



FACULDADE
**BAIANA DE
DIREITO**

**FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO LATO SENSU
CIÊNCIAS CRIMINAIS**

DIEGO ANDRADE SAMPAIO SILVA¹

**A CONFISSÃO NO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: UM MAL
NECESSÁRIO OU UMA AMEAÇA AO DIREITO DE DEFESA?**

Salvador

2022

¹ Pós-graduando em Ciências Criminais na Faculdade Baiana de Direito; Graduado em Direito pela Faculdade Baiana de Direito; Advogado.

DIEGO ANDRADE SAMPAIO SILVA

**A CONFISSÃO NO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: UM MAL
NECESSÁRIO OU UMA AMEAÇA AO DIREITO DE DEFESA?**

Trabalho final apresentado ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade Baiana de Direito e Gestão como requisito parcial para obtenção de grau de Especialista em Ciências Criminais.

Salvador

2022

Diego Andrade Sampaio Silva

RESUMO

O presente estudo pretende analisar o Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), inserido no artigo 28-A do Código de Processo Penal para responder se a exigência de confissão é um mal necessário ou uma ameaça ao direito de defesa. Por meio do ANPP, o Ministério Público, em vez de ofertar a denúncia, propõe ao investigado que renuncie ao processo, assumindo a culpa pelo delito para, em troca, cumprir condições supostamente mais leves. Para compreensão do tema, foi utilizada uma metodologia teórica, realizando-se uma revisão bibliográfica. A partir do referencial teórico de Michel Foucault, entendemos que, apesar da aparência de instituto despenalizador, o ANPP contribui para a ampliação do sistema penal, já que permite que a punição ocorra sem o devido processo legal, priorizando a eficiência em detrimento das garantias. Nesse contexto, é problemática a exigência de confissão, pois exige que o investigado renuncie a direitos fundamentais, como o direito ao silêncio e a presunção de inocência. Por outro lado, há quem acredite que essa exigência é um sacrifício necessário, sendo legítima diante da voluntariedade na negociação do acordo. Após confrontarmos ideias opostas, concluímos, ao final, que a exigência de confissão no ANPP não é um mal necessário, mas uma ameaça ao direito de defesa, a qual é dispensável e só serve para prejudicar o acusado.

PALAVRAS-CHAVE: ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. CONFISSÃO. SISTEMA PENAL. JUSTIÇA NEGOCIAL. DIREITO DE DEFESA.

ABSTRACT

The present study intends to analyze the Criminal Non-Persecution Agreement (NPPA), inserted in article 28-A of the Criminal Procedure Code to answer whether the confession requirement is a necessary evil or a threat to the right of defense. Through the (NPPA), the Public Prosecutor's Office, instead of offering the complaint, proposes that the investigated person renounce the process, assuming guilt for the crime in order to comply with supposedly lighter conditions. To understand the theme, a theoretical methodology was used, carrying out a literature review. Based on Michel Foucault's theoretical framework, we understand that, despite the appearance of a decriminalizing institute, the NPPA contributes to the expansion of the penal system, as it allows punishment to occur without due process of law, prioritizing efficiency over guarantees. In this context, the requirement of confession is problematic, as it requires the investigated to renounce fundamental rights, such as the right to silence and the presumption of innocence. On the other hand, there are those who believe that this requirement is a necessary sacrifice, being legitimate in the face of voluntarism in negotiating the agreement. After confronting opposing ideas, we concluded, in the end, that the demand for confession in the NPPA is not a necessary evil, but a threat to the right of defense, which is dispensable and only serves to harm the accused.

KEYWORDS: NON-PERSECUTION PENAL AGREEMENT. CONFESSION. PENAL SYSTEM. CONSENSUAL JUSTICE. RIGHT OF DEFENSE.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	6
2. MICHEL FOUCAULT E AS MUDANÇAS NA FORMA DE PUNIR	7
3. O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL	9
3.1. JUSTIÇA CRIMINAL NEGOCIAL.....	9
3.1.1. <i>Plea Bargaining</i>	10
3.2. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: REQUISITOS, CONDIÇÕES E PROCEDIMENTO.....	12
3.2.1. Requisitos	12
3.2.2. Condições	15
3.2.3. Procedimento	17
3.3. RENÚNCIA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL: A EFICIÊNCIA PREVALECENDO SOBRE A GARANTIA	18
4. A CONFISSÃO NO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: UM MAL NECESSÁRIO OU UMA AMEAÇA AO DIREITO DE DEFESA?	21
4.1. A VOLUNTARIEDADE DA CONFISSÃO NO ANPP: OFERTA OU AMEAÇA?.....	21
4.2. AS FUNÇÕES DA CONFISSÃO NO ANPP: ELEMENTO NECESSÁRIO OU DISPENSÁVEL?.....	22
4.3. A CONFISSÃO E A EFICIÊNCIA DO SISTEMA PENAL	24
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	25

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como objetivo analisar o Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), previsto no art. 28-A do Código de Processo Penal (CPP), com ênfase na exigência de confissão e suas implicações para as garantias processuais.

Essa forma de justiça negocial, fortemente influenciada pelo *plea bargaining* do direito estadunidense, foi introduzida no Brasil pela Resolução 181/17 do CNMP, posteriormente alterada pela Resolução 183/18. Mas foi a reforma no CPP realizada pela Lei n. 13.964/19 (“pacote anticrime”) que consolidou as bases do ANPP no nosso país.

O ANPP é um ajuste obrigacional firmado entre o Ministério Público e a pessoa investigada com o objetivo de evitar a deflagração de uma ação penal. Assim, o investigado assume a culpa pelo delito sem passar pelo devido processo legal e, em troca, cumprirá condições supostamente mais brandas.

À primeira vista, esse acordo pode parecer um instituto despenalizador, mas uma análise mais detida revela que, na verdade, contribui para a ampliação do sistema penal, sacrificando garantias processuais por uma punição mais célere e eficiente.

