



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E A REPERCUSSÃO JURÍDICA DA
CONFISSÃO COMO REQUISITO

Patrícia Miranda Giraldez

Rio de Janeiro
2021

PATRÍCIA MIRANDA GIRALDEZ

O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E A REPERCUSSÃO JURÍDICA DA
CONFISSÃO COMO REQUISITO

Artigo científico apresentado como exigência
de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato
Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do
Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2021

O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E A REPERCUSSÃO JURÍDICA DA CONFISSÃO COMO REQUISITO

Patrícia Miranda Giraldez

Graduada pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogada.

Resumo – a Lei nº 13.964 de 24 de dezembro de 2019 trouxe o instituto do acordo de não persecução penal objetivando criar uma alternativa a ser disponibilizada em casos de infrações penais com pena inferior a 4 anos, desde que o acusado esteja disposto a confessar em sua inteireza a prática do delito. Contudo, é importante analisar os requisitos do acordo de não persecução penal - notadamente a confissão - tendo em vista que a seara criminal lida com os direitos mais básicos e relevantes do indivíduo, como sua liberdade e o direito de provar sua inocência. A essência do trabalho é abordar a repercussão jurídica dessa confissão, verificando se permanecem intactos os direitos mais sensíveis do acusado.

Palavras Chave – Direito Processual Penal. Direito Penal. Acordo de não persecução penal. Confissão.

Sumário - Introdução. 1. A confissão no acordo de não persecução penal: requisitos e natureza jurídica. 2. As repercussões jurídicas da confissão para o acusado que pretende realizar o acordo de não persecução penal. 3. A discussão sobre a constitucionalidade da confissão como requisito do acordo de não persecução penal. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho enfoca a temática da confissão como um dos requisitos do acordo de não persecução penal, tendo em conta suas possíveis consequências para o acusado.

Com inspirações no modelo do *Plea Bargain*, utilizado em países de sistema da *common law*, a Lei nº 13.964 de 24 de dezembro de 2019 trouxe o instituto do acordo de não persecução penal, objetivando criar uma alternativa a ser disponibilizada em casos de infrações penais com pena inferior a 4 anos e cometidas sem violência e grave ameaça à pessoa, em que o acusado esteja disposto a confessar em sua inteireza a prática do delito.

Contudo, é indispensável e urgente analisar os requisitos desse acordo, notadamente a confissão, tendo em vista que a seara criminal lida com os direitos mais básicos e relevantes do indivíduo, como sua liberdade e o direito de provar sua inocência. Dessa forma, o estudo do tema tem como objetivo verificar se permanecem intactos os direitos mais sensíveis dos acusados, bem como o equilíbrio entre o desafogamento do judiciário e a manutenção da dignidade dos imputados.

No primeiro capítulo, a confissão é contextualizada com os demais requisitos previstos na lei, a fim de se perquirir qual é a natureza jurídica desta no acordo de não persecução penal e qual a diferença com a natureza jurídica da confissão em outros institutos.

Na construção do segundo capítulo, o artigo discute as consequências da confissão para o acusado no acordo de não persecução penal, uma vez que é requisito do acordo que esta aconteça de forma plena e integral, devendo o acusado afirmar em sua inteireza a prática do fato.

O terceiro capítulo é dedicado a verificação da constitucionalidade do acordo de não persecução penal frente ao texto da Constituição da República Federativa do Brasil. Nesse momento, serão analisadas as ações direitas de inconstitucionalidade que tramitam no Supremo Tribunal Federal: Adin nº 6298, Adin nº 6299, Adin nº 6300 e Adin nº 6305.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, tendo em conta que o pesquisador pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador se vale da bibliografia pertinente à temática em foco – analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa (legislação, doutrina e jurisprudência) – para sustentar a sua defesa.

