

## **IMPACTOS DO PACOTE ANTICRIME (LEI 13.946/19) NO DIREITO PENAL: UMA ANÁLISE ACERCA DA CONSTITUCIONALIDADE DA CONFISSÃO NO ANPP EM RELAÇÃO AO PRINCÍPIO DE NÃO-AUTOINCRIMINAÇÃO**

**Rodolfo Valentino Gomes de Sousa**

Discente de Direito.

Faculdade Praia Grande (FPG). Praia Grande, São Paulo, Brasil.

**Pedro Lazarini Neto**

Mestre em Direito das Relações Sociais.

Faculdade Praia Grande (FPG). Praia Grande, São Paulo, Brasil.

### **RESUMO**

O presente artigo tem por objetivo analisar a constitucionalidade da exigência da confissão como pressuposto para propositura do acordo de não persecução penal à luz do princípio da não-autoincriminação. A partir de uma abordagem documental, bibliográfica e mediante o método indutivo de pesquisa, foram analisados os diferentes posicionamentos existentes quanto ao tema, a fim de avaliar se estão sendo asseguradas as garantias constitucionais dos cidadãos brasileiros quando da propositura do acordo de não persecução penal. Assim, a pesquisa resultou na inconstitucionalidade de tal requisito, eis que ele se demonstra mais como um instrumento de pressão psicológica ao investigado do que como um benefício, vez que o suspeito tem que escolher entre dois caminhos que lhe são danosos, quais sejam, o oferecimento de denúncia em seu desfavor ou a celebração de um acordo cujo seu descumprimento acarreta na instauração de um processo criminal para apurar a prática de um crime que ele já confessou a sua prática na fase pré-processual. Portanto, conclui-se que é necessário modificar a forma de pensamento vigente no processo penal brasileiro, ante os resquícios da mentalidade inquisitória, vez que ainda são elaboradas leis que valorizam a confissão e permitem a gestão das provas na mão das partes, em contrassenso às garantias constitucionais da não-autoincriminação e ao processo democrático de direito.

**Palavras-chave:** ANPP. Confissão. Constitucionalidade.

### **ABSTRACT**

This article aims to analyze the constitutionality of the confession requirement as a presupposition for proposing the non-prosecution agreement in the light of the principle of non-self-incrimination. From a documentary, bibliographic approach and through the inductive method of research, the different existing positions on the subject were analyzed in order to assess whether the constitutional guarantees of Brazilian citizens are being ensured when proposing the non-prosecution criminal agreement. Thus, the research resulted in the unconstitutionality of such requirement, behold, it is demonstrated more as an instrument of psychological pressure to the investigated than as a benefit, since the suspect has to choose between two paths that are harmful to him, namely, the offering a complaint against him or the conclusion of an agreement whose non-compliance leads to the initiation of a criminal proceeding to investigate. Therefore, it is concluded that it is necessary to modify the current way of thinking in the Brazilian criminal process, in view of the remnants of the inquisitorial mentality, since laws that value the confession and allow the management of evidence in the hands of the parties, contrary to the constitutional guarantees of non-self-incrimination and the democratic process of law.

**Keywords:** ANPP. Confession. Constitutionality.

## INTRODUÇÃO

Em virtude de buscar celeridade processual na esfera criminal nos casos com menos gravidade, o Conselho Nacional de Ministério Público criou a resolução 181/17, com base nessa resolução foi criado o Acordo de Não Persecução Penal (ANPP). A Lei 13.694 de dezembro de 2019 introduziu ao Código de Processo Penal (CPP), o art. 28-A um novo instituto para solução consensual e negocial, a lei, no entanto não trouxe grandes novidades, pois o mecanismo já havia sido anteriormente instaurado pela resolução anteriormente citada.

Apesar de a polêmica quanto à constitucionalidade do acordo ter sido dirimida, diversas outras reflexões surgiram ou permaneceram no tocante aos aspectos do ANPP, sobretudo acerca da aplicação do instituto na prática forense, as quais serão o ponto principal desta pesquisa.

No entanto, um ponto polêmico em relação ao ANPP, é quanto a obrigatoriedade de confissão, já que para que o acusado seja beneficiado é necessário que o mesmo confesse formal e circunstancialmente que praticou o crime. Muito se discute quanto à constitucionalidade da confissão do delito já que ninguém deve ser obrigado a admitir-se culpado em juízo ou se autoincriminar (Art. 5º, inciso LXXII, CF/88). Neste sentido, o trabalho possuirá como problemática central: A confissão do ANPP é constitucional?

A escolha do tema foi devido a identificação do autor com a área de Direito Penal, deste modo, dentre a análise de temas para elaboração deste trabalho o pacote anticrime foi o que mais despertou interesse, por ser uma lei recente, que é bastante criticada pela doutrina em vários aspectos. Por outro lado, pretende-se realizar este estudo para engrandecimento profissional do autor, que visa atuar na área de Direito de Penal.

