

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

AMANDA STHEFANNY FONSECA

CONFISSÃO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL COMO PROVA
EM EVENTUAL AÇÃO PENAL: A IMPOSSIBILIDADE DE PRODUIR PROVA
CONTRA SI MESMO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.

CURITIBA

2022

AMANDA STHEFANNY FONSECA

CONFISSÃO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL COMO PROVA
EM EVENTUAL AÇÃO PENAL: A IMPOSSIBILIDADE DE PRODUZIR PROVA
CONTRA SI MESMO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.

Artigo científico apresentado ao curso de
Graduação em Direito, Setor de Ciências
Jurídicas, Universidade Federal do Paraná,
como requisito parcial à obtenção do título de
Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Guilherme Brenner
Lucchesi.

CURITIBA

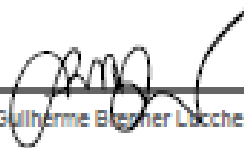
2022

TERMO DE APROVAÇÃO

CONFISSÃO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL COMO PROVA EM EVENTUAL AÇÃO PENAL: A IMPOSSIBILIDADE DE PRODUIR PROVA CONTRA SI MESMO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.

AMANDA STEFANNY FONSECA

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:



Guilherme Blasner Lucchesi
Orientador

Coorientador

RODRIGO LEITE FERREIRA Assinado em forma digital por
RODRIGO LEITE FERREIRA
CABRAL/03101043948
Data: 2023.03.01 10:43:42 -0300
CABRAL/03101043948

Rodrigo Leite Ferreira Cabral

1º Membro

Priscilla Assinado em forma
digital por Priscilla
Placha Sá
Data: 2023.03.01
12:13:11 -0300
Placha Sá

Priscilla Placha Sá

2º Membro

RESUMO

A justiça penal negociada é uma realidade para o ordenamento jurídico brasileiro e tem conquistado seu espaço como alternativa para solução de conflitos. O acordo de não persecução penal foi o mais recente instituto introduzido pela legislação e tem causado polêmica na doutrina e jurisprudência pela exigibilidade da confissão extrajudicial como pressuposto. O ensaio tem como objetivo analisar a natureza dessa confissão e defende a impossibilidade de proveito desse requisito como prova em eventual ação penal, decorrente da vedação à autoincriminação.

Palavras-chave: Justiça penal negociada. Acordo de não persecução penal. Confissão. Princípio da não autoincriminação.

ABSTRACT

Negotiated Criminal Justice is a reality in the Brazilian legal system and has conquered its space as an alternative for conflict resolution. The Non-prosecution Agreement was the most recent institute introduced by the legislation and has caused controversy in the doctrine and jurisprudence due to the requirement of an out-of-court confession as an assumption. The essay aims to analyze the nature of this confession and argues that it is impossible to prove this requirement as evidence in any criminal action due to the prohibition of self-incrimination.

Keywords: Criminal justice negotiation. Non-prosecution agreement. Confession. Principle of non-self-incrimination.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	8
2. JUSTIÇA PENAL NEGOCIAL NO BRASIL.....	8
3. O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL.....	10
4. A FINALIDADE DA CONFISSÃO NO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL.....	12
5. A VEDAÇÃO DE PRODUZIR PROVA CONTRA SI MESMO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	18
6. A (IM)POSSIBILIDADE DO USO DA CONFISSÃO DO ANPP COMO PROVA EM EVENTUAL AÇÃO PENAL.....	23
7. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	28
8. REFERÊNCIAS.....	31

1. INTRODUÇÃO.

Com o advento da Lei 13.964/2019, conhecida como Pacote Anticrime, se introduziu no ordenamento jurídico brasileiro o instrumento de negociação jurídica pré-processual denominado acordo de não persecução penal¹, com a inclusão do artigo 28-A no Código de Processo Penal².

O instrumento jurídico processual permite que o investigado/acusado firme um acordo com o Ministério Público antes do recebimento da acusação formal, ou seja, da denúncia. Para isso, deverá cumprir uma série de requisitos legais, podendo ser indicados outros requisitos adicionais pelo representante do Estado, conforme inciso V da norma atinente à matéria. Entre os requisitos legais exigidos para o ANPP, inclui-se a confissão formal e circunstancial, previsto no caput do dispositivo.

A confissão extrajudicial tem sido objeto de diversas críticas pela doutrina brasileira, e entrave de muitas discussões, principalmente no tocante ao limite de seu uso pelo representante do estado.

Dessa maneira, sem o objetivo de esgotamento das discussões pertinentes ao assunto, o presente trabalho se debruça a discutir sobre a impossibilidade do aproveitamento da confissão realizada no âmbito do ANPP, caso o acordo homologado em juízo seja descumprido pelo investigado/acusado, em consequência do princípio da não autoincriminação, assim como em atenção à própria natureza e objetivo do instituto.

2. JUSTIÇA PENAL NEGOCIAL NO BRASIL.

A justiça penal negociada no Brasil foi inaugurada oficialmente com a Lei 9.099/95, que dispõe sobre a criação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais³. O mandamento normativo decorreu diretamente da Constituição Federal, que no artigo 98 determinou a criação, pelos Estados, União, Distrito Federal e Territórios de “ I. juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses

¹ O trabalho adotará a abreviação “ANPP” para se referir ao acordo.

² No corpo do trabalho, pode ser encontrado a abreviação “CPP” para se referir ao Código.

³ JUNIOR, Aury Celso Lima L. **DIREITO PROCESSUAL PENAL**. São Paulo/SP: Editora Saraiva, 2021, p. 332/334. 9786555590005. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555590005/>. Acesso em: 19 abr. 2022.

previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau”.

Nesse sentido, a lei instituiu no sistema jurídico brasileiro a possibilidade de negociação que consiste numa alternativa à eventual imposição da pena privativa de liberdade, com a adoção de medidas despenalizadoras, a partir dos institutos de composição civil dos danos, transação penal e suspensão condicional do processo.

Em 2013 o ordenamento jurídico brasileiro ganhou outro grande instituto negocial, a partir da Lei 12.850: a colaboração premiada, ou como é popularmente conhecida, delação premiada⁴. A aplicação desse negócio jurídico é limitada aos crimes cometidos por organizações criminosas, e seu objetivo é de meio de obtenção de prova⁵, de acordo com o artigo que inaugura o diploma “3º-A. O acordo de colaboração premiada é negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesse públicos”. Diferente dos institutos previstos na lei 9.099/95, a colaboração premiada pressupõe a colaboração do investigado/réu, em vistas do perdão judicial, diminuição da pena, ou substituição por penas restritiva de direitos, caso cumprido determinados pressupostos.

Há ainda o acordo de leniência, previsto na Lei 12.846 de 2013, que possui similaridades com a colaboração premiada. Assim como naquele instituto, o acordo de leniência limita-se a uma infração específica, que nesse caso são os ilícitos praticados por pessoas jurídicas contra a administração pública. Aqui, a empresa investigada deve auxiliar na elucidação fatos, a fim de identificar os demais participantes do ato ilícito, visando receber benefícios pela sua contribuição, caso cumprido os pressupostos necessários⁶. Não obstante, diferentemente dos demais negócios jurídicos supramencionados, o acordo de

⁴ AIRES, Murilo T.; FERNANDES, Fernando A. **A colaboração premiada como instrumento de política criminal: a tensão em relação às garantias fundamentais do réu colaborador**. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 3, n. 1, p. 253-284, jan./abr. 2017, p. 255/256. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.46>. Acesso em: 19 abr. 2022.

