

A INCONSTITUCIONALIDADE DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: INFRIGÊNCIA AO DIREITO A NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO NA EXIGÊNCIA DE CONFISSÃO DO INVESTIGADO

THE UNCONSTITUTIONALITY OF THE AGREEMENT OF NON-PENAL PERSECUTION: INFRINGEMENT OF THE RIGHT TO NON-SELF-INCRIMINATION IN THE REQUIREMENT FOR THE INVESTIGATEE'S CONFESSION

*Lucas Souza Lehfeld*¹

*Danilo Henrique Nunes*²

*Juliana Mishima Faria*³

RESUMO

O presente analisa a constitucionalidade do acordo de não persecução penal, no que toca à necessidade de exigência de confissão do investigado para a homologação do acordo, sob a ótica do direito ao silêncio e a não autoincriminação. Todavia, para podermos analisar a constitucionalidade do instituto, é necessário o exame da redação do artigo que instituiu esta espécie de acordo criminal, bem como análises jurisprudenciais a corroborar a categoria específica de confissão exigida para a formalização do acordo. Analisa, ainda, os requisitos necessários para celebração da transação penal e da suspensão condicional do processo, como forma de contrastá-los em relação ao acordo de não persecução penal. Por fim, verifica os fundamentos utilizados pela Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas na propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.304 que visa eliminar a inconstitucional exigência de confissão, bem como de diversas visões doutrinárias sobre o requisito da confissão. O presente trabalho demonstra que a exigência de confissão circunstanciada por parte do investigado para a formalização do acordo de não persecução penal fere o direito a não autoincriminação. Os métodos utilizados foram os de revisão de literatura e hipotético-dedutivo.

¹ Possui graduação em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto (1999), graduação em Ciências Contábeis pela Universidade de São Paulo (1999), mestrado em Direito das Obrigações pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (2001) e doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2006). Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Coimbra (POR). Atualmente é docente titular da Universidade de Ribeirão Preto (Graduação e Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito (mestrado) e Tecnologia Ambiental (mestrado e doutorado)), Coordenador do Curso de Direito do Centro Universitário Barão de Mauá (graduação e pós-graduação EAD) e docente do Centro Universitário da Fundação Educacional de Barretos. Avaliador de cursos de direito pelo Ministério da Educação (INEP) e Conselho Estadual de Educação do Governo do Estado de São Paulo (CEE). Ex-membro da Comissão Técnica Nacional de Biossegurança do MCT. Membro do Conselho Municipal de Meio Ambiente de Ribeirão Preto. Presidente da Comissão de Meio Ambiente da 12 Subseção da OAB - Ribeirão Preto. Parecerista da Revista dos Tribunais (RT). Advogado na área de meio ambiente e administrativo (www.lradvogados.com.br).

² Doutorando e Mestre em Direitos Coletivos e Cidadania na Universidade de Ribeirão Preto – Unaerp. Professor Universitário e advogado.

³ Advogada, especialista em Direito Penal e mestranda em Direitos Coletivos e Cidadania na Universidade de Ribeirão Preto – Unaerp.

PALAVRAS-CHAVE:

Persecução Penal; Confissão Circunstanciada; Inconstitucionalidade.

ABSTRACT

This article analyzes the constitutionality of the non-criminal prosecution agreement, with regard to the need to require the accused's confession to ratify the agreement, from the perspective of the right to silence and non-self-incrimination. However, in order to analyze the constitutionality of the institute, it is necessary to examine the wording of the article that instituted this kind of criminal agreement, as well as jurisprudential analyzes to corroborate the specific category of confession required to formalize the agreement. It also analyzes the necessary requirements for the execution of the criminal transaction and the conditional suspension of the process, as a way of contrasting them in relation to the non-criminal prosecution agreement. Finally, it verifies the foundations used by the Brazilian Association of Criminal Lawyers in the filing of the Direct Action of Unconstitutionality nº 6.304, which aims to eliminate the unconstitutional requirement of confession, as well as of various doctrinal views on the requirement of confession. The present work demonstrates that the requirement of a detailed confession by the investigated party for the formalization of the non-criminal prosecution agreement violates the right to non-self-incrimination. The methods used were literature review and hypothetical-deductive.

KEYWORDS:

Criminal Persecution; Detailed Confession; Unconstitutionality.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa analisar a constitucionalidade do acordo de não persecução penal, no que toca á necessidade de exigência de confissão do investigado para a homologação do acordo, sob a ótica do direito ao silêncio e a não autoincriminação.

O trabalho abordará a redação do acordo de não persecução penal, instituído pela Lei 13.964/19, dissertando sobre os requisitos para a sua homologação. Em contraposição será explanado os requisitos da transação penal e da suspensão condicional do processo, previstas na Lei 9.099/95, sendo estes outros acordos criminais constantes da justiça negociada, para se destacar que para a formalização dos mesmos, não há exigência de confissão.

Ademais, será abordado a definição de confissão circunstanciada, juntamente com análise de caso concretos, extraídos da jurisprudência brasileira. Bem como irá ser demonstrado por entendimentos doutrinários que a constitucionalidade da exigência de confissão para a

formalização do acordo de não persecução penal se trata de um assunto controverso, que, aguarda julgamento pelo Superior Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.304 interposto pela Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas (ABRACRIM).

Por fim, será demonstrado por entendimentos jurisprudenciais, que apesar de não previsto expressamente, o direito à não-autoincriminação na Constituição Federal de 1988, entende-se que está inserido no sistema de garantias constitucionais, como decorrência do Direito ao Silêncio. Por último se explanar, brevemente, sobre os efeitos que a exigência prestada pelo investigado poderá acarretar caso descumpra o acordo de não persecução penal.

O presente artigo tem como objetivo analisar se a exigência de confissão para a formalização do acordo de não persecução penal fere o direito ao silêncio e a não-autoincriminação. Será demonstrado através de julgados da nossa jurisprudência que o acordo não é homologado se não for prestada a confissão, devendo esta ser a circunstanciada, ademais, se ilustra que apesar do direito ao silêncio não constar expressamente da nossa Constituição Federal de 1988, entende-se que está inserido no sistema de garantias constitucionais, como decorrência do Direito ao Silêncio.

A metodologia a ser aplicada neste artigo se trata da de revisão de literatura de autores clássicos e contemporâneos, tendo em vista se tratar de tema abrangente em nosso ordenamento jurídico. Ademais se utiliza, também, do método hipotético-dedutivo com observações de julgados da nossa Jurisprudência, além da conclusão quanto ao tema do presente artigo.

2. NOÇÕES PRELIMINARES

Este tópico analisa o texto legal contido no art. 28-A do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei n. 13.964 de 2019. Bem como se discute a inconstitucionalidade da exigência de confissão do investigado para a formalização do acordo, tendo como base o direito

ao silêncio e a não autoincriminação, assegurados pela nossa Constituição Federal de 1988, art. 5º, inciso LXIII⁴.