Sob o referencial teórico de Michel Foucault, pensamos que os mecanismos de controle social estão constantemente se adaptando para exercer um poder maior sobre as pessoas. Assim como a prisão surgiu como uma adaptação supostamente positiva diante do fracasso do suplício, a justiça negocial aparece como uma nova adaptação do sistema penal diante do fracasso da prisão.

O ANPP amplia o sistema penal porque permite a punição de pessoas sem o devido processo legal. Ainda que não tenha como consequência a pena privativa de liberdade, as “condições” impostas se assemelham a penas alternativas, como as restritivas de direitos. A diferença é que nesse novo instituto as penas são aplicadas sem passar pelo processo penal, de modo que o investigado renuncia a garantias fundamentais.

Nesse sentido, o aspecto que chama mais atenção, e que será o foco do presente estudo, é a exigência de confissão para se firmar o acordo. Além de

renunciar ao processo, o investigado precisa renunciar a garantias fundamentais do direito de defesa, como o direito ao silêncio e a presunção de inocência.

Alguns irão dizer que é um sacrifício necessário para receber o “benefício” de uma pena mais branda ou que não haveria verdadeira violação de direitos fundamentais porque há autonomia da vontade, já que o investigado teria liberdade para aceitar o acordo ou não.

Por outro lado, é questionável a compatibilidade desse instituto com o nosso ordenamento, pois é preciso verificar se as penas realmente são mais brandas, se é realmente um benefício cumpri-las sem passar pelo processo e se realmente existe autonomia da vontade na realização desse Acordo.

Por isso, pergunta-se: a confissão no Acordo de Não Persecução Penal é um mal necessário ou uma ameaça ao direito de defesa?

2. MICHEL FOUCAULT E AS MUDANÇAS NA FORMA DE PUNIR

Michel Foucault é conhecido principalmente pelos seus estudos sobre as relações de poder, que têm grandes implicações no sistema penal. Para ele (FOUCAULT, 2015), houve um momento na história ocidental em que o poder disciplinar passou a ter cada vez mais destaque do que o poder soberano, sobretudo devido à individualização advinda da modernidade e do desenvolvimento de instituições disciplinares baseadas na ciência.

Tal poder disciplinar é um poder que se exerce sobre o corpo do indivíduo, trabalhando-o detalhadamente, para extrair o máximo de eficácia nos seus movimentos, criando, assim, corpos dóceis e úteis. Esse investimento do corpo pelo poder, o biopoder, é um mecanismo que se exerce das mais diversas maneiras, com a ajuda das denominadas “instituições de sequestro”, que permeiam a rede de micropoderes da sociedade.

A prisão é justamente uma das instituições de sequestro estudadas por Foucault. Tal instituição é um mecanismo de controle social que tem como objetivo declarado o combate à criminalidade, mas seu real objetivo é a produção de delinquência, uma forma de ilegalidade que pode ser controlada e usada como um instrumento de poder. De acordo com o autor:

A delinquência era por demais útil para que se pudesse sonhar com algo tão tolo e perigoso como uma sociedade sem delinquência. Sem delinquência não há polícia. O que torna a presença policial, o controle policial tolerável pela população senão o medo do delinquente? (FOUCAULT, 2015, p. 225)

Assim, em “*Vigiar e Punir*” (FOUCAULT, 2014), o autor francês desconstrói toda a ideia de que a prisão teria como objetivo reduzir a delinquência. Para isso, ele mostra que a prisão, na verdade, contribui para o aumento da criminalidade, sendo apenas um mecanismo eficiente para controlá-la e reproduzi-la.

Além disso, Foucault desmistifica a ideia de que a prisão se tornou a principal forma de punir por ser mais humana. A prisão, na verdade, continua sendo uma punição cruel, a sua única vantagem é que facilita o controle sobre os corpos dos indivíduos, regulando seu tempo e espaço por meio do poder disciplinar.

Nesse sentido, em *Microfísica do Poder*, o autor afirma que as relações de poder estão sempre se adaptando à realidade social. Assim, as instituições reagem às provocações dos indivíduos absorvendo os protestos e transformando-os novamente em formas de controle, de modo que “a impressão de que o poder vacila é falsa, porque ele pode recuar, se deslocar, investir em outros lugares... e a batalha continua” (FOUCAULT, 2015, p. 235).

Um exemplo é o que ocorreu com o controle da sexualidade, que acabou gerando a revolta do corpo sexual.

Como resposta à revolta do corpo, encontramos um novo investimento que não tem mais a forma de controle-repressão, mas de controle-estimulação: “Fique nu... mas seja magro, bonito, bronzeado!”. A cada movimento de um dos adversários corresponde o movimento do outro. (FOUCAULT, 2015, p. 236)

Portanto, medidas que muitas vezes parecem mais humanas e benéficas, na verdade, representam uma adaptação dos mecanismos de controle.

Nesse sentido, assumindo novas formas punição, o sistema penal exerce um poder cada vez maior sobre os indivíduos, ao mesmo tempo em que torna essa punição irrefutável, já que seria fundamentada na razão (SILVA, B., 2020, p. 18).

Assim, a prisão se tornou a principal forma de punição não porque é mais humana, mas porque se mostrou como um meio mais eficiente de controle social. Da mesma forma, o Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) surge como uma adaptação das relações de poder para punir mais e melhor. A suposta humanidade do ANPP mascara a realidade: o sistema penal está se expandindo, e não reduzindo (SILVA, B., 2020).

3. O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

O acordo de não persecução penal é um ajuste obrigacional firmado entre o Ministério Público e a pessoa investigada visando evitar a deflagração de uma ação penal. Assim, caso atenda aos requisitos fixados em lei, o investigado pode aceitar cumprir condições supostamente mais brandas do que a pena correspondente ao crime confessado (SILVA, B., 2020, p. 33).