⁵⁵ Essa noção do prêmio, ou mesmo do incentivo, não se mostra como reflexo de um valor moral positivo, de forma a satisfazer-se com o aspecto valorativo de abandono da organização criminosa em prol dos valores jurídicos estatais, mas sim de um objetivo político criminal, na medida em que o que interessa para a concessão do benefício é a colaboração que produz efeitos práticos no plano do esclarecimento dos fatos. (*Ibid*, 264).

⁶ JÚNIOR, Clodomiro José Bannwart et al. **O Acordo de Leniência: uma análise de sua compatibilidade constitucional e legitimidade**. Revista do Direito Público, v. 10, n. 3, p. 31-50, 2015.

leniência ocorre no âmbito administrativo da investigação do ato ilícito, e não impede a responsabilização criminal das pessoas físicas envolvidas na infração⁷.

Por fim, a Lei 13.964/2019 acrescentou o acordo de não persecução penal ao ordenamento jurídico brasileiro, que será tratado na sequência.

3. O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL.

O acordo de não persecução penal, introduzido pela Lei 13.964/2019, ou apenas regulamentado por esta, como aponta Marcos Paulo Dutra Santos⁸, foi originalmente previsto no art. 18 da Resolução 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público (denominado CNMP). Guilherme Brenner Lucchesi e Tiago Bunning Mendes⁹ apontam que esse instituto jurídico negocial veio para ficar, pois reforçou a aplicação do consenso a resolução dos conflitos penais, à medida que pode ser aplicado a 80% dos delitos previstos no Código Penal, assim como a outros previstos em legislação extravagante, que se adequem as exigências da lei.

De acordo com o art. 28-A do Código de Processo Penal, 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 (doravante denominado MP) poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante condições ajustadas cumulativa e alternativamente. Acerca da expressão circunstancialmente, Andrey Borges de Mendonça¹⁰ sustenta:

Duas posições estão se formando na doutrina. Para a primeira, o legislador teria se utilizado da expressão “circunstancialmente” – e não “circunstanciadamente”, como previsto no Projeto de Lei nº 10.372/2018 – de forma que a confissão deve se limitar e circunstanciar

⁷ SILVEIRA, Renato de Mello J. **Compliance, direito penal e lei anticorrupção**, 1ª edição. São Paulo/SP. Editora Saraiva, 2015. 9788502622098, p. 350. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502622098/>. Acesso em: 25 abr. 2022.

⁸ SANTOS, Marcos Paulo D. **Comentários ao Pacote Anticrime**. Rio de Janeiro/RJ. Grupo GEN, 2022. 9786559645077, p. 201. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559645077/>. Acesso em: 26 abr. 2022.

⁹ LUCCHESI, Guilherme Brenner. MENDES, Tiago Bunning. **Lei Anticrime: A (re)forma penal e a aproximação de um sistema acusatório?** Editora Tirant lo blanch, São Paulo/SP, 2020, p. 56/58.

¹⁰ MENDONÇA, Andrey Borges de. **Acordo de não persecução penal e o Pacote anticrime (Lei 13.964/2019)**. In: SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Lei anticrime: um olhar criminológico, político-criminal, penitenciário e judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 383.

ao acordo, pois a expressão significaria “isoladamente”, “pontualmente”. Ou seja, a confissão somente serviria como requisito do acordo e de maneira pontual, mas não poderia ser utilizada para nenhuma outra finalidade, seja no processo penal ou fora dele. A segunda posição assevera que “circunstancialmente” significa que a confissão deve ser narrada com todas as circunstâncias de tempo, lugar, modo de execução, etc., de maneira detalhada. Essa última é a nossa posição. A confissão deve ser minudenciada, indicando todas as circunstâncias do fato e da autoria. “Circunstancialmente” deriva de “circunstância”, ou seja, tudo aquilo que está ao redor do delito. Desta forma, todas estas circunstâncias devem ser narradas na confissão.

Após quase 2 (dois) anos da entrada em vigor do ANPP, verifica-se que, de fato, a interpretação dominante é de que a confissão deve ser realizada de maneira minuciosa, mas não há uma posição jurisprudencial e doutrinária preponderante acerca dela ser um ato pontual e isolado. A posição assumida nesse trabalho é de que a confissão não pode ser utilizada para outra finalidade que não o acordo de não persecução penal. Isso significa que, em caso de descumprimento de uma das cláusulas previstas no ANPP, o Ministério Público não poderá utilizar a confissão extrajudicial como prova, e os argumentos serão apresentados no desenvolvimento.

As condições que devem ser ajustadas cumulativamente estão previstas nos incisos I a III do dispositivo legal, e consistem em reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo; renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; e 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. Alternativamente, o investigado pode pagar prestação pecuniária, a ser estipulada, a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito ou cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo MP, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

O § 2º do dispositivo legal estabelece as hipóteses taxativas em que é vedado o ANPP. A primeira hipótese é quando for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais (inciso I), pois é um instituto mais favorável ao agente, já que não fica sujeito a condições tais como previstas no

acordo¹¹. O inciso II veda o ANPP quando o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas. Há vedação ainda, no inciso III, para agentes que tenham sido beneficiados, nos últimos 5 (cinco) anos pelo ANPP, transação penal ou suspensão condicional do processo. A última hipótese é para crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor.

Visto isso, caso o agente tenha cometido delito que permita a aplicação do ANPP, após o término das investigações e havendo análise permissiva, o Ministério Público apresentará proposta de acordo ao investigado. Após as tratativas realizadas entre o MP e a defesa do investigado, deverão ser cumpridos os requisitos previstos nos incisos I a V, do *caput*, bem como o agente confessar a prática do delito. O acordo será homologado em juízo. Caso o agente cumpra as cláusulas do acordo dentro do prazo determinado, será extinta sua punibilidade. Em caso contrário, o MP poderá continuar com a persecução penal.

Nessa seara, há uma intensa discussão jurisprudencial e doutrinária acerca da utilização da confissão como prova em eventual ação penal, que será objeto de discussão na sequência.

4. A FINALIDADE DA CONFISSÃO NO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL.

Uma das maiores novidades do acordo de não persecução penal, que o difere dos outros institutos de negociação penal, é a exigência da confissão formal e circunstancial pelo autor do delito. Mesmo após 2 (dois) anos da entrada em vigor do instituto, há intensa discussão sobre a finalidade da confissão.

É indiscutível que a confissão é uma das principais formas de prova para se alcançar a verdade no Processo Penal. Mas também é a mais frágil. A doutrina predominante brasileira entende que a verdade real é inalcançável. Ainda que o legislador aposte em instrumentos processuais que visem alcançá-la, ela é inatingível. A única verdade atingível no processo é a processual, ou formal.

¹¹ LUCCHESI, Guilherme Brenner. MENDES, Tiago Bunning. **Lei Anticrime: A (re)forma penal e a aproximação de um sistema acusatório?** Editora Tirant lo blanch, São Paulo/SP, 2020, p. 61.

Marco Antônio de Barros¹² sustenta que, a verdade material há de ser uma verdade judicial processualmente válida, de modo que o princípio da verdade material significa hoje simplesmente a tendência a uma certeza próxima da verdade judicial, ou seja, já não reflete mais a força de um dogma fundamental que tem o condão de harmonizar o sistema normativo com lógica e racionalidade.