Este trabalho contribui para a Ciência porque explora de maneira crítica-reflexiva pontos trazidos por doutrinadores renomados sobre o Pacote Anticrime, sendo esta análise necessária para que questões inconstitucionais e ineficazes em relação à lei possam ser alteradas, para que ela possa amparar de maneira adequada a sociedade. Este trabalho possui como objetivo analisar a efetividade do acordo de não persecução penal inserido pela Lei n. 13.964/19, “Pacote Anticrime”.

Neste sentido, o presente trabalho possui como objetivo geral analisar a constitucionalidade da confissão no ANPP e como objetivos específicos analisar os principais elementos do ANPP, estudar a justiça consensual e, por fim, analisar a constitucionalidade da confissão do agente acusado no ANPP.

Para a elaboração do trabalho será utilizada a metodologia de revisão de literatura qualidade, através de doutrinas, artigos científicos e legislações que abordem o tema ora estudado. As doutrinas e artigos científicos serão selecionadas no período de publicação de até 10 anos.

### *Acordo de Não persecução Penal*

Com a entrada em vigor do pacote anticrime introduzido pela Lei 13.964/2019, diferentes reformas foram implementadas no sistema de justiça criminal brasileiro. As mudanças foram significativas tanto no direito penal quanto no direito processual penal. O Acordo de Persecução Não Criminal (ANPP) foi uma das inovações decorrentes da referida lei. Para uma melhor compreensão, é necessário entender alguns conceitos que são definidos a seguir.

O ANPP estava previsto originalmente na Resolução 181 do Conselho Nacional do Ministério Público, publicada em 7 de agosto de 2017, mas a referida Resolução foi objeto de denúncias diretas de inconstitucionalidade propostas pelo Conselho Federal da OAB e pelo Associação dos Magistrados Brasileiros, devido às discussões sobre a legitimidade do CNMP para regular essa questão.

Assim, a Lei 13.964/19, também conhecida como Pacote Anticrime, encerrou as discussões existentes sobre a Resolução 181, e legalmente estabeleceu em nosso ordenamento jurídico brasileiro o acordo de não persecução penal, que é uma das principais ferramentas de negociação criminal existentes no país.

Diante do exposto, expõe Lopes Junior (2020) que o ANPP adentrou através do Pacote Anticrime o sistema processual, sendo que esta entrada pelo canal legislativo é a forma apropriada para tal. Apresentando-se como uma poderosa ferramenta de julgamento criminal, uma vez que seus requisitos ditam o escopo do art. inúmeros crimes, abrangendo de acordo com Cunha et al. (2020) mais de 70% (60 vezes %) dos tipos de crimes previstos no ordenamento jurídico brasileiro.

O ANPP é definido como o acordo que pode ser feito entre o Ministério Público e a parte investigada antes que seja realizado o início da acusação. Desta forma, trata-se de uma instituição de pré-julgamento que, uma vez proposta, aceita e aprovada pelo juiz, impede a acusação e, se cumprida integralmente, resulta na extinção da punibilidade.

Este instrumento previsto no artigo 28-A do Código de Processo Penal, o qual expõe que caso o processo não constitua um arquivamento, tendo o agente investigado confessado de maneira formal e, por fim, que a prática de infração penal tenha sido perpetrada com ausência de violência ou grave ameaça, possuindo pena mínima inferior a quatro anos, o Ministério Público poderá realizar a proposição do ANPP, desde que este seja necessário e também suficiente para realizar a reprovação e a prevenção do crime.

Em relação à natureza jurídica, trata-se de instrumento jurídico extrajudicial que estabelece a política criminal do titular da denúncia criminal pública, devendo a homologação caracterizar-se com natureza meramente declaratória. Neste contexto, a celebração e também o cumprimento do ANPP não consta certidão de antecedentes, não podendo o executado em caso de descumprimento do acordo.

Complementa Barros, Romaniuc (2019), que o ANPP apresenta-se como ajuste obrigacional que ocorrerá entre o órgão que realiza a acusação e o investigado (com a assistência de um advogado), devidamente aprovado pelo juiz, no qual o investigado assume a responsabilidade e concorda em cumprir o desde o início com condições menos rigorosas que os da sanção penal aplicável ao facto alegado.

O ANPP tem, portanto, a natureza jurídica de negócio jurídico, baseado na justiça consensual e no sistema de acusação, estando ancorado na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 129, I. Ressalta-se ainda que este instrumento apresenta-se como uma mitigação do princípio da obrigatoriedade da persecução penal.

De acordo com Código de Processo Penal, o Ministério Público é o órgão legítimo para celebrar o acordo com a pessoa a ser investigada, que deve estar assistida por um advogado de defesa. Uma vez ajustado o acordo, ele é submetido à homologação judicial, que funciona como controle judicial.

### *Requisitos do ANPP*

A celebração do acordo de não persecução penal depende da presença cumulativa de requisitos que estão previstos no art. 28-A, caput, do CPP, sendo estes: não caracterizar como um caso de arquivamento da investigação criminal; deve-se existir a confissão formal e circunstanciada do agente investigado; a infração cometida deve ter sido praticada com ausência de violência ou grave ameaça; a pena mínima para o crime do tipo deverá ser inferior a quatro anos; e, por fim, deverá o Acordo ser necessário e suficiente para que se exista a reprovação e também prevenção do delito, elementos estes que serão analisados nesta seção.

