



**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS
PRO-REITORIA DE GRADUAÇÃO
ESCOLA DE DIREITO, NEGÓCIOS E COMUNICAÇÃO
CURSO DE DIREITO
NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA
COORDENAÇÃO ADJUNTA DE TRABALHO DE CURSO**

**ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO
REQUISITO DA CONFISSÃO CIRCUNSTANCIAL**

ORIENTANDO - OZIMAR DE SOUZA SIQUEIRA JUNIOR

ORIENTADOR - PROF. DR. FAUSTO MENDANHA GONZAGA

**GOIÂNIA-GO
2023**

OZIMAR DE SOUZA SIQUEIRA JUNIOR

**ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO
REQUISITO DA CONFISSÃO CIRCUNSTANCIAL**

Projeto de Artigo Científico apresentado à disciplina
Trabalho de Curso II, da Escola de Direito, Negócios e
Comunicação da Pontifícia Universidade Católica de
Goiás (PUCGOIÁS).

Prof. Orientador – Dr. Fausto Mendanha Gonzaga

ATENÇÃO: O aluno orientando (autor do presente trabalho) declara que procedeu à sua
revisão, para fins de detecção de plágio, assumindo, de forma exclusiva, a responsabilidade por
eventual incorporação de textos de terceiros, sem a devida citação ou indicação de autoria.

GOIÂNIA-GO
2023

OZIMAR DE SOUZA SIQUEIRA JUNIOR

**ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO
REQUISITO DA CONFISSÃO CIRCUNSTANCIAL**

Data da Defesa: ____ de _____ de _____

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Prof.: Dr. Fausto Mendanha Gonzaga

Nota

Examinadora Convidada: Prof.^a : Ma. Gabriela Pugliese Furtado Calaca

Nota

ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO REQUISITO DA CONFISSÃO CIRCUNSTANCIAL

Ozimar de Souza Siqueira Júnior¹

A lei 13.964/19 introduziu no Código de Processo Penal o instituto do acordo de não persecução penal, visando dar maior abrangência à justiça negocial no Brasil. No entanto, uma controvérsia se instaurou, sendo ela a confissão como requisito essencial à celebração do acordo entre Ministério Público e acusado, o que denotou inconstitucionalidade, tendo em vista seu conflito com princípios insculpidos na Constituição Federal. Utilizando o método bibliográfico, o presente artigo analisou a constitucionalidade material do referido requisito. Na primeira seção foi apresentada a origem e evolução histórica da justiça penal negocial no ordenamento jurídico brasileiro até a implementação do acordo de não persecução penal. Posteriormente, na segunda seção foi analisado o acordo e as condições necessárias para sua realização e por fim, na terceira seção foi abordado o conflito entre os princípios constitucionais e as condições para a realização do acordo de não persecução penal. Através desse olhar, foi possível concluir que de fato, a cláusula que exige a necessidade de confissão para a realização da barganha entre o órgão ministerial e o acusado é uma afronta ao princípio constitucional do *nemo tenetur se detegere* e que em que pese essa confissão, por si só não possa ser utilizada posteriormente como prova suficiente para gerar a condenação do investigado a sua imposição viola o direito a não autoincriminação do indivíduo.

Palavras-chave: Justiça negocial. Acordo de não persecução penal. Confissão. Inconstitucionalidade.

¹ Graduando em Direito na Pontifícia Universidade Católica de Goiás. E-mail: juniorsiqueir1@gmail.com

RESUMO

INTRODUÇÃO

1 A JUSTIÇA PENAL CONSENSUADA NO BRASIL

1.1 COMPOSIÇÃO CIVIL DOS DANOS

1.1.1 TRANSAÇÃO PENAL

1.1.2 SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

2 O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

2.1. REQUISITOS E CONDIÇÕES PARA A REALIZAÇÃO DO ACORDO

2.1.2 VEDAÇÕES À CELEBRAÇÃO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

2.1.3. HOMOLOGAÇÃO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E AS CONDIÇÕES PARA REALIZAÇÃO DO ANPP

3.1 A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO PRESSUPOSTO DE CONFISSÃO CIRCUNSTANCIAL PARA REALIZAÇÃO NO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

CONCLUSÃO

REFERÊNCIAS

INTRODUÇÃO

Historicamente, prevaleceu no Brasil o modelo de justiça conflitiva, onde o processo penal funciona como um instrumento utilizado pelo Estado para exercer seu direito de punir e em compensação, garante as partes do processo uma gama de direitos e garantias para que os indivíduos possam se defender do poderio estatal. Nesse sentido, pode-se dizer que o ordenamento jurídico brasileiro se filia a Teoria Garantista, que tem suas premissas nos dizeres de Luigi Ferrajoli, pautado no respeito máximo às garantias fundamentais e às garantias processuais insculpidas na Constituição Federal, a fim de coibir arbitrariedades judiciais e assim proteger os indivíduos e os réus dentro do processo.

Temos, então, que o processo penal é o meio adequado para processar e atribuir uma sanção ao indivíduo que transgredir a lei penal brasileira, já que possui garantias derivadas de ordem constitucional que buscam estruturar a relação jurídica em equidade e justiça de forma a controlar o poder estatal. Entretanto, todo esse aparato de direitos e garantias resulta em um procedimento lento que, por vezes, se estende ao longo dos anos, culminando, basicamente, em uma justiça ineficaz por sua excessiva lentidão.