1. A CONFISSÃO NO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: REQUISITOS E NATUREZA JURÍDICA

Na seara penal, a busca de solução dos conflitos era tarefa quase que exclusiva da jurisdição do Estado por meio de seu *jus puniendi*. Por vezes, ou o Estado proferia uma decisão sobre o conflito, ou era o responsável pelo afastamento da persecução penal. De uma forma ou de outra, haveria o início de um processo frente à um juiz.

Em decorrência desse formato de sistema de tratamento das questões criminais, houve um assoberbamento do poder judiciário, gerando como consequência uma morosidade na construção da justiça.

Diante desse cenário, os pesquisadores, doutrinadores e legisladores buscaram formas de trazer celeridade – com segurança jurídica – as fases processuais e pré-processuais do direito penal.

Segundo Rogério Sanches Cunha¹:

vê-se, especialmente pela introdução do modelo de justiça consensual, que a resposta para o crime tem sofrido o influxo de novas ideias, voltada para uma solução cada vez menos retributiva (meramente punitiva) e mais construtiva (reparadora). (...) Desta forma, os institutos despenalizadores são formas de colocar em prática a autocomposição, como por exemplo, os benefícios do procedimento do Juizado Especial Criminal, a delação premiada, suspensão condicional da pena e o acordo de não persecução penal.

A Lei nº 13.964 de 24 de dezembro de 2019² trouxe o instituto do acordo de não persecução penal objetivando criar uma alternativa a ser disponibilizada em casos de infrações penais com pena inferior a 4 anos e cometidas sem violência e grave ameaça à pessoa, em que o acusado esteja disposto a confessar em sua inteireza a prática do delito.

O referido instituto tem sua fonte de inspiração emanada de países do sistema da *common law* que utilizam modelos de justiça negociada como, por exemplo, o *Plea Bargain*.

Com o acordo de não persecução penal, passa a existir no ordenamento jurídico pátrio quatro oportunidades de afastamento da aplicação da lei penal ou de seu cumprimento: suspensão condicional da pena, transação, suspensão condicional do processo e o acordo de não persecução³.

Dentre os requisitos legais exigidos para fins de celebração do acordo, presentes no artigo 28-A⁴ do Código de Processo Penal, a confissão vem gerando dúvidas e questionamentos em sua aplicação no cotidiano.

Dispõe o artigo 28-A⁵ que o investigado deve ter confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal para a celebração do acordo.

A confissão formal é a exigência de que a afirmação da prática do delito ocorra perante autoridade pública, policial ou Ministério Público, reduzida a termo e subscrita. Além disso, a confissão deve estar formalmente discriminada nas cláusulas do acordo, que deve ser feito por escrito e na presença de defesa técnica.

Ainda, deve ser circunstancial, ou seja, com a especificação das principais características da infração sobre a qual versa o acordo, tendo que ser suficiente para delimitar

¹ CUNHA, Rogério Sanches. *Acordo de não persecução penal*. Salvador: Juspodvum, 2019, p. 202.

²BRASIL. *Lei nº 13.964*, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 30 set. 2020.

³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Pacote anticrime comentado: Lei 13.964, de 24.12.2019*. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 60.

⁴BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 30 ago. 2020.

⁵Ibid.

o fato e verificar os limites de eventual coisa julgada. A confissão circunstancial é a exigência de que o acusado deve apresentar uma versão detalhada dos fatos, cujas informações mantenham uma coerência lógica e compatibilidade com as demais provas contidas no procedimento.

Esse cuidado visa evitar confissões oportunistas e mentirosas, identificáveis por meio de declarações desconexas com as outras circunstâncias de tempo, local, modo etc.⁶. Com isso, são rechaçadas as chamadas confissões estruturalmente induzidas, que são conceituadas por festejada doutrina como aquelas “que ocorre quando o arguido se declara culpado porque sabe que, fazendo-o, poderá obter um tratamento mais favorável do MP e/ou do juiz ou porque, indo a julgamento, a lei sanciona de modo mais severo o seu comportamento”.⁷

Afinal, o acordo de não persecução penal é um instrumento de efetivação e otimização da tutela penal, jamais um instrumento de banalização do sistema de Justiça, devendo haver sempre cautela para evitar fraudes na confissão, seja por mentiras do acusado ou ausência de voluntariedade por coação externa de qualquer natureza, atendendo ao exigido pelo o art. 8º, 3, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)⁸.

