

EXIGÊNCIA DA CONFISSÃO NO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

REQUIREMENT OF CONFESSION IN THE NON-PROSECUTION AGREEMENT

Júlia de Moraes Soares¹
Fernanda Rosa Acha²

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo apresentar uma análise do requisito da confissão no Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), instituído no artigo 28- A do Código de Processo Penal, pela Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime) e no Acordo de Não Persecução Civil (ANPC) introduzido pela Lei 14.230/21. O artigo apresentará como surgiu essa justiça negociada, como ela se ergue no âmbito do direito penal e do direito civil, tendo como principal objetivo discutir o requisito da confissão, sua constitucionalidade, princípios e direitos que poderão ser violados, e se tal cláusula realmente condiz com a concepção do acordo de ser um direito público subjetivo do réu. Além disso, o presente estudo foi elaborado através de consultas bibliográficas, pesquisas da legislação vigente, artigos e sítios eletrônicos.

1143

Palavras-chave: Acordo de não persecução. Requisito da confissão. Inconstitucionalidade.

ABSTRACT: The present article aims to present an analysis of the confession requirement in the Non-Prosecution Agreement (ANPP), instituted in article 28- A of the Criminal Procedure Code, by Law 13.964/2019 (Anticrime Package) and in the Non-Prosecution Agreement (ANPC) introduced by Law 14.230/21. The article will address how this negotiated justice arose, how it stands up in the scope of criminal law and civil law, having as main objective to analyze the confession requirement, its constitutionality, principles and rights that may be violated, and if such clause really matches the conception of the agreement to be a subjective public right of the defendant. Moreover, this study was elaborated through bibliographical consultations, research of the current legislation, articles and electronic sites.

Keywords: Non-prosecution agreement. Requirement of confession. Unconstitutionality.

¹ Acadêmica do curso de Direito do Centro Universitário UNIREDENTOR. Email: juliamoraes42@gmail.com.

² Orientadora. Professora de Direito no Centro Universitário UNIREDENTOR, Mestre em Cognição e Linguagem pela Universidade Estadual Norte Fluminense (UENF). Especialista em Direito penal e Processual penal pelo Complexo Educacional Damásio de Jesus. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Viçosa.

INTRODUÇÃO

A Lei 13.964 de 24 de dezembro de 2019 trouxe uma inovação prevista no artigo 28- A do Código de Processo Penal, que é o Acordo de não persecução penal, possibilitando um significativo progresso, especialmente em consideração à chamada justiça penal negocial. Dessa forma, se preenchidos os requisitos legais, há doutrinadores que entendem que tal acordo se torna um direito público subjetivo do imputado, sendo que a maioria da doutrina afirma que se torna um poder dever do Ministério Público.

No entanto, a contrariedade se encontra em um dos requisitos do acordo, qual seja a cláusula de confissão. Em resumo, um dos requisitos do acordo é a confissão da prática de infração penal. E a partir disso surge o questionamento se esse requisito seria legítimo e relevante para a propositura da convenção.

A Constituição Federal e o Decreto 678/92 (Convenção Americana de Direitos Humanos- Pacto de San José da Costa Rica) consagram o direito ao silêncio (artigo 5º, inciso LXIII da CF combinado com o artigo 8º, 2, letra g do Decreto 678/92) , bem como o direito de não ser obrigado a depor contra si mesmo, assim como de não praticar qualquer comportamento ativo que lhe comprometa ou prejudique (artigo 5º, LV da CF combinado com o artigo 8º, 2, letra d e e, do Decreto 678/92). Além disso, podemos citar o princípio do favor rei, que conforme o doutrinador Fernando Capaz (2003, p. 39), esse princípio estabelece que qualquer dúvida ou interpretação na seara do processo penal, deve sempre ser levada pela direção mais benéfica ao réu. Dessa forma, tal princípio baseia-se na presunção de inocência do réu quando restar dúvidas em um processo penal.

1144

Por conseguinte, a partir desses princípios e direitos, o presente artigo faz uma análise do requisito da confissão, impondo-a como critério para celebração do negócio jurídico, interrogando acerca da constitucionalidade e convencionalidade, uma vez que viola princípios e direitos fundamentais.