Em relação ao primeiro requisito que dispõe a necessidade de uma confissão que seja formal e circunstanciada do fato, é importante compreender o que é confissão. A confissão caracteriza-se como a admissão de acusações criminais pelo suposto autor.

Outro requisito importante é o da infração penal ter sido praticada sem a existência de violência ou de grave ameaça. O CPP não especifica a quem se destinava essa violência ou grave ameaça, apesar da omissão do legislador, entende-se que a norma pretendia proibir a ANPP quando a violência ou grave ameaça é dirigida intencionalmente à pessoa. Em face do exposto, não é vedada a aplicação da ANPP quando a violência ou grave ameaça for dirigida contra a coisa (bens) ou tratando-se de infração que envolva violência.

Em relação à infração penal necessitar possuir pena mínima inferior a quatro anos, é importante ressaltar que o art. 28, § 1º, do CPP, dispõe: “para aferição da pena mínima cominada ao delito a que se refere o caput deste artigo, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto” (BRASIL, 1941).

Cerca da necessidade do ANPP apresentar-se como necessário e suficiente para que haja a reprovação e prevenção do delito, este requisito irá realizar uma análise acerca das condições pessoais do agente que está sendo investigado. Embora seja abordada a questão de uma cláusula aberta e que também é ajustável a cada caso, de acordo com Cabral (2020) esta avaliação não deverá possuir cunho

subjetivista, devendo ainda ser fundamentada em elementos concretos do caso, buscando-se, com isso, se afastar a possibilidade de arbitrariedade.

#### *Da suspensão condicional do processo*

A suspensão condicional do processo, inserida no ordenamento jurídico Brasileiro pela Lei nº 9.099/95 (BRASIL, 1995), e trata-se de instituto despenalizador, ou seja, visa solucionar o conflito na área penal de forma consensual. Segundo Lopes (2011) a suspensão condicional do processo ou sursis processual possui caráter híbrido, pois, ainda que seja avaliado de caráter altamente processual possui em sua origem um aspecto penal, a suspensão condicional pode suprimir a punição.

Ressalte-se que o autor do fato não discute a existência de crime e sua autoria, o ponto é que não há reconhecimento de culpa quando da aceitação da proposta da suspensão condicional do processo, uma vez que não adentra no mérito. Pode ser explicada a natureza jurídica da suspensão condicional do processo em suma, é “*nolo contendere*”, uma vez que o acusado não reconhece a culpa bem como não contesta a acusação, sendo a suspensão em comum acordo entre o ministério público e o acusado, não havendo discussão do mérito (NUCCI, 2012 p. 121).

A suspensão condicional do processo é tratada como um regime de política criminal, que disponibiliza benefícios ao acusado, favorecendo a suspensão do curso do processo, após receber a denúncia, desde que o crime imputado ao réu não tenha pena mínima superior a um ano, intermediando a execução das condições legais, com a intenção de compreender a anulação da punição, sem necessidade de julgar. Sendo também chamado de sursis processual.

No que se refere à suspensão condicional do processo, o Ministério Público quando oferta indícios de acusações, demonstrando que o autor do fato preenche os requisitos disponibilizados do benefício, recomendará a suspensão do processo por dois a quatro anos. Logo, uma vez que o benefício é concedido impede o jus puniendi estatal.

#### *Resolução 181/17*



Destaca-se que o CNMP, por meio da Resolução nº 181/17, trouxe a possibilidade de o Órgão Ministerial formalizar um acordo com o acusado, desde que este confessasse formal e circunstanciadamente o crime. Entretanto, muitas críticas foram feitas acerca dessa resolução, pois se discutia a legitimidade do Ministério Público em regulamentar a matéria, eis que tal órgão não possui poder para legislar (ZIESEMER; SILVA JUNIOR, 2018). Contudo, com a introdução do Acordo de Não Persecução Penal no CPP, encerraram-se as discussões sobre a inconstitucionalidade do instituto sob esse viés.

Insta ressaltar que o acordo previsto no CPP não possui a mesma redação daquela prevista no artigo 18 da Resolução nº 181/17 do CNMP. Não foram muitas as alterações realizadas, mas cabe ponderar as principais mudanças. Inicialmente, as condições previstas em ambas as regulações são basicamente as mesmas, entretanto, aquelas previstas na resolução do CNMP poderiam ser adotadas de forma cumulativa ou alternativa, enquanto no CPP algumas condições são, necessariamente, cumulativas e, outras, alternativas. Contudo, essa questão tem gerado muita discussão na doutrina, o que será debatido mais adiante.

Outro ponto relevante e que foi objeto de mudança diz respeito à autoridade competente para definir o local a ser cumprida a prestação de serviço e a entidade a ser beneficiária da prestação pecuniária. Na Resolução do CNMP, tal prerrogativa estava vinculada ao Ministério Público, conforme expressamente mencionado no artigo 18, inciso III; já o CPP, em seu artigo 28-A, inciso III, traz que compete ao juízo da execução definir tais questões.