Ainda, vale mencionar que atende ao exigido pelo artigo 28-A⁹ a confissão qualificada - em que se alega uma causa de absolvição, como exculpante -, uma vez que não há qualquer diferenciação feita pelo Código de Processo Penal nesse sentido. Ao contrário, o Superior Tribunal de Justiça, no bojo da decisão proferida no EREsp nº 1.416.247¹⁰, entendeu que a confissão qualificada é suficiente para incidência da atenuante prevista no artigo 65, inciso III, alínea d do Código Penal¹¹.

Como se vê, a confissão no contexto desse instituto não é realizada no âmbito de um processo judicial – diante de um juiz de direito -, o que permite que se classifique tal ato como

⁶ SOUZA, Renee do Ó. *Acordo de não persecução penal: o papel da confissão e a inexistência de plea bargain*. Disponível em: < https://www.conjur.com.br/2019-jan-07/renee-souza-papel-confissao-inexistencia-plea-bargain#_ftn2>. Acesso em: 25 set. 2020.

⁷ ALBERGARIA, Pedro Soares de. *Plea Bargaining: aproximação à justiça negociada nos E.U.A.* Coimbra: Almedina, 2007, p. 21.

⁸ BRASIL. *Decreto nº 678*, de 6 de novembro de 1992. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 30 set. 2020.

⁹ BRASIL, op. cit., nota 4.

¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *EREsp nº 1.416.247*. Relator Ministro Ribeiro Dantas. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/862132371/emargos-de-divergencia-em-recurso-especial-eresp-1416247-go-2014-0124536-1/inteiro-teor-862132381?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 30 set. 2020.

¹¹ BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 03 ago. 2021.

extrajudicial. Dessa forma, é possível concluir que a confissão é pressuposto de existência e requisito de validade do acordo de não persecução penal¹².

Dessa forma, a confissão no acordo não detém da mesma natureza jurídica que a confissão como instituto do processo penal, vez que nesse último caso, é verdadeiro meio de prova e, como tal, pode ser valorado pelo juiz para aplicação de uma pena.

Seguindo as lições de Aury Lopes¹³, “somente a confissão feita em juízo poderia ser utilizada no julgamento (junto com as demais provas, é claro). Assim, quando houver confissão na fase pré-processual e retratação na fase processual, não existiu confissão alguma a ser valorada na sentença.”

Tal afirmação permite concluir que a confissão feita no bojo do acordo de não persecução penal não pode ser utilizada, posteriormente, para outros fins dentro de eventual processo, sob pena de violação de princípios e regras sensíveis como contraditório, ampla defesa e o *nemo tenetur se detegere* (previsto no artigo 8º, parágrafo 2º, alínea “g”, do Pacto de San José da Costa Rica)¹⁴.

A confissão no acordo de não persuasão penal serve estritamente para os fins do acordo, vez que possui natureza jurídica de pressuposto de existência e requisito de validade daquele instituto.

2. AS REPERCUSSÕES JURÍDICAS DA CONFISSÃO PARA O ACUSADO QUE PRETENDE REALIZAR O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Como visto no tópico anterior, uma das exigências para que possa ser formalizada a proposta no acordo de não persecução penal é a confissão do acusado de forma circunstanciada e formal da prática do delito imputado na denúncia.

Depois que o acordo de não persecução penal é formalizado e assinado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor, a proposta segue para homologação judicial. Segundo dispõe o artigo 28-A, §§3º e 4º do Código de Processo Penal¹⁵, para que aja homologação do acordo “será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua

¹² CASTRO, Carolina Soares Castelliano Lucena de; PRUDENTE NETTO, Fábio. *Comentários sobre a exigência da confissão no acordo de não persecução penal*. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2020-fev-15/opiniao-exigencia-confissao-acordo-nao-persecucao-penal>>. Acesso em: 25 set. 2020.