Esse instituto se consolidou no ordenamento jurídico brasileiro com a Lei. n. 13.964/19 (“pacote anticrime”), que introduziu o ANPP no artigo 28-A do CPP. Entretanto, esse acordo não é exatamente uma novidade, tendo em vista que o CNMP já havia editado as Resoluções 181/17 e 183/18 regulamentando o acordo. A diferença é que agora passou a ser uma lei formal, em sentido estrito, promulgada pelo Poder Legislativo.

Ademais, o ANPP se insere no contexto de introdução de mecanismos de justiça criminal negocial no Brasil por influência da tradição estadunidense. Logo, é preciso entender esse modelo de justiça criminal importado dos EUA, sobretudo o *plea bargaining*, instituto que foi a principal inspiração para o acordo de não persecução penal.

3.1. JUSTIÇA CRIMINAL NEGOCIAL

Antes do acordo de não persecução penal, já existiam alguns institutos de justiça criminal negocial no Brasil. Em 1995, a Lei n. 9.099 criou a transação penal, a composição dos danos civis e a suspensão condicional do processo. Já em 2013, a Lei n. 12.850 trouxe a colaboração premiada.

Portanto, a justiça consensual, como um meio de reduzir as demandas dos tribunais já estava presente no direito brasileiro e não é uma novidade do “Pacote Anticrime” (MARTINELLI; SILVA, L., 2020, p. 55).

Mas tais institutos, assim como o ANNP, se inserem no contexto de expansão do modelo de justiça negocial norte-americano pelo mundo, sobretudo após a Guerra Fria, quando foram criados mecanismos de justiça consensual em vários países que sofreram o processo de “americanização”, como aconteceu na Alemanha, Itália e Espanha (LANGER, 2004, p. 2-3).

No Brasil, a Lei n. 9.099/95 foi o maior exemplo do início desse processo. Mas é importante salientar também o contexto específico da América Latina no final do século XX.

De acordo com Anitua (2015, p. 44-45), foram feitas reformas no processo penal, primeiramente, com base no processo de “democratização” dos países, e, depois, com fundamento na garantia da “eficácia” das funções da pena. Nesse segundo momento, ocorreu a simplificação do processo, em que o acusado colabora com Estado, renunciando a seus direitos para seja possível alcançar as finalidades da pena.

O surgimento do acordo de não persecução penal não é um fato isolado, mas uma continuação desse processo de “americanização” do sistema penal brasileiro.

No projeto de lei original do “pacote anticrime, além do ANPP, havia uma proposta mais ampla da chamada “justiça negocial”, pretendendo inserir o *plea bargaining*, instituto jurídico muito popular nos Estados Unidos. No texto final, porém, somente foi aprovado o artigo referente ao acordo de não persecução penal (MARTINELLI; SILVA, L., 2020, p. 52).

Logo, é evidente a forte influência que o direito estadunidense exerceu no acordo de não persecução penal, de modo que é impossível falar desse instituto sem se falar no *plea bargaining*.

3.1.1. *Plea Bargaining*

Numa tradução literal, “*plea bargain*” (ou “*plea bargaining*”, como preferimos²), significa “pleito de barganha”. Conforme explicam Dotti e

² O termo *plea bargain* se restringe ao acordo (*deal*), enquanto *plea bargaining* abrange toda a complexidade da negociação anterior ao acordo, além de seus fundamentos e consequências (COUTINHO, 2019, p. 2-3).

Scandelari (2019, p. 5), esse é um procedimento em que o acusado reconhece a responsabilidade pelo fato, renunciando a seu direito a um processo para receber logo uma pena teoricamente menos grave do que a que lhe seria aplicada caso prosseguisse com a ação penal.

O grande problema é que existem muitas evidências de que os investigados são coagidos a renunciar aos seus direitos constitucionais e assumirem a culpa, já que ficam com medo da ameaça de receberem uma pena mais severa se forem levados a julgamento. É o que apontam estudos divulgados pela Associação Nacional de Advogados de Defesa Criminal (*National Association of Criminal Defense Lawyers*) (2020) dos Estados Unidos.

Além disso, esse instituto permite condenações com conjuntos probatórios extremamente frágeis, tendo em vista que a mera confissão do investigado é suficiente para condená-lo (ALSCHULER, 1979, p. 4).

É importante ressaltar também que o *plea bargaining* reforça o modelo de política criminal estadunidense que se fundou após a abolição da escravização, quando o sistema prisional se tornou a principal forma de perpetuar a exploração dos afro-americanos e manter mão-de-obra que o sul do país, região tradicionalmente escravista, perdeu.

O *plea bargaining* surge, então, como forma de tornar o sistema judicial mais célere e eficaz no combate à criminalidade. Em outras palavras, o *plea bargaining* surgiu como forma de tornar o controle social dos ex-escravizados mais eficiente.

Do mesmo modo, o acordo de não persecução penal introduzido no direito brasileiro segue essa tradição de relativização de garantias em prol da eficácia da punição, representando um aumento do controle exercido pelo Estado, já que o processo e os direitos fundamentais deixam de ser obstáculos para condenação do acusado.

Mas, antes de fazer uma análise crítica do ANPP, faz-se necessário explicar os contornos desse instituto na forma como foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro, apontando os requisitos, as condições e o procedimento.

3.2. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: REQUISITOS, CONDIÇÕES E PROCEDIMENTO

O acordo de não persecução penal já havia sido objeto de Resoluções do CNMP em 2017 e 2018, mas foi com a inserção do art. 28-A no Código de Processo Penal pela Lei n. 13.964 de 2019 que esse instituto se tornou oficialmente parte do ordenamento jurídico brasileiro, regulado por lei em sentido estrito.