Dessa forma, a exigência da confissão para celebração do acordo, equivale à renúncia do direito ao silêncio e ao direito de não produzir provas contra si mesmo, porque não dá outra opção ao acusado, se não confessar para poder receber a proposta. Em outras palavras, ou o acusado confessa a prática do ato e recebe o benefício, ou ele não confessa e não recebe a proposta. Além disso, não há que se falar em voluntariedade, em virtude de a confissão estar presente como requisito, tendo um peso de obrigação.

Assim, podemos concluir que é imperioso discutir acerca da constitucionalidade da confissão como requisito do acordo de não persecução penal.

1. METODOLOGIA

No presente artigo foi utilizado o método qualitativo, sendo uma pesquisa documental, uma vez que houve a coleta de dados e registro de informações extraídos de doutrinas. Desse modo, podemos exemplificar o referencial teórico através de doutrinas e legislações. Portanto, foram realizadas pesquisas documentais por meio de leituras reflexivas e críticas sobre o tema abordado.

1.1 Justiça negocial

A justiça negocial visa garantir a celeridade e a efetividade do processo, uma vez que, embora tenhamos o princípio da celeridade e economia processual, a justiça é morosa em razão de possuir excesso de demandas e atribuições.

A cultura do litígio está enraizada na sociedade, no entanto ela tende a ser abandonada, a partir do momento em que as pessoas começarem a entender o benefício que gera a solução consensual.

À vista disso, Humberto Dalla Bernardina de Pinho (2011, p.10) afirma que:

Entre nós, a regra ainda é o litígio, ou seja, buscar a jurisdição antes mesmo de tentar dialogar com a parte contrária ou mesmo considerar a hipótese de recorrer a um meio alternativo para solução daquele conflito.”

O artigo 5º, inciso LIV da Constituição Federal afirma que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. Dessarte, no âmbito penal, o processo é um caminho necessário para chegar-se, legitimamente, à pena, pois, somente admite a sua existência quando, ao longo desse caminho, forem observadas as regras e garantias constitucionalmente asseguradas, ou seja, as regras do devido processo legal. Assim, Guilherme de Souza Nucci (2021, p. 35) estabelece que:

O devido processo legal deita suas raízes no princípio da legalidade, garantindo ao indivíduo que somente seja processado e punido se houver lei penal anterior definindo determinada conduta como crime, cominando-lhe pena. Além disso, modernamente, representa a união de todos os princípios penais e processuais penais, indicativo da regularidade ímpar do processo criminal. Associados, os princípios constitucionais da dignidade humana e do devido processo legal entabulam a regência dos demais, conferindo-lhes unidade e coerência.

Assim, existe uma necessária simultaneidade e coexistência entre repressão ao delito e respeito às garantias constitucionais, sendo essa a difícil missão do processo penal.

O princípio da necessidade, tanto a prisão preventiva quanto as medidas cautelares alternativas dos arts. 319 e 320 do CPP, poderão ser aplicadas quando, efetivamente, revelarem-se necessárias para a aplicação da lei penal, para a investigação ou instrução criminal e para evitar a prática de novas infrações penais, tal como externado no art. 282, I, do CPP (AVENA, 2021, p. 946). No entanto, é importante destacar, que tal princípio vindo sendo relativizado com o desenvolvimento da sociedade e a ampliação da justiça negocial. Nesse sentido, Fredie Didier e Hermes Zaneti Júnior (2020, p. 376)

Nesta nova justiça, a solução judicial deixa de ter a primazia nos litígios que permitem a autocomposição e passa a ser *última ratio*, *extrema ratio*. A ideia de adequar o acesso à justiça aos direitos é defendida internacionalmente. A justiça não estatal não é apenas alternativa, mas, em determinados casos, é a justiça mais adequada. O princípio que faculta essa possibilidade é justamente o princípio da adequação. Assim, do acesso à justiça dos tribunais passamos ao acesso dos direitos pela via adequada de composição, da mesma forma que, no campo do processo, migramos da tutela processual, como fim em si, para a tutela dos direitos, com finalidade do processo.

A ampliação dos espaços de consenso e da justiça negocial é um caminho sem volta. Iniciou no Brasil com a Lei nº. 9.099/95, ganhou maior amplitude com o instituto da delação premiada (especialmente com a Lei n. 12.850/2013) e foi substancialmente ampliado com a inserção do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), art. 28-A, pela Lei n. 13.964/2019 que será comentado a continuação.