¹³ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva educação, 2018, p. 454.

¹⁴ BRASIL, op. cit., nota 8.

¹⁵ BRASIL, op. cit., nota 4.

voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor, e sua legalidade”.

Entretanto, pergunta-se: quais as consequências dessa confissão para o acusado, notadamente no caso de não homologação pelo juízo ou descumprimento do acordo? A doutrina se divide no ponto, havendo corrente defendendo a impossibilidade da utilização da confissão para quaisquer fins em eventual processo judicial e, por outro lado, corrente sustentando a viabilidade da confissão como suporte probatório em eventual persecução penal.

Filiando-se à segunda corrente acima mencionada, Renato Brasileiro leciona que não há óbice na utilização da confissão do investigado, realizada para a celebração do acordo, como suporte probatório em eventual denúncia a ser oferecida pelo Ministério Público em caso de descumprimento das condições propostas ou da não homologação do acordo pelo juízo. O doutrinador defende que a confissão constitui uma contribuição que o investigado faz à investigação criminal e à eventual futuro processo penal, cabendo ao próprio indivíduo – orientado por sua defesa técnica - decidir de forma livre e voluntária se tem interesse em celebrar o acordo de não-persecução penal.¹⁶

Nesse sentido, Brasileiro¹⁷ aponta que:

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

Em adendo à tais lições, o autor menciona o Enunciado n° 27¹⁸ do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPGE) e do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM), o qual expõe que: “Havendo descumprimento dos termos do acordo, a denúncia a ser oferecida poderá utilizar como suporte probatório a confissão formal e circunstanciada do investigado”.¹⁹

Por outro lado, a primeira corrente se posiciona no sentido da impossibilidade da utilização da confissão celebrada no bojo do acordo para qualquer ato judicial contra o acusado,

¹⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 279.

¹⁷ *Ibid.*, p. 283.

¹⁸ BRASIL. Conselho Nacional de Procuradores-gerais. *Enunciado 27*. Disponível em: https://www.cnpge.org.br/images/arquivos/gndh/documentos/enunciados/GNCCRIM_Enunciados.pdf. Acesso em: 03 ago. 2021.

¹⁹ LIMA, op. cit., p.283.

vez que tal confissão não foi realizada no âmbito de um processo penal (de garantias), o que significa que não foram observados os princípios do contraditório, ampla defesa, o direito ao silêncio e etc.

Daí, depreende-se que essa confissão não é apta para dar ensejo a eventual processo que venha a surgir com a não realização do acordo, servindo tão somente como pressuposto para a realização do próprio acordo de não persecução penal.

Em consonância com tal entendimento, Rogério Sanches²⁰ aduz:

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

Desse modo, nota-se que para que uma confissão seja admitida para todos os fins legais, esta deve ocorrer em um processo criminal, perante um magistrado competente, devendo o juiz confrontá-la com as demais provas do processo, verificando se entre ela e estas existem compatibilidade ou concordância e aferindo seu valor de acordo com os outros elementos de prova.

Nesse desiderato, preleciona Giacomolli²¹ que:

