país garante o direito de não se auto acusar e de se ter presumida a inocência - até que se transite em julgado uma sentença - independente do silêncio ou de colaboração na produção de provas?

Para os advogados Thiago Diniz Barbosa Nicolai e Renata Rodrigues de Abreu Ferreira (2020), a confissão realizada no ANPP, pode ser interpretada como uma confissão ficta, na qual declara a adesão do investigado com o acordo celebrado. Vejamos:

Seria essa confissão uma declaração de vontade de adesão ao acordo assumindo, genericamente, os fatos narrados no inquérito ou na investigação privada como verídicos e, portanto, nada mais seria do que uma confissão ficta? Nos parece que sim, mormente se efetuada a leitura do caput em conjunto com o conteúdo do §4º.

Como já demonstrado, para alguns, a confissão não enseja lesão aos princípios constitucionais, assim, sua previsão para celebração do acordo de não persecução, tem apenas a finalidade de confirmar os indícios de autoria colhidos na fase investigativa. Além disso, para a parcela que acompanha este entendimento, a confissão apenas certifica que o investigado é verdadeiramente o agente que cometeu a infração penal e o legítimo a sofrer as consequências advindas do acordo.

Por outro lado, aqueles que entendem pela inconstitucionalidade do requisito, firmam posicionamento no tocante a ausência da referida voluntariedade trazida pelo §4º, do art. 28-A. Este dispositivo tem a seguinte redação: “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 [...]”.

A respeito, o advogado mencionado anteriormente, Arthur Martins Andrade Cardoso (2020, n.p.), no bojo do texto publicado no site Migalhas, sustenta que:

A confissão como exigência à proposta do ANPP (Direito Público subjetivo do acusado) equivale a renúncia do Direito ao silêncio, porque não dá opção de escolha ao acusado: ou confessa ou não recebe a proposta.

E, mais, **nunca haverá a voluntariedade exigida para homologação do acordo no § 4º do art. 28-A do CPP, uma vez que o beneficiário é obrigado a confessar para obter a proposta.** Logo, se a confissão é obrigatória, porque requisito para o ANPP, falar em voluntariedade é ilusão. (grifo próprio)

As opiniões divergem, é fato. O que se indaga com ênfase é se há resquícios de um sistema inquisitório ao estabelecer a confissão como requisito obrigatório e indispensável no ANPP, ou mesmo, frações de um mecanismo autoritário exercido pelo titular da proposta do acordo.

Sem adentrar muito ao mérito das particularidades do sistema inquisitório, sabe-se que neste modelo, ao acusado não era exatamente facultada a produção de provas. Muitas vezes, esta era obtida inclusive através de tortura. Neste modelo, a punição é o alvo e os meios que se levam a ela, não seguem religiosamente observância aos direitos dos indivíduos. Conforme elucida Queijo (2012, p. 25): “no modelo inquisitório, o acusado era compelido a confessar e, por isso mesmo, não havia lugar para o direito ao silêncio”.

Nesse sentido, a confissão do ANPP inevitavelmente, angaria similaridade com o modelo tão utilizado na idade média. Por este motivo, entende-se que a

obrigatoriedade da confissão no acordo despenalizador pressupõe vestígios do sistema inquisitório dentro do modelo acusatório em que é estabelecido o ANPP.

Por entendermos que há inconstitucionalidade com a previsão da confissão, pela lesão ao princípio da presunção de inocência e do direito ao silêncio, por consequência, interpretamos que a confissão se amolda à impecável elucidação dada por Queijo em sua obra, quando aborda as noções históricas do princípio *nemo tenetur se detegere*.

Queijo (2012, p. 31), assevera que no processo inquisitório havia formada antecipadamente a convicção de culpa do acusado. Assim, para ela, a tortura na Idade Média para se obter a confissão, se portava como um instrumento para confirmar a prévia noção de culpabilidade, de modo que, o investigado tinha o dever de fazê-lo, não a faculdade.