Portanto, para entender os contornos jurídicos do ANPP no Brasil, iremos expor os requisitos, as condições e o procedimento desse instituto tal como está definido no Código de Processo Penal.

3.2.1. Requisitos

O *caput* do art. 28-A do CPP prevê o seguinte:

Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente (BRASIL) [grifos nossos]

Da leitura desse artigo é possível extrair cinco requisitos cumulativos para aplicação do acordo. Assim, iremos analisar cada trecho correspondente a um requisito.

a) “*Não sendo caso de arquivamento...*”

O Ministério Público só poder propor o acordo de não persecução penal se não for caso de arquivamento. Ou seja, para se aplicar o acordo de não persecução penal, é preciso que haja indícios de materialidade e autoria do delito que sejam suficientes para fundamentar uma denúncia, pois, caso contrário, o *parquet* deve arquivar o procedimento investigatório. Se não há possibilidade de se iniciar uma ação penal, não é possível propor o ANPP, que visa justamente evitar a deflagração do processo em casos em que exista justa causa para tanto.

O problema desse requisito é que a experiência dos Juizados Especiais Criminais gera preocupação sobre como será na prática. Como afirma Bruna Silva (2020, p. 45), é possível que o MP não se preocupe tanto com o rigor

probatório ao propor o acordo e flexibilize os critérios de aplicação do arquivamento, tendo em vista que o ANPP gera consequências, em tese, mais brandas do que a denúncia.

Assim, há um grande risco de ocorrer a redução dos pedidos de arquivamento, pois, “na prática, o acordo é oferecido com base em arcabouços probatórios que não sustentariam uma denúncia” (SILVA, B., 2020, 45).

b) “...*tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente...*”

O art. 28-A exige que o investigado confesse o delito formalmente, que, de acordo com o §3º, será feito por escrito e com a participação do seu defensor e do Ministério Público. Além disso, a confissão deve ser circunstancial, ou seja, “devem estar detalhados todos os fatos, de maneira pormenorizada e sem margem para quaisquer dúvidas, atentando-se sempre para que tenha sido feita sem coação de nenhuma natureza” (MOREIRA, 2020, p. 208).

Essa exigência de confissão é muito problemática, pois direitos e garantias fundamentais do acusado são sacrificados em prol da eficiência na punição. Além de ferir o princípio da presunção de inocência, esse requisito pode representar uma ameaça ao direito de defesa como um todo, sobretudo em relação ao direito de permanecer em silêncio e não produzir provas contra si mesmo.

A análise dessa exigência se mostra extremamente relevante quando se pensa nas consequências da sua aplicação prática. Isso porque, se o investigado descumprir as condições do acordo e for denunciado, há o risco de que essa confissão seja usada como elemento probatório para fundamentar uma eventual condenação. Desse modo, é preciso discutir se essa confissão seria uma prova válida ou se deveria ser desconsiderada na sentença (MOREIRA, 2020, p. 209).

Essas questões envolvendo a exigência de confissão são justamente o foco do presente estudo e serão objeto de uma análise mais detida no próximo capítulo, quando iremos discutir se esse requisito representa uma ameaça ao direito de defesa ou se é um mal necessário.

c) “...*a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos...*”

Para que seja feito o acordo de não persecução penal, também é exigido que o delito investigado seja sem violência ou grave ameaça e tenha pena mínima inferior a quatro anos.

Um aspecto que chama atenção nesse requisito é que acaba por restringir a aplicação do instituto a casos que já resultariam em penas alternativas, como as penas restritivas de direitos do art. 44 do CP, que têm requisitos muito semelhantes e acaba por abranger grande parte dos casos em que cabe ANPP (SILVA, B., 2020, p. 47).

No fim das contas, o acordo de não persecução penal não promove o desencarceramento, pois já seria provável a aplicação de penas diferentes da prisão caso se prosseguisse com a ação. Em verdade, o ANPP diminui o número de processos, e não o número de penas, sacrificando direitos e promovendo uma punição mais eficiente.

Nesse sentido, concordamos com Bruna Silva (2020, p. 47) quando conclui:

(...) o acordo de não persecução penal, da mesma forma que a transação penal, não visa ao desencarceramento, haja vista que o instituto atinge delitos que, sob as condições impostas pelo próprio dispositivo, já não gerariam encarceramento em caso de processo.

d) “...*desde que necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime...*”

Por fim, o acordo de não persecução penal só pode ser firmado caso seja *necessário e suficiente para reprovação e prevenção* do delito.

O principal problema desse requisito é que é muito vago e subjetivo, permitindo que o representante do Ministério Público aja arbitrariamente conforme seu entendimento sobre esses conceitos no momento de propor o acordo. Portanto, esse trecho pode ser considerado inconstitucional, pois fere o princípio da legalidade (SILVA, B., 2020, p. 48).

Além disso, quando o artigo fala em “reprovação” e “prevenção”, entra numa questão muito delicada: as finalidades da pena. Por isso, “é absolutamente imprópria para constar como requisito para um acordo penal, ainda mais em uma

fase em que nem sequer houve uma acusação formal contra alguém” (MOREIRA, 2020, p. 210).

Essa menção às finalidades da pena foi importada do art. 59 do Código Penal e representa um discurso legitimador do poder punitivo. Como afirma Bem (2020, p. 240), é questionável a recepção desses fins pela Constituição de 1988. Para ele, “os fins de reprovação e prevenção (...) são incompatíveis na teoria e irrealizáveis na prática”. Por isso, o autor sugere que o mais adequado seria usar a finalidade de “redução de danos”, a qual o próprio Ministério Público defende como finalidade do ANPP, conforme a Resolução 181/2017.