O contraditório é a essência do processo jurisdicional, a marca diferenciadora dos demais procedimentos. Por isso é que se afirma ser o processo judicial um procedimento em contraditório (Fazzalari). Mais precisamente, um procedimento em contraditório judicial. Tese e antítese, voz ativa e voz passiva, pedido e contrapedido, ataque e defesa, culpado ou inocente, igualdade de meios de acusar e de se defender. Essa é a essência do contraditório, cujo equilíbrio deve ser garantido pelo juiz. O autor do fato não é obrigado a aceitar as medidas alternativas à sanção comum, nem a concordar com a suspensão condicional do processo. Ao admiti-las, o faz no exercício de seu direito de defesa. Portanto, não está sendo suprimido, de forma arbitrária e unilateral, o direito do autor do fato de contraditar uma futura pretensão acusatória. (...) O autor do fato, ao aceitar as medidas alternativas, não está reconhecendo sua culpabilidade, como acontece no sistema da plea bargaining, mas defende-se, como intuito de manter seu estado de inocência. A própria Lei 9.099 refere não produzirem a aceitação das medidas alternativas efeitos de natureza civil e nem reincidência, consequências típicas da sentença condenatória. Ademais, o juiz aplica a medida alternativa sem que tenha havido exercício de uma pretensão acusatória, o um juízo condenatório. O autor do fato continua inocente. As concepções de que o autor do fato reconhece sua culpa e/ou que as medidas alternativas são sanções criminais comuns, não encontram justificção constitucional, mormente diante do princípio da inocência. Por não haver confissão de culpa pelo autor do fato e nem declaração dessa pelo juiz; por inexistir provimento condenatório ou eficácia plena de sanção criminal, na

²⁰CUNHA, Rogério Sanches. *Pacote Anticrime – Lei n. 13.964/2019: Comentários às alterações do CP, CPP e LEP*. Salvador: Juspodium, 2020, p. 38.

²¹GIACOMOLLI, Nereu José. *Juízados Especiais Criminais*. Lei 9.099/95: abordagem crítica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.89.

aceitação da proposta de transação criminal não há violação ao princípio constitucional da inocência.

Ressaltasse-se que, embora ratificada perante o Juízo – em audiência, na presença do defensor e do membro do Ministério Público - a confissão é realizada em ambiente marcado pelo desequilíbrio de forças que inevitavelmente caracteriza tais ajustes, o que evidencia ainda mais a impossibilidade do uso dessa confissão como base para uma sentença penal condenatória.

Dessa forma, depreende-se que a confissão obtida pelo Ministério Público é similar a uma confissão feita na fase de investigação (inquérito ou outro procedimento equivalente), sem maior repercussão para a fase de processo propriamente dita. Assim, aplica-se no caso o disposto no artigo 155, *caput*, do Código de Processo Penal²², posicionando a confissão extrajudicial no mesmo patamar da confissão realizada na esfera policial, atraindo a exigência de que para a prolação de uma sentença condenatória, as provas obtidas na fase de inquérito sejam confirmadas na fase de processo, em que vigoram os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Em suma, é com fundamento em todos os motivos supramencionados que a maior parte da doutrina se alinha ao entendimento da impossibilidade do espraio dos efeitos da confissão para fins outros que não a celebração do próprio acordo, sob pena de violação a um sistema processual constitucionalmente constituído na lógica acusatória, do contraditório, da ampla defesa e do princípio *nemo tenetur se detegere*.

3. A DISCUSSÃO SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DA CONFISSÃO COMO REQUISITO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Inicialmente, antes de abordar a questão da constitucionalidade do artigo 28-A do Código de Processo Penal²³, cumpre mencionar brevemente a discussão do tema em face da Resolução n° 181/2017²⁴ - diploma que inaugurou o debate sobre a constitucionalidade do acordo de não persecução penal.

²²BRASIL, op. cit., nota 4.

²³Ibid.

²⁴ BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. *Resolução n° 181*, de 7 de agosto de 2017. Disponível em: <https://www.cnmpp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-181-1.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2020.

A Associação de Magistrados Brasileiros e a Ordem dos Advogados do Brasil propuseram, respectivamente, as Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5790²⁵ e nº 5793²⁶ questionando a constitucionalidade da justiça penal negociada no âmbito da referida resolução.

A ADI nº 5790 sustentava que a norma editada pelo Conselho Nacional do Ministério Público inovava em matéria processual penal, invadindo a competência legislativa, gerando violação grave de direitos e garantias individuais do investigado. Dessa forma, a resolução padeceria do vício de inconstitucionalidade formal e material, pois continha dispositivos que afrontariam as competências dos órgãos responsáveis pela investigação.