A despeito do que dispõe Queijo, a confissão circunstancial requisitada pelo ANPP, não se mostra tão diferente da que outrora era exigida pelo modelo inquisitório, sem claro, notícia da tortura. Como vimos, apesar de ser considerada para alguns apenas como meio hábil e célere para confirmação de uma imputação que viabiliza o ANPP, não deixa quem a presta, de assumir a posição de autoincriminação.

Nesse sentido, o investigado que intentar se valer do benefício, deve assumir uma conduta condizente com os indícios angariados na investigação. Não importando aqui, a veracidade dos fatos, pois, o que se exige é que as informações mantenham uma coerência lógica e compatível com os indícios colhidos.

Portanto, a exigência de uma confissão que unicamente objetiva fundamentar uma penalização pelo órgão acusador, que desmerece a apuração concisa dos fatos por não se importar com a figura do investigado, no sentido de verificar se este realmente praticou o imputado, se foi de fato nos moldes da investigação ou mesmo diversa desta, insulta uma confirmação aceitável a justificar a “pena” proposta pelo acordo. O fato de o acordo inibir uma pena privativa de liberdade, não deve sugerir que os direitos e garantias fundamentais do investigado sejam renunciados em seu favor.

Por assim ser, ante a inexistência de confronto da confissão com outras provas por meio de um contraditório, a credibilidade da confissão é questionada, visto que, como a doutrina assenta que ela não tem valor absoluto, não tem como saber se a “vontade” manifestada pelo investigado na realização do acordo é condizente com a

finalidade do mesmo ou, se não passa de temor pelo eventual sentenciamento encarcerador.

Ressalva-se que, outrora a confissão fora reconhecida como “a rainha das provas”. Naquela época, considerava-se que, uma vez obtida a confissão, permitida era a condenação, pois o próprio acusado reconhecia a prática da infração imputada. Todavia, nos tempos atuais, isso não acontece, pois, não é mais reconhecido seu caráter absoluto. Assim, não justifica seu uso indiscriminado no ANPP. Portanto, deve a confissão seguir os ditames do art. 197 do CPP, para efetivo reconhecimento no processo penal.

Por todo exposto, passemos a analisar se a confissão poderia ser dispensada pelo Acordo de Não Persecução Penal, de modo a evitar as indagações sobre a inobservância dos direitos e garantias positivadas pela Constituição Federal do país.

4.1 A CONFISSÃO COMO REQUISITO NECESSÁRIO PARA O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO E O CONSTRANGIMENTO ILEGAL

Quando a Lei confere ao Ministério a prerrogativa de analisar a viabilidade e interesse na proposta do acordo de não ação penal, bem como quando exige a confissão como requisito indispensável para a celebração do mesmo, não faculta ao investigado a possibilidade de não de fazê-lo, revelando assim, um constrangimento ilegal.

Isso se justifica quando se analisa o que vem a ser um constrangimento ilegal frente a presunção de inocência e o direito de não se autoincriminar.

O constrangimento ilegal se pauta pelo verbo constranger que significa tolher (retirar/obstar) a liberdade, ou ainda, forçar, obrigar, compelir, submeter. Assim, atinge sua finalidade quando a pessoa constrangida apresenta comportamento condizente com a vontade daquele que praticou o verbo.

O notório desrespeito aos direitos e garantias aqui amplamente estudados, que por sua vez, se vinculam à dignidade da pessoa humana e a liberdade individual, denotam que há por parte do acusador, órgão redução da capacidade deliberativa do investigado quando se exige a confissão para proposta do acordo. A saber: não fazer o que a lei permite (entende-se ficar em silêncio) ou, a fazer o que ela não manda (compreendido em produzir provas contra si), conforme elucida o art.146, do Código Penal.

Como já explanado, a Lei Maior do país permite que o investigado fique em silêncio sem que tal atitude seja interpretada em seu desfavor. Igualmente, não manda que o investigado se autoincrimine.

Pelo contrário, a Constituição Federal garante o direito de não produzir provas contra si, ou seja, faculta ao investigado a possibilidade de cooperar no processo ou, deixar a cargo do Ministério Público que o faça, sem que qualquer das escolhas acarrete prejuízos à sua defesa.