Outrossim, com a evolução constante da sociedade nos últimos anos, houve um crescimento exponencial das demandas processuais penais que ensejaram em uma onda de judicialização de conflitos que conseqüentemente acarretaram uma crise na administração judiciária. Diante desse cenário antagônico, operou-se a necessidade de dar maior celeridade aos trâmites judiciais, de forma que o legislador brasileiro buscou inspirações na legislação norte-americana para inaugurar no ordenamento penal pátrio os mecanismos de justiça consensual.

Inicialmente, a justiça penal consensual foi implementada através da edição da Lei 9.099/95 que instituiu os juizados especiais cíveis e criminais. Através deste diploma legal foram implementados os primeiros institutos penais consensuais no Brasil, com a finalidade de realizar acordos entre as partes e evitar a aplicação das penas privativas de liberdade. Para isso, são suprimidas garantias e direitos constitucionais do processo para que ainda em uma fase pré-processual seja mitigado o prolongamento do processo contencioso da ação penal, a fim de se obter uma solução justa e reparativa com maior celeridade.

Em continuidade a esse novo modelo de justiça, em 2019 foi instituído o acordo de não persecução penal através da Lei n.º 13.964/2019, Lei Anticrime, que inovou na ordem jurídica ao trazer em seus preceitos requisitos que outros instrumentos de justiça negocial não requeriam para a realização dos acordos, em especial, o requisito da confissão circunstancial

por parte do acusado, que demonstrou, ainda que implicitamente, a relativização dos direitos fundamentais de um indivíduo no processo penal em prol da celeridade do trâmite.

Dessa forma, todo o exposto anteriormente aponta para a finalidade desse artigo, que é esclarecer sobre os possíveis aspectos de inconstitucionalidade que se encontra no instituto do acordo de não persecução penal, especialmente, no que tange ao pressuposto da confissão circunstancial como condição para a sua realização. Para isso, o presente artigo foi dividido em 3 seções.

A primeira delas remota aos primórdios da justiça penal consensual no Brasil, bem como, aos primeiros institutos despenalizadores criados através da Lei 9.099/95. A segunda e terceira seção abordam sobre o acordo de não persecução penal em si, sua previsão legal, condições de procedibilidade e posteriormente uma análise detalhada dos requisitos exigidos para sua formalização, que em alguns aspectos contrapõem a égide dos preceitos Constitucionais.

1. A JUSTIÇA PENAL CONSENSUADA NO BRASIL

O modelo de justiça penal consensuada (ou negociada) é um instrumento de política criminal que viabiliza acordos entre acusação e defesa através de medidas alternativas e consensuais para a resolução de conflitos. Os primeiros registros desse modelo datam o século XX nos Estados Unidos através do instituto do *plea bargaining* onde dá-se ciência ao acusado sobre o crime que lhe é imputado e o oportuniza a se pronunciar sobre sua culpabilidade.

O referido instituto tem sua origem na common law e consiste em uma negociação feita entre o representante do órgão acusador e o acusado que pode reduzir a pena pleiteada, modificar o tipo de crime, reduzir o número de crimes imputados na denúncia, ou ainda, estabelecer um apena alternativa à prisão.

Neste caso, havendo confissão, é dado à defesa o direito de resposta e por meio de um acordo o juiz poderá fixar a sentença e definir a pena, que normalmente será reduzida sem que haja a necessidade de toda tramitação de um processo, entretanto, se o acusado não aceitar os termos do acordo será dado início ao processo.

Vinicius Gomes de Vasconcellos define a justiça negociada:

[...] modelo que se pauta pela aceitação (consenso) de ambas as partes – acusação e defesa – a um acordo de colaboração processual com o afastamento do réu de sua posição de resistência, em regra impondo encerramento antecipado, abreviação, supressão integral ou de alguma fase do processo, fundamentalmente com o objetivo de facilitar a imposição de uma sanção penal com algum percentual de redução, o que caracteriza o benefício ao imputado em razão da renúncia ao devido transcorrer do processo penal com todas as garantias a ele inerentes. (VASCONCELLOS, 2015, p. 55)

O sistema conflitivo foi dominante na justiça penal por diversos anos, o Processo Penal Consensual só surgiu no ordenamento jurídico pátrio através da Lei dos Juizados Especiais (Lei 9.099/1995) que cumpriu o comando constitucional do artigo 98, inciso I que determina a criação dos juizados especiais criminais para o processamento das “infrações de menor potencial ofensivo”.

Até o advento desta lei, a única forma de resolução de conflitos criminais era por meio da lide, que demandava a instauração de um procedimento contencioso que, na maioria das vezes era moroso e tinha por objetivo impor uma pena restritiva de liberdade ao condenado.

Com o objetivo de substituir o modelo de soluções meramente punitivas por novos procedimentos de solução de conflitos penais e com influências do modelo norte americano *plea bargaining* a Lei 9.099/95 criou os institutos despenalizadores da composição civil dos danos, transação penal e suspensão condicional do processo, orientando-se pelo acordo entre as partes, a reparação voluntária dos danos, a não aplicação da pena privativa de liberdade e até mesmo evitando, quando possível, a instauração de um processo penal.

Nesse sentido, assevera Renato Brasileiro de Lima, a respeito da Lei dos Juizados Especiais:

[...] inspirada no princípio da intervenção mínima, a Lei n.º 9.099/95 importou em expressiva transformação do panorama penal e processual penal vigente no Brasil, criando instrumentos destinados a viabilizar, juridicamente, processos de despenalização, com a inequívoca finalidade de forjar um novo modelo de Justiça criminal, que privilegiasse a ampliação do espaço de consenso, valorizando, desse modo, na definição das controvérsias oriundas do ilícito criminal, a adoção de soluções fundadas na própria vontade dos sujeitos que integram a relação processual penal. (LIMA, 2016, p. 194).