2.1. Do texto aprovado pelo chamado pacote anticrime e análise acerca de seu funcionamento

A lei n. Lei n. 13.964 de 2019⁵, instituiu em nosso ordenamento jurídico o acordo de não persecução penal, este está disposto no art. 28-A⁶ do Código de Processo Penal, se tratando de um negócio jurídico extrajudicial, homologado em juízo. Se trata, assim, de um acordo bilateral realizado entre o Ministério Público e o investigado, onde é imposto ao segundo algumas medidas a serem cumpridas, que o final, acarretarão na declaração de extinção da sua punibilidade e, em contrapartida, o investigado não será processado criminalmente. Importante observação faz Barros (2020, p. 83):

Apesar de se tratar de um acordo, é inegável que, na disputa de interesses, existe uma conflituosidade entre as partes (Ministério Público e acusado) envolvidas. Entretanto, a fim de evitar a judicialização e toda a tramitação processual, ambos os interessados realizam concessões mútuas dentro de parâmetros estabelecidos pela lei para, consensualmente, estipularem aplicação imediata de medidas alternativas à prisão.

Dito isto, passa-se para uma análise acerca do funcionamento deste novo modelo de acordo criminal, e para tanto utiliza-se da interpretação da redação incluída pela lei n. 13.964/19.

Primeiramente, consta do *caput* do art. 28-A do CPP que não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça, com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e

⁴Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 25.abr.2021. Art.5º (...) 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.

⁵ BRASIL. Lei nº 13.964/19, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113964.htm>. Acesso em 04.abr.2021

⁶ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689copilado.htm>. Acesso em 04.abr.2021.

suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante condições constantes nos primeiros cinco incisos. Assim, deve ser observado que a fase investigatória não seja passível de arquivamento, por esse requisito temos que seria ilógico, até, que o acordo pudesse ser proposto quando estivesse presente uma das hipóteses de arquivamento, ou seja, quando não estiverem presentes indícios suficientes para a instauração de ação penal.

Nesse sentido, Lima (2020, p. 226) nos explica:

O acordo de não persecução penal só deve ser celebrado quando se mostrar viável a instauração do processo penal. Em outras palavras, deverá existir aparência de prática criminosa (*fumus comissi delicti*), punibilidade concreta (v.g. não estar prescrita a pretensão punitiva), legitimidade da parte 9v.g. ser crime de ação penal pública, praticado por pessoa maior de idade) e justa causa (suporte probatório mínimo a fundamentar uma possível acusação. Por consequência, se o titular da ação penal entender que o arquivamento é de rigor, não poderá proceder à celebração do acordo. O CPP silencia acerca das hipóteses que autorizam o arquivamento do procedimento investigatório. Não obstante, é possível a aplicação, por analogia, das hipóteses de rejeição da peça acusatória e de absolvição sumária, previstas nos arts. 395 e 397 do CPP, respectivamente.

Prosseguindo, temos, ainda, que são requisitos do acordo, que a infração penal tenha ocorrido sem violência ou grave ameaça e que o tipo penal tenha pena mínima inferior a 4 (quatro) anos. Com esta disposição, o acordo de não persecução penal abrangerá um maior número de ilícitos penais do que outras espécies de acordos criminais e, conseqüentemente, haverá uma maior porcentagem de investigados passíveis de serem beneficiados.

Contrariamente ao que ocorre com a transação penal e a suspensão condicional do processo, previstos na lei dos Juizados Especiais⁷, onde por tratar-se de crimes de menor potencial ofensivo, o tipo penal não pode ter uma pena mínima que ultrapasse 02 (dois) anos na transação penal e ser até de 01 (um) ano na suspensão condicional do processo. No que toca especificamente à ausência de violência ou grave ameaça, o requisito se mostra adequado, tendo em vista a maior reprovabilidade e risco de lesão à ordem pública em delitos com tipo de periculosidade. Cunha (2020, p.135) faz importante distinção no sentido da violência que impede a propositura do acordo é aquela contida na conduta:

Ao lado dessas vedações, não se pode perder de vista o não cabimento do ANPP para crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa. Nesse ponto, como alertamos acima, a violência que impede o ajuste é aquela presente na conduta, e não no resultado. Logo, Homicídio culposo, por exemplo, admite o ANPP.

⁷ BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm>. Acesso em 05.abr.2021.

Na parte final do *caput* do art. 28-A, consta que além de ser necessário haver os requisitos citados, o acordo de não persecução penal deve ser suficiente para a reprovação e prevenção do crime, somente assim, podem o acordo pode ser ofertado ao investigado. Assim, presentes todos os requisitos, devem ser impostas algumas condições ao investigado para que este as cumpra. Sendo previstas nos incisos I à V⁸.

Do aludido artigo, constam que são: a reparação ou restituição da coisa à vítima, se possível fazê-lo; renunciar a bens e direitos, como o proveito do crime; prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas pelo período da pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços; pagar prestação pecuniária a entidade pública ou de interesse social e, cumprir outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada. Destaca-se que não se tratam de novidades em nosso ordenamento jurídico, tendo em vista serem algumas das penas restritivas de direitos contidas no artigo 43 do Código Penal⁹.

2.1.1. Vedações á realização do acordo de não persecução penal

Ademais, o art. 28-A do Código de Processo Penal, expõe hipóteses onde o investigado não poderá ser beneficiado pelo acordo de não persecução penal. A primeira se trata de quando for verificado que no caso concreto for cabível a transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais.

A reincidência do condenado não causa estranheza, pois o propósito do inciso III do foi justamente primar pela aplicação do instituto à acusados primários. Ainda, há previsão de não

⁸ I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo; II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), 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 V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

⁹ BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1901. Código Penal. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848copilado.htm>. Acesso em 05.abr.2021 (...). Art. 43. As penas restritivas de direitos são: I - prestação pecuniária; II - perda de bens e valores; III - limitação de fim de semana; IV - prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas; V - interdição temporária de direitos; VI - limitação de fim de semana.

aplicação caso haja elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas. Ressalta-se ao explicar em que consiste a conduta criminal habitual, nos elude Messias (2020, p. 29) que: “(...) consiste na já conhecida habitualidade criminoso. É o meio de vida criminoso desenvolvido pelo agente, a característica da pessoa dada à prática de delito”. Desse modo observa-se que ao restringir o benefício em tais casos, houve primazia para a formalização com agentes primários.

Outra vedação se dá na hipótese de quando for verificado que nos cinco anos anteriores ao cometimento da infração, o investigado já foi beneficiado com a formalização de um acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo. Exatamente, porque o propósito da justiça criminal consensual é exatamente a de evitar a judicialização, contribuir para despenalização e aumentar a celeridade estatal na resolução de lides¹⁰, de modo que se esse agente volta a reincidir em uma prática delitiva, apropriado que não possa usufruir de um instituto despenalizador.