Igualmente, os legitimados ativos da ADI nº 5793 sustentaram que a resolução exorbitou o poder regulamentar do Conselho Federal do Ministério Público quando tratou sobre questões processuais penais - inovando na regulamentação do tema – usurpando poderes da União no que tange à instituição policial, além de ofender o princípio da reserva legal e da segurança jurídica.

Em reação às discussões sobre a constitucionalidade da Resolução 181/2017²⁷, veio a lume a edição da Resolução nº 183/2018²⁸, alterando vários pontos daquela norma com o intuito de desviar dos argumentos de inconstitucionalidade.

Tão logo a Lei nº 13.964/19²⁹ tenha entrado em vigor no dia 23 de janeiro de 2020, foram ajuizadas, cinco ações declaratórias de inconstitucionalidade tendo como foco principal a figura do juízo de garantias. Entretanto, a ADI nº 6304³⁰ também trouxe questionamentos sobre a constitucionalidade da confissão como requisito para a realização acordo de não persecução penal.

Para a Associação Brasileira de Advogados Criminalistas (ABACRIM), entidade que propôs a ADI, a exigência da confissão é requisito absolutamente inconstitucional por violar o princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII, CRFB³¹). Para a associação, tal requisito acentua a disparidade de poderes entre as partes do acordo, funcionado para o *Parquet* como

²⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 5790/DF*. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5283027>. Acesso em: 30 ago. 2020.

²⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 5793/DF*. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5288159>. Acesso em: 30 ago. 2020.

²⁷BRASIL, op. cit., nota 24.

²⁸BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. *Resolução nº 183*, de 24 de janeiro de 2018. Disponível em: <https://www.cnpm.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-183.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2020.

²⁹BRASIL, op. cit., nota 2.

³⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de inconstitucionalidade 6304*. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5843708>. Acesso em: 30 ago. 2020.

³¹BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 03 ago. 2021.

“moeda de troca” que pode ser usada para pressionar o investigado indefeso e desprotegido pela norma legal (art. 28-A)³².

Nesse sentido, a ABACRIM³³ sustenta que:

Referida previsão legal, enfim, afronta diretamente a presunção de inocência! (art. 5º, LVII, CF) e, possibilita, que o Ministério Público proponha, abusivamente, “acordo de não persecução penal” inclusive sobre fatos que não constituem crimes, pois o Judiciário não participa e nem fiscaliza a “negociação” do Ministério Público. Não se pode ignorar que o Ministério Público é uma Instituição que precisa de freios externos para evitar excessos e só quem pode contê-lo, processualmente falando, é um Juiz de Direito ou um Juiz Federal.

Em consonância com tal inteligência, a inconstitucionalidade do artigo 28-A do Código de Processo Penal³⁴ é sustentada com base na afirmação de que a exigência viola o direito ao silêncio, o princípio da presunção de inocência, o princípio da dignidade da pessoa humana, entre outros.

Inicialmente, a exigência da confissão viola a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969³⁵, conhecida como Pacto de São José da Costa Rica - considerada norma supralegal de acordo com o julgamento do RE n. 466.343/STF³⁶- que prevê:

Artigo 8º. Garantias Judiciais. [...] 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: [...] g. direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada.

Quando se exige a confissão, também se estar a violar o art. 5º, LXIII, da CF/1988³⁷, onde está insculpido o brocardo *nemo tenetur se detegere*, que quer dizer que o agente tem o direito de não produzir prova contra si mesmo, garantia também prevista no art. 186 do CPP³⁸.

Ainda, a Declaração Universal de Direitos Humanos aprovada pela ONU, em seu artigo 11³⁹ afirma:

³²BRASIL, op. cit., nota 30.

³³ Ibid.

³⁴BRASIL, op. cit., nota 4.

³⁵BRASIL, op. cit., nota 8.

³⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 466.343*. Relator: Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>. Acesso em: 1 abr. 2021.