Outrossim, com as modificações da sociedade, da cultura jurídica e das transformações políticas, foram adotados com o tempo outros institutos de justiça consensuada no ordenamento jurídico brasileiro, a exemplo da colaboração premiada que foi implementada pela Lei 12.850/2013, conhecida como Lei das organizações criminosas,

esse acordo consiste em um negócio jurídico processual que tem por objetivo obter provas em troca de benefícios ao réu como redução da pena, o perdão judicial ou o não oferecimento da denúncia.

Recentemente, no ano de 2017 a Resolução 181 de do Conselho Nacional do Ministério Público instituiu a ideia do Acordo de não Persecução Penal que mais tarde foi positivado através da Lei nº 13.964/2019, denominada Lei Anticrime. O referido instituto é um instrumento que se perfaz em um negócio jurídico na fase pré-processual, onde o Ministério Público e o investigado acompanhado pelo seu defensor firmam um acordo onde condições são impostas ao acusado a fim de que seja obstada a denúncia e uma consequente ação penal.

Esse acordo trouxe em seus termos aspectos inovadores que antes não se via em outros instrumentos de justiça negociada, como é o exemplo da necessidade de confissão por parte do acusado para que seja viabilizada a formalização do ANPP, que em uma análise preliminar pode-se constatar conflitos com a ordem dos princípios constitucionais da não produção de provas contra si mesmo e presunção de inocência, que são por força do artigo 5º da Constituição Federal assegurados aos indivíduos como direito fundamental.

Diante desta breve apresentação da justiça penal negocial, passamos a análise dos primeiros institutos despenalizadores implementados no Brasil através dos juizados especiais, sendo eles: a composição civil dos danos, transação penal e suspensão condicional do processo.

1.1. COMPOSIÇÃO CIVIL DOS DANOS

Como visto anteriormente, a Lei 9.099/95 foi precursora no que se refere a justiça penal consensuada no Brasil, trazendo em seus preceitos como um de seus objetivos a reparação dos danos sofridos pela vítima. Nesse sentido, surge a composição civil dos danos, que pode ser realizada nas infrações que acarretem prejuízos materiais, morais ou estéticos à vítima e tem por objetivo realizar um acordo onde a vítima que teve seu bem lesado seja reparada. Refere-se aos danos de natureza civil acarretados pelo fato delituoso, fazendo parte da primeira fase do procedimento sumaríssimo, caracterizado pela ausência do Ministério Público, visto que estamos em uma fase pré-processual onde é buscado o acordo entre as partes. Para exemplificar o cabimento do instituto, assim pondera Renato Brasileiro de Lima:

Suponha-se que determinado agente resolva destruir coisa alheia, incidindo no crime de dano tipificado no art. 163, caput, do CP, cuja pena é de detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, ou multa. Sem dúvida alguma, à vítima interessa muito mais a reparação patrimonial do que a própria persecução penal. Na audiência preliminar, presente o autor do fato delituoso e a vítima, haverá uma tentativa de acordo civil objetivando a reparação do dano patrimonial. Esse acordo vem ao encontro dos interesses da vítima, porquanto a decisão homologatória funciona como título executivo. De seu turno, sua celebração também atende aos interesses do autor do delito, já que sua homologação acarretará a renúncia ao direito de queixa, e conseqüente extinção da punibilidade, na medida em que o delito de dano simples é crime de ação penal de iniciativa privada (CP, art. 167). (LIMA, 2020)

Dessa forma, uma vez celebrada a composição, conforme preceitua o artigo 74 da Lei 9.099/95 o acordo será redigido e homologado pelo juiz competente mediante sentença irrecorrível.

Ou seja, a matéria será tratada como coisa julgada material e terá eficácia de título executivo que poderá ser executado em juízo civil. Entretanto, insta salientar que em casos de crimes de ação penal pública incondicionada a realização da composição civil dos danos não acarretará a extinção da punibilidade como nos crimes de ação penal privada e condicionada a representação do ofendido, funcionando aqui apenas como uma antecipação da certeza do valor indenizatório.

1.1.1. TRANSAÇÃO PENAL

Na segunda fase da persecução nos juizados especiais temos a possibilidade do instituto da transação penal, que consiste em um acordo firmado entre o Ministério Público e o autor do fato, onde são aplicadas penas restritivas de direito ou multas, evitando-se a denúncia e uma conseqüente ação penal. De acordo com o art. 76 da Lei nº 9.099/95, “havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.”

Para que seja cabível a transação penal existe alguns pressupostos de admissibilidade que devem ser observados. Em primeiro momento, para realização do acordo a infração cometida deve ser de menor potencial ofensivo, assim compreendidas as contravenções penais e crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa. Além disso, de acordo com o artigo 76 da Lei 9.099/95 é necessário que não seja caso de arquivamento do termo circunstanciado, pois assim sendo, este deve ser feito em detrimento da transação penal. Nesse sentido, o professor Renato

Brasileiro elenca as hipóteses que autorizam o arquivamento do procedimento e destaca as questões de rejeição da peça acusatória e absolvição sumária:

Não obstante, é possível a aplicação, por analogia, das hipóteses de rejeição da peça acusatória e de absolvição sumária, previstas nos arts. 395 e 397 do CPP, respectivamente. Destarte, as hipóteses que autorizam o arquivamento são as seguintes: a) ausência de pressuposto processual ou de condição para o exercício da ação penal; b) falta de justa causa para o exercício da ação penal; c) atipicidade da conduta; d) existência manifesta de causa excludente da ilicitude; e) existência manifesta de causa excludente da culpabilidade, salvo a inimputabilidade; f) existência de causa extintiva da punibilidade. (LIMA, 2020)

Destarte, o autor da infração não pode ter sido condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade e nem ter recebido o benefício da transação penal nos últimos 5 anos que antecederam sua conduta criminosa. Entretanto, é necessário trânsito em julgado da condenação para que haja óbice a propositura da transação penal, não sendo causa impeditiva a condenação de penas restritivas de direitos, multa ou prévia condenação pela prática de contravenção penal. O artigo 76, inciso III, também prescreve que, não se admitirá a proposta se ficar comprovado não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida.