A crítica paira quando o constrangimento ilegal para realização do acordo é declarado inexistente. O que por sua vez, pressupõe o reconhecimento de um “constrangimento legal”.

A inversão da terminologia enfatiza a defesa da constitucionalidade do requisito para aqueles que assim consideram. Portanto, para estes, sendo a confissão requisito indispensável, o constrangimento ilegal dá lugar ao necessário constrangimento legal para viabilidade do acordo.

Esse “constrangimento legal” visto sob o enfoque de que o acordo é um negócio bilateral de vontades, cuja celebração exige a concessão recíproca de direitos e deveres entre o investigado e o órgão ministerial, o investigado estaria apenas dispondo do seu direito ao silêncio, sem insurgir em qualquer constrangimento ilegal com confissão “voluntária”.

Enquanto o MP, deixaria de propor a ação penal e concederia benefícios ao investigado ao invés do cárcere. Ou seja, concessões necessárias que justificariam para aqueles que entendem pelo constrangimento, que embora este exista, não seria ilegal, mas sim legal. Isto, em razão do que preconiza o artigo 5º, inciso II do Constituição Federal frente a Lei 13.964/19.

Apesar da justificativa acima que pressupõe o reconhecimento de Lei para fundamentar a constitucionalidade da confissão, se analisarmos por outro ângulo, a notícia da discricionariedade de que ninguém é obrigado a fazer algo contra a sua vontade, senão em virtude de lei, não é apresentada ao investigado quando este manifesta interesse pelo acordo.

Pois, a confissão não é exatamente voluntária. Interpreta-se pelo reconhecimento da ilicitude da prova, visto que produzida em desapego aos direitos e garantias fundamentais.

Para, Nucci, na seara processual afirma que a confissão ocorrida na forma do artigo 28-A do CPP seria inconstitucional. Para o autor:

Confissão formal e circunstanciada: demanda o dispositivo uma condição 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 da culpa. Logo a confissão somente terá gerado danos ao confitente. (NUCCI, 2020, p. 222-223).

Desta forma, entende-se pela presença do constrangimento ilegal sofrido pelo investigado quando a Lei 13.964/19 requisita a confissão dentro do acordo despenalizador e conclui pela culpa sem o contraditório e ampla defesa. Ainda, concebe-se pelo constrangimento ilegal, quando do descumprimento do acordo há permissão para uso da confissão para fins de prova na ação penal.

4.2 A CONFISSÃO EM EVENTUAL AÇÃO PENAL

Já foi demonstrado aqui, que se cumprido o Acordo de Não Persecução Penal, este será arquivado. Assim, a confissão prestada atingirá a finalidade defendida pelo acordo. A confusão se estabelece quando o acordo é descumprido e, a ação penal, é instaurada para apuração dos fatos com a realização de todos os procedimentos processuais previstos.

Assim, a grande crítica do presente trabalho, vincula-se à seguinte pergunta: a confissão realizada para celebração do Acordo de Não Persecução Penal, pode ser usada como meio de prova em eventual ação penal?

A luz do exposto pelo artigo 155 do Código de Processo Penal, têm-se a interpretação de que, via de regra, o juiz não deve fundamentar sua decisão com base exclusiva nos elementos de provas colhidos pré-processualmente. Assim, segundo este dispositivo legal, o juiz deve pautar sua decisão sob o enfoque da prova produzida pela oportunidade do contraditório e da ampla defesa.

Como estamos falando de um acordo que evita a ação penal, não há contraditório nesta fase, destarte, entende-se que, a confissão não deve ser utilizada como elemento de prova em uma ação penal, caso descumprido o acordo.

Para começar análise da conclusiva, seguindo a interpretação dos artigos 155 e 197 do Código de Processo Penal, a confissão prestada no bojo do acordo despenalizador, por ter sido prestada em fase pré-processual, não segue obediência

ao disposto nos supramencionados artigos, portanto, não pode ser usada para fins probatórios.