Quanto a verdade formal, esclarece que é produto da inteligência humana, que podendo não ser totalmente coincidente com a realidade, produz os efeitos jurídicos essenciais da chamada “verdade judicial”. Isto não corrompe a decisão que encerra o processo, pois a providência jurisdicional, assim declarada, repousa num conjunto probatório do qual emerge a verdade formal, também chamada de verdade convencional, fracionada ou limitada, sem que nisso haja inconveniente¹³.

Assim, ainda que a confissão tenha o condão de alcançar a verdade processual do caso penal e seja identificada como uma das principais finalidades quando se trata de exigência no negócio jurídico processual, verifica-se que ela não pode ser um instrumento do órgão acusador para atingi-la.

Ao tratar sobre a delação premiada, que também exige a confissão do investigado/acusado sobre os fatos, o autor sustentou que as diligências e meios empregados com intuito de se descobrir a verdade devem ser isentos dessa colaboração, que muito se aproxima de um conluio, do qual nenhum prestígio se transfere ao exercício do *jus puniendi estatal*. Acrescenta que, melhor seria se os agentes estatais incumbidos do exercício da persecução penal não fossem incentivados e legalmente autorizados a estabelecer essa relação de aproximação com delatores criminosos visando descobrir a verdade¹⁴.

No tocante ao ANPP, a exigência da confissão é ainda mais crítica, pois como mencionado anteriormente, este negócio jurídico processual difere da delação premiada principalmente quanto a seu objetivo, que é promover a não persecução¹⁵. Assim, verifica-se que a busca da verdade não parece ser uma

¹² BARROS, Marco Antonio. **A busca da verdade no Processo Penal**. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo/SP, 2002, p. 37.

¹³ *Ibid*, p. 31.

¹⁴ *Ibid*, p. 282.

¹⁵ SANTOS, Marcos Paulo D. **Comentários ao Pacote Anticrime**. Rio de Janeiro/RJ. Grupo GEN, 2022. 9786559645077, p. 256. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559645077/>. Acesso em: 26 abr. 2022.

finalidade adequada para a exigência da confissão no acordo de não persecução penal.

Acerca desse assunto, Andrey Borges de Mendonça¹⁶ cita outras três possíveis finalidades da confissão. A primeira hipótese citada pelo autor seria de que a confissão teria o propósito de servir para que o imputado incriminasse terceiros e, assim, auxiliasse nas investigações. Essa posição é totalmente contrariada pelo autor na sequência, assim como entre a posição dominante entre doutrinadores. Isso porque, a finalidade do ANPP não é de produção de prova para incriminação de terceiros, como ocorre por exemplo na colaboração premiada e no acordo de leniência, mas é um instituto de despenalização que propõe penas mais brandas para delitos com menor potencial de ofensa a bens jurídicos.

Nessa seara, Monique Cheker¹⁷ aponta que a confissão que pode ser exigida no concurso de agentes diz respeito, única e exclusivamente, à atuação do beneficiário, ou seja, aos fatos praticados por ele ou que tiveram sua influência direta. Não se trata, assim, de meio de obtenção de prova que possa levar, por si, à denúncia de outros envolvidos ou que assim o exija.

Borges de Mendonça cita uma segunda hipótese, em que a finalidade da confissão seria mudar a mentalidade do imputado, tendo aspecto puramente moral, de que o imputado reconhecesse seus erros, visando expiar e se arrepende de seus crimes. Porém, entendemos que o aspecto moral não deve ser uma finalidade do processo penal.

A terceira hipótese apresentada é de que a confissão buscaria impedir que o investigado aceitasse o acordo sem ser o responsável pela infração, ou seja, uma barreira contra acordos firmados com inocentes. Andrey Borges de Mendonça concorda com essa posição, entendendo ser uma das finalidades do ANPP. À encontro disso, Paulo H. Aranda Fuller¹⁸ aponta que, mesmo o acusado

¹⁶ MENDONÇA, Andrey Borges de. **Acordo de não persecução penal e o Pacote anticrime (Lei 13.964/2019)**. In: SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. Lei anticrime: um olhar criminológico, político-criminal, penitenciário e judicial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 389/391.

¹⁷ CHEKER, Monique. **A confissão do concurso de agentes no acordo de não persecução penal**. In: Inovações da Lei, n. 13.964, vol. 7, Ministério Público Federal, p. 375.

¹⁸ FULLER, Paulo Henrique Aranda. **Alterações ao Código de Processo Penal**. In: JUNQUEIRA, Gustavo. VANZOLINI, Patricia. FULLER, Paulo Henrique. PARDAL, Rodrigo. Lei Anticrime Comentada – Artigo por artigo. Inclui os mais recentes julgados do STF e STJ sobre o tema. São Paulo: Saraiva, 2020, 2ª Edição, p. 294.

inocente pode mentir e confessar para firmar o ANPP, em vistas de acabar com a persecução penal.

Em que pese a confissão tenha que constar as circunstâncias do delito, é possível que o agente valha-se das provas constantes nos autos para mentir acerca da sua participação no delito, visto que a persecução penal produz diversos efeitos negativos na vida pessoal do agente. Portanto, apesar de ser uma das possíveis finalidades do ANPP, não nos parece adequada.

Rodrigo Leite Ferreira Cabral¹⁹, por sua vez, sustenta, no livro *Manual do acordo de não persecução penal*, que o Ministério Público somente realizará esse acordo caso exista uma vantagem político-criminal para a persecução penal, que consiste na priorização da persecução em crimes mais graves.

Nessa seara, acrescenta que a celebração do acordo devem redundar os seguintes benefícios ao Estado no caso concreto: (i) agilização da resposta aos casos penais por meio do acordo, evitando-se a instrução processual e todos os atos que ocorrem no iter processual, como alegações finais, sentença e recursos; (ii) realização das finalidades político-criminais da pena, é dizer, o acordo deve cumprir uma função preventiva no caso concreto; (iii) deve necessariamente existir uma vantagem probatória e caso de descumprimento do acordo, consistente na confissão do investigado, em áudio e vídeo, que pode ser utilizada no processo penal, pelo Ministério Público, como elemento de corroboração e de busca de fontes de prova²⁰.

De fato, uma das finalidades do ANPP é a apontada pelo autor no item (i), isso porque tem a possibilidade de ser aplicado em 80% dos crimes previstos no Código Penal, bem como é uma forma de evitar a instrução processual por meio da assunção de responsabilidades pelo autor do delito.

Acerca do item (ii), também concordamos com a posição do autor, na medida em que o ANPP não deve ter a função somente de extinguir a punibilidade do agente, mas de prevenção geral e/ou especial de novos delitos, e para tal há previsão de requisitos objetivos e subjetivos que devem ser cumpridos num determinado período de tempo.

¹⁹ CABRAL. Rodrigo Leite Ferreira. **Manual do Acordo de Não Persecução Penal**. À luz da Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime). Editora Juspodivm: São Paulo, 2021. 2ª Edição, p. 89.

²⁰ *Ibid*, p. 89/90.