Outra diferença está vinculada ao prazo da condição diversa a ser indicada pelo Ministério Público. A Resolução do CNMP não fazia nenhuma menção quanto ao prazo, enquanto no CPP foi regulado que tal condição deve ter prazo determinado, conforme previsto no artigo 28-A, inciso V. Acerca das hipóteses de não cabimento do acordo, na Resolução do CNMP não era possível à celebração do acordo para as situações em que o dano causado ultrapassasse a vinte salários-mínimos, conforme artigo 18, §1º, II. Por sua vez, o CPP não faz tal limitação.

Em algumas questões o CPP adotou critérios específicos, como é o caso do inciso II, §2º, artigo 28-A, delimitando a análise da conduta criminal habitual, reiterada ou profissional do investigado, e em outras questões incluiu

expressamente alguns requisitos, como o caso de o agente não ter sido beneficiado nos últimos cinco anos com o ANPP, transação penal ou suspensão condicional do processo. Na Resolução nº 181/17 do CNMP, o beneficiado também ficava adstrito ao prazo de cinco anos, entretanto, seu fundamento legal fazia remissão ao artigo 76, §2º, da Lei nº 9.099/95, cabendo também ao ANPP as demais circunstâncias que limitavam o oferecimento da transação penal.

Ademais, outra modificação diz respeito ao prazo prescricional, vez que na resolução do CNMP não se admitia a proposta de acordo quando o aguardo para cumprimento do pactuado pudesse acarretar a prescrição da pretensão punitiva estatal, conforme previsto no artigo 18, §1º, inciso IV. Já com a introdução da Lei nº 13.964/19, foi incluído o inciso IV no artigo 116 do Código Penal, a fim de regular que a prescrição não corre enquanto não cumprido ou rescindido o Acordo de Não Persecução Penal.

A Resolução nº 181/17 do CNMP, em seu §4º do artigo em comento traz que a vítima precisava ser informada acerca da realização do acordo. Enquanto isso, o CPP, em seu §9º do artigo 28-A manteve essa regulação e incluiu a necessidade da vítima ser informada acerca de eventual descumprimento (ZIESEMER; SILVA JUNIOR, 2018).

Para a homologação do acordo, o CPP, em seu artigo 28-A, §§4º e 5º, trouxe a necessidade da designação de audiência, a fim de se verificar a voluntariedade e legalidade do acordo, sendo que caso o juiz entenda ser insuficientes ou abusivas as condições, caberá à devolução dos autos ao Ministério Público. A Resolução nº 181, do CNMP nada falou sobre a realização de audiência para homologação do termo.

Ainda, a referida Resolução trazia a possibilidade de o acordo ser celebrado no ato da audiência de custódia (art. 18, §7º); a esse respeito, o CPP nada dispôs. Outro ponto tratado pela Resolução e omissos pelo CPP é sobre o dever de o investigado comunicar ao Ministério Público eventual mudança de endereço, número de telefone ou e-mail, e comprovar, mensalmente, o cumprimento das condições, conforme disposto no artigo 18, §8º, da Resolução nº 181/17 (ZIESEMER; SILVA JUNIOR, 2018).



Já os §§ 6º, 7º e 8º do artigo 28-A, do CPP não constavam na Resolução e dizem respeito, respectivamente, à homologação judicial do acordo e competência do juízo da execução para a sua fiscalização; recusa da homologação do acordo pelo magistrado, por não atender aos requisitos legais; e a devolução dos autos ao Ministério Público para eventuais investigações complementares ou oferecimento da denúncia, caso o acordo não tenha sido homologado (CUNHA, 2020).

No artigo 18, §9º da Resolução, estava previsto que, descumpridas as condições do acordo, o Ministério Público deveria oferecer denúncia imediatamente. Em contrapartida, o CPP prevê em seu art. 28-A, §10, que, em caso de descumprimento, é necessário, antes de oferecer denúncia, comunicar ao juízo acerca da violação do acordo pelo investigado.

Outra diferença encontrada é que a Resolução do CNMP previa que o Acordo de Não Persecução Penal não poderia ser utilizado em caso de delitos cometidos por militares que afetassem a hierarquia e disciplina (art. 18, §12); enquanto o CPP nada previu acerca dessa questão.

Os §§ 12 e 14, do artigo 28-A são novidades introduzidas no CPP e regulam, respectivamente, que o cumprimento do acordo não constará de certidão de antecedentes criminais; e, em caso de recusa do oferecimento do acordo pelo Ministério Público, poderá ser invocado o artigo 28, do CPP, que dispõe sobre a remessa dos autos ao procurador-geral. Importante mencionar que o artigo 28 do CPP também foi alterado pelo Pacote Anticrime, entretanto, sua eficácia encontra-se suspensa, em razão de decisão cautelar proferida pelo Ministro Luiz Fux, do STF (BRASIL, 2020).