A reserva legal de contraditório e ampla defesa, denota segurança jurídica ao então, acusado. Nesse sentido, não se pode permitir que uma confissão completamente maculada instrua uma ação penal, que pode ensejar em prejuízo ao acusado.

Nesse sentido, Pacelli, citado por Aline Correa Lovatto e Daniel Correa Lovatto (2020, p. 72), informa que: “A confissão, sobretudo, não terá valor algum quando prestada unicamente na fase de inquérito (ou administrativa), se não confirmada perante o juiz”. E, mesmo quando prestada em juízo, deverá ser também contextualizada junto aos demais elementos probatórios, quando houver, diante do risco, sempre presente, sobretudo nos crimes societários, de autoacusação falsa, para proteger o verdadeiro autor. As razões são várias, da motivação afetiva ou afetuosa, àquela movida por interesses econômicos.

Além disso, como já resolvido, o presente trabalho segue entendimento de que a confissão exigida para proposta do acordo, viola dispositivos constitucionais. Pois, não há voluntariedade do investigado ao prestá-la, mas sim, uma imposição por parte do órgão competente em propor o negócio jurídico.

Se é inaceitável sua obrigatoriedade para realização do acordo, tampouco se acharia justificado, que a confissão colhida para realização daquele, permeasse uma ação penal.

A confissão do investigado deve ser firmada junto ao Ministério Público, pois é o legitimado para o acordo e ao juiz compete a prerrogativa de formalizá-lo. Além do mais, compete ao juiz na homologação do Acordo de Não Persecução Penal, apenas o exame da voluntariedade, legalidade e adequação da medida, não devendo, portanto, proceder a análise de mérito do acordo, conforme determina o §4º e § 5º do art. 28-A do Código de Processo Penal.

Destarte, neste momento, não lhe compete valorar a confissão, mas tão somente, homologar um ato declaratório de vontades. Logo, tal atribuição também presta a justificar o uso inapropriado da confissão em eventual ação penal.

Portanto, é absolutamente inadmissível reconhecer a confissão não espontânea colhida dentro do acordo como prova hábil a lastrear uma ação penal,

pois não constitui validade. Por assim ser, não permite seu uso para formar o convencimento do magistrado na persecução penal.

Aliás, por falar em magistrado, espera-se que o juiz que teve contato com a confissão do investigado quando da realização do ANPP, não venha ser o mesmo a instruir a ação penal gerada pelo descumprimento daquele, pois, se coincidirem, sua decisão desvirtuaria o princípio do livre convencimento, ante o fato de a prova não ter sido efetivamente produzida nos autos, bem como, o princípio da imparcialidade, pelo conhecimento prévio da assunção de culpa por parte do ora acusado.

Pelos motivos evidenciados, a confissão deve ser prova alheia aos autos da ação penal e considerada inutilizada no bojo de uma ação penal, ou seja, não deve ser considerada como prova do fato denunciado.

Quando da realização do acordo, o investigado, detentor do direito ao silêncio e da presunção de inocência, teve que renunciá-los para realização do ato. Seria completamente imperdoável aquiescer que a mesma confissão realizada em desacordo legal suprima mais uma vez, agora diante de uma ação penal, os direitos e garantias do acusado.

Devemos lembrar, que embora o investigado tenha confessado a prática delitiva imputada para celebrar o acordo, este não terá a obrigação de repetir o feito em eventual instrução processual. Isto porque, o direito ao silêncio vige nesta oportunidade, bem como a presunção de inocência.

O §10 do art. 28-A, do CPP, estabelece que: “descumpridas quaisquer das condições estipuladas no Acordo de Não Persecução Penal, o Ministério Público deverá comunicar ao juízo, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia”.

A referida redação não estabelece a possibilidade do uso da confissão para fins de “suporte probatório”, como assevera o Ministério Público de São Paulo quando afirma que “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) – Enunciado nº 24 do CAOCRIM”.

Este também é o entendimento firmado pelo Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPGE) e o Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM), no Enunciado nº 27, emitido a título de interpretação da Lei 13.964/19 (BRASIL, 2019).