Por ser um acordo entre o Ministério Público e o acusado, estando presentes os requisitos supramencionados a proposta poderá ser formulada oralmente ou por escrito pelo titular da ação que especificará a pena restritiva de direito ou multa a ser aplicada, sendo posteriormente a proposta apresentada ao acusado e ao seu defensor que de acordo com o artigo 76, §3º, da Lei nº 9.099/95 deverão aceitar.

Firmado o acordo, será este submetido à apreciação judicial, que uma vez homologado dependerá do seu cumprimento para que seja efetivada a extinção da punibilidade. Para casos de descumprimento do estabelecido no acordo por parte do acusado o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante 35 nos seguintes termos:

A homologação da transação penal prevista no art. 76 da Lei n. 9.099/95 não faz coisa julgada material e, descumpridas suas cláusulas, retoma-se a situação anterior, possibilitando-se ao Ministério Público a continuidade da persecução penal mediante oferecimento de denúncia ou requisição de inquérito policial.

Depreende-se, portanto, que a transação penal diferente da composição civil dos danos não faz coisas julgada material, permitindo ao Ministério Público uma vez

descumprido o acordo, oferecer a denúncia e dar continuidade a persecução penal, retornando o indivíduo ao seu estado anterior.

1.1.2. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

O artigo 89 da Lei 9.099/95 estabelece que o crime ao qual a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, no ato do oferecimento da denúncia, poderá o Ministério Público propor a suspensão condicional do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena.

Em um primeiro momento, para analisar o cabimento desse instituto, deve ser observada a pena mínima cominada ao delito para que se proponha a suspensão condicional do processo. Norberto Avena assim preceitua:

Releva, neste enfoque, apenas o apenamento mínimo não superior a um ano de prisão, sendo indiferentes aspectos relativos à natureza do crime (doloso ou culposo), à espécie da pena cominada (reclusão ou detenção), bem como à circunstância de tratar-se ou não de infração sujeita a procedimento especial. (AVENA, 2020)

Outrossim, o referido dispositivo legislativo preceitua que o acusado não pode estar sendo processado ou ter sido condenado por outro crime. Nesse ínterim, surge uma controvérsia no que tange a prática de contravenções penais, o processamento por este tipo de infração tem o condão para impedir a propositura do *sursis* processual? Não é o entendimento majoritariamente adotado. Em sua obra o professor Norberto Avena assim preceitua:

Não se impede a suspensão. Ora, se o art. 89, § 4., da Lei 9.099/1995, apenas faculta (não obriga) a revogação da suspensão quando o agente vem a ser processado, no seu curso, por contravenção, é evidente que o fato de já estar sendo processado por essa ordem de infração não tem força para obstar a benesse legal. (AVENA, 2020)

Ademais, o artigo 77, inciso II, do Código Penal, estabelece quais são os requisitos gerais exigidos para o deferimento da suspensão condicional da pena que por expressa previsão legal do artigo 89, da Lei dos juizados especiais, devem também ser preenchidos para o oferecimento da suspensão condicional do processo.

Vejamos:

Art. 77 - A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser suspensa, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que:
 I - o condenado não seja reincidente em crime doloso;
 II - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício
 III - Não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 deste Código.

A suspensão condicional do processo, se diferencia dos outros institutos despenalizadores, haja vista que tem como foco não só os crimes de menor potencial ofensivo, pois ela poderá ser usufruída por infratores de crimes, que tenha a pena máxima cominada superior a dois anos, já que seu sistema é regulado pela pena mínima cominada.

Marisa Ferreira, apresenta a seguinte diferenciação quanto à Transação Penal, anteriormente tratada:

A suspensão condicional do processo, comumente denominadas “sursis antecipado” ou “sursis processual”, é um instituto que permite a extinção da punibilidade sem a imposição de pena (desde que cumpridas as condições). A transação penal (art. 76 da Lei n. 9.099/95), ao contrário, tem por pressuposto a aceitação de uma pena. (SANTOS, 2018)

Ainda há outro ponto de divergência no que se refere ao oferecimento da denúncia, na suspensão condicional do processo diferentemente da transação penal ocorrerá o oferecimento da denúncia e somente o cumprimento integral do período de prova acarretará na extinção da punibilidade do acusado, em caso de descumprimento existirá, para o mesmo o prosseguimento do feito, conforme afirma o Professor Damásio de Jesus (2003, p. 115). “[...] na suspensão provisória do processo não há apreciação judicial do mérito da acusação, sobrestando-se o feito, em regra, no pórtico da ação penal, quando do recebimento da denúncia.”