Ademais, destaca-se o disposto no inciso IV do parágrafo 2º¹¹, sendo este de especial importância, pois veda que o acordo de não persecução penal seja oferecido ao investigado que tenha praticado crimes no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou contra a mulher por razões da condição de sexo feminino. Tal medida se mostra extremamente relevante tendo em vista o aumento anual de crimes no âmbito da violência doméstica, ou contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, o chamado feminicídio.¹²

Portanto, além dos requisitos dispostos nos tópicos acima, devem ser observados as vedações constantes no paragrafo segundo do art. 28-A do Código de Processo Penal.

2.1.2. Da formalização do acordo

¹⁰ BARROS, Francisco Dirceu. Acordos Criminais. Leme: Jh Mizuno, 2020. 10 p.

¹¹ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689copilado.htm>. Acesso em 04.abr.2021. Art. 28-A, §2º (...) IV - nos 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.

¹² BRASIL. Regina Bandeira. Agência Cnj de Notícias. Processos de violência doméstica e feminicídio crescem em 2019. 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/processos-de-violencia-domestica-e-feminicidio-crescem-em-2019/>. Acesso em: 23 mar. 2021.

Os demais parágrafos do art. 28-A tratam da formalização do acordo, primeiramente, há previsão que o juiz realize uma audiência, com a oitiva do investigado para verificar a sua voluntariedade, devendo estar presente, obviamente, seu defensor. Necessário, ademais, que o magistrado analise a legalidade da medida. Importante observação sobre o assunto faz Cunha (2020, p. 133):

A liberdade de negociar implica em relativa liberdade de conteúdo do acordo, que não pode ser igualado a um acordo de adesão, caracterizado pela fixação pasteurizada e meramente formal das condições a serem prestadas pelo investigado. Nem tampouco são permitidas condições que produzam violações a direitos fundamentais ou desproteção do bem jurídico tutelado pela norma penal aparentemente violada no caso.

Na verificação da legalidade, caso o juiz não entenda adequadas e suficientes ou livres de abuso as condições dispostas no acordo de não persecução penal, devolverá os autos ao Ministério Público para ser reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor.

Preenchidos todos os requisitos e validada a legalidade da medida, exatamente por seu formalismo, o acordo de não persecução penal deverá ser formalizado por escrito e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor. Formalizado o acordo, o magistrado deve homologá-lo, devolvendo os autos ao Ministério Público, para que o *Parquet* possa iniciar a sua execução perante o juízo de execução penal. Havendo previsão legal de que a vítima tenha ciência de homologação ou descumprimento do acordo de não persecução penal.

Cumprido destacar que um dos papéis do juiz no acordo de não persecução penal é o de analisar a legalidade do acordo, podendo recusar a sua homologação ou quando não for realizada a adequação a que se refere o § 5º¹³.

Portanto, percebemos que o papel do magistrado no acordo de não persecução penal se trata de analisar a legalidade do acordo, e sua eventual homologação.

3. DOS EFEITOS DA NÃO HOMOLOGAÇÃO OU DO DESCUMPRIMENTO

¹³ Art. 28-A (...) § 5º Se o juiz considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo de não persecução penal, devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor.

O parágrafo oitavo do dispositivo do art. 28-A do Código de Processo Penal prescreve que os autos serão devolvidos ao Ministério Público para a verificação da necessidade de complementação das investigações ou oferecimento da denúncia em caso de recusa à homologação do instituto. Por outro lado, tendo ocorrido o descumprimento do acordo, deve o Ministério Público comunicar o juízo, para que possa ocorrer a rescisão e posterior oferecimento da denúncia, tendo, assim, prosseguimento da persecução penal.

O parágrafo décimo primeiro¹⁴ prevê que o descumprimento do Acordo de Não Persecução Penal pelo investigado pode ser utilizado como justificativa pelo Ministério Público, para que este não ofereça a suspensão condicional do processo, o que se mostra adequado, tendo a semelhança entre os institutos e condições. Nesse sentido Lima (2020, p. 236):

A justificativa para este dispositivo é evidente; se o investigado não demonstrou autodisciplina e senso de responsabilidade para o cumprimento das condições avançadas por ocasião da celebração do acordo de não persecução penal, é bem provável que terá idêntico comportamento se caso lhe for oferecida a proposta de suspensão condicional do processo, até mesmo pelo fato das condições pactuadas serem bastante semelhantes em ambos os institutos.

Ocorrendo o descumprimento do acordo, deve o Ministério Público comunicar o juízo, para que possa ocorrer a rescisão e posterior oferecimento da denúncia. Conforme explicita o dispositivo de lei, a celebração do acordo de não persecução penal não constará da certidão de antecedentes criminais do investigado, exceto se for para a verificação se o agente foi beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo, hipótese onde não poderá ser novamente oferecido o acordo.

Avançando, o principal efeito do instituto do acordo de não persecução penal é a extinção da punibilidade, a decretada pelo juiz competente, se cumprido integralmente todas as condições constantes do acordo.

¹⁴ Art. 28-A (...) O descumprimento do acordo de não persecução penal pelo investigado também poderá ser utilizado pelo Ministério Público como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo.

Por fim, há previsão de caso o Ministério Público se recuse a propor o acordo de não persecução penal, o investigado poderá requerer a remessa dos autos ao órgão superior para revisão ministerial. O que se mostra adequado tendo em vista que preenchidos todos os requisitos e querendo o investigado ser beneficiado com o acordo de não persecução penal, nada mais justo que possa pleitear à instância superior.

Sobre o assunto, Lima comenta (2020, p. 221):

Não se trata de um direito subjetivo do acusado, o ideal, então, é concluir que estamos diante de uma discricionariedade ou oportunidade regrada, porquanto somente é lícito ao Ministério Público celebrar a avença se caso preenchidos todos requisitos listados pelo art. 28-A, caput e parágrafos do CPP, com redação dada pela Lei n. 13.964/19.

Nesses termos, observa-se que o acordo de não persecução penal quando descumprido ou não homologado conduz à judicialização, tendo o processo penal prosseguimento. Portanto, tendo em vista os tópicos anteriores, observa-se que o acordo de não persecução penal se trata de um instituto extremamente formal e com muitas exigências e pressupostos para a sua formalização e posterior homologação pelo juízo.

4 CONSIDERAÇÕES EM RELAÇÃO AOS DEMAIS TIPOS DE ACORDOS CRIMINAIS

Neste tópico, será brevemente elucidado a forma de funcionamento das demais espécies de acordos criminais e suas particularidades, com o propósito de demonstrar que o acordo de não persecução penal se trata de um acordo criminal diverso da transação penal e da suspensão condicional do processo, no sentido da necessidade de que o investigado confesse a prática do delito.

4.1. Da transação penal e da suspensão condicional do processo

Existem no nosso ordenamento jurídico outros dois institutos despenalizadores que, igualmente, fazem parte da justiça criminal negociada, sendo eles a transação penal e a suspensão condicional do processo, ambos previstos na lei 9.099/95¹⁵.

A transação penal será oferecida em audiência preliminar, e após, se cabível, haverá uma tentativa de composição de danos cíveis. Somente então o Ministério Público, ou o querelante, caso se trate de ação penal privada, oferecerá uma pena não restritiva de liberdade, ou seja, restritiva de direitos ou de multa, nos termos do art. 72¹⁶.