³⁷BRASIL, op. cit., nota 31.

³⁸BRASIL, op. cit., nota 4.

³⁹ PARIS. Assembleia Geral das Nações Unidas. Declaração Universal dos Direitos Humanos. *Resolução 217 A III*, de 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 1 abr. 2021.

Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

Assim, percebe-se que os ordenamentos jurídico brasileiro e internacional prestigiam garantias mínimas de proteção do acusado, que são violadas quando se exige que este confesse para ter acesso ao acordo. No acordo, o acusado declara culpa, ferindo o princípio constitucional da presunção da inocência, dilacerando seu direito ao silêncio e ao *nemo tenetur se detegere*, antecipando a culpa ao período pré-processual – momento em que não há a observância do devido processo legal e a presença de um juiz constitucionalmente constituído.

Embora a confissão seja um meio de prova, que deve ser interpretada em conjunto com outros elementos dos autos (art. 197 do CPP⁴⁰), sendo ela tratada como requisito para a formalização do acordo, há uma transformação em sua natureza jurídica, pois volta a fazer as vezes de rainha das provas, potencializando a busca incessante pela verdade real às custas da desjudicialização dos atos⁴¹.

Um outro aspecto material da Constituição violado, refere-se ao princípio da Dignidade Humana, contido no artigo 1º, inciso III, da Constituição da República⁴², pois, sendo ele a base de todo o Estado Democrático de Direito, tratando os indivíduos como sujeitos de direito dentro do âmbito persecutório penal, não mais como objeto, a confissão como requisito do acordo, viola direitos fundamentais em detrimento de caprichos do *ius puniendi*.⁴³

Por todas essas premissas, há de se admitir que a confissão como requisito legal para o acordo de não persecução penal, além de não possuir utilidade alguma, está eivada de inconstitucionalidade.

CONCLUSÃO

No decorrer do artigo, verificou-se que em decorrência do assoberbamento do Judiciário foram iniciadas buscas por institutos de justiça negociada como, por exemplo, o *Plea Bargain*. Em decorrência disso a Lei nº 13.964 de 24 de dezembro de 2019 trouxe o instituto do acordo de não persecução penal, objetivando criar uma alternativa a ser disponibilizada em

⁴⁰BRASIL, op. cit., nota 4.

⁴¹ SILVA, José Carlos Félix da; REIS, Debora Cristyna Ferreira; SILVA, Klinsmann Alison Rodrigues Félix da Silva. Inconstitucionalidade material da confissão no Acordo de Não persecução Penal. *Revista Escola Superior do Ministério Público do Ceará*. Fortaleza-CE, Ano 12, nº2 / Jul./Dez. 2020, p. 36

⁴²BRASIL, op. cit., nota 31.

⁴³ SILVA, op. cit., p. 37.

casos de infrações penais com pena inferior a 4 anos e cometidas sem violência e grave ameaça à pessoa, em que o acusado esteja disposto a confessar em sua inteireza a prática do delito.

No tocante à natureza jurídica da confissão, restou claro que esta é de pressuposto de existência e requisito de validade do acordo de não persecução penal. Dessa forma, quando feita no bojo do acordo, a confissão não pode ser utilizada para outros fins dentro de eventual processo, sob pena de violação de princípios e regras sensíveis como contraditório, ampla defesa e o *nemo tenetur se detegere* (previsto no artigo 8º, parágrafo 2º, alínea “g”, do Pacto de San José da Costa Rica).

Tal conclusão demonstra que a confissão é um requisito vazio, sem qualquer utilidade até mesmo para o acordo, não à toa que o requisito não é exigido para outros institutos como a transação penal e a suspensão condicional do processo.