2. O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

O sistema adotado pelo art. 28-A do Código de Processo penal, introduzido pela Lei n. 13.964/19, traz um negócio Jurídico de natureza extrajudicial celebrado entre o Ministério Público e o autor do fato delituoso, posteriormente homologado pelo juízo competente, que visa obstar a persecução penal. O ANPP é um novo instituto negocial que compõe o ordenamento jurídico processual penal brasileiro e desempenha um importante avanço na desburocratização dos processos judiciais, numa tendência de justiça consensual.

Entretanto, como em toda novidade legislativa, surgem controvérsias em relação à constitucionalidade dos preceitos elaborados pelo legislador ordinário, nesse capítulo passaremos a análise específica de cada um dos requisitos e vedações como pressuposto fundamental para formalização do acordo de não persecução penal.

2.1. REQUISITOS E CONDIÇÕES PARA A REALIZAÇÃO DO ACORDO

Depreende-se do caput do referido artigo uma série de pressupostos cumulativos para que seja viável a propositura do acordo. Primariamente, é importante destacar que para sua propositura, é necessário não ser caso de arquivamento dos autos.

Nas palavras de Rogério Sanches Cunha (2020), o ANPP pressupõe justa causa para a denúncia, ou seja, o mínimo de suporte fático, aquele início de prova capaz de justificar a oferta da instância penal. Os indícios mínimos de autoria indicam esse suporte probatório mínimo, através da existência material do fato típico e de provas de antijuridicidade e culpabilidade, aptos a ensejar o início da persecução penal.

Além disso, também é necessário que o investigado confesse formal e circunstanciadamente, ou seja, de forma pormenorizada a prática do delito, cuja pena mínima em abstrato seja inferior a 4 anos (quatro anos), acrescentada a pena de eventuais causas de aumento e de diminuição, desde que o crime praticado não tenha envolva violência ou grave ameaça a pessoa.

Para a realização do ANPP é necessário definir condições que poderão ser impostas pelo Ministério Público de forma alternativa ou cumulativa. A primeira opção de condição que poderá constar na proposta é a reparação ou restituição do dano causado por parte do acusado, salvo na impossibilidade de fazê-lo, que busca reparar a lesividade causada pela conduta do agente à vítima. Para Renato Brasileiro esta condição pode ser pactuada independentemente do tipo de dano advindo da conduta.

Vejamos:

Como o dispositivo em questão não faz qualquer restrição, parece-nos possível a reparação de qualquer espécie de dano, seja ele material, moral, estético, etc. Evidentemente, quando o delito não causar danos à vítima (v.g., crimes contra a paz pública), esta condição não será imposta. Também não se admite a imposição desta condição quando restar evidenciada a impossibilidade de o investigado reparar o dano ou restituir a coisa à vítima (v.g., vulnerabilidade financeira). (Lima, p. 231, 2020)

Outra condição elencada como possível no inciso II do art. 28-A do Código de Processo Penal é a renúncia voluntária de bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime. No inciso III do mesmo artigo há a hipótese de prestação de serviço à comunidade ou entidade pública ao acusado por período correspondente à pena mínima cominada ao delito, diminuída de um a dois terços.

Por fim, o inciso IV elenca o pagamento de prestação pecuniária estipulada nos termos do art. 45 do Código Penal, a entidade pública ou de interesse social com a função de proteger os bens jurídicos semelhantes, ou iguais aqueles que foram lesados pelo delito praticado.

Outrossim, o inciso V expõe ao órgão Ministerial a liberdade de indicar outra condição, desde que se revele compatível e proporcional com a infração penal cometida. A respeito dessa liberdade, o professor Guilherme Nucci faz críticas ao preceito enquanto condição aberta:

“Nunca deu certo uma condição aberta para se fixar qualquer coisa. Note-se o disposto no art. 79 do Código Penal: “a sentença poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do condenado”. O referido art. 79 refere-se à suspensão condicional da pena. Em três décadas de magistratura, jamais vi uma condição advinda da mente do juiz que fosse razoável e aceita pelo Tribunal. Portanto, dentro do princípio da legalidade, esperamos que o membro do Ministério Público não cometa os mesmos erros que os juízes já realizaram por conta do art. 79 do CP.” Nucci, p. 223, 2020).

2.1.2. VEDAÇÕES À CELEBRAÇÃO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Nessa esteira, o § 2º do art. 28-A traz algumas importantes vedações, casos em que não se cabe a propositura do ANPP. Primeiro, é necessário analisar o cabimento da proposta de transação penal, uma vez que essa tem preferência em sua realização sobre a celebração do acordo de não persecução penal. Portanto, se o indivíduo fizer jus ao benefício do art. 76 da Lei 9.099/95, não será cabível a formalização do acordo.

Outra vedação é no que tange a reincidência, onde é expressamente vedado a aplicação do acordo e não persecução penal se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas. Renato brasileiro explica a conduta criminal habitual, reiterada ou profissional:

Conduta criminal reiterada, por sua vez, é aquela que é repetida, renovada. Por fim, diz-se profissional da pessoa voltada para a prática de certa atividade como se fosse

ela um ofício ou profissão. Como se pode notar, do significado das três palavras extrai-se o nítido intento do legislador de vedar a celebração do acordo de não persecução penal com alguém que faz do crime uma atividade rotineira - verdadeiro meio de vida -, alguém que poderá voltar a praticar novos delitos, o que, de per si, justifica a restrição. (Lima, p. 231, 2027)

Ainda, nesse sentido, é vedado a propositura do ANPP ao investigado que houver sido beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo, conforme dita o inciso III do §2º do art. 28-A do CPP.

Outrossim, o inciso IV traz a vedação aos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino. Nesse ponto, Nucci elogia a inovação legislativa no que tange a ascensão da norma, especialmente, em proteção a mulher.