Ainda, insta ressaltar que a resolução do Ministério Público poderá ser utilizada nos pontos que não foram disciplinados pelo CPP, desde que não exista vedação ou antinomia na lei (CABRAL, 2020). Assim, verifica-se que a essência do ANPP permanece a mesma, mas há alguns detalhes previstos na Resolução nº 181/17 do CNMP que não permaneceram na redação do acordo previsto no CPP e outros foram incluídos no Código.

### *Justiça Consensual*

É cediço que o sistema judiciário brasileiro encontra-se sobrecarregado, comprometendo a efetividade da Justiça, fomentando, dessa forma, um sentimento de impunidade na sociedade. Diante desse cenário, face à necessidade de simplificar o procedimento penal e ter maior eficiência na resolução dos conflitos, foram introduzidos ao ordenamento jurídico institutos que se consubstanciaram em instrumentos da justiça consensual na esfera criminal brasileira. Dentre eles, o acordo de não persecução penal, recentemente introduzido ao Código de Processo Penal, pela Lei nº 13.964/19.

A Justiça Consensual Criminal consiste em uma forma de resolução de conflitos onde os envolvidos definem de modo conjunto, as consequências do ato criminoso praticado. Nesse passo, busca-se, através da justiça consensual, obter resultados produtivos e úteis, haja vista, que o consenso entre as partes resulta em vantagens recíprocas. Objetivando-se conquistar uma Justiça mais célere e efetiva, bem como, atender os anseios da sociedade, diversos ordenamentos jurídicos, inspirados no sistema norte-americano do *plea bargaining*, têm adotado soluções inovadoras.

Com o advento da Lei nº 9.099/95, pôde-se perceber os primeiros passos da legalização sobre justiça negociada. A Lei dos Juizados Especiais Criminais marcou o processo penal, uma vez que estabeleceu mudanças nas soluções de conflitos, adotando medidas reparadoras e despenalizadoras, as quais instituíram um novo modelo de tratamento à violência. Lopes Junior (2020, p. 1188) esclarece que:

A Lei n. 9.099/95 não inovou apenas na criação dos Juizados Especiais Criminais (JECrim). Junto com eles, outros institutos importantes foram inseridos no sistema processual penal brasileiro, como a composição dos danos civis, a transação penal e a suspensão condicional do processo.

Objetiva-se, mediante esse modelo de justiça, um acordo entre as partes, com foco na reparação voluntária dos danos sofridos pela vítima e a pacificação interpessoal e social do conflito, evitando-se, o quanto possível, a persecução penal.

#### *Justiça Negocial e a Lei 9.099/95*

A justiça negocial penal está presente no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente, por meio dos Juizados Especiais Criminais, os quais são regulados

pela Lei nº 9.099/95, em decorrência do artigo 98, inciso I, da Constituição Federal. Em que pese não exista amplo poder de negociação entre as partes, vez que ficam submetidas aos requisitos e às condições regulados pela lei, é possível visualizar a atuação do consenso entre as partes.

Com a inserção do Acordo de Não Persecução Penal no ordenamento jurídico brasileiro, (artigo 28-A do Código de Processo Penal, Pacote Anticrime, Lei 13.964/19), passou-se a ter uma melhor opção para a aplicação do cumprimento de pena, a qual vem acompanhada de algumas condições e requisitos que serão apresentados no decorrer do trabalho de curso.

A Lei n 9.099 de 1995 foi a responsável por trazer alguns institutos da chamada justiça negociadora para beneficiar o réu quando preenchidos alguns requisitos exigidos em cada um deles. A justiça negocial criminal é um método, cuja intenção é evitar o aprisionamento de quem comete infrações de menor potencial, confessa o erro e demonstra a intenção de não mais cometer crimes.

Uma das primeiras medidas da justiça negociadora brasileira foi a suspensão condicional da pena, conhecido também como sursis. Essa medida é de natureza restritiva de liberdade, repressiva e preventiva. Esse instituto não é considerado um benefício, vez que surgiu com o fim de reeducar o infrator que não é considerado um grande perigo para a sociedade, que cometeu delito de menor expressão, de forma a suspender o cumprimento da execução da pena privativa de liberdade quando de pequena duração (LOPES JUNIOR, 2020, p. 164).

Na transação penal, tem-se que é realizado um acordo entre querelante, Ministério Público e infrator, naqueles crimes cuja ação é privada. É feita uma proposta de efeito imediato de pena restritiva de direitos ou multa, dispensando-se a instauração de um processo. As condições para a viabilização desse acordo estão elencadas no artigo 76. Sendo que, a suspensão condicional do processo se insere nos delitos em que a pena seja de até um ano, não necessitando de ocorrer em competência do Juizado Especial. O membro do Ministério público poderá em sua proposta oferecer a suspensão do processo por dois a quatro anos, o denominado período de prova que deverá ser cumprido com determinadas condições.

Existe ainda a colaboração premiada, a qual ganhou um lugar especial no ordenamento jurídico brasileiro através de diversas leis espaciais. É também

pronunciada como delação premiada, cujo objetivo nasceu da ideia de combater o crime, e isso tem sido bastante eficaz. Não é difícil de compreender quando se observa o sentido das duas palavras. É uma medida que tem sido bastante presente nos tribunais, pois se trata de uma forma de defesa do réu.