Todavia, quanto ao descumprimento do ANPP, há menção no art. 28-A, §11, tão somente da limitação para concessão de outro benefício despenalizador, não permite que a confissão seja usada na peça acusatória que desencadeará a ação penal. Vejamos: “o descumprimento do Acordo de Não Persecução Penal pelo investigado também poderá ser utilizado pelo Ministério Público como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo”.

Nesse sentido, não há previsão legal capaz de pressupor que o entendimento dos referidos Enunciados sejam utilizados no curso processual. Como o descumprimento do acordo não enseja automática imputação de culpa por parte do acusado, há para tanto, a necessidade de afastar a garantia de não culpabilidade do acusado através do devido processo legal assegurado pela Lei Maior e, conseqüentemente, aguardar a consolidação do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Não busca com isso, desmerecer o Acordo de Não Persecução Penal, apenas ressaltar que para válida exigência da confissão, esta deveria atender aos ditames constitucionais e vir acompanhada de ponderações sobre eventual ação penal por descumprimento. Quando não, retirada do rol de requisitos.

Assim, conclui-se que a confissão do investigado para celebração do acordo de não processo, não deve vir acompanhada de uma autodenúncia no caso de seu descumprimento. Caso isso aconteça, entende-se pela violação dos direitos e garantias constitucionais do acusado pela incorreta produção e utilização de provas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Regressando na análise do tema é possível concluir que o Acordo de Não Persecução Penal, apesar da frustrada tentativa de regulamentação pela Resolução 181/17 do CNMP, pôde ingressar no ordenamento jurídico como um mecanismo extremamente inovador e útil para direito processual penal, quando alterado pelo Resolução 183/18 do CNMP.

Ao analisar o referido acordo que se encontra previsto no artigo 28-A, do Código de Processo Penal na Lei 13.964/19, têm-se que este se mostra como instrumento hábil ao Ministério Público e ao investigado quando se fala em resolução de conflitos, bem como, renova e fortalece a justiça penal negociada do país. Assim, o desenvolvimento do presente estudo possibilitou uma análise pormenorizada da

adoção deste acordo como um método consensual para resolução de conflitos penais e a (in) constitucionalidade do requisito da confissão trazido pelo *caput* do supramencionado artigo.

Dada a importância do assunto, lastreamos os requisitos do acordo, as infrações que comporta, a formalização, momento de proposta, a inviabilidade de seu cabimento e as consequências de descumprimento.

Diante destas análises, com o estudo é possível verificar que a abrangência das infrações que o acordo comporta, permite um respiro aliviado do sistema carcerário, assim como, do Judiciário, visto que, as infrações serão efetivamente “penalizadas” com medidas diversas da pena privativa de liberdade e inexistirá ação penal, evitando demandas morosas.

Ao longo do trabalho, apura-se que, por vezes, o acordo despenalizador é comparado aos institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo. Isto porque, estes institutos carregam o mesmo objetivo do ANPP, qual seja: evitar a ação penal.

Ao pontuar as diferenças de tais institutos, é possível ratificar que, diferentemente do que acontece no ANPP, para proposta de transação penal, bem como para a suspensão condicional do processo, o infrator não precisa assumir culpa. Além desta diferença, há discrepâncias relacionadas às infrações e penas que cada um atende, aos requisitos e às medidas despenalizadoras a que se submetem os infratores.

Além de compartilharem do mesmo objetivo, os três institutos negociais, convergem no propósito de promoverem celeridade, economia e efetividade processual.

Por falar em celeridade, economia e efetividade processual, foram estabelecidos os pontos positivos e negativos destes princípios frente ao ANPP. A análise também foi estendida aos princípios da obrigatoriedade penal, contraditório e ampla defesa.

Pela necessidade de o investigado assumir culpa, é que foram examinados os pontos controversos e respondidos os questionamentos quanto à aplicação prática do acordo. Neste diapasão, mergulha-se nas diferenças entre direitos e garantias fundamentais para analisar o motivo pelo qual a Lei 13.964/19 exige a confissão como requisito, diante da previsibilidade constitucional do direito ao silêncio e de sua

correlação com a presunção de não culpabilidade e o direito de não produzir provas contra si.