1146

É preciso, portanto, estar tecnicamente preparado para a relativização do princípio da necessidade (concepção tradicional) e aprender a trabalhar na perspectiva negocial, qualquer que seja o lugar que se ocupe na estrutura processual (AURY, 2022, p. 16)

Dessa forma, percebe-se que no âmbito penal, a justiça negocial foi se adequando e garantindo o seu espaço como uma política criminal objetivando escapar do encarceramento uma vez que tenha cometido uma infração de menor potencial ofensivo. Também é um instrumento que propõe um progresso e um melhoramento dentro do processo penal, através da evolução da pena. Assim, o ANPP junta-se à transação penal e à suspensão condicional do processo como vertentes da Justiça Penal Consensual ou Negocial, possuindo viés despenalizador, pautado no consenso (SANTOS, 2022, p. 201).

Neste caso, podemos identificar a justiça negocial através do acordo de não persecução penal previsto no artigo 28 A do Código de Processo Penal

Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente.

Desse modo, o Acordo de Não Persecução Penal tem por objetivo o não oferecimento da denúncia, embora haja justa causa para tanto, desde que o indiciado se comprometa a observar determinada regra de conduta e/ou cumprir pena restritiva de direitos. A chancela judicial da avença é meramente homologatória, tanto que o inadimplemento restitui ao *Parquet* o direito de ação e, se cumprida, importa extinção da pretensão punitiva estatal, sem caracterizar maus antecedentes, reincidência, nem admissão de culpa. (MARCOS, 2022, p. 203).

Além disso, a justiça negocial também se implementou no âmbito civil com o acordo de não persecução civil, pois é nítida a identidade ontológica entre a ação penal e a ação de improbidade administrativa, a Lei nº 13.964/19 estendeu à última o acordo de não persecução civil. (MARCOS, 2022, p. 271).

Desse modo, o pacote anticrime, ao mesmo tempo que revogou o parágrafo primeiro do artigo 17 da Lei de Improbidade Administrativa, que vedava a transação, acordo ou conciliação nas ações previstas nesta lei, também admitiu acordo de não persecução civil através do artigo 17, §10-A e 17-B da referida Lei.

1147

Assim, dentro desse contexto da justiça negocial e do Pacote Anticrime, também surge o acordo de não persecução civil, em que legislador permite ao Ministério Público a resolução consensual de questões atinentes a improbidade administrativa.

Não obstante, recentemente o Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade 7042 e 7043, decidiu que entes públicos que tenham sofrido prejuízos em virtude de atos de improbidade administrativa, também terão legitimidade para propor a resolução consensual do conflito através do acordo de não persecução civil. Isto posto, não só o Ministério Público como também a Fazenda Pública, terão legitimidade para propor o Acordo de Não Persecução Civil, conforme pode-se observar na Decisão do STF:

Decisão: O Tribunal, por maioria, julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na ação direta para: (a) declarar a inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, do *caput* e dos §§ 6º-A e 10-C do art. 17, assim como do *caput* e dos §§ 5º e 7º do art. 17-B, da Lei 8.429/1992, na redação dada pela Lei 14.230/2021, de modo a restabelecer a existência de legitimidade ativa concorrente e disjuntiva entre o Ministério Público e as pessoas jurídicas interessadas para a propositura da ação por ato de improbidade administrativa e para a celebração de acordos de não persecução civil; (b) declarar a inconstitucionalidade parcial, com redução de texto, do § 20 do art. 17 da Lei 8.429/1992, incluído pela Lei 14.230/2021, no sentido de que não existe “obrigatoriedade de defesa judicial”; havendo, porém, a possibilidade dos órgãos da Advocacia Pública autorizarem

a realização dessa representação judicial, por parte da assessoria jurídica que emitiu o parecer atestando a legalidade prévia dos atos administrativos praticados pelo administrador público, nos termos autorizados por lei específica; (c) declarar a inconstitucionalidade do art. 3º da Lei 14.230/2021; e, em consequência, declarou a constitucionalidade: (a) do § 14 do art. 17 da Lei 8.429/1992, incluído pela Lei 14.230/2021; e (b) do art. 4º, X, da Lei 14.230/2021. Tudo nos termos do voto ora reajustado do Relator, vencidos, parcialmente, os Ministros Nunes Marques, Dias Toffoli e Gilmar Mendes, nos termos de seus votos. Presidência do Ministro Luiz Fux. Plenário, 31.8.2022.