Todavia, parte da doutrina defende que não há óbice na utilização da confissão do investigado como suporte probatório em eventual denúncia a ser oferecida pelo Ministério Público em caso de descumprimento das condições propostas ou da não homologação do acordo pelo juízo, uma vez que a confissão constitui uma contribuição que o investigado faz à investigação criminal e à eventual futuro processo penal. Por outro lado, majoritariamente defende-se que por não ser realizada no âmbito de um processo penal (de garantias), a confissão não pode ser utilizada em eventual processo penal, tendo em vista que que não foram observados os princípios do contraditório, ampla defesa, o direito ao silêncio e etc.

Tendo em conta essa discussão na doutrina sobre os efeitos da confissão, foram propostas ações de inconstitucionalidade sobre o ponto.

Como visto, diante da natureza jurídica da confissão, bem como os argumentos sustentados pela maioria doutrina, a inconstitucionalidade do artigo 28-A do Código de Processo Penal é sustentada com base na afirmação de que a exigência viola o direito ao silêncio, o princípio da presunção de inocência, o princípio da dignidade da pessoa humana, entre outros.

A inconstitucionalidade se apresenta quando a norma é confrontada com o ordenamento jurídico brasileiro e internacional, que prestigiam garantias mínimas de proteção do acusado - violadas quando se exige que este confesse para ter acesso ao acordo. Além disso, embora a confissão seja um meio de prova, que deve ser interpretada em conjunto com outros elementos dos autos (art. 197 do CPP), sendo ela tratada como requisito para a formalização do acordo, há uma transformação em sua natureza jurídica, pois volta a fazer as vezes de rainha das provas, potencializando a busca incessante pela verdade real às custas da desjudicialização dos atos.

Portanto, depreende-se que o requisito da confissão viola princípios constitucionais básicos como, por exemplo, o princípio da presunção de inocência, da dignidade da pessoa humana, do juiz natural, entre outros. Assim, por ir de encontro ao disposto na Constituição, o requisito da confissão está eivado de inconstitucionalidade.

REFERÊNCIAS

ALBERGARIA, Pedro Soares de. *Plea Bargaining*: aproximação à justiça negociada nos E.U.A. Coimbra: Almedina, 2007.

BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 30 ago. 2020.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 30 ago. 2020.

_____. *Lei nº 13.964*, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019022/2019/lei/L13964.htm#:~:text=Na%20hip%C3%B3tese%20de%20condena%C3%A7%C3%A3o%20por,com%20o%20seu%20rendimento%20%C3%ADcito.>>. Acesso em: 30 ago. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta De Inconstitucionalidade nº 6305*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/ADI6305.pdf/>>. Acesso em: 30 ago. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5793*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5288159>. Acesso em: 1 abr. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *EREsp nº 1.416.247*. Relator Ministro Ribeiro Dantas. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/862132371/embargos-de-divergencia-em-recurso-especial-eresp-1416247-go-2014-0124536-1/inteiro-teor-862132381?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 30 set. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 466.343*. Relator: Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>. Acesso em: 30 set. 2020.

_____. Conselho Nacional do Ministério Público. *Resolução nº 181*, de 7 de agosto de 2017. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resoluo-181-1.pdf>. Acesso em: 1 abr. 2021.

_____. Conselho Nacional do Ministério Público. *Resolução nº 183*, de 24 de janeiro de 2018. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resoluo-183.pdf>. Acesso em: 1 abr. 2021.

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

CUNHA, Rogério Sanches. *Acordo de não persecução penal*. Salvador: Juspodvum, 2019.

_____. *Pacote Anticrime – Lei nº 13.964/2019: Comentários às alterações do CP, CPP e LEP*. Salvador Juspodium, 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. 8. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva educação, 2018.

GIACOMOLLI, Nereu José. *Juízados Especiais Criminais. Lei 9.099/95: abordagem crítica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Pacote anticrime comentado: Lei 13.964, de 24.12.2019*. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

SOUZA, Renee do Ó. *Acordo de não persecução penal: o papel da confissão e a inexistência de plea bargain*. Disponível em: < https://www.conjur.com.br/2019-jan-07/renee-souza-papel-confissao-inexistencia-plea-bargain#_ftn2>. Acesso em: 25 set. 2020.