No mesmo sentido, Claus Roxin²¹ defende que a ausência de prevenção geral ou especial pode ocasionar a exclusão da culpabilidade do indivíduo, haja vista que para a imputação subjetiva da ação injusta devem concorrer a culpabilidade do autor e a necessidade preventiva de pena. Por isso propõe chamar a categoria do delito que sucede ao injusto não de "culpabilidade", mas "responsabilidade". Complementa que segundo a teoria dos fins da pena por ele defendida, só se pode justificar a pena pela concorrência da culpabilidade e da necessidade preventiva da pena. Para a medição da pena isto significa, por um lado, que toda pena pressupõe culpabilidade, não podendo jamais ultrapassar-lhe a medida, mas que a pena também sempre tem de ser preventivamente indispensável.

Em contrapartida, discordamos da conclusão tirada no item (iii) por Rodrigo L. F. Cabral, de que o ANPP pode e deve ser utilizado em eventual processo penal pelo MP, como elemento de corroboração e de busca de fontes de prova.

Aury Lopes Jr. e Higyna Josita²² se posicionaram sobre o assunto em artigo, e sustentaram que a confissão não poderia ser usada contra o investigado em eventual ação penal. Para isso, citaram dois autores dos quais concordam com a argumentação. O primeiro autor 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 complemento a isto, o segundo autor do qual Aury e Higyna concordam com a posição aduz que 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.

²¹ ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. Tradução de Luis Greco. Editora Renovar, Rio de Janeiro/RJ, 2006, p. 154.

²² LOPES JUNIOR, Aury; JOSITA Higyna. **Questões Polêmicas do Acordo de Não Persecução Penal**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-06/limite-penal-questoes-polemicas-acordo-nao-persecucao-penal> Acesso em 25/01 as 9h11.

Acerca desta temática, Marco Paulo D. Santos²³, defende que o objeto da homologação sequer é a confissão em si, mas o ANPP. Urge, portanto, dar à dita confissão a sua exata dimensão: mero indício, produzido extrajudicialmente. Complementa dizendo que, se indício é, quando do exaurimento da competência do juiz das garantias, há de ficar acautelado na secretaria correspondente, sem envio ao Juízo da instrução e do julgamento, a teor do § 3º do art. 3º-C do CPP. Apesar de o dispositivo estar com a sua eficácia suspensa cautelarmente, por pronunciamento monocrático tomado pelo Min. Luiz Fux, extrai-se, da leitura holística da Lei nº 13.964/19, não haver sido concebido para irradiar-se no processo e servir de elemento de convicção quando da formação do *judicium causae*. Sua importância fica adstrita à edição do *judicium accusationis*.

Importante mencionar que no HC 185.913, ainda em andamento, o Ministro Relator Gilmar Mendes considerou que é inadmissível sustentar que a confissão realizada como requisito ao ANPP poderia ser utilizada para fundamentar eventual condenação se houver o descumprimento do acordo²⁴. Entre os argumentos invocados, cita que há violação do princípio da não autoincriminação.

NUCCI²⁵ também argumenta nesse sentido. Sustenta que, para que a confissão do investigado produza efeito somente no âmbito do acordo, caso este não seja cumprido, havendo posterior denúncia, o termo de admissão de culpa deve ser excluído dos autos. Essa providência – eliminação dos autos do inquérito das vistas do julgador da causa – é prevista pelo art. 3º-C, § 3º, do CPP. Porém, este artigo está com a eficácia suspensa por liminar concedida pelo STF. Atualmente, caso o acordo não seja cumprido, nada impede que a confissão detalhada do investigado ingresse nos autos principais e seja levada em conta pelo juiz por ocasião da condenação. Afinal, o art. 155 do CPP não permite que o magistrado fundamente sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, vale dizer, pode levar em

²³ SANTOS, Marco Paulo D. **Comentários ao Pacote Anticrime**. São Paulo/SP, Grupo GEN, 2020. 9788530991814, p. 232. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530991814/>. Acesso em: 23 mar. 2022.

²⁴ HC 185.913/DF. Min. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5917032>. Acesso em: 23 mar. 2022.

²⁵ NUCCI, Guilherme de S. **Código de Processo Penal Comentado**. Rio de Janeiro/RJ. Grupo GEN, 2021, p. 125. 9788530993474. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530993474/>. Acesso em: 29 mar. 2022.

consideração o que há no inquérito, desde que sopesse com elementos captados durante a instrução em juízo.

Acrescenta que há duas alternativas para superar a questão do uso da confissão extrajudicial, feita pelo investigado, caso o acordo não seja cumprido e a denúncia seja oferecida e recebida, iniciando-se o processo criminal: a) o art. 3.º-C, § 3.º, do CPP, entra em vigor, cancelando-se a liminar que detém a sua eficácia; com isso, toda a investigação, incluindo a confissão do acusado, ficaria fora do processo; b) se o art. 3.º-C, § 3.º, do CPP, continuar sem vigorar por tempo indeterminado (ou for considerado pelo STF inconstitucional), parece-nos que o caminho é considerar o termo de confissão extrajudicial como prova ilícita para ser utilizada no processo contra o réu; afinal, ele somente admitiu a culpa para se valer do acordo; cessado este, aquela confissão precisa ser eliminada igualmente.

Assim, além do reconhecimento da culpa demandar o devido processo legal, a legislação constitucional brasileira não permite a autoincriminação, conforme será argumentado a seguir. Não obstante, nos parece contraditório que o Ministério Público busque uma vantagem probatória a ser usada em eventual ação penal se o objetivo do ANPP é promover a não persecução penal através do consenso.

5. A VEDAÇÃO DE PRODUZIR PROVA CONTRA SI MESMO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.

O princípio da não autoincriminação, em latim *nemo tenetur se detegere, nemo tenetur ipsum accusare, privilegie against self-incrimination*, encontra guarida em cláusula pétrea constitucional, que estabelece no art. 5º “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado.

Maria Elizabeth Queijo²⁶ conceitua o princípio *nemo tenetur se detegere*, como direito fundamental, que objetiva proteger o indivíduo contra excessos cometidos pelo Estado, na persecução penal, incluindo-se nele o resguardo contra violências físicas e morais, empregadas para compelir o indivíduo a cooperar na investigação e apuração de delitos, bem como contra métodos proibidos de interrogatório, sugestões e dissimulações.

A partir do mandamento constitucional, o CPP também estabelece no artigo 186 que “depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas. Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa. (...)”.

Em contrapartida, o art. 198 da mesma reprimenda diz que “o silêncio do acusado não importará confissão, mas poderá constituir elemento para a formação do convencimento do juiz”. Mariana Mayumi²⁷ defende na dissertação de mestrado à USP, que tal disposição não teria sido recepcionada pela Constituição Federal de 1988, que, de forma expressa conferiu ao réu a possibilidade de manter-se calado, assim, conclui que, uma vez que o acusado é advertido de que pode se calar, não pode o juiz levar tal silêncio em consideração, pois daí adviria a existência real de se prejudicar.

Converge-se a tal posicionamento o fato de que, além de possuir respaldo legislativo nacional, a vedação à autoincriminação também possui reflexos no cenário internacional, no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (art. 14, III) e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 8º, § 2º, g), os quais são ratificados pelo Brasil nos Decretos 592/1992 e 678/1992, respectivamente, e considerados normas supralegais. Essas normas resguardam especificamente que o investigado/acusado tem o direito de não ser obrigado a depor contra si mesmo, nem declarar-se culpado, decorrente da

²⁶ QUEIJO, Maria E. **O direito de não produzir prova contra si mesmo - O princípio nemo tenetur se detecta e suas decorrências no processo penal**, 2ª Edição. São Paulo/SP. Editora Saraiva, 2013. 9788502171572, p. 77. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502171572/>. Acesso em: 26 abr. 2022.