### *Princípio da Não-Autoincriminação e a exigência de confissão como requisito do ANPP*

O art. 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal dispõe que: “O preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”. Tal princípio foi uma grande garantia instituída pela Constituição Federal de 1988, e ao contrário do que ainda se nota em algumas doutrinas, ele não visa um suposto direito à mentira, mas sim, à proteção contra as hostilidades e intimidações historicamente realizadas pelo Estado contra o réu (PACELLI, 2018).

O direito ao silêncio se apresenta apenas como uma das várias decorrências do *nemo tenetur se detegere*, também conhecido como não-autoincriminação, segundo o qual ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo. Além da Constituição Federal, tal princípio está previsto no art. 14.3, alínea “g”, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e no art. 8º, §2º, alínea “g”, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

O princípio da não-autoincriminação é uma garantia constitucional que foi instituída com o propósito de proteger o indivíduo contra os excessos do Estado, bem como o resguarda contra eventuais violências utilizadas para compeli-lo a cooperar na investigação e apuração dos delitos, vez que tal ônus incumbe a acusação.

Percebe-se que ao prever o direito ao silêncio, a Constituição Federal assegurou ao sujeito passivo que ele não poderá sofrer nenhum prejuízo jurídico por eventual omissão a colaborar na atividade probatória da acusação, inexistindo presunção de culpabilidade (LOPES JUNIOR, 2020).

Por fim, extrai-se que tal garantia é indispensável para fazer valer as diretrizes do sistema acusatório, eis que as funções de investigar, acusar, defender e julgar

estão devidamente separadas, não havendo que se falar em gestão da prova nas mãos das partes.

Tendo sido devidamente abordado o instituto da confissão e a garantia constitucional da não-autoincriminação, imperiosa se faz a análise do requisito da confissão formal e circunstanciada para a propositura do acordo de não persecução penal à luz do princípio do *nemo tometur se detegere*.

Lovatto e Lovatto (2020) preceitua que a exigência da confissão formal e circunstanciada, por si só, torna o acordo de não persecução penal ilegítimo, vez que para o investigado, tal requisito se transpõe mais como uma pressão psicológica do que como um benefício, já que faz com que um sujeito inocente acabe tendo que optar entre dois caminhos que lhe seriam danosos, ante o desequilíbrio relacional existente entre as partes.

Exigir de um sujeito que está em condição de vulnerabilidade na relação entre as partes, que confesse formalmente e circunstancialmente a prática de um crime, pode acarretar inúmeras falsas confissões involuntárias, vez que o investigado terá que optar entre dois caminhos que se lhe serão danosos, quais sejam, a eventual instauração de processo criminal em seu desfavor ou a imposição de condições onerosas que deverão ser cumpridas para ser extinta sua punibilidade.

Em contrapartida, Lima (2020) preceitua que a exigência da confissão formal e circunstanciada da prática do crime se trata de uma contribuição que o investigado fará a investigação criminal e em futuro processo penal, caso sejam descumpridas as condições pactuadas no acordo.

Destarte, o autor entende que desde que o investigado seja formalmente advertido de seu direito de não produzir prova contra si mesmo e não seja constrangido a celebrar o acordo, não há nenhuma incompatibilidade entre o requisito da confissão e o princípio da não-autoincriminação, vez que cabe ao próprio indivíduo decidir se tem ou não interesse na celebração do acordo.

Nucci (2020), por sua vez, leciona que a exigência da confissão formal e circunstanciada como requisito para propositura do acordo não persecução penal é inconstitucional, eis que após a confissão, se o acordo não for cumprido, o Parquet pode denunciar o investigado, valendo-se desta admissão de culpa, de modo que a confissão somente teria gerado danos ao confitente.

De fato, tem-se que a exigência da confissão como requisito a propositura do acordo de não persecução penal se demonstra inconstitucional à luz do princípio da não-autoincriminação. Data vênua aos posicionamentos diversos, entender que esse requisito seria uma “contribuição” do investigado em eventual processo criminal ou que iria contra o “direito de mentira” do acusado está em dissonância com as garantias constitucionais asseguradas aos cidadãos brasileiros, vez que como exposto no tópico anterior, o princípio da *nemo tometur se detegere* visa é exatamente à proteção contra as hostilidades e intimidações historicamente realizadas pelo Estado contra o réu, e não um suposto direito a mentira, sendo que no processo penal brasileiro compete a acusação o ônus de provar os fatos que foram imputaram ao investigado, não sendo viável exigir do réu que “contribua” com o lastro probatório de eventual persecução penal.

Ora, ao garantir ao indivíduo que ele não é obrigado a produzir prova contra si mesmo, mas ao mesmo tempo, impor que ele deve confessar formal e circunstancialmente a prática do crime para fazer jus a um benefício da justiça consensual criminal, se demonstra um contrassenso no ordenamento jurídico brasileiro. Conforme brilhantemente exposto por Lovatto e Lovatto (2020), esta exigência ao investigado se demonstra mais como uma pressão psicológica, vez que as consequências da sua não aceitação podem ser ainda mais danosas em eventual ação penal.