Por conseguinte, tal acordo tem por finalidade evitar o exercício judicial de uma pretensão sancionatória, seja para buscar as sanções da lei de improbidade administrativa, seja para buscar o ressarcimento ao erário. Logo, a principal concepção era evitar que o Ministério Público propusesse ações de improbidade ou ações de ressarcimento ao erário, mas que todas essas questões, não só sancionatórias como reparatórias, pudessem ser resolvidas por meio de um acordo com o Ministério Público junto com o Poder Público.

A valorização das formas alternativas de solução dos conflitos já é demonstrada no art. 3º, do Novo Código de Processo Civil. Nos termos do §2º, o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. (NEVES, 2016, p. 3 e 4).

Apesar do mencionado acordo carecer de uma regulamentação pormenorizada, há a possibilidade de ser realizado em casos de improbidade administrativa, com propósito de garantir maior efetividade às investigações dos atos ímprobos já que contavam com a colaboração eficaz dos investigados na busca pela verdade.

À vista disso, cabem comentários acerca da natureza jurídica do acordo de não persecução penal e civil. Para alguns doutrinadores, como Marcos Paulo Dutra Santos (2020, p. 207)

Uma vez atendidos os requisitos legais, a transação penal e o ANPP surgem como direito público subjetivo do imputado, viabilizando o seu deferimento pelo juiz, a pedido da defesa, caso o Ministério Público não o faça – malgrado tenha se vulgarizado falar em concessão ex officio, a expressão é, tecnicamente, mal colocada, pois atuar de ofício significa sem provocação prévia de qualquer das partes, e, evidentemente, descabe ao Juízo impor qualquer acordo goela abaixo do investigado. Encarar o ANPP como direito do imputado permite ao juiz implementá-lo, mesmo sem proposta do Parquet, mas, sempre, a requerimento da defesa.”

No entanto, há uma inclinação da doutrina pela discricionariedade regradada do Ministério Público. Assim, embora deva ser priorizada a resolução consensual do conflito, inexistente direito subjetivo à sua celebração. Nesse sentido, o Manual de Orientação: O Acordo de Não Persecução Penal na “Lei Anticrime” (Lei 13.964/19), emitido pelo Ministério Público de Santa Catarina estabelece que:

No ANPP, no espaço de discricionariedade regradada (poder-dever) que lhe concede a legislação e a própria concepção do instituto sob o foco, o MP poderá se negar a formular proposta ao investigado, pois deverá ponderar previamente (e fundamentar) se o acordo

“é necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime” (condição subjetiva e cláusula aberta de controle), no caso concreto.”

Nesse mesmo sentido, podemos citar o enunciado 19 do CNPG/GNCCRIM (COMISSÃO ESPECIAL-GNCCRIM. Enunciados interpretativos da Lei nº 13.964/2019 Lei Anticrime, 2020, p. 07):

ENUNCIADO 19 (ART. 28-A, CAPUT) O acordo de não persecução penal é faculdade do Ministério Público, que avaliará, inclusive em última análise (§ 14), se o instrumento é necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime no caso concreto.”

A respeito da natureza jurídica, Paulo Rangel (2021, p. 234) afirma que:

Natureza jurídica do ANPEPE. Trata-se de um direito subjetivo público de índole jurídico processual do investigado a realizar um negócio jurídico com o Ministério Público.”

O Superior Tribunal de Justiça se posicionou com relação a natureza jurídica em uma decisão “não há razão para retirar o feito da pauta virtual, uma vez que, além de não ser o acordo de não persecução cível um direito subjetivo do réu, o presente processo já ultrapassou a fase de análise dos fatos e provas (primeira e segunda instâncias), já tendo sido até mesmo julgado o agravo em recurso especial submetido a exame desta Corte Superior (que não ultrapassou sequer a admissibilidade recursal)” (STJ, AgInt no RtPaut no AgInt no RE nos EDcl no AgInt no agravo em recurso especial 1.341.323/RS, j. 05.05.2020.).

1149

1.2 A confissão como requisito no acordo de não persecução penal e civil

Para que seja realizado o acordo de não persecução penal é necessário que o acusado cumpra alguns requisitos legais. Um dos primeiros requisitos é que não pode ser caso de arquivamento. O segundo requisito é existir indícios de autoria, prova de materialidade do fato, bem como a confissão formal e circunstancial do investigado, e a infração penal não ser cometida com violência e grave ameaça, a pena mínima cominada ao crime não é inferior a 4 (quatro) anos, não importante se é reclusão ou detenção.