3.2.2. Condições

Presentes todos os requisitos, serão ajustadas as seguintes condições para o investigado cumprir cumulativa e alternativamente, conforme previsto nos incisos do art. 28-A:

a) reparação do dano ou restituição da coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo

No inciso I, impõe-se, como condição de cumprimento do acordo, que o investigado repare o dano ou restitua a coisa à vítima. Essa condição é criticada porque a lei não definiu parâmetros para a sua imposição, de modo que pode vir a ser prejudicial para o acusado, provocando o injusto insucesso das negociações ou impondo gravame não cabível (SILVA, A., 2020, p. 405).

Esse inciso, entretanto, também traz uma exceção: o investigado não estará obrigado a reparar o dano ou restituir a coisa caso isso lhe seja impossível. Tal impossibilidade pode estar relacionada à incapacidade financeira do investigado ou da própria natureza do delito.

Se o acusado comprovar sua incapacidade financeira, o Ministério Público irá avaliar a possibilidade de propor outra condição (CUNHA, 2020, p. 131). Portanto, essa condição pode ser prejudicial para pessoas economicamente vulneráveis, que serão obrigadas a cumprir outras medidas em substituição a essa, enquanto quem tem dinheiro não correrá tal risco.

Mas também há outra condição de natureza patrimonial no artigo 28-A:

b) pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do CP, 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;

No acordo de persecução penal, o investigado também pode ser obrigado a pagar uma prestação pecuniária a uma entidade pública ou de interesse social (art. 28-A, IV, CPP). Observe que essa prestação não pode ser destinada à vítima ou seus dependentes, diferente do que prevê o art. 45 do Código Penal.

Essa condição, assim como a reparação do dano e a restituição da coisa, precisa ser aplicada com cuidado, para não se tornar um privilégio para os ricos e um problema para os pobres.

c) renúncia voluntária de bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;

O inciso II propõe que o investigado renuncie bens e direitos relacionados ao crime cometido. O problema dessa condição é que ocorre um confisco de bens sem haja sentença penal condenatória definitiva, conforme exige o art. 91, II, do Código Penal (MOREIRA, 2020, p, 213).

d) 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 46 do CP;

O inciso III traz outra condição semelhante às penas restritivas de direitos: a prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas. Essa semelhança com as restritivas de direitos mostra que essas condições, na verdade, são penas. Ainda que sejam penas alternativas, é questionável falar do acordo de persecução penal como um instituto despenalizador. Conforme já dissemos, parece que há uma redução de processos, e não uma redução de penas. Retiram-se as garantias, mas a punição continua eficiente.

e) cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

Por fim, o inciso V do art. 28-A prevê uma cláusula geral, permitindo que o Ministério Público proponha outra condição conforme seu entendimento, apenas exigindo que seja “proporcional” e “compatível” com o delito.

Logo, as medidas previstas nesses incisos são apenas exemplos, de modo que o *parquet* pode impor qualquer condição de acordo com a sua conveniência. Em tese, não seria uma imposição, pois o investigado pode negociar com o MP, mas, na prática, existe uma certa coação para que se aceite os termos, diante da ameaça de ser possivelmente preso caso não concorde. Por isso, é difícil acreditar que haverá uma verdadeira negociação, com igualdade entre as partes e respeito às garantias.

3.2.3. Procedimento

O procedimento do acordo de não persecução penal pode ser dividido em três partes: fase preliminar, fase judicial e fase executória.

Na fase preliminar, ocorrem as negociações, quando se definem os sujeitos envolvidos e se propõe o acordo, observando-se a ocorrência de todos os requisitos do *caput* do art. 28-A e estabelecendo as condições que serão cumpridas.

A fase judicial acontece quando o juiz recebe o acordo para fazer a homologação, verificando a sua voluntariedade e legalidade (art. 28-A, §4º, CPP). Se ele considerar as condições inadequadas, insuficientes ou abusivas, irá devolver ao Ministério Público para que reformule a proposta de acordo (art. 28-A, 5º, CPP). Caso o *parquet* discorde do magistrado, poderá ser interposto recurso em sentido estrito (art. 581, XXV, CPP).

Se o juiz homologar o acordo, os autos serão devolvidos ao MP para iniciar a sua execução, que ocorrerá no juízo da execução penal (art. 28-A, §6º, CPP). Além disso, a vítima será intimada da homologação e do eventual descumprimento do acordo (art. 28-A, §9º, CPP).

O fato de o acordo de não persecução penal ser executado no juízo da execução penal reforça a ideia de que as suas condições têm natureza de pena, não se tratando de um instituto despenalizador.

Se o investigado descumprir qualquer das condições, o Ministério Público deve comunicar ao juízo, para que seja feita rescisão do acordo e seja oferecida a denúncia (art. 28-A, §10, CPP). Ademais, o *parquet* também pode utilizar o descumprimento do acordo como justificativa para eventual não oferecimento da suspensão condicional do processo (art. 28-A, §11, CPP).

Mas a grande questão que nos interessa nessa fase é sobre a utilização da confissão caso o acordo não seja homologado ou seja descumprido. Isso porque há o risco de que o juiz considere a confissão como indício de autoria, ainda que indiretamente, tendendo a receber a eventual denúncia e condenar o réu ao final do processo. Por isso, é preferível que a homologação seja rejeitada apenas quando houver indícios de materialidade e autoria insuficientes ou quando as condições sejam inadequadas ou abusivas, não devendo o magistrado recusá-la com fundamento na necessidade de repressão e prevenção do crime, pois o ANPP não pode ser usado como um meio de facilitar a constituição de provas (SILVA, B., 2020, p. 54).

No caso de descumprimento, apesar de a lei não mencionar isso, é importante que seja garantido o exercício do contraditório, em respeito aos princípios constitucionais, realizando-se audiência para ouvir o investigado (SILVA, B., p. 55, 2020).

Nessa audiência, ele deve ter a oportunidade de justificar o descumprimento, para que seja analisada a possibilidade de continuar com o acordo. Se o magistrado, ainda assim, rescindir o acordo, deve ser dada nova oportunidade para o acusado depor sobre os fatos e retificar a confissão se assim desejar. Além disso, uma medida interessante seria trocar de juízo, para reduzir o risco de contaminação do julgamento pela confissão feita para o ANPP.