Vejamos:

Finalmente, veda-se esse acordo no cenário da violência doméstica ou familiar ou praticados contra a mulher, o que confirma a meta da legislação brasileira de excepcionar a agressão de homens contra mulheres, pretendendo estancar um dos pontos nevrálgicos da criminalidade no Brasil. (Nucci, p. 225, 2020)

2.1.3. HOMOLOGAÇÃO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Após a realização da formalização das propostas escritas pelo Ministério Público, pelo investigado e pelo seu defensor, ocorrerá a homologação do acordo de não persecução penal em audiência, na qual o juiz deverá verificar a voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença de seu defensor e a legalidade. Nesse momento, o juiz pode, por considerar as condições inadequadas, insuficientes ou abusivas, devolver os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta, com concordância do investigado e seu defensor ou homologar o acordo devolvendo os autos ao órgão ministerial para que se inicie a sua execução perante o juiz.

Nessa fase, o juiz também poderá se recusar a homologar a proposta que não atender aos requisitos legais ou quando não for realizada adequação e suficiência das condições propostas. Recusada a homologação, os autos serão devolvidos ao Ministério Público, que irá analisar a necessidade de complementação das investigações ou realizará o oferecimento da denúncia.

Realizada a homologação, o descumprimento de qualquer que seja a condição imposta, o órgão ministerial deverá comunicar ao juízo para fins de rescisão e posterior

oferecimento da denúncia, podendo servir como eventual não oferecimento da suspensão condicional do processo. Entretanto, com o seu cumprimento será decretado à extinção da punibilidade do investigado e a celebração e o cumprimento do acordo de não persecução penal não constarão de certidão de antecedentes criminais.

3. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E AS CONDIÇÕES PARA REALIZAÇÃO DO ANPP

O regramento constitucional traz em seus preceitos uma série de princípios e garantias que devem ser respeitadas por qualquer lei que pertença ou adentre no ordenamento jurídico brasileiro, seja ela posterior ou anterior a promulgação da Carta Magna. Dessa forma, uma lei que venha infringir qualquer preceito constitucional pode ser declarada inconstitucional formal ou materialmente.

A inconstitucionalidade formal, refere-se à violação das normas e procedimentos estabelecidos na Constituição Federal para o processo de criação, modificação ou revogação de leis. Esse tipo de inconstitucionalidade está relacionado à forma como as leis são elaboradas e promulgadas.

Nesse sentido, mostra o autor Pedro Lenza:

Como o próprio nome induz, a inconstitucionalidade formal, que também é conhecida como nomodinâmica, verifica-se quando a lei ou ato normativo infraconstitucional contiver algum vício em sua “forma”, ou seja, em seu processo de formação, vale dizer, no processo legislativo de elaboração, ou, ainda, em razão de sua elaboração por autoridade incompetente. (LENZA, 2021).

Por sua vez, a inconstitucionalidade material se caracteriza pela contrariedade de uma lei ou ato normativo ao conteúdo substantivo da Constituição. Isso significa que uma lei pode ser considerada inconstitucional não apenas devido a problemas de forma ou procedimento, mas também por violar os princípios, valores e direitos fundamentais estabelecidos na Constituição. Pedro Lenza explica o vício material da seguinte forma:

o vício material (de conteúdo, substancial ou doutrinário) diz respeito a "matéria", ao conteúdo do ato normativo. Assim, aquele ato normativo que afrontar qualquer preceito ou princípio da Lei Maior deverá ser declarado inconstitucional, por possuir um vício material. Não nos interessa saber aqui o procedimento de elaboração da espécie normativa, mas, de fato, o seu conteúdo. Por exemplo, uma lei discriminatória que afronta o princípio da igualdade. (LENZA, 2021)

Nessa esteira, com o advento da Lei 13.964/19, que introduziu no Código de Processo Penal o art. 28-A, é necessário fazer uma análise sobre sua constitucionalidade em seus dois aspectos. No que diz respeito a sua forma de elaboração, esta lei não apresentou qualquer vício, sendo, portanto, formalmente constitucional. Entretanto, no que diz respeito a seu conteúdo, esta apresenta possíveis controvérsias perante a ordem constitucional, diante das diversas condições que implicam em restrições a princípios constitucionais garantidos ao indivíduo enquanto investigado ou réu em um processo, especialmente, no que se refere a garantia do silêncio do art. 5º, LXIII da Constituição Federal.

Feitas essas considerações, importa analisar se a exigência de o investigado confessar de forma detalhada a prática do crime, para que lhe possa ser oferecido pelo Ministério Público o acordo de não persecução penal, está de acordo com os princípios constitucionais e processuais penais que regem o sistema penal acusatório.

3.1. A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO PRESSUPOSTO DE CONFISSÃO CIRCUNSTANCIAL PARA REALIZAÇÃO NO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Na redação do caput do art. 28-A do CPP é explicitada a necessidade de confissão formal e circunstancial por parte do investigado para que o acordo seja formalizado. Até então essa condição não era requisito de nenhum instituto despenalizador do nosso ordenamento jurídico para a realização das negociações.

Nesse ponto, exsurge uma questão importante: em que pese o ANPP ocorrer em uma fase pré-processual, a exigência de confissão para sua realização se mostra legítima diante dos princípios e preceitos constitucionais? E, para além disso, importa valorar a natureza jurídica da confissão dentro do acordo, como um mero pressuposto para a pactuação do acordo ou como um meio de prova utilizado pelo Ministério Público em um possível cenário de descumprimento das condições impostas.