Não será possível a formalização da transação penal quando ficar evidenciado que o autor da infração foi anteriormente condenado a pena privativa de liberdade, por sentença definitiva pela prática de crime ou ter sido beneficiado nos cinco anos anteriores pela aplicação de pena restritiva ou multa. Bem como quando os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, não se mostrarem necessários ou recomendados à aplicação da medida. Por outro lado, a suspensão do processo, também prevista na Lei 9.099/95 em seu art. 89¹⁷, tem como requisitos pena mínima, igual ou inferior a um ano, a necessidade do acusado não esteja sendo processado, ou tenha sido condenado, somente então o Ministério público poderia propor a suspensão pelo prazo de dois a quatro anos.

Dito isto, a transação penal se trata de uma justiça consensual pré-processual, pois sua ocorrência está condicionada, precedentemente, ao oferecimento da denúncia, enquanto a suspensão do processo, ocorre logo após o oferecimento da denúncia pelo *Parquet*.

¹⁵ BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm>. Acesso em 05.abr.2021

¹⁶ BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm>. Acesso em 05.abr.2021.

Art. 72 Na audiência preliminar, presente o representante do Ministério Público, o autor do fato e a vítima e, se possível, o responsável civil, acompanhados por seus advogados, o Juiz esclarecerá sobre a possibilidade da composição dos danos e da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade.

¹⁷ BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm>. Acesso em 05.abr.2021.

Art. 89 Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena.

Dessa forma, ambos os institutos são de competência do Juizado Especial¹⁸, todavia o que fica evidente é que não há exigência de confissão pelo autor da infração e pelo denunciado, respectivamente, sendo que lhes cabe somente aceitar, ou não, o acordo criminal. Barros (2020, p. 85) comenta sobre essa diferença:

Como se pode notar, há um reconhecimento da viabilidade acusatória, já que o investigado se vê obrigado a confessar circunstanciadamente a prática do delito. Nesse aspecto, o acordo diferencia-se de outros institutos de *justiça negociada* existentes em nosso ordenamento jurídico, como, por exemplo, a transação penal e a suspensão condicional do processo, que não exigem confissão.

Ora, conforme demonstrado, se trata de institutos semelhantes ao acordo de não persecução penal, e os quais tem em seu âmago objetivos análogos, sendo o de propiciar celeridade na resposta estatal, a despenalização do acusado, e evitar a judicialização. Nesse sentido se observa que o acordo de não persecução penal, é um acordo criminal, relevantíssimo, o qual, conforme exposto, abrangerá e beneficiará outros agentes que antes não eram passíveis de serem beneficiados e não se encaixavam nas exigências demonstradas. Sobre o assunto, destaca-se o comentário do doutrinador Rogério Sanches Cunha (2020, p. 128):

O processo penal carecia de um instrumento como o ANPP. Inegavelmente, o acordo de não persecução penal trará economia de tempo e recursos para que o sistema de justiça criminal exerça, com a atenção devida, uma tutela penal mais efetiva nos crimes que merecem esse tratamento.

Portanto, podemos concluir que o acordo de não persecução penal se trata de importante medida, e apesar de ser um instituto semelhante aos outros modelos de acordos criminais, é divergente, na exigência de confissão para a sua formalização.

5. DA POSSÍVEL INCONSTITUCIONALIDADE DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

¹⁸ BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm>. Acesso em 05.abr.2021.

Art. 61 Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.

Trataremos neste capítulo do ponto central desta pesquisa, que é demonstrar a provável inconstitucionalidade da exigência de confissão do investigado como requisito necessário para a formalização do acordo, bem como articular breves considerações dos efeitos desse requisito no processo penal.

5.1 Da Espécie de Confissão Exigida

Segundo o *caput* do artigo 28-A do Código de Processo Penal¹⁹, tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal, o acordo de não persecução penal poderá ser proposto pelo *Parquet*. Para a análise desse requisito, necessário investigarmos o que seria uma “confissão circunstanciada”, requisito para a formalização do acordo. A definição não se encontra em nossa legislação, de modo que restou á doutrina definir o assunto, entendendo, portanto, se tratar de um relato detalhado dos fatos.

Nesse sentido, elucida Barros (2020, p. 104):

Confissão circunstanciada significa que o acordante não pode apenas dizer que foi o autor do fato típico, mas também deve fazer um relato detalhado de todas os fatos de forma esmiuçada, especificando as principais características (de tempo, lugar, meio de execução etc.), sem ocultar nada e sem dar margem para quaisquer dúvidas ou ser omissos em algum fato.

Assim, temos que a confissão exigida no acordo de não persecução penal, não pode abarcar nenhuma tese defensiva, focando exclusiva e detalhadamente no fato típico ocorrido, sendo vedada a confissão qualificada²⁰, esta sendo a que, além de confessar o fato típico, o investigado incorpora teses defensivas em seu conteúdo. Corroborando este entendimento, o Superior Tribunal de Justiça, no *Habeas Corpus* nº 636279/SP, não reconheceu a confissão

¹⁹ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689copilado.htm>. Acesso em 06.abr.2021

²⁰ BARROS, Francisco Dirceu. Acordos Criminais. Leme: Jh Mizuno, 2020. 83 p.

prestada pelo investigado, por esta conter tese defensiva e não homologou o acordo de não persecução penal:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. ART. 28-A, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL? CPP. CONFISSÃO QUE NÃO ATENDE AOS REQUISITOS LEGAIS. INDEFERIMENTO DA HOMOLOGAÇÃO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO. WRIT NÃO CONHECIDO. 1. Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração sequer deveria ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal ? STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça ? STJ. Contudo, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal que justifique a concessão da ordem de ofício. 2. **O acordo de não persecução penal é negócio jurídico extraprocessual que possibilita a celebração de acordo entre acusação e acusado para o cumprimento de condições não privativas de liberdade em troca do não prosseguimento do processo penal, afastando, assim, efeitos deletérios da sentença condenatória. Para tanto, é requisito essencial do ato que o acusado confesse de maneira formal e circunstanciada a prática do delito.** 3. **No caso em análise, a despeito de confessar a infração penal perante o Juízo, o paciente afirmou que o fazia apenas para ter acesso ao acordo de não persecução penal, mas que não era o autor da infração penal. Tal afirmação do paciente não preenche os requisitos do art. 28-A, do CPP, e afasta a possibilidade de homologação do acordo de não persecução penal.** 4. Habeas Corpus não conhecido. (HC 636.279/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 09/03/2021, DJe 23/03/2021)²¹ Grifo nosso.