Apesar das controvérsias doutrinárias, é possível verificar que, sendo o direito ao silêncio uma garantia constitucional, não há espaço para sua relativização. Ao investigado deve ser conferida faculdade de produzir provas contra si e não a obrigatoriedade de fazê-lo, como ocorre no ANPP.

Para responder a crítica da inconstitucionalidade do requisito da confissão dentro do acordo de não ação penal, foram demonstrados os pontos de vista tanto dos defensores, quanto dos titulares da proposta de acordo.

Apesar da contradição levantada quanto a (in) constitucionalidade da confissão, é possível confirmar que a ausência do contraditório na realização do acordo, acaba por ferir não só disposto constitucional, mas também a lei processual penal. Isto, pela inexistência de confronto da confissão com outras provas.

Somando-se a discrepância das opiniões doutrinárias, argumentou-se ainda, que a (in) existência de violação constitucional, está intimamente ligada ao momento processual que o acordo é celebrado, bem como, a ausência de contraditório na realização do acordo, não permite que a confissão seja usada como prova hábil a descaracterizar a presunção de inocência do investigado.

Pela incompatibilidade do Acordo de Não Persecução Penal com a Constituição Federal ante a relativização de preceitos constitucionais fundamentais, é que esta monografia, buscou entender os motivos pelos quais o requisito que pauta o estudo foi mantido na Lei que o regulou e, teve através de sua aplicabilidade, assegurada validade constitucional, inexistência de constrangimento ilegal e, por fim, caracterizada a voluntariedade da confissão para sua celebração.

Os objetivos deste trabalho foram cumpridos quando do exame da aplicação prática da confissão face eventual ação penal, onde constata que: o descumprimento do acordo não deve ser usado para acompanhar peça acusatória ou mesmo compor o rol de provas dentro do processo.

Se para a realização do acordo que é feito na fase pré-processual perfaz convencimento de que há violação constitucional, não seria diferente concluir pela ilegalidade do uso da confissão na persecução penal.

Possibilitar ao investigado a realização do acordo em detrimento de seus direitos, bem como, face ao seu descumprimento, fazer uso de uma prova maculada

para fundamentar de pronto uma ação penal sem reserva de contraditório ou ampla defesa, constitui por óbvio, desrespeito aos direitos e garantias constitucionais do indivíduo.

Ao tecer o texto através da análise dos requisitos do acordo, da comparação com os institutos da justiça negociada que com ele se assemelham, da pesquisa ainda que ilustrativa sobre os direitos e garantias fundamentais e dos apontamentos doutrinários sobre a (in) constitucionalidade do requisito, permite cerrar entendimento no sentido de que há uma guerra de versões sobre o Acordo de Não Persecução Penal frente ao paradigma da confissão e do direito ao silêncio.

Todavia, conclui-se pela clara inconstitucionalidade do requisito principalmente quando se permite que a prova obtida dentro do acordo - frisa-se ilegal - constitua elemento de prova em uma ação penal.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Brasil, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 15 mai. 2023.

BRASIL. **Juizados Especiais Cíveis e Criminais**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm. Acesso em: 15 mai. 2023.

BRASIL. **Aperfeiçoa A Legislação Penal e Processual Penal**.: Lei Anticrime. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 15 mai. 2023.

BRASIL. **Código Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 15 mai. 2023.

BRASIL. **Resolução N° 171/17**: Institui a Política Nacional de Tecnologia da Informação do Ministério Público. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-171.pdf>. Acesso em: 15 mai. 2023.

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: 15 mai. 2023.

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

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **O acordo de não-persecução penal criado pela nova Resolução do CNMP**. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-set-18/rodrigo-cabral-acordo-nao-persecucao-penal-criado-cnmp>. Acesso em: 15 mai. 2023.