A Constituição Federal traz em seus preceitos fundamentais a garantia do direito ao silêncio, ou seja, a não produção de provas contra si num processo, consubstanciado no brocardo latino *nemo tenetur se detegere*, que surge com a Convenção Americana de direitos humanos, nesse aspecto, o autor Aury Lopes Júnior, assevera que a exigência da confissão para a propositura do acordo de não persecução penal é uma notória violação do direito ao silêncio, senão vejamos:

O direito de silêncio é apenas uma manifestação de uma garantia muito maior, insculpida no princípio *nemo tenetur se detegere*, segundo o qual o sujeito passivo não pode sofrer nenhum prejuízo jurídico por omitir-se de colaborar em uma atividade probatória da acusação ou por exercer seu direito de silêncio quando do interrogatório. (LOPES JR. 2020)

Nesse contexto, ressalta-se que há divergência entre os doutrinadores, uma vez que há autores que entendem que a confissão é uma mera formalidade do acordo, não importando em violação do direito de não se autoincriminar.

Rodrigo Leite Ferreira Cabral, dispõe o seguinte:

Diante disso, é possível concluir que o estabelecimento, pelo art. 28-A do Código de Processo Penal, da confissão como requisito para a celebração do acordo de não persecução penal não parece violar o direito de ficar calado, mesmo porque a decisão de confessar decorre de uma opção legítima e importante para a defesa do investigado, além de ser necessariamente orientada por defensor. (CABRAL, 2020)

Entretanto, em que pese o acusado não ser literalmente coagido para confessar, no momento em que ocorre o aceite, não há como se falar em voluntariedade da confissão, mas tão somente em voluntariedade por parte do indiciado em realizar o acordo, 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” (CARDOSO, 2020).

Nessa esteira, são vários os motivos que podem fazer com que o investigado prefira se submeter às condições porventura estabelecidas em um acordo de não persecução penal a se submeter a um processo criminal. Assumir a posição de réu de um processo, ainda que não resulte em uma condenação final, é sempre uma situação desconfortável, de forma que por mais violadora que seja essa condição, o investigado se vê tentado a se submeter a ela.

Dessa feita, fica claro a violação desse princípio basilar do direito brasileiro, de forma que se mostra como desnecessária e coativa a imposição de uma confissão ao investigado para a formalização de um acordo, uma vez que, a justiça negocial não é em sua totalidade uma inovação legislativa e seus outros institutos já citados anteriormente se mostram eficazes na persecução penal brasileira e prescindem desse requisito.

Outrossim, no que tange a um possível descumprimento das condições impostas no acordo, questiona-se sobre a possibilidade de o Ministério Público utilizar-se da confissão do acusado no oferecimento da denúncia e esses elementos poderem ser utilizados na sentença. A respeito do tema, Mazloum (2020) afirma que “o descumprimento do acordo não valida a confissão como prova porque não há processo ainda, aplicável a regra do artigo 155 do CPP.

Ademais, a situação assemelha-se à delação premiada desfeita, em que as provas autoincriminatórias não podem ser utilizadas em desfavor do colaborador”.

Em sentido oposto, Vitor Souza Cunha defende que a confissão poderá ser utilizada pelo órgão ministerial nos casos em que a rescisão do negócio jurídico puder ser atribuída ao acusado. Isso porque entender de modo diverso, em tais casos, seria o mesmo que “anuir que o acusado pode ser beneficiado por uma situação que deu causa” (CUNHA, 2020)

Nesse contexto, a 6ª turma do STJ proferiu acórdão no HC 756.907 em 13 de setembro de 2022 no sentido de que no julgamento de um caso concreto o juiz não pode fundamentar exclusivamente nos elementos colhidos na fase extrajudicial, somente podendo se valer dessa confissão caso ela seja repetida novamente em juízo sobre o crivo do contraditório e ampla defesa, nos termos no art. 155 do Código de Processo Penal. Vejamos trecho da decisão:

A assunção extrajudicial de culpa no ANPP é similar ao conteúdo de confissão da prática da infração penal perante autoridade policial ou ministerial. Somente tem valor probatório (como dado extrajudicial) e pode ser utilizada para subsidiar a denúncia "caso exista descumprimento do acordo, levando o Ministério Público a oferecer denúncia" (CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Manual do Acordo de Não Persecução Penal à luz da Lei 13.963/2019 (Pacote Anticrime). Salvador: JusPodivm, 2020. p. 113). Ainda assim, por ser uma prova extrajudicial, seria retratável em juízo e não tem standard probatório para, exclusivamente, levar à condenação. Seja qual for a sua clareza, deve ser confrontada com outros elementos que possam confirmá-la ou contraditá-la, durante a instrução criminal. [...] O implicado poderá ser demandado a confirmar o conteúdo de sua confissão no curso de ação penal ajuizada apenas contra o réu, mas será ouvido em Juízo. Deve-se garantir que a formação da convicção judicial observe os ditames do art. 155 do CPP. A verdade judicial traduzida na sentença precisa ser uma verdade processual. Para que declaração do celebrante do ANPP possa respaldar o decreto condenatório é imprescindível sua reprodução em juízo, durante a ação penal, e a constatação de sua coerência com provas judicializadas, submetidas ao contraditório, de forma a conferir ao réu o direito fundamental de efetiva participação na formação da decisão judicial, em dualidade com o Ministério Público.