Portanto, a confissão circunstanciada se mostra uma espécie específica de confissão, focando, exclusivamente, no ilícito penal praticado, não sendo possível qualquer menção à tese de natureza defensiva sob pena do acordo não ser homologado, por falta de requisito exigido em lei. Corroborando, o Ministro Sebastião Reis Junior, do Superior Tribunal de Justiça, no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 1592070/RN, entendeu que, ainda que fosse cogitado a formalização do acordo de não persecução penal, não seria possível a realização deste acordo criminal, tendo em vista a ausência de confissão circunstanciada da prática delitiva:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. QUESTÃO DE ORDEM VEICULADA EM PETIÇÃO SUBSEQUENTE, APLICAÇÃO RETROATIVA DO ART. 28-A DO CPP, NO ÂMBITO DO PROCESSO PENAL MILITAR. DISCUSSÃO JURÍDICA IRRELEVANTE NA ESPÉCIE, ANTE A AUSÊNCIA DE UM DOS PRESSUPOSTOS (CONFISSÃO FORMAL E CIRCUNSTANCIADA DA PRÁTICA DELITIVA). VIOLAÇÃO DO ART. 153 DO CPPM. INADMISSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 297 DO CPPM E DO ART. 69 DO CPM. INADMISSIBILIDADE. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. Agravo regimental improvido. (AgRg no AREsp

²¹ Trata-se de Habeas Corpus em que é Impetrante a Defensoria pública do Estado, insurgindo-se contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que não homologou o acordo de não persecução penal.

1592070/RN, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 02/03/2021, DJe 09/03/2021) (Grifo nosso)²²

Cumprе ressaltar que, em conformidade com as jurisprudências acima, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paul, nos autos da apelação criminal nº 1516545-71.2020.8.26.0228, de competência da 6ª Câmara de Direito Criminal, aplicou este entendimento em caso análogo:

APELAÇÃO CRIMINAL. FURTO QUALIFICADO PELA DESTREZA. Preliminar. O réu não faz jus à proposta do acordo de não persecução penal, porque não preenche um dos requisitos legais para a propositura, qual seja: a confissão integral e pormenorizada dos fatos. Tal benesse não se trata de um direito subjetivo do acusado, mas uma prerrogativa da Acusação que, no caso, não lhe ofereceu o acordo de forma fundamentada. Mérito. Autoria e materialidade comprovadas. Confissão de um dos réus, palavras da vítima e depoimento de testemunha presencial. APELOS DESPROVIDOS.

(TJSP; Apelação Criminal 1516545-71.2020.8.26.0228; Relator (a): Marcos Correa; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Criminal; Foro Central Criminal Barra Funda - 8ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 02/03/2021; Data de Registro: 02/03/2021) grifo nosso.

Assim, observa-se que não se trata de decisão única e isolada em nosso ordenamento jurídico, e sim de entendimento aplicado e reiterado em qualquer grau de jurisdição. Portanto, conforme verificado, a confissão circunstanciada se trata de um requisito extremamente necessário tendo em vista que, se não cumprido nos exatos ditames da lei, o acordo de não persecução penal não será homologado, não podendo, assim, o investigado ser beneficiado com este instituto despenalizador.

5.2. Da possível infringência ao direito à não autoincriminação e do posicionamento de alguns doutrinadores

²² Trata-se de Agravo Regimental Em Agravo Em Recurso Especial interposto por Manoel Bezerra da Nóbrega, insurgindo-se contra decisão que não aplicou retroativamente o acordo de não persecução penal por falta de um dos pressupostos, alegando, de forma reiterada, que faz jus à incidência do art. 28-A do Código de Processo Penal.

Prosseguindo, a nossa Constituição Federal de 1988 estabelece algumas garantias e princípios fundamentais que devem ser observadas no processo penal, sendo uma delas o Direito ao silêncio, constante do art. 5º, inciso LXIII da Constituição Federal de 1988²³.

O referido artigo garante que o preso será informado de seu direito de permanecer calado, e apesar de não haver manifestação expressa do direito à não-autoincriminação, a doutrina majoritária²⁴ entende que este princípio está implícito no sistema de direitos e garantias constitucionais brasileiro.

Outrossim, o direito à não autoincriminação é previsto expressamente no Pacto de San José da Costa Rica, ratificado no Decreto nº 678/92²⁵, o qual dispõe que durante o processo toda pessoa tem a garantia mínima de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada. Dito isto, apesar de não ser surpresa, ou novidade, a título de exemplo, o Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Ordinário no Habeas Corpus nº 131030/SP, reconheceu a garantia a não autoincriminação, se tratando de um princípio de caráter processual penal:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. NULIDADE. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO NEMO TENETUR SE DETEGERE. CONFISSÃO DA AUTORIA DELITIVA DURANTE A INQUIRÇÃO, NA QUALIDADE DE TESTEMUNHA, EM OUTRO PROCESSO CRIMINAL.

EFETIVO PREJUÍZO DEMONSTRADO. RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO.

1. Como é de conhecimento, o direito ao silêncio é um consectário do nemo tenetur se detegere, sendo este uma garantia da não autoincriminação, segundo o qual ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo, ou seja, ninguém pode ser forçado, por qualquer autoridade ou particular, a fornecer involuntariamente qualquer tipo de informação ou declaração que o incrimine, direta ou indiretamente. Trata-se de princípio de caráter processual penal, já que intimamente ligado à produção de provas incriminadoras. (...)

(RHC 131.030/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 03/11/2020, DJe 16/11/2020)²⁶

²³ Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 25.abr.2021.

Art.5º (...) 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.

²⁴ PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017. 389 p.

²⁵ BRASIL. Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em 02 de maio de 2021.

²⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário no Habeas Corpus nº 131030 – São Paulo. Recorrente: Matheus Gonçalves dos Santos Rebello, Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Quinta Turma, Brasília, DF, 14 de novembro de 2018. Diário da Justiça, Brasília, DF, 03 de novembro de 2020. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=202001809413>. Acesso em 02 de maio de 2021.

Corroborando, o Ministro Luiz Fux, no Recurso Extraordinário nº 971959/RS, do qual foi relator, enunciou que o direito ao silêncio e a não autoincriminação se tratam de pilares das garantias fundamentais:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME DE FUGA DO LOCAL DO ACIDENTE. ARTIGO 305 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DO TIPO PENAL À LUZ DO ART. 5º, LXIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. TEMA Nº 907. NATUREZA PRINCÍPIOLÓGICA DA GARANTIA DO NEMO TENETUR SE DETEGERE. POSSIBILIDADE DE RESTRIÇÃO. PRESERVAÇÃO DO NÚCLEO ESSENCIAL DA GARANTIA. HARMONIZAÇÃO COM OUTROS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS PREVISTOS CONSTITUCIONALMENTE. POSSIBILIDADE. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO PARA AFASTAR A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO TIPO PENAL ANALISADO. 1. O princípio da vedação à autoincriminação, conquanto direito fundamental assegurado na Constituição Federal, pode ser restringido, desde que (a) não seja afetado o núcleo essencial da garantia por meio da exigência de uma postura ativa do agente na assunção da responsabilidade que lhe é imputada; e que (b) a restrição decorra de um exercício de ponderação que viabilize a efetivação de outros direitos também assegurados constitucionalmente, respeitado o cânone da dignidade humana do agente. 2. O direito de não produzir prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere* – nada a temer por se deter), do qual se desdobram as variações do direito ao silêncio e da autodefesa negativa, consiste em um dos marcos históricos de superação da tradição inquisitorial de valorar o investigado e/ou o réu como um objeto de provas, do qual deveria ser extraída a “verdade real”. **3. O direito de não produzir prova contra si mesmo, ao relativizar o dogma da verdade real, garante ao investigado os direitos de nada aduzir quanto ao mérito da pretensão acusatória e de não ser compelido a produzir ou contribuir com a formação de prova contrária ao seu interesse, ambos pilares das garantias fundamentais do direito ao silêncio e do direito à não autoincriminação.** (...) (RE 971959, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 14/11/2018, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-190 DIVULG 30-07-2020 PUBLIC 31-07-2020)²⁷ Grifo nosso.