Portanto, constata-se que a exigência da confissão como requisito para propositura do acordo de não persecução penal está em dissonância com as garantias processuais asseguradas ao acusado pela Constituição Federal, vez que além de violar o devido processo legal e o princípio do *nemo tometur se detegere*, tal requisito se demonstra como um forte instrumento de intimidação do investigado, podendo causar inúmeras falsas confissões e excessos de acusação no processo penal brasileiro.

#### *Do descumprimento das condições do ANPP e a existência de confissão na fase pré-processual*

A questão trazida no presente trabalho se demonstra ainda mais problemática se considerarmos as consequências que a existência de uma confissão realizada



pelo investigado na fase pré-processual pode acarretar em eventual ação penal que venha a ser instaurada, caso sejam descumpridas as condições impostas quando da propositura do acordo não persecução penal.

É nesta perspectiva que, Lovatto e Lovatto (2020) preceituam que a confissão promovida para a celebração do acordo de não persecução penal não poderá ser utilizada como meio de prova em eventual processo criminal, vez que tendo o Estado tomado para si a *persecutio criminis*, é de sua responsabilidade a produção das provas, que não podem depender de ato pessoal praticado por aquele que tem o direito constitucional de não produzir prova contra si mesmo.

Cunha (2020) compreende que a confissão do acordo de não persecução penal não pode ser tida como prova processual, vez que nesta não há reconhecimento expresso da culpa pelo investigado, mas somente uma admissão implícita de culpa, cuja índole é puramente moral e não possui repercussão jurídica, já que para ser efetivamente reconhecida, a culpa demanda o devido processo legal.

Assim, constata-se para o autor, além da confissão realizada na fase pré-processual poder ser utilizada como indicativo probatório em eventual ação penal, desde que esteja acompanhada da ampla defesa e do contraditório, esta ainda poderá ser utilizada em processos de natureza distintas, o que nos leva a compreender que poderia ser utilizada, por exemplo, como título extrajudicial para propositura de eventual processo de execução na esfera cível.

Poli e Vila (2020) vão ainda mais a fundo, eis que abordam as consequências práticas que a existência da confissão pode acarretar caso não aconteça a implementação do juiz de garantias, que também foi introduzido pela Lei 13.964/19, mas atualmente, encontra-se com o dispositivo legal que o instituiu suspenso liminarmente, em razão de decisão proferida pelo Ministro Luiz Fux do Supremo Tribunal Federal.

Tal modificação legislativa visa instituir a figura de um juiz que seria responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos fundamentais do acusado, de modo que o juiz das garantias atuaria somente na fase investigativa, e após o recebimento da denúncia ou queixa, o processo seria assumido pelo juiz de instrução e julgamento.

Feitas tais considerações, a abordagem trazida por Poli e Vila (2020), é no sentido de que caso não seja implementado o juiz de garantias, o mesmo magistrado que realizar a homologação do acordo de não persecução penal será o responsável pela revogação deste, caso o investigado descumpra as condições impostas, e já terá tido, portanto, contato com a confissão circunstancial realizada na fase pré-processual. É por tal motivo, que as autoras preceituam que:

A realização do acordo de não persecução penal e a posterior revogação deve acarretar o impedimento do juiz que homologou o acordo a fim de que não seja incumbido de julgar o caso, visto que – mesmo que a lei determine que a confissão formalizada no acordo é circunstancial, logo, que não serve como prova inequívoca para condenar – a contaminação psíquica do julgador comprometerá a sua imparcialidade no que se refere à responsabilidade penal do acusado e, portanto, interferirá no julgamento (LOVATTO; LOVATTO, 2020, p. 120).

Dessa forma, extrai-se que para evitar eventual imparcialidade do julgador nas ações penais que venham a ser instauradas durante a suspensão do art. 3º-B do Código de Processo Penal, à luz do sistema acusatório, é necessário que o processo seja distribuído a juiz diverso do que realizou a homologação do acordo de não persecução penal, eis que este já está contaminado psiquicamente com a confissão produzida na fase pré-processual, podendo comprometer sua imparcialidade.

De fato, não se demonstra razoável admitir que a confissão realizada na fase pré-processual seja admitida como meio de prova em eventual ação penal, visto que conforme abordado anteriormente, à luz do princípio da não-autoincriminação e das diretrizes do sistema acusatório, o investigado não deveria nem ser obrigado a admitir a veracidade dos fatos a ele atribuídos para fazer jus a um benefício penal, muito menos poder ter tal ato utilizado em seu desfavor, vez que incumbe a acusação produzir provas das circunstâncias que imputa ao denunciado.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O presente trabalho objetivou analisar a constitucionalidade da exigência da confissão como pressuposto para propositura do acordo de não persecução penal à luz do princípio não autoincriminação. Pode-se concluir que a exigência da confissão formal e circunstanciada como requisito necessário para a propositura do acordo de

não persecução penal viola o princípio da não-autoincriminação, vez que o investigado acaba sendo obrigado a colaborar com a investigação ou eventual processo criminal para fazer jus a celebração do acordo.