CARDOSO, Arthur Martins Andrade. **Da confissão no Acordo de Não Persecução Penal**. 2020. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/depeso/334134/da-confissao-no-acordo-de-nao-persecucao-penal>. Acesso em: 15 mai. 2023.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**. 2020. Disponível em: http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaITvJustica/portaITvJusticaNoticia/anexo/Joa_o_Trindade__Teoria_Geral_dos_direitos_fundamentais.pdf. Acesso em: 15 mai. 2023.

CUNHA, Rogério Sanches – **Lei 13.964/19: Comentário às alterações no CP, CPP e LEP/ Salvador: Editora JusPodivm, 2020, 1ª ed. 2ª tir.: jan/2020.**

ESTEVES, Cláudio Rubino Zuan. **LEI ANTICRIME: apontamentos iniciais sobre a lei nº 13.964/2019**. Apontamentos iniciais sobre a Lei nº 13.964/2019. 2020. Disponível em: https://criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/Estudo_-_Lei_Anticrime_-_Apontamentos_CAOPCrim-MPPR.pdf. Acesso em: 15 mai. 2023.

FARACO NETO, Pedro; LOPES, Vinicius Basso. **Acordo de não persecução penal: a retroatividade da lei penal mista e a possibilidade dos acordos após a instrução processual**. 2020. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/edicoes/51/448>. Acesso em: 15 mai. 2023.

GARCIA, Emerson. **O acordo de não-persecução penal passível de ser celebrado pelo Ministério Público: breves reflexões**. 2020. Disponível em: <https://www.conamp.org.br/pt/item/1772-o-acordo-de-nao-persecucao-penal-passivel-de-ser-celebrado-pelo-ministerio-publico-breves-reflexoes.html>. Acesso em: 15 mai. 2023.

LAI, Sauvei. **Primeiras impressões sobre o Acordo de Não Persecução Penal**. 2020. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/depeso/320078/primeiras-impressoes-sobre-o-acordo-de-nao-persecucao-penal>. Acesso em: 15 mai. 2023.

LENIESKY, Fabiano. **Acordo de não persecução penal: a (in)constitucionalidade do requisito da confissão**. 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/80929/acordo-de-nao-persecucao-penal-a-in-constitucionalidade-do-requisito-da-confissao>. Acesso em: 15 mai. 2023.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.
Metzker, David. **Lei Anticrime (Lei 13.964/2019): Comentários às modificações no CP, CPP, LEP, Lei de Drogas e Estatuto do Desarmamento / David Metzker.** – Timburi, SP: Editora Cia do eBook, 2020.

MILITARES. 2020. Disponível em: observatoriodajusticamilitar.info/single-post/2020/04/26/A-inovação-do-acordo-de-não-persecução-penal-e-sua-incidência-aos-crimes-militares. Acesso em: 15 mai. 2023.

NUCCI, Guilherme de Souza - Princípios constitucionais penais e processuais penais / Guilherme de Souza Nucci. – 4. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015.

QUEIJO, Maria Elisabeth 2. Ed.– São Paulo: Saraiva, 2012. **O direito de não produzir provas contra si mesmo:** o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal.

PEREIRA, Suelen Paschoa. **Acordo de não persecução penal: fazer ou não fazer?** 2020. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/acordo-de-nao-persecucao-penal-fazer-ou-nao-fazer/>. Acesso em: 15 mai. 2023.

SILVA, Igor Luis Pereira e Princípios penais/ Igor Luis Pereira e Silva. 2. ed. rev., ampl., atual.– Belo Horizonte : Fórum, 2020.

VECHI, Aylton Flávio. **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS:** manual de atuação e orientação funcional: Acordo de Não Persecução Penal (ANPP). MANUAL DE ATUAÇÃO E ORIENTAÇÃO FUNCIONAL – ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL (ANPP). 2020. Disponível em: http://www.mpggo.mp.br/portal/arquivos/2020/02/14/18_08_30_417_Manual_Acordo_de_N%C3%A3o_Persecu%C3%A7%C3%A3o_Penal.pdf. Acesso em: 15 mai. 2023.