²⁷ MONTEIRO, Mariana Mayumi. **O princípio da não autoincriminação no Processo Penal Brasileiro**. 2013. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo, p. 62.

presunção de não culpabilidade, nas palavras dos profs. Badaró e Aury Lopes Jr²⁸.

Em que pese o ordenamento jurídico brasileiro, na sua literalidade, contemple o direito ao silêncio, entende-se que esse é apenas uma vertente do princípio da não autoincriminação.

No processo penal Brasileiro, vige o direito à prova ilimitado por parte do Estado, pois são permitidos todos os meios de prova hábeis para elucidar os fatos – não sendo admitidos, porém, os meios ilícitos²⁹ -, assim, não há regras de admissibilidade e de exclusão de provas, tampouco restrições à sua valoração, sendo que a justificativa seria a busca da verdade processual.

Aury Lopes Jr.³⁰, por sua vez, entende que o rol de provas do CPP é taxativo, mas que podem ser admitidos outros meios de prova não previstos no CPP. Mas faz um alerta: com todo o cuidado necessário para não violar os limites constitucionais e processuais da prova, sob pena de ilicitude ou ilegitimidade dessa prova.

Apesar disso, reconhece que, embora excepcionalmente, podem ser admitidas provas atípicas ou inominadas, desde que não constituam subversão da forma estabelecida para uma prova nominada, e, ainda, guardem estrita conformidade com as regras constitucionais e processuais atinentes à prova penal³¹.

Nesse sentido, há diversas provas que dependem da colaboração do acusado para serem produzidas. Nesses casos, Mayumi³² sustenta que inexistem normas específicas que estabeleçam de forma expressa o dever de colaboração do acusado. E o entendimento prevalente nos tribunais brasileiros é de afastar esse dever, nos casos em que se exigir do acusado, para a produção da prova, uma colaboração ativa, predominando ainda o entendimento de que a

²⁸ LOPES JUNIOR, Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Presunção de inocência: do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória**. São Paulo, v. 20, 2016, p. 09.

²⁹ Código de Processo Penal: Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. (...) § 1º. São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

³⁰ LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. Editora Saraiva, São Paulo, 16ª Edição, 2019, p. 458.

³¹ *Ibid*, p. 460.

³² MONTEIRO, Mariana Mayumi. **O princípio da não autoincriminação no Processo Penal Brasileiro**. 2013. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo, p. 83.

recusa do réu em submeter-se às provas não configura crime de desobediência e dela não se pode extrair presunção de culpabilidade.

Sobre a temática, Guilherme Nucci³³ aduz que, podendo calar-se sem qualquer prejuízo à sua defesa, o investigado tem também, por consequência, o direito de não comparecer para ser interrogado, seja na polícia, seja em juízo, o direito de não acompanhar a instrução do processo e, finalmente, o direito de fugir.

Nesse sentido, no âmbito do HC 77135³⁴, o STF se manifestou sobre o tema, em que se discutia sobre a possível consumação do delito de desobediência, haja vista que o investigado teria recusado a fornecer padrões gráficos do próprio punho para orientar a investigação criminal.

Salientou na oportunidade que, diante do princípio *nemo tenetur se detegere*, que informa o nosso direito de punir, é fora de dúvida que o dispositivo do inciso IV do art. 174 do Código de Processo Penal há de ser interpretado no sentido de não poder ser o indiciado compelido a fornecer padrões gráficos do próprio punho, para os exames periciais, cabendo apenas ser intimado para fazê-lo a seu alvedrio. Isso porque, a comparação gráfica configuraria ato de caráter essencialmente probatório, não se podendo, em face do privilégio de que desfruta o indiciado contra a auto-incriminação, obrigar o suposto autor do delito a fornecer prova capaz de levar à caracterização de sua culpa.

Assim, poderia a autoridade não só fazer requisição a arquivos ou estabelecimentos públicos, onde se encontrem documentos da pessoa a qual é atribuída a letra, ou proceder a exame no próprio lugar onde se encontrar o documento em questão, ou ainda, é certo, proceder à colheita de material, para o que intimará a pessoa, a quem se atribui ou pode ser atribuído o escrito, a escrever o que lhe for ditado, não lhe cabendo, entretanto, ordenar que o faça, sob pena de desobediência, como deixa transparecer, a um apressado exame, o CPP, no inciso IV do art. 174.

Na ADI 4109/DF, julgada em 14/02/2022, ao tratar sobre o uso da prisão temporária para averiguações, colaboração do imputado em atos de investigação ou produção de prova, a Ministra Relatora Carmen Lúcia consagrou

³³ NUCCI, Guilherme de Souza. **O valor da Confissão como meio de prova no Processo Penal**. Editora Revista dos Tribunais, 2ª Edição, São Paulo/SP, 1999, p. 224.

³⁴ (HC 77135, Relator(a): ILMAR GALVÃO, Primeira Turma, julgado em 08/09/1998, DJ 06-11-1998 PP-00003 EMENT VOL-01930-01 PP-00170)

essa interpretação, afirmando que, de acordo com os precedentes da corte, o princípio da não autoincriminação não se limita ao direito ao silêncio, mas também abrange outros deveres de colaboração do imputado.

Os tribunais brasileiros também tem jurisprudência nesse sentido. Em situações em que se imputa o delito de desobediência simplesmente porque o investigado/acusado não colaborou com a produção de uma prova, quando evade-se para não ser preso em flagrante, entre outras situações, aplica-se o princípio da não autoincriminação.

No julgamento da apelação 00128884520198110004 - TJ/MT³⁵, o Des. Relator Gilberto GiraldeLLi decidiu por absolver o acusado do delito de desobediência, que teria ocorrido em contexto de fuga. O Des. apontou que, a desconsideração de ordem de parada ou prisão para, simplesmente, preservar-se a liberdade, por uma ação destituída de dolo específico de não obedecer ao comando recebido, não configura o delito de desobediência (...), mas exercício de autodefesa.

No mesmo sentido, na apelação 00104151920168240008 – TJ/SC³⁶, o Des. Relator Luiz Cesar Schweitzer, também manteve a absolvição do acusado do delito de desobediência, ponderando que o princípio da não autoincriminação contempla o ato do indivíduo ignorar a parada de policiais no intuito de preservar a própria liberdade.

Cabe mencionar ainda o julgamento da apelação 2405420168090146, pelo Des. Relator J. Paganucci Jr., que considerou que o descumprimento à ordem policial de apresentar alvará de estabelecimento comercial não configura o delito de desobediência (..), porquanto o acusado busca preservar bem jurídico de seu interesse, conduta amparada pelo princípio do *nemo tenetur se detegere*, traduzido no direito de não se prejudicar³⁷.

É possível vislumbrar, nesse sentido que nas diferentes situações em que o acusado é impelido a produzir prova contra si mesmo no ordenamento jurídico, a doutrina e jurisprudência dominante tem se manifestado pela aplicação do princípio em discussão.

³⁵ TJ-MT 00128884520198110004 MT, Relator: GILBERTO GIRALDELLI, Data de Julgamento: 14/04/2021, Terceira Câmara Criminal, Data de Publicação: 26/04/2021.

³⁶ TJ-SC -APR: 00104151920168240008 Blumenau 0010415-19.2016.8.24.0008, Relator: Luiz Cesar Schweitzer, Data de Julgamento: 27/06/2019, Quinta Câmara Criminal.