3.3. RENÚNCIA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL: A EFICIÊNCIA PREVALECENDO SOBRE A GARANTIA

O acordo de não persecução penal se insere num contexto de relativização de garantias fundamentais para alcançar a eficiência do sistema penal. Sob o discurso de evitar a impunibilidade, os direitos do investigado passam a ser vistos como obstáculos a serem superados para o sucesso da punição.

Stein (2020, p. 30) afirma que a discussão sobre garantias processuais na investigação não tem alcançado muitos resultados e, com o surgimento das colaborações premiadas, foi iniciado um debate sobre a possibilidade de se “flexibilizar ou abrir mão de direitos fundamentais inerentes àquele que está na condição de investigado ao custo de uma antecipação de ‘pena’ e suspensão de um processo”.

Assim, para acabar com as “impunidades” nos crimes de corrupção, a principiologia do processo penal é relativizada com a aplicação da colaboração premiada. A aplicação dos direitos fundamentais do investigado, como presunção de inocência, contraditório e ampla defesa, é, então, contestada com a justificativa de que “a investigação é ambiente que não comporta tais garantias, sob pena de não se conseguir investigar plenamente” (STEIN, 2020, p. 30).

Mas a importação de institutos estadunidenses de justiça criminal negocial, como o ANPP e a colaboração premiada, deve ser feita com cautela para não serem desrespeitadas as garantias do sistema acusatório imposto pela Constituição Federal. Como afirma Bruna Silva (2020, p. 64), o problema é que a importação desses institutos tem ocorrido de maneira pontual e isolada, sem implementação dos instrumentos de controle existentes nos Estados Unidos.

Essa importação também é problemática quando se leva em consideração a realidade do processo penal brasileiro, que, apesar de ser regido pelos princípios constitucionais do sistema acusatório, na prática, é essencialmente inquisitório, “já que a *gestão da prova*, está primordialmente, nas mãos do juiz” (COUTINHO, 2001, p. 29).

Muito se discute sobre o modelo do sistema processual penal brasileiro, mas a teoria que prevalece é de que é um sistema misto, porque é inquisitório na fase pré-processual e acusatório na fase processual (LOPES JR., 2020, n.p.).

A principal distinção entre o modelo acusatório e inquisitório é a separação entre juiz e acusação, que existe apenas no primeiro. Mas, para além dessa distinção, o sistema acusatório é marcado também pelo respeito às garantias do acusado, pois o juiz deve se manter equidistante das partes e promover o exercício do contraditório e ampla defesa, além de considerar o réu inocente até que se prove o contrário por meio do devido processo legal.

O Código de Processo Penal de 1941 é predominantemente inquisitório, mas a Constituição Federal de 1988 trouxe diversas garantias e fez uma separação clara entre as funções de julgar e acusar, ou seja, estabeleceu um sistema acusatório, de modo que o CPP deve ser reinterpretado à luz desses princípios constitucionais.

Para Binder (2003), os modelos de processo penal são baseados na dialética *eficiência-garantia*. No sistema inquisitório, a eficiência do sistema penal prevalece sobre as garantias do acusado, enquanto no sistema acusatório são as garantias que devem prevalecer sobre a eficiência.

Portanto, quando o acordo de não persecução penal propõe que o acusado renuncie ao devido processo legal, com todas suas garantias, aceitando cumprir condições que na verdade são penas alternativas³, aproxima-se do modelo inquisitório, já que a eficiência é o que predomina.

Por isso, na perspectiva de um direito penal garantista e condizente com os princípios constitucionais, o acordo de não persecução penal é um risco para o modelo acusatório, em que as garantias do acusado devem ser respeitadas, o que só pode ocorrer devidamente por meio do processo penal. Caso contrário, o acusado estaria sendo condenado antes do trânsito em julgado de uma ação penal, o que viola o princípio da presunção de inocência.

Nesse contexto, o que é mais preocupante é a exigência de confissão do investigado, pois, além de ser coagido a assumir a culpa e cumprir uma pena alternativa antes do processo, existe o risco de que essa confissão seja usada como prova contra ele caso venha a descumprir o acordo ou mesmo se o juiz recusar a homologação.

Em contrapartida, há quem argumente que o ANPP e a exigência de confissão não desrespeitam as garantias do investigado, porque o acordo seria

³ Como já foi dito linhas acima, as condições que acusado deve cumprir no acordo de não persecução penal são muito semelhantes à penas alternativas, como as previstas como penas restritivas de direitos, possuindo inclusive requisitos também parecidos. Ademais, o ANPP é executado no juízo da execução penal (art. 28-A, §6º, CPP). Tudo isso reforça a ideia de que as condições, na verdade, são penas aplicadas sem processo.

firmado com o consentimento dele, de modo que existe liberdade da vontade que justifica a flexibilização das garantias.

Diante disso, no próximo capítulo iremos adentrar nessa questão da confissão no acordo de não persecução penal e discutir se é apenas um mal necessário para a eficiência do sistema penal ou uma ameaça ao direito de defesa do acusado.

4. A CONFISSÃO NO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: UM MAL NECESSÁRIO OU UMA AMEAÇA AO DIREITO DE DEFESA?

Como vimos, um dos requisitos exigidos pelo art. 28-A para que seja firmado o acordo de não persecução penal é que o investigado confesse que cometeu o delito.

Essa exigência já é problemática porque o acusado renuncia às suas garantias e assume a culpa para cumprir uma pena alternativa sem passar pelo devido processo legal.