Nesse sentido, apesar de o texto legal se referir somente ao preso, o direito ao silêncio é garantido em todas as fases do processo penal, bem como o direito à não autoincriminação, ou seja, o acusado não é obrigado a produzir prova que o incrimine em qualquer fase do processo penal. Nesse sentido explanou brilhantemente Pacelli (2017, p.388-389):

O princípio do direito ao silêncio, tradução de uma das manifestações da não autoincriminação e do *nemo tenetur se detegere* (ninguém é obrigado a se descobrir), foi uma das grandes conquistas da processualização da jurisdição penal, consolidada no século XVIII, com a queda do Absolutismo. No Brasil, com a Constituição de 1988 (art. 5º, LXIII) e com o art. 8º, 1, do Pacto de San José da Costa Rica (Decreto nº 678/92), há regra expressa assegurando ao preso e ao acusado, em todas as fases do processo, o direito a permanecer calado. Embora não haja previsão expressa do direito

²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 971959 – Rio Grande do Sul. Recorrente: Ministério Público Do Estado Do Rio Grande Do Sul, Recorrido: Gilberto Fontana. Relator: Ministro Luiz Fux. Tribunal Pleno, Brasília, DF, 14 de novembro de 2018. Diário da Justiça, Brasília, DF, 31 de julho de 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur428870/false>>. Acesso em 07 de abril de 2021.

à não autoincriminação, pode-se, contudo, extrair o princípio do sistema de garantias constitucionais.

Conclui o doutrinador:

(...) Com efeito, ao permitir-se, como regra legal, o silêncio no curso da ação penal, o sistema impede a utilização, pelo(s) julgador(es), de critérios exclusivamente subjetivos na formação do convencimento judicial. Dessa maneira, procura-se evitar que eventuais hesitações, eventuais contradições, não relevantes, ou, ainda, lapsos de memória ou coisa que o valha, presentes no momento do interrogatório do réu, sirvam de motivação suficiente para o convencimento do juiz ou do tribunal.

Prosseguindo, tendo em vista esta garantia constitucional, desde a entrada em vigor da Lei nº 13.964/2019, muito tem se discutido sobre a constitucionalidade da exigência de confissão pelo investigado para a formalização do acordo de não persecução penal. Nesse sentido, a Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas (ABRACRIM) com o intuito de ver reconhecida a inconstitucionalidade na exigência de confissão para a formalização do acordo de não persecução penal, com fundamento de violação ao princípio da presunção de inocência, intentou a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.304²⁸, objetivando manifestação da Suprema Corte brasileira sobre a temática.

A ABRACRIM fundamenta que a exigência de confissão, ao seu entendimento, seria inconstitucional, pois violaria o princípio da presunção de inocência:

Exige-se, porém (caput do art. 28-A), que o investigado “confesse” a prática de crime para a propositura do referido acordo (conditio sine qua non), violando, inegavelmente, o princípio da presunção de inocência (inciso LVII do art. 5º da CF), e mais que isso, sem o crivo da presença ou participação do Poder Judiciário na celebração do acordo. Essa exigência de “confissão” da prática do crime pelo investigado (que pode, inclusive, nem conseguir celebrar o acordo, mesmo tendo confessado), pela não satisfação de outros requisitos ou condições - que é condição legal indispensável para a admissão do “acordo de não persecução penal”. 52- Enfim, essa exigência legal (art. 28-A), a nosso juízo, absolutamente inconstitucional, repetindo, por violar o princípio da presunção de inocência! Ou seja, ou confessa a prática de crime ou não há acordo, assegurando, ademais, uma extraordinária “moeda de troca” para o Parquet, que pode usá-la de toda forma para pressionar (inclusive abusivamente, por que não?!) o investigado indefeso e desprotegido pela norma legal (art. 28-A). 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.

²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.304. Requerente: Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5843708>. Acesso em 07 de abril de 2021.

Por fim, no entendimento da Associação, poderia ocorrer uma interpretação no sentido de que, a aceitação do acordo de não persecução penal não implicaria em confissão da autoria do crime, assim, o texto legal seria “salvo” sem declará-lo integralmente inconstitucional. Ocorre, que a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.304 ainda se encontra pendente de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, nesse sentido, conforme se passará a demonstrar, há divergência na doutrina se afinal a imposição de confissão pode ser considerada constitucional. Vejamos o entendimento de Lima (2020, p. 231):

Essa confissão constitui contribuição que o investigado faz à investigação criminal e eventual futuro processo penal (em caso de descumprimento das condições pactuadas). 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).

Corroborando o entendimento acima, Araújo (2020, p. 161), igualmente não visualiza nenhum óbice a exigência de confissão:

Compreensível a exigência de confissão, além da possibilidade de conferir valor relativo (a rigor diminuto) no julgamento, por se cuidar de apuração de infrações mais graves do que aquelas que permitem transação penal e sursis processual. As condições ajustadas também são, em tese, mais gravosas, havendo ainda obrigatórias e cumulativas.

Por outro lado, Mendes e Martínez (2020, p. 66) de forma bastante crítica, entende de forma semelhante à Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas, no sentido de ocorrência de inconstitucionalidade:

É fato que as penas a serem aplicadas em decorrência do “acordo” são de natureza restritiva de direitos, e não de cerceamento de liberdade. Entretanto é preciso que se tenha em conta que a exigência de confissão contida na proposta, juridicamente é de flagrante inconstitucionalidade, representando, na práxis um modo de vulneração da pessoa acusada.

Messias (2020, p. 60) contrariamente à Mendes e Martínez, conclui não haver nenhuma infringência à princípios constitucionais processuais penais, tendo em vista que o investigado não é compelido a formalizar o acordo:

O acordo pressupõe que o investigado **aceite conversar sobre os fatos** narrados na investigação criminal e **decida confessá-los** – caso os tenha cometido, obviamente, sob pena de cometer o crime de autoacusação falsa (artigo 341 do Código Penal). Diferentemente do acordo de transação penal, em que a confissão **não é cabível**, por versar crimes de **menor potencial ofensivo**, o acordo de não persecução penal exige a **confissão extrajudicial**, já que cuida de crimes de **média gravidade**, como estelionato, furto qualificado, receptação dolosa e embriaguez ao volante. Por certo,

o investigado não é obrigado a comparecer ao Parquet para conversar sobre os fatos e confessá-los, haja vista o princípio da não autoincriminação forçada ou da inexigibilidade da autoincriminação – reflexo do direito ao silêncio, previsto no artigo 5º, LXIII, da CRFB66 –, que, por sinal, abarca não apenas as pessoas presas. (os grifos são do original).