Extraíu-se que o acordo de não persecução penal é o único instituto da justiça negocial brasileira que exige a confissão como requisito para sua propositura, mesmo com a Constituição Federal tendo assegurado a garantia do nemo tometur se detegere, o qual consiste na proibição do uso de qualquer medida de coerção ou intimidação ao investigado para obtenção de uma confissão ou para colaboração em atos que podem ensejar sua condenação.

A pesquisa demonstrou que a confissão realizada pela via extrajudicial não poderá ser utilizada como meio de prova em eventual ação penal que venha a ser instaurada contra o investigado, eis que o Código de Processo Penal regulamenta apenas hipóteses relativas à confissão judicial, sendo certo que incumbe a acusação produzir as provas da conduta que atribuiu ao acusado.

Portanto, considerando que o acordo de não persecução está sendo amplamente utilizado na prática jurídica, o resultado da pesquisa se demonstra de suma importância, já que restou demonstrado que a exigência da confissão está em dissonância com as garantias constitucionais asseguradas aos cidadãos.

Por fim, há de se ressaltar que a mentalidade inquisitória continua presente no processo penal brasileiro, vez que ainda são promulgadas leis que regulam institutos que valorizam a confissão e permitem a gestão das provas na mão das partes, sendo imperiosa uma mudança na forma de pensamento do atual sistema, a fim de assegurar as garantias constitucionais dos cidadãos, sobretudo a do processo democrático de direito.

## REFERÊNCIAS

BARROS, Francisco Dirceu; ROMANIUC, Jefson. **Acordo de não persecução penal**: teoria e prática. São Paulo: Editora JH Mizuno, 2019.

BRANDALISE, Rodrigo da Silva; ANDRADE, Mauro Fonseca. Resolução n. 181 do CNMP - artigo 18. In: FISCHER, Douglas; ANDRADE, Mauro Fonseca (organ.).

**Investigação Criminal pelo Ministério Público:** Comentários à Resolução 181 do Conselho Nacional do Ministério Público. / Douglas Fischer, Mauro Fonseca Andrade (organizadores); Airton Pedro Marin Filho ... [et al.]. - Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.298/DF.** Relator: Min. Luiz Fux. Julgamento: 22 jan. 2020. Publicação: 03 fev. 2020.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Manual do acordo de não persecução penal.** Salvador: JusPodivm, 2020.

CUNHA, Rogério Sanches et al. **Acordo de não persecução penal.** Salvador: JusPodivm, 2020.

CUNHA, Rogério Sanches. **Pacote Anticrime: Lei n. 13.964/2019:** Comentários às alterações do CP, CPP e LEP. Salvador: Editora Juspodivm, 2020.

FERNANDES, Cassiane Melo; GODOY, Gustavo Renê Mantovani. Acordos de não persecução penal no pacote anticrime: expansão da justiça consensual. **Revista Reflexão e Crítica do Direito**, v. 8, n. 1, p. 120-135, 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal.** Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal.** São Paulo: Saraiva, 2020.

LOPES JUNIOR, Aury. **Questões polêmicas do acordo de não persecução penal.** São Paulo: Saraiva, 2020.

LOVATTO, Aline Correa; LOVATTO, Daniel Correa. Confissão como (des) acordo de não persecução penal. **Revista da Defensoria Pública RS**. Rio Grande do Sul, n.26, p. 65-84, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. Curso de Direito Processual Penal. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2018.

POLI, Camilin Marcie de; VILA, Giovani Frazão. A disponibilidade do Conteúdo do Processo Penal e o Acordo de Não Persecução Penal na Lei nº 13.964/2019. In: Felix, Yuri; Carma, Rodrigo Oliveira de. (Org). **Pacote Anticrime Reformas Processuais: Reflexões críticas à luz da lei 13.964/2019**, p.173-185. Florianópolis: Ematis, 2020.

STRECK, Lenio Luiz; SARLET, Ingo Wolfgang; CLÈVE, Clemerson Merlin. **Os limites constitucionais das resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e do Conselho Nacional do Ministério Público**. [S.l.]. 2005. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15653-15654-1-PB.pdf>  
Acesso em: 15 set. de 2022.

ZIESEMER, Henrique da Rosa. Resolução n. 181 do CNMP - artigo 18. In: FISCHER, Douglas; ANDRADE, Mauro Fonseca (organ.). **Investigação Criminal pelo Ministério Público: Comentários à Resolução 181 do Conselho Nacional do Ministério Público**. / Douglas Fischer, Mauro Fonseca Andrade (organizadores); Airton Pedro Marin Filho ... [et al.]. - Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

ZIESEMER, Henrique da Rosa; SILVA JÚNIOR, Jádel da. As persistentes inconstitucionalidades da Resolução 181 (e 183) do CNMP. **Jus Navigandi**. 19 fev. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/64178>. Acesso em: 21 set. 2022.