Além disso, concordamos com Martinelli (2020, p. 303) quando aponta que a confissão se torna ainda mais problemática levando-se em consideração a hipótese de o acordo não ser homologado pelo juiz ou de o investigado descumprir as condições. Isso porque, caso o Ministério Público promova a consequente denúncia, a notícia de que o acusado realizou esse ato pode afetar a imparcialidade do magistrado. Ainda que o conteúdo da confissão seja retirado dos autos, seu juízo já estaria prejudicado.

Por outro lado, há autores, como Cabral (2020, p. 265), que enxergam a renúncia aos direitos no acordo de não persecução penal como um mal necessário ou como um meio de garantir ao acusado uma resposta rápida e “menos severa”, possibilitando que ele retome sua vida sem grandes consequências.

No mesmo sentido, Guaragni (2020, p. 297) afirma que:

A obtenção deste esclarecimento do caso penal, abrindo-se mão da jurisdição instruída pelo esforço probatório de partes, em caráter antecipado ao processo, é um componente necessário do ANPP, como contrapartida exigida ao réu.

4.1. A VOLUNTARIEDADE DA CONFISSÃO NO ANPP: OFERTA OU AMEAÇA?

Para Cabral (2020, p. 272), o importante é que exista “consentimento livre e informado”, ou seja, deve haver “voluntariedade na decisão de confessar para obter o benefício do acordo de não persecução penal”.

O referido autor acredita que não há coação no ANPP, pois o Ministério Público faz uma oferta e não uma ameaça. Ele explica que a proporcionalidade entre a possível sanção penal e a “vantagem oferecida” afasta a alegação de que há “uma pressão intensa para a realização do acordo que possa vulnerar a liberdade do investigado de decidir” (CABRAL, 2020, p. 273).

Cabral (2020, p, 278) defende, então, que a confissão no ANPP não representa uma violação ao direito ao silêncio, porque não existe “uma ameaça ou (...) pressão que afete a liberdade e voluntariedade do investigado, que (...) pode optar por celebrar o ANPP como estratégia para evitar o processo e uma possível pena”.

Ocorre que é questionável a presença dessa voluntariedade, porque pressupõe paridade de armas, sendo que, na realidade, o que existe é uma grande disparidade entre os atores negociais (MARTINELLI, 2020, p. 316).

Portanto, a exigência de confissão no acordo de não persecução penal é um meio de coação para que o investigado assuma a autoria do delito sem passar pelo contraditório no processo (MARTINELLI, 2020, p, 317).

Assim, discordamos de Cabral (2020, p. 273) quando diz que “a consequência do oferecimento da denúncia em caso de recusa à confissão e ao acordo não constitui propriamente uma ameaça”.

Como ressalta Martinelli (2020, p. 2020, 317), a possibilidade de ser acusado em um processo criminal não pode ser considerada mero temor reverencial. Afinal, “tornar-se réu de um processo, ainda que não resulte em condenação final, é uma situação desconfortável à pessoa, com consequências drásticas, dentre as quais a estigmatização”.

4.2. AS FUNÇÕES DA CONFISSÃO NO ANPP: ELEMENTO NECESSÁRIO OU DISPENSÁVEL?

Cabral (2020, p. 275) justifica a exigência de confissão a partir de duas funções: função de garantia e função processual.

Para o autor, a primeira função é garantir que o Ministério Público não esteja fazendo uma injustiça contra um inocente, de modo que a confissão serve

para reforçar a justa causa, apresentando “fundamentos robustos” de que o investigado é culpado.

Entretanto, aqui também concordamos com Martinelli (2020, p. 314), quando diz que essa função não faz sentido porque, no momento em que o acordo é proposto, os fundamentos já devem estar presentes, tendo em vista que a justa causa independe da confissão.

De acordo com o referido autor, a confissão é desnecessária no ANPP. Isso porque, se não houvesse elementos probatórios suficientes para fundamentar uma ação penal, o procedimento investigatório deveria ser arquivado, sem qualquer proposta de acordo. Se o MP propôs o acordo de não persecução penal é porque já há indícios de materialidade e autoria. Então, como já existe justa causa, a confissão do acusado não serve a nenhuma função, sendo um elemento dispensável no acordo (MARTINELLI, 2020, p. 311).

Logo, a função de garantia não justifica a exigência de confissão no acordo de não persecução penal.

Mas Cabral (2020, p. 275) também aponta outra função da confissão: servir como uma “vantagem processual” ao *parquet*, pois garante que haja consequências para o investigado se ele descumprir o acordo, evitando que o ANPP seja desfeito por decisão unilateral da parte sem efeitos negativos para esta.

Porém, essa vantagem processual viola a necessidade de paridade de armas entre defesa e acusação. Se o acordo for descumprido, o Ministério Público poderá dar início ao processo, que deve ocorrer com igualdade de condições entre as partes. Desse modo, é necessário retirar o conteúdo da confissão dos autos e alterar o juiz da causa (MARTINELLI, 2020, p. 314).

Contudo, ainda que a confissão seja retirada e o juiz seja alterado, o simples conhecimento de que esse ato foi realizado já prejudica a imparcialidade do julgador (MARTINELLI, 2020, p. 312).

Portanto, a confissão é um elemento dispensável, visto que apenas corrobora a justa causa pré-existente, e só serve para prejudicar o acusado, afetando a imparcialidade do magistrado.

4.3. A CONFISSÃO E A EFICIÊNCIA DO SISTEMA PENAL

Diante da constatação de que a confissão no processo penal carece de voluntariedade e é desnecessária, percebe-se que se trata de um elemento que reforça o caráter inquisitório do acordo de não persecução penal, promovendo a eficiência do sistema penal em detrimento de garantias fundamentais do acusado.

Para que o ANPP fosse mais adequado ao modelo acusatório, as garantias do contraditório, da ampla defesa e da presunção de inocência deveriam ser expressamente impostas na lei, porque a mera participação do “defensor no acordo não traz de forma robusta o direito fundamental a ampla defesa, se este não puder negociar as condições propostas pelo órgão de acusação junto com seu cliente” (STEIN, 2020, p. 47).