³⁷ TJ-GO -APR: 2405420168090146, Relator: DES. J. PAGANUCCI JR., Data de Julgamento: 29/11/2018, 1A CAMARA CRIMINAL, Data de Publicação: DJ 2644 DE 10/12/2018.

Portanto, conclui-se que o acusado não pode produzir prova contra si mesmo no ordenamento jurídico brasileiro. Somente o fará se, voluntariamente, com o ímpeto de trazer a verdade processual aos autos, confessar a prática do delito judicialmente, sob o crivo do contraditório e ampla defesa.

Sobre a (im) possibilidade do uso da confissão como prova no Processo Penal, será melhor esmiuçado no próximo tópico.

6. A (IM)POSSIBILIDADE DO USO DA CONFISSÃO DO ANPP COMO PROVA EM EVENTUAL AÇÃO PENAL.

Gustavo Henrique Badaró³⁸ conceitua prova a partir de dois sentidos. Num primeiro sentido, a prova se identifica como a atividade probatória, isto é, com a produção dos meios e atos praticados no processo visando a convencer o juiz sobre a veracidade ou a falsidade de uma alegação sobre um fato. É a ação de provar o conjunto de atos praticados pelas partes e pelo juiz para verificação da veracidade de uma afirmação de fato.

Noutra acepção, prova é o resultado da atividade probatória, identificando-se com o convencimento que os meios de prova levaram ao juiz sobre a existência ou não de um determinado fato. É o resultado da atividade probatória. É a “convicção sobre os fatos alegados em juízo”.

Ainda, conforme Renato Brasileiro³⁹, a possibilidade de admissibilidade das provas é ampla, uma vez que vige o princípio da liberdade probatória, seja quanto ao momento ou tema da prova, seja quanto aos meios de prova que podem ser utilizados. Complementa dizendo que considerando os princípios da busca da verdade e da liberdade probatória, há, no processo penal, uma liberdade probatória bem maior que no processo civil.

Somente são inadmissíveis as provas obtidas por meios ilícitos, ou que vão de encontro à ética e a moral. Nesse sentido, o autor⁴⁰ afirma que esses meios de prova devem ter sido obtidos de maneira lícita e com respeito à ética e à moral, haja vista o preceito constitucional que veda a admissibilidade no processo de provas obtidas por meios ilícitos (CF, art. 5º, LVI). Se é verdade que o Estado-Juiz não pode exercer o *jus puniendi* sem antes certificar-se de que o

³⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Ônus da Prova no Processo Penal**. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo/SP, 2003, p. 158.

³⁹ BRASILEIRO DE LIMA, Renato. **Manual de Processo Penal**. Editora Juspodivm, 7ª Edição, Salvador/BA, 2019, p. 671/672.

⁴⁰ *Ibid*, p. 673.

fato imputado ao acusado é verdadeiro, também não é menos verdade que a averiguação da verdade deve ser feita por meios lícitos, que se ajustem à moralidade dos atos públicos e que respeitem as liberdades públicas garantidas pela Constituição Federal.

A confissão é meio de prova direto no processo penal⁴¹. Sobre o assunto, o Código de Processo Penal regulamenta nos artigos 197 a 200:

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

Art. 198. O silêncio do acusado não importará confissão, mas poderá constituir elemento para a formação do convencimento do juiz.

Art. 199. A confissão, quando feita fora do interrogatório, será tomada por termo nos autos, observado o disposto no art. 195.

Art. 200. A confissão será divisível e retratável, sem prejuízo do livre convencimento do juiz, fundado no exame das provas em conjunto.

No que se refere a confissão judicial, o ilustre doutrinador Guilherme de Souza Nucci⁴² esclarece que é impossível aceitar o argumento de que a confissão continua sendo a “rainha das provas” (*probatio probatissima*), ou, para Carnelutti, o “princípio da expiação”, mesmo quando realizada em juízo, pois tal concepção é fruto do passado e já deu margem a grandes injustiças, como a condenação, inclusive à morte, de muitos inocentes.

Acerca da confissão extrajudicial, o autor compara o inquérito policial com os mecanismos de negociação penal, e considera que, a prova colhida extrajudicialmente tem validade somente como indício, e não meramente infirmada sob o crivo do contraditório, como parece ser a tendência majoritária da jurisprudência pátria, apesar de existirem outras opiniões em contrário⁴³.

Aponta que os requisitos para a validade da confissão é que as declarações sejam verossímeis; certas, uma vez que deve confessar fatos que sejam do seu conhecimento; inteligível, à medida que não deve conter contradições, obscuridades e colocações ambíguas; o conteúdo tem que ser relacionado ao confidente; expressa e reduzida a termo; perante a autoridade competente, quando for considerada prova no processo penal, se não trata-se de mero indício; voluntária, conceito que está naturalmente conectado ao de

⁴¹ *Ibid*, p. 712.

⁴² NUCCI, Guilherme de Souza. **O valor da Confissão como meio de prova no Processo Penal**. Editora Revista dos Tribunais, 2ª Edição, São Paulo/SP, 1999, p. 182.

⁴³ *Ibid*, p. 192.

liberdade, derivado de vontade própria, sem coação, mesmo que motivado por interesse egoístico⁴⁴.

No que se refere à confissão realizada no âmbito do acordo de não persecução penal, vislumbra-se que decorre da formalidade prevista na legislação processual, que caso não seja realizada, impede a benesse da negociação, conforme apresentado no tópico 4. Nesse caso, o acusado é cientificado da possibilidade de realizar o ANPP, e que deverá confessar a prática do delito para que seja homologado.

Cabe salientar que em nenhum momento o investigado/acusado tem a iniciativa de trazer a verdade processual aos autos. A confissão no âmbito do ANPP ocorre única e exclusivamente com vistas a firmar o acordo e frear a persecução penal.

Diferentemente do que ocorre com a delação premiada, em que o objetivo do negócio jurídico é a obtenção de meios de prova⁴⁵, no acordo de não persecução penal, o objetivo é acordar responsabilidades diferentes das criminais e promover a não persecução penal.

Apesar disso, os órgãos de persecução penal parecem ter uma tendência de ignorar o princípio da não autoincriminação. O Ministério Público do Estado de São Paulo, a partir do Enunciado nº 24 – PGJ/CGMP⁴⁶ estabelece:

24. Rescindido o acordo de não persecução penal por conduta atribuível ao investigado, sua confissão pode ser utilizada como uns dos elementos para oferta da denúncia.

No mesmo sentido, enuncia o Ministério Público do Estado do Paraná, no Enunciado 27 -GNCCRIM⁴⁷:

ENUNCIADO 27 (ART. 28-A, § 10)
Havendo descumprimento dos termos do acordo, a denúncia a ser oferecida poderá utilizar como suporte probatório a confissão formal e circunstanciada do investigado (prestada voluntariamente na celebração do acordo).

⁴⁴ *Ibid.*, p. 153/158.

⁴⁵ BITTAR, Walter Barbosa. **O problema do conteúdo da valoração do depoimento dos delatores diante do conceito de justa causa para o regular exercício da ação penal.** p. 227. In: Revista Brasileira de Direito Processual Penal: Dossiê Colaboração Premiada e Justiça Criminal Negocial. Publicada em IBRASPP, Vol. 3, n.º. 01. Jan./Abr.2017.