Continua o renomado autor:

(...) Portanto, a confissão não se afigura, por si só, inconstitucional, inconveniente ou ilegal. O problema reside na confissão forçada ou naquela obtida de modo clandestino, desacompanhada das conhecidas e indispensáveis advertências constitucionais, como exige o artigo 14, item 3, g, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.

Messias conclui que o acordo de não persecução penal ocorre somente na hipótese de confissão voluntária²⁹. Por fim, Cunha (2020, p. 129) entende que na confissão protestada para a formalização do acordo não há reconhecimento de culpa, sendo assim, não há qualquer ilegalidade:

Importante alertar 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.

Percebe-se pelo copilado de entendimentos doutrinários acima exposto, que a constitucionalidade da exigência de confissão para a formalização do acordo de não persecução penal se trata de um assunto controverso, o qual deverá ser pacificado no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 6.304 pelo Superior Tribunal Federal.

Assim, faz-se um adendo para ressaltar que é sabido que todas as Leis Federais em nosso ordenamento jurídico devem ser compatíveis com a Constituição, sob pena de serem inconstitucionais. Nas palavras de Martins (2019, p. 444):

Ora, se a Constituição é a lei mais importante do ordenamento jurídico, sendo o pressuposto de validade de todas as leis, para que um lei seja válida precisa ser compatível com a Constituição. Caso a lei ou o ato normativo não seja compatível com a Constituição será inválido, inconstitucional.

Finaliza o doutrinador esclarecendo que :

(...) A supremacia da constituição sobre as demais leis conduz a uma superioridade hierárquico-normativa e, com isso, o fato de que todos os atos normativos devem ser compatíveis com a Constituição, material e formalmente, sob pena de serem invalidados. A compatibilidade deve ser material (conteúdo dos atos deve ser

²⁹ MESSIAS, Mauro. **Acordo de Não Persecução Penal**: teoria e prática. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. 61 p.

harmonioso com o conteúdo constitucional) e formal (os atos devem ser elaborados conforme os procedimentos estabelecidos pela Lei maior).

Assim, conforme já discorrido, o acordo de não persecução penal somente poderá ser oferecido ao investigado quando não for passível de arquivamento, assim, deverá haver indícios de autoria e prova da materialidade e não estar patente a ocorrência de nenhuma causa excludente de culpabilidade ou antijuridicidade, conforme consta do próprio *caput* do art. 28-A do Código de Processo Penal³⁰, de modo que não se mostra razoável a exigência de confissão.

Essa exigência de confissão para a formalização do acordo se mostra uma forma de compelir o investigado a uma confissão de forma circunstanciada da prática delitiva, de modo que não lhe resta alternativa para ser beneficiado com a homologação do acordo, e, portanto, se verifica uma estimulação para que produza prova contra si mesmo. Nesse sentido, se evidencia que em que pese a importância do acordo de não persecução penal para a justiça consensual criminal e ao próprio processo penal brasileiro, na medida em que, conforme exposto, contribuirá para a despenalização e a celeridade estatal na resolução de lides³¹, abrangendo um maior percentual de casos do que os passíveis de serem beneficiados com outros tipos de institutos despenalizadores.

Contudo, não obstante a proatividade na criação do acordo de não persecução penal, corroboro com o posicionamento de que não pode ser exigida confissão do investigado sob clara violação à Constituição Federal de 1988, ao direito à não autoincriminação, princípio implícito em nossa Carta Magna e expresso no Pacto de San José da Costa Rica.

5.3 Dos efeitos da confissão do investigado

Ademais, a exigência de confissão do investigado por óbvio poderá trazer algumas dificuldades quando o investigado descumpre o acordo, o presente tópico visa discutir esta

³⁰ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689copilado.htm>. Acesso em 04.abr.2021.

³¹ BARROS, Francisco Dirceu. Acordos Criminais. Leme: Jh Mizuno, 2020. 10 p.

controvérsia. Foi discorrido todo o trâmite para a formalização do acordo, inclusive sua execução perante o juízo da execução criminal.

Assim, tendo o investigado descumprido o acordo formalizado, a persecução penal segue seu curso, com o oferecimento da denúncia e seu eventual recebimento por parte do magistrado. Nesses termos o investigado já teria prestado a confissão circunstanciada, discutida nos tópicos acima.

Deste modo, em que pese não haver no texto legal do art. 28-A do Código de Processo Penal³², há o entendimento de que a confissão anteriormente prestada poderia ser utilizada pelo Ministério Público como suporte probatório no oferecimento da denúncia, conforme será demonstrado. Este é o posicionamento de Lima (2020, p. 235):

Essa denúncia a ser oferecida pelo Ministério Público poderá trazer, como suporte probatório, inclusive a confissão formal e circunstanciada do investigado por ocasião da celebração do acordo. Ora, se o próprio investigado deu ensejo à rescisão do acordo, deixando de adimplir as obrigações convencionadas, é de todo evidente que não se poderá desprezar os elementos de informação por ele oferecidos.

O que não se mostra adequado, pois, como explicitado, o acordo de não persecução penal somente poderá ser proposto quando presentes indícios de autoria e prova da materialidade e não estar patente a ocorrência de nenhuma causa excludente de culpabilidade ou antijuridicidade.

Ademais, em sentido contrário à Lima, importante observação faz Messias (2020, p. 66) no sentido de que a confissão não pode ser utilizada como fundamento na denúncia:

Dito isso, a proposta de acordo de não persecução penal somente pode ocorrer após a formação de *opinio delicti* positiva por parte do membro do Ministério Público, a demonstrar, pois, que o relato dos fatos pelo investigado e a sua confissão não funcionam como início de prova para denunciar. Ora, já há prova da materialidade e indícios suficientes de autoria para denunciar, logo, não é este o papel desempenhado pela confissão. O propósito não é robustecer o material probatório que acompanha a denúncia, pois não se objetiva denunciar, e sim acordar.

Destarte, a confissão do investigado ser utilizada pelo Ministério Público para embasar sua peça acusatória, se mostra um efeito direito dessa exigência inconstitucional. Portanto, evidente que a confissão do investigado poderá causar efeitos no sentido de ser utilizada pelo

³² BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689copilado.htm>. Acesso em 6.abr.2021

Ministério Público como suporte probatório em sua peça acusatória, em caso de descumprimento do acordo de não persecução penal, pois, como visto, não há previsão legal no sentido de que não poderia ser utilizada, restando, à jurisprudência pacificar este entendimento.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A inconstitucionalidade do acordo de não persecução penal no que toca a infringência ao direito a não autoincriminação na exigência de confissão do investigado se trata de um assunto recente ainda não pacificado em nosso ordenamento jurídico, como verificado se trata de um importante instituto instituído pela Lei 13.964 de 2019, se tratando de um acordo no âmbito criminal de caráter despenalizar.