Ao se exigir que o investigado assuma a culpa pelo delito, o acordo de não persecução penal desrespeita o princípio da presunção de inocência. Esse princípio impõe que a pessoa só seja considerada culpada após o trânsito em julgado do devido processo penal, com todas as garantias inerentes ao direito de defesa. Logo, a lei não pode exigir que o acusado confesse um crime, pois cabe ao Estado provar a sua autoria e ninguém é obrigado a produzir provas contra si mesmo.

Como desdobramento do direito de defesa e da presunção de inocência, o investigado tem o direito de permanecer em silêncio. Apesar de alguns defenderem que a confissão no ANPP não viola o direito ao silêncio, por entenderem que há voluntariedade na negociação (CABRAL, 2020, p. 272), nós acreditamos que existe uma coação para que o acusado fale, representando uma grave violação a esse direito fundamental.

A exigência de confissão no acordo de não persecução penal se justifica como um “mal necessário” para alcançar a eficiência da punição. Desse modo, em consonância com a teoria de Michel Foucault, é falsa a ideia de que o ANPP promove uma redução do sistema penal. Em verdade, o que existe é uma expansão desse sistema, que está continuamente se adaptando para punir mais e melhor. Com esse novo instituto de justiça criminal negocial, superam-se os obstáculos do devido processo legal para se garantir o controle social.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por tudo o que foi exposto, conclui-se que a confissão no ANPP representa uma ameaça ao direito de defesa, com a predominância da eficiência sobre a garantia.

Em respeito aos princípios constitucionais, essa lógica deve ser invertida, de modo que as garantias do acusado prevaleçam sobre a eficiência do sistema. Assim, em um processo penal constitucional e acusatório, essa violação dos direitos do investigado não se justifica e a confissão deve ser dispensada para que seja garantido o seu direito de permanecer em silêncio.

Portanto, a exigência de confissão no acordo de não persecução penal não é um mal necessário, mas uma ameaça dispensável.

REFERÊNCIAS

ALSCHULER, Albert W. *Plea Bargaining and its History*. 79 Columbia Law Rev. 1, 1979.

ANITUA, Gabriel Ignacio. La importación de mecanismos consensuales del proceso estadounidense, en las reformas procesales latinoamericanas. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 44-45. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RBDPP_v.01-2015.pdf. Acesso em: 14 ago. 2022.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. A confissão circunstanciada dos fatos como condição para a celebração do acordo de não persecução penal. In: BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo (Org.). *Acordo de não persecução penal*. 2. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020.

COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda. Introdução aos Princípios Gerais do Direito Processual Penal Brasileiro. *Revista de Estudos Criminais*. Porto Alegre, Nota Dez Editora, n. 1, 2001.

_____. Plea bargaining no projeto anticrime: crônica de um desastre anunciado. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 27, n. 317, p. 2-5, abr. 2019. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=150544. Acesso em: 14 ago. 2022.

CUNHA, Rogério Sanches. Pacote anticrime. Salvador: Juspodivm, 2020.

BEM, Leonardo Schmitt de. Os requisitos do acordo de não persecução penal. In: BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo (Org.). *Acordo de não persecução penal*. 2. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020. p. 67.

BINDER, Alberto M. Introdução ao direito processual penal. Tradução: Fernando Zani. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

DOTTI, René Ariel; SCANDELARI, Gustavo Britta. Acordos de não persecução e de aplicação imediata de pena: o plea bargain brasileiro. *Boletim IBCCRIM*,

São Paulo, v. 27, n. 317, p. 5-7, abr. 2019. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=150548. Acesso em: 14 ago. 2022.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. Organização, introdução e revisão técnica: Roberto Machado. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2015.

_____. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. Tradução: Raquel Ramallete. 42. ed. Petrópolis: Vozes, 2014.

GUARAGNI, Fábio André. Acordo de não persecução penal: os contornos da confissão exigida pelo art. 28-A do CPP. In: BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo (Org.). *Acordo de não persecução penal*. 2. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020.

LANGER, Máximo. From legal transplants to legal translations: the globalization of plea bargaining and the americanization thesis in criminal procedure. In: *Havard International Law Journal*, v. 45, n. 1, 2004. p. 2-3.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 17. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. E-book (não paginado).

MARTINELLI, João Paulo Orsini. A (ir)relevância da confissão no acordo de não persecução penal. In: BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo (Org.). *Acordo de não persecução penal*. 2. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020.

_____; SILVA, Luís Felipe Sene da. Mecanismos de justiça consensual e o acordo de não persecução penal. In: BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo (Org.). *Acordo de não persecução penal*. 2. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. O acordo de não persecução penal. In: BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo (Org.). *Acordo de não persecução penal*. 2. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020.

NATIONAL ASSOCIATION OF CRIMINAL DEFENSE LAWYERS. The trial Penalty. 2018. Disponível em: www.nacdl.org/trialpenaltyreport. Acesso em 14 de ago. 2022.

SILVA, Amanda Scalisse. A reparação do dano e a restituição da coisa como condição para celebração do acordo de não persecução penal para crimes de natureza patrimonial e tributária. In: BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo (Org.). *Acordo de não persecução penal*. 2. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020.

SILVA, Bruna Couto da. Acordo de Não Persecução Penal: expansão ou redução do sistema penal?. Orientadora: Alessandra Rapacci Mascarenhas Prado. Coorientadora: Daniela Carvalho Portugal. 2020, 90 f. Monografia (Bacharelado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2020.

STEIN, Ana Carolina Fillppon. Acordo de não persecução penal e presunção de inocência: a (im)possibilidade da presença do direito fundamental à presunção de inocência em ambiente extraprocessual negocial. In: BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo (Org.). *Acordo de não persecução penal*. 2. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020.