⁴⁶ Disponível em [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/Criminal_Juri_Jecrim/Enunciados_CAOCRI_M/Enunciados%20PGJ-CGMP%20-%20Lei%2013.964-19%20\(1\)-%20alterado.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/Criminal_Juri_Jecrim/Enunciados_CAOCRI_M/Enunciados%20PGJ-CGMP%20-%20Lei%2013.964-19%20(1)-%20alterado.pdf) Acesso em 12/03/2022, às 16h59.

⁴⁷ Disponível em: https://criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/GNCCRIM_-_ANALISE_LEI_ANTICRIME_JANEIRO_2020.pdf, Acesso em 12/03/2022, às 17h03.

Contudo, essa não parece ter sido a posição adotada pelo legislador.

A exposição de motivos do então Projeto de Lei nº 10.372/2018, que culminou na promulgação da Lei 13.964/2019, inclusive ressalta que a criação do ANPP visaria conferir maior agilidade aos processos penais, de maneira que o despendimento de recursos seja alocado para os crimes que ferem, efetivamente, a ordem jurídica nacional, como os crimes realizados por organização criminosa.

Aduz, nesse sentido, que⁴⁸:

A proposta pretenderia racionalizar de maneira diversa, porém proporcional, de um lado o combate ao crime organizado e a criminalidade violenta que mantém forte ligação com as penitenciárias e, de outro lado, a criminalidade individual, praticada sem violência ou grave ameaça; inclusive no tocante ao sistema penitenciário.

Hoje, há uma divisão em 3 partes muito próximas nos aproximadamente 720 mil presos no Brasil: 1/3 crimes praticados com violência ou grave ameaça, 1/3 crimes sem violência ou grave ameaça e 1/3 relacionados ao tráfico de drogas.

Em que pese quase 40% serem presos provisórios, há necessidade de reservar as sanções privativas de liberdade para a criminalidade grave, violenta e organizada; aplicando-se, quando possível, as sanções restritivas de direitos e de serviços a comunidade para as infrações penais não violentas.

Para tanto, indica-se a adoção de “acordos de não persecução penal”, criando nas hipóteses de crimes cometidos sem violência ou grave ameaça a figura do acordo de não persecução penal, por iniciativa do órgão do Ministério Público e com participação da defesa, submetida a proposta à homologação judicial.

Assim, a exposição de motivos do Pacote Anticrime é cristalina em determinar que o ANPP visaria desafogar a máquina processual penal, de maneira a promover medidas diferentes das penas restritivas de liberdades, a partir da negociação penal.

Dessa maneira, a confissão realizada para promover esse acordo jurídico penal não pode ser utilizado para promover a persecução penal, caso o

48

Disponível

em

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1666497&filename=PL+10372/2018> Acesso em 11/03/2022 às 09h03.

acordo seja descumprido pelo investigado, pois fere diretamente o princípio da não autoincriminação.

Se é verdade que o ANPP, realizado extrajudicialmente, visa a não persecução penal, e que a confissão é procedimento para conseguir a benesse processual, a natureza jurídica desse procedimento não é meio de prova, mas sim ato jurídico processual.

Além disso, é importante salientar que a utilização da confissão como prova em eventual ação penal decorrente do descumprimento do ANPP, caso fosse possível, deveria estar expresso no Código de Processo Penal. Os órgãos de persecução penal que aderem a essa posição certamente utilizam-se de analogia *in malam partem* com a confissão realizada no Inquérito Policial – considerada indício de delito - totalmente proibido no ordenamento jurídico.

Sobre o assunto, Paulo Cesar Busato⁴⁹ nos ensina que, costuma-se distinguir analogia *in malam partem* e analogia *in bonam partem*, entendendo-se a primeira como extensiva da punibilidade e a segunda, como restritiva da mesma. Esta última estaria legitimada na interpretação da lei penal, portanto é possível. Tudo com a finalidade de favorecer ao acusado estendendo analogicamente as circunstâncias atenuantes ou capazes de excluir a responsabilidade. É que, em sendo o princípio de legalidade uma expressão de defesa do cidadão contra possíveis arbitrariedades do Estado e sendo a norma permissiva ou justificante, ou ainda exculpante, surge uma situação em que o uso da analogia não se choca com o espírito do princípio.

Há de se considerar ainda que a confissão é exigência do art. 28-A do CPP, não se tratando de ato voluntário do investigado/acusado. Considerando ser a voluntariedade um pressuposto para que a confissão seja validada em eventual ação penal, este seria mais um impedimento em valora-la.

Cumpra acrescentar que, na práxis criminal, a confissão realizada no acordo de não persecução penal não é reduzida a termo pelo investigado. Tem-se verificado que o Ministério Público encaminha ao investigado/acusado uma carta, ofertando a possibilidade de oferecer ANPP, e deverá ser respondida em até 15 (quinze) dias. Em apresentando interesse em realizar o acordo, o órgão

⁴⁹ BUSATO, Paulo Cesar. **Direito Penal: Parte Geral**. Editora Atlas, 2ª Edição, São Paulo/SP, 2015, p. 54/55.

criminal encaminhará contrato adesivo à ele, contendo as cláusulas do acordo e a confissão sobre os fatos, realizado pelo próprio MP.

Isto é, a confissão do acordo, na maioria dos Ministérios Públicos Estaduais e Federais, não é realizada pelo investigado, mas pelo próprio órgão de persecução penal, devendo o investigado somente aderir àquela versão dos fatos.

Obviamente que, em se tratando de negócio jurídico processual, o acusado/investigado, a partir do defensor poderá acordar outras cláusulas, bem como editar a confissão realizada pelo MP, de acordo com o interesse de ambos. Contudo, essa é mais um indício de que a confissão não é ato voluntário, e demonstra a impossibilidade de utiliza-la em eventual ação penal, haja vista que o indivíduo apenas adere a verdade processual cujo interesse é do Estado.

Portanto, o princípio da não autoincriminação, a natureza jurídica do instituto e o objetivo do legislador ao criar o instituto do acordo de não persecução penal constituem barreiras diretas que impossibilitam o proveito da confissão, nas hipóteses que o investigado descumpra as cláusulas do acordo.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme se depreende, o presente trabalho discutiu o artigo 28-A do Código de Processo Penal, introduzido pelo Pacote Anticrime, à luz do posicionamento da doutrina, do entendimento dos órgãos de persecução criminal, dos princípios constitucionais brasileiros aplicáveis ao processo penal e da legislação infraconstitucional.

Restou evidenciado que os negócios jurídicos processuais estão se consolidando no ordenamento jurídico brasileiro, com a finalidade de resolver conflitos de bens jurídicos com menor potencial ofensivo, para se ater a delitos que demandem atenção do Estado. O acordo de não persecução penal foi introduzido na legislação brasileira exatamente com essa finalidade, já que pode ser aplicado na maioria dos delitos previstos no ordenamento penal.

Apesar disso, o ANPP também previu requisito nunca antes mencionado num negócio jurídico processual, que tem como objetivo negociar a pena do acusado para não ser dado andamento à persecução penal: a confissão formal e circunstanciada.

Diante disso, analisou-se a finalidade da confissão no ANPP a partir do posicionamento de doutrinadores prestigiados, com vistas a afirmar a impossibilidade de uso desse instrumento em casos de descumprimento do acordo homologado em juízo, com base no princípio da não autoincriminação, na natureza e objetivo do instituto.