Como verificado, na análise do instituto, foi demonstrado ser requisito necessário a confissão circunstanciada pelo investigado, bem como não estar presente nenhuma das hipóteses de arquivamento do inquérito policial, ou seja, se mostrar viável a instauração do processo com a consequente presença de indícios de autoria e materialidade do crime. Ademais, é necessário o delito não ter ocorrido com violência ou grave ameaça e a pena mínima ser inferior a quatro anos.

Foi demonstrado, para contraposição, em que consiste os requisitos da transação penal e da suspensão condicional do processo, previstas na Lei 9.099/95, se tratando de outros acordos criminais constantes da justiça negociada. Foi destacado que em ambos os institutos, não há exigência de confissão por parte do acordante, bem como que o acordo de não persecução penal, se mostra relevantíssimo em virtude de poder beneficiar um maior número de agentes, tendo em vista a pena mínima exigida. Verificou-se, ainda, o que consistiria a confissão circunstanciada e com a análise de caso concretos, extraídos da jurisprudência brasileira, onde não foi homologado o acordo de não persecução penal, pela circunstância do investigado ter adicionado em sua confissão, teses defensivas, o que descaracterizaria a confissão circunstanciada e, deste modo faltaria o requisito contido no *caput* do art. 28-A do Código de Processo Penal. Ademais, foi demonstrado pelos entendimentos doutrinários que a constitucionalidade da exigência de confissão para a formalização do acordo de não persecução

penal se trata de um assunto controverso, e que, como visto, aguarda julgamento pelo Superior Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.304 interposto pela Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas (ABRACRIM), a qual entende que a exigência de confissão violaria o princípio da presunção de inocência.

Por fim, foi demonstrado por entendimentos jurisprudenciais, que apesar de não previsto expressamente, o direito a não-autoincriminação na Constituição Federal de 1988, entende-se que está inserido no sistema de garantias constitucionais, como decorrência do Direito ao Silêncio. Por último foi brevemente comentado os efeitos que a exigência prestada pelo investigado poderá acarretar caso descumpra o acordo de não persecução penal.

Conclui-se, portanto, pela previsão legal de que o acordo de não persecução penal somente poderá ser oferecido ao investigado quando não for passível de arquivamento e, assim, devendo haver indícios de autoria e prova da materialidade e não estar patente a ocorrência de nenhuma causa excludente de culpabilidade ou antijuridicidade, não se mostra razoável a exigência de confissão, sendo que mostra uma forma de compelir o investigado a uma confissão de forma circunstanciada da prática delitiva, de modo que não lhe resta alternativa para ser beneficiado com a homologação do acordo e, portanto, se verifica uma estimulação para que produza prova contra si mesmo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Gláucio Roberto Brittes de. Breves comentários sobre o acordo de não persecução penal. *Cadernos Jurídicos*, São Paulo, v. 57, n. 22, p. 161-177, mar. 2021. Trimestral. Disponível em: <https://api.tjsp.jus.br/Handlers/Handler/FileFetch.ashx?codigo=121701>. Acesso em: 06 abr. 2021.

BARROS, Francisco Dirceu. *Acordos Criminais*. Leme: Jh Mizuno, 2020.

Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 25.abr.2021.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Congresso Nacional. Brasília/DF. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 07.abr.2021.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1901. Código Penal. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848copilado.htm>. Acesso em 05.abr.2021

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689copilado.htm>. Acesso em 04.abr.2021

BRASIL. Lei nº 13.964/19, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13964.htm>. Acesso em 04.abr.2021

BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm>. Acesso em 05.abr.2021.

BRASIL. Regina Bandeira. Agência Cnj de Notícias. Processos de violência doméstica e feminicídio crescem em 2019. 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/processos-de-violencia-domestica-e-femicidio-crescem-em-2019/>. Acesso em: 23 mar. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 1592070/RN, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, Brasília/DF, 09 de março de 2021. Disponível em: < https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201902904831&dt_publicacao=09/03/2021>. Acesso em 26. Abr.2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC 131.030/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares Da Fonseca, Quinta Turma, Brasília/DF, 16 de novembro de 2020. Disponível em: < https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202001809413&dt_publicacao=16/11/2020>. Acesso em 07.abr.2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.304. Requerente: Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5843708>>. Acesso em 07 de abril de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 971959 – Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Luiz Fux. Tribunal Pleno, Brasília/ DF, 31 de julho de 2020. Disponível em: < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjr428870/false>>. Acesso em 07 de abril de 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Criminal 1516545-71.2020.8.26.0228, Relator: Des.(a) Marcos Correa, 6ª Câmara de Direito Criminal, São Paulo/SP, 02 de março de 2021. Disponível em: < https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=14414883&cdForo=0&uuidCaptcha=sajcaptcha_8d74e4b7ec244bb987d040fd83eed021&g-recaptcha-

response=03AGdBq26achOLzn-CU6S3Z6F-SraWzy2jdUFpCejoRovgp-XwqFtsUTu-r0kxcItavR4WHAnCxxjkRyPnL7U6SaZjOzTOYvBk-uws_uXvHOdxEGfa-e8DTwuVQz0wiWYkXg6C6MLDddhf4NbJ76zkjr8xiCjn7Nf3K6BGawQKMkHAjjbc9IWdkcZweeF8T5bveV-9JXJjCxUueip1LBNFLHiSZaDoc_V5KWyoAqZqCtYyP-dwTV_UDwNkuxYxxnXaXAZcVaHZa_LUnVvIDlgHICLOP2TUzNT5q1iGjmPOuSQQDCKh_z7epT12anbU0labRlpE6qIr2YtbKwzudhYlKfzqp0JP4EnNzWRDJ4uiCj_iK4K53cjjQnIbM6ObICJ3IQhTDCDptlDBOePfiIA7GM_zq_2DjUwbZ4IFDs6Upn4IKNXxOcNBgRMM3Lhho0bXsPDeN39Nt4_BLbL5dNcQJzWvexXSHPftUF4C2Prqe25T_Hjo7fl9dZ-xqLLNG0yrk8Rpt>. Acesso em 26. Abr.2021.

CUNHA, Rogério Sanches. Pacote Anticrime: lei 13.964/2019 - comentários às alterações no cp, cpp e lep. Salvador: Juspodivm, 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. Pacote Anticrime: comentários à lei 13.964/2019 artigo por artigo. Salvador: Juspodivm, 2020.

MARTINS, Flávio. Curso de Direito Constitucional. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MENDES, Soraia da Rosa; MARTÍNEZ, Ana Maria. Pacote Anticrime: Comentários Críticos à Lei 13.964/2019. São Paulo: Atlas, 2020.

MESSIAS, Mauro. Acordo de Não Persecução Penal: teoria e prática. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

Data de Submissão: 22/08/2021

Data de Aceite: 24/11/2021