Sendo assim, entende-se que a utilização dessa confissão colhida como uma condição sem a qual o acusado não poderia desfrutar da barganha processual é também uma violação dos preceitos constitucionais e processuais penais, uma vez que, se entendermos que a confissão é elemento desnecessário e coativo a realização do ANPP, conseqüentemente concluiremos que a utilização desta sem passar pelo rito do contraditório e ampla defesa em um processo também é, por derivação, inconstitucional, não devendo ser utilizada em desfavor do réu.

CONCLUSÃO

Diante da dificuldade estatal em investigar, processar e julgar a grande quantidade de casos criminais e dar uma efetiva resposta a sociedade, as formulas de justiça consensual tem sido cada vez mais adotadas por se tratarem de soluções céleres e acessíveis a resolução dessa problemática. Com esse cenário antagônico, percebe-se que o legislador brasileiro tem buscado novas alternativas para sanar esse impasse, e com isso surgiram institutos despenalizadores, como o acordo de não persecução penal implementado no ano de 2019. No entanto, resulta da necessidade de dar celeridade e efetividade ao sistema de justiça brasileiro uma série de supressões de direitos e garantias dos fundamentais do investigado dentro e fora do processo.

Nesse contexto, este artigo buscou, através da perspectiva constitucional, analisar a adequação do acordo de não persecução penal, aos princípios constitucionais brasileiros, especialmente, no que se refere ao requisito de confissão circunstancial por parte do investigado para a formalização do acordo em oposição ao direito de não autoincriminação.

Partindo desse pressuposto, inicialmente foi realizada uma análise histórica a fim de comparar os institutos da justiça negocial presente no ordenamento jurídico brasileiro, desde sua implementação com a transação penal na Lei 9.099/95 até a instituição do acordo de não persecução penal, com ênfase na principal diferença entre eles, qual seja, a especial necessidade de confissão para realização do ANPP.

A partir desses elementos, sob a égide constitucional, podemos concluir que a exigência de confissão por parte do acusado como condição para realização do acordo, viola diretamente o princípio inculcado no art 5º, LXII da Constituição Federal, uma vez que impõe ao beneficiário o dever de se declarar culpado sem ao menos tem se submetido a um processo penal com os devidos trâmites estabelecidos em lei, violando assim, também o princípio do devido processo penal e da presunção de inocência.

Ademais, importou-se em analisar a forma com que essa confissão poderia gerar reflexos em uma possível ação penal ocasionada pelo descumprimento do acordo, após este ter sido firmado e posteriormente descumprido pelo investigado. Nesse ponto, encontramos posicionamentos diversos, por parte dos doutrinadores da área. Entretanto, como já citado, o STJ no HC 756.907, julgado em setembro de 2022, decidiu que os elementos de confissão colhidos durante a fase extrajudicial não podem, por si só, acarretar em uma condenação do acusado, uma vez que, se esta confissão não for repetida durante o processo. Isto é, sob o crivo

do contraditório e da ampla defesa, ela não poderá ser utilizada sozinha para fundamentar uma decisão, haja vista que não possui por si só valor probatório.

Sendo assim, percebe-se que, de fato, há uma violação constitucional no direito de silêncio do acusado durante a realização das negociações do acordo de não persecução penal.

Reputa-se essa condição como abusiva e desnecessária para a realização de um acordo e que em nada contribui para cumprir os requisitos esperados pela imposição de uma penalidade ao indivíduo.

Portanto, fica evidente que a utilização desta confissão obtida durante as negociações, sem a qual, ressaltasse, que não há a possibilidade de dar andamento no acordo, é também uma violação ao princípio do devido processo legal, uma vez que esta prova não foi obtida com observância ao contraditório e ampla defesa necessários ao processo.

REFERÊNCIAS

AVENA, Noberto. **Processo Penal**. 12ª Ed. Revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Editora Método, 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 9 de maio. 2023.

BRASIL. [Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais]. **Lei nº 9.099/95**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm. Acesso em: 15 de maio. 2023

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Manual do Acordo de Não Persecução Penal, Lei 13.963/2019**. Salvador: JusPodivm, 2020.

CARDOSO, Arthur Martins Andrade. **Da confissão no acordo de não persecução penal**. Migalhas. 1 out. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/334134/daconfissao-no-acordo-de-nao-persecucao-penal>. Acesso em: 15 set. 2023

CUNHA, Vitor Souza. **O devido processo consensual e os acordos de não persecução penal**. In: WALMSLEY, Andréa; CIRENO, Lígia; BARBOZA, Márcia Noll. Inovações da Lei nº 13.964, de dezembro de 2019. Coletânea de Artigos, v. 7. 2ª Câmara de Coordenação e Revisão. Brasília: MPF, 2020.

JESUS, Damásio de. **Lei dos Juizados Especiais anotada**. 8. Ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2003; 28.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 25ª Ed, São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal Volume único**. 8ª Ed Revista, atualizada e ampliada, Salvador: Editora JusPodvim, 2020.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MAZLOUM, Ali; MAZLOUM, Amir. **Acordo de não persecução penal é aplicável a processos em curso**. Consultor Jurídico. 7 fev. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-fev-07/opiniao-acordo-nao-persecucao-penal-aplicavelacoes-curso>>. Acesso em: 15 set. 2023.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Processual Penal**. São Paulo: Forense, 2020

SANTOS, Marisa Ferreira dos. Coleção Sinopses Jurídicas 35 - **Juizados especiais cíveis e criminais**: estaduais e federais. Editora Saraiva, 2018.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro**. São Paulo: IBCCrim, 2015. Disponível em: <<https://repositorio.pucrs.br/dspace/handle/10923/6943>>. Acesso em: 23 de maio. 2023