Nesse sentido, chegou-se a conclusão que algumas das finalidades da confissão apontadas pelos doutrinadores são inadmissíveis do ponto de vista normativo. O ANPP não pode ser usado para buscar a verdade real dos fatos, porque ela é inalcançável, muito menos a verdade processual, porque é um acordo que visa trancar o inquérito policial a partir da imposição de requisitos alternativos ao investigado.

Da mesma maneira, conforme demonstrado no desenvolvimento do trabalho, também não pode ter como fundamento a incriminação de terceiros, sob pena de ser uma espécie de delação premiada.

Por outro lado, concorda-se com a posição de que o acordo visa agilizar o processo penal para que a justiça se atenha a casos de maior gravidade, conforme inclusive consta na exposição de motivos da legislação, assim como a posição de que teria uma funcionalidade preventiva.

Não obstante, posicionamo-nos contrariamente a posição aparentemente dominante entre os órgãos de persecução penal e parte dos doutrinadores brasileiros, de que a confissão exigida no acordo pode e deve ser utilizada pelo Ministério Público em eventual ação penal, pois se trataria de uma vantagem probatória real do órgão, por ter aberto mão da persecução penal, além de um incentivo para o investigado/acusado não descumprir suas cláusulas.

Isso porque, o uso da confissão na hipótese do descumprimento do ANPP fere diretamente o princípio da não autoincriminação - *nemo tenetur se detegere* -, expresso na Constituição Federal, no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, na Convenção Americana de Direitos Humanos e no ordenamento infraconstitucional brasileiro.

Além disso, a confissão, sendo uma prova no processo penal, exige certos requisitos formais que a confissão no âmbito do ANPP não atende. Portanto, não pode ser considerada como prova e não pode ser utilizada em eventual ação penal, se tratando de mero indício que pode, no máximo, auxiliar na acusação formal, ou seja, na denúncia.

Por fim, cumpre salientar que não há fundamento idôneo que permita ao Ministério Público infringir princípio constitucional, haja vista que o acordo de não persecução penal só poderá ser oferecido caso haja elementos suficientes de autoria e materialidade do delito, que pudessem empreender uma acusação penal. O acordo serve exatamente como uma alternativa a ação penal, por se ater a bens jurídicos de menor relevância. Portanto, não nos parece adequado que o órgão estatal busque uma vantagem probatória quando se tem todas as provas que justificam a acusação formal, quiçá no âmbito de um acordo que promove uma não persecução penal.

8. REFERÊNCIAS

AIRES, Murilo T.; FERNANDES, Fernando A. **A colaboração premiada como instrumento de política criminal: a tensão em relação às garantias fundamentais do réu colaborador.** Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 3, n. 1, p. 253-284, jan./abr. 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.46>. Acesso em: 19 abr. 2022.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Ônus da Prova no Processo Penal.** Editora Revista dos Tribunais, São Paulo/SP, 2003.

BARROS, Marco Antonio. **A busca da verdade no Processo Penal.** Editora Revista dos Tribunais, São Paulo/SP, 2002.

BITTAR, Walter Barbosa. **O problema do conteúdo da valoração do depoimento dos delatores diante do conceito de justa causa para o regular exercício da ação penal.** p. 227. In: Revista Brasileira de Direito Processual Penal: Dossiê Colaboração Premiada e Justiça Criminal Negocial. Publicada em IBRASPP, Vol. 3, n.º. 01. Jan./Abr.2017.

BRASIL, Senado Federal. **Projeto de Lei nº 10.372/2018.** Introdz modificações na legislação penal e processual penal para aperfeiçoar o combate ao crime organizado, aos delitos de tráfico de drogas, tráfico de armas e milícia privada, aos crimes cometidos com violência ou grave ameaça e crimes hediondos, bem como para agilizar e modernizar a investigação criminal e a persecução penal. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1666497&filename=PL+10372/2018 Acesso em 11/03/2022 às 09h03.

BRASILEIRO DE LIMA, Renato. **Manual de Processo Penal.** Editora Juspodivm, 7ª Edição, Salvador/BA, 2019.

BUSATO, Paulo Cesar. **Direito Penal: Parte Geral.** Editora Atlas, 2ª Edição, São Paulo/SP, 2015.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Manual do Acordo de Não Persecução Penal. À luz da Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime)**. Editora Juspodivm: São Paulo, 2021. 2ª Edição.

CHEKER, Monique. **A confissão do concurso de agentes no acordo de não persecução penal**. Inovações da Lei, n. 13.964.

FULLER, Paulo Henrique Aranda. **Alterações ao Código de Processo Penal**. In: JUNQUEIRA, Gustavo. VANZOLINI, Patricia. FULLER, Paulo Henrique. PARDAL, Rodrigo. Lei Anticrime Comentada – Artigo por artigo. Inclui os mais recentes julgados do STF e STJ sobre o tema. São Paulo: Saraiva, 2020, 2ª Edição.

JÚNIOR, Clodomiro José Bannwart et al. **O Acordo de Leniência: uma análise de sua compatibilidade constitucional e legitimidade**. Revista do Direito Público, v. 10, n. 3, p. 31-50, 2015.

LOPES JUNIOR, Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Presunção de inocência: do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória**. São Paulo, v. 20, 2016, p. 09.

LOPES JUNIOR, Auri; JOSITA Higyna. **Questões Polêmicas do Acordo de Não Persecução Penal**. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2020-mar-06/limite-penal-questoes-polemicas-acordo-nao-persecucao-penal>> Acesso em 25/01 as 9h11.

LUCCHESI, Guilherme Brenner. MENDES, Tiago Bunning. Lei Anticrime: **A (re)forma penal e a aproximação de um sistema acusatório?** Editora Tirant lo blanch, São Paulo/SP, 2020.

MENDONÇA, Andrey Borges de. **Acordo de não persecução penal e o Pacote anticrime (Lei 13.964/2019)**. In: SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. Lei anticrime: um olhar criminológico, político-criminal, penitenciário e judicial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. P. 383.

MONTEIRO, Mariana Mayumi. **O princípio da não autoincriminação no Processo Penal Brasileiro**. 2013. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo.

NUCCI, Guilherme de Souza. **O valor da Confissão como meio de prova no Processo Penal**. Editora Revista dos Tribunais, 2ª Edição, São Paulo/SP, 1999.

NUCCI, Guilherme de S. **Código de Processo Penal Comentado**. Rio de Janeiro/RJ. Grupo GEN, 2021. 9788530993474. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530993474/>. Acesso em: 29 mar. 2022.

QUEIJO, Maria E. **O direito de não produzir prova contra si mesmo - O princípio nemo tenetur se detecta e suas decorrências no processo penal**, 2ª Edição. São Paulo/SP. Editora Saraiva, 2013. 9788502171572. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502171572/>. Acesso em: 26 abr. 2022.

ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. Tradução de Luis Greco. Editora Renovar, Rio de Janeiro/RJ, 2006.

SANTOS, Marco Paulo D. **Comentários ao Pacote Anticrime**. São Paulo/SP, Grupo GEN, 2020. 9788530991814. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530991814/>. Acesso em: 23 mar. 2022.

SILVEIRA, Renato de Mello J. **Compliance, direito penal e lei anticorrupção, 1ª edição**. São Paulo/SP. Editora Saraiva, 2015. 9788502622098. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502622098/>. Acesso em: 25 abr. 2022.