Diante do que fora acima apresentado, pode-se observar que um dos requisitos para a realização do acordo de não persecução penal é a confissão. No entanto, há um questionamento se seria constitucional, uma vez que o investigado deve confessar o fato criminoso para dispor do acordo, violando assim o princípio de que ninguém será obrigado a produzir provas contra si mesmo, o princípio da presunção de inocência e afronta o *nemo tenetur se detegere*.

Conforme mencionado pelo próprio doutrinador Marcos Paulo D. Santos (2022, p. 271) menciona é nítida a identidade ontológica entre a ação penal e a ação de improbidade

administrativa, a Lei nº 13.964/19 estendeu à última o acordo de não persecução cível. Nessa perspectiva, o artigo 5º, inciso V da Resolução 1193/2020-CPJ, estabelece como pressuposto para o acordo de não persecução civil a confissão da prática do ato de improbidade administrativa, conforme o artigo 5, inciso V da Resolução 1193/2020-CPJ.

Aury Lopes (2022, p. 93) afirma ser tormentosa a exigência de confissão para realização do acordo, na medida em que poderá gerar diversos reflexos para além daquele processo. Em seu livro, um dos primeiros problemas que ele aponta é o valor da confissão em caso de rescisão do acordo, parecendo ser evidente que não poderá ser utilizada contra o réu, devendo ser desentranhada e proibida de ser valorada. Contudo, não se desconhece ou desconsidera o imenso problema que isso gera na formação do convencimento do julgador, na medida em que uma vez conhecida a confissão, será muito difícil que o juiz efetivamente a desconsidere, não existe um “delete mental”.

Da mesma forma, Paulo Rangel (2021, p. 234) debate acerca dessa indagação em seu livro

Feito o ANPEPE entre às partes e descumprido pelo investigado, vindo o MP a oferecer denúncia (§10) pode a confissão do investigado ser usada como meio de prova pelo MP, juntando-a em sua peça exordial?

Sim. A confissão foi espontânea e desembaraçada e poderá ser usada pelo MP no curso do processo. Se o réu não cumpriu com o acordo sua inadimplência não pode beneficiá-lo, pois a “ninguém é lícito se beneficiar da sua própria torpeza”. Não houve coação, não houve ilegalidade na obtenção da confissão logo ela poderá ser usada no curso do processo e o juiz sopesá-la de acordo com as demais provas do processo em sua decisão.”

1150

Um segundo questionamento que o Aury Lopes aponta, é se essa confissão poderá ter efeitos para além daquele processo, se poderá ser usada em um processo civil de indenização sobre aquele fato, ou se poderá ser utilizada administrativamente, para fins fiscais ou de natureza punitiva disciplinar. A lei não estabelece limite de efeitos e esse risco existe. (AURY, 2022, p.94). Além disso, Aury Lopes (2022, p.94). também levanta um questionamento, no sentido de que:

Terceira questão: a confissão precisa ser prévia à proposta de acordo? O tema é igualmente polêmico, mas entendemos que a confissão é exigência para que se formalize o acordo, não um requisito para a proposta de acordo. Não se pode exigir que o imputado, na fase de investigação preliminar, onde muitas vezes sequer tem consciência dos fatos investigados, faça uma confissão mirando uma proposta de acordo que não sabe se virá a ser oferecida. Não raras vezes, utiliza o direito de silêncio como melhor estratégia de defesa. Portanto, somente quando a denúncia é oferecida, com os fatos claramente definidos e individualizados, é que se pode verificar se cabe ou não o ANPP. Dessarte, a inexistência de confissão não pode ser obstáculo ao oferecimento do ANPP. Então, deve vir a proposta com o requisito da confissão, a ser feita em audiência de homologação.

Nesse mesmo sentido, Guilherme de Souza Nucci (2021, p. 107) afirma que sendo um benefício, não nos parece que deva o investigado confessar amplamente o crime para fazer o

acordo. Afinal, se, depois, não for cumprido, o MP pode denunciá-lo e a confissão já terá sido realizada. Ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo.

Logo, um dos requisitos para celebração do negócio jurídico é a confissão. A partir disso, se houver sido celebrado o acordo e por algum motivo o acusado vier a descumprir o mesmo, surge o questionamento se essa confissão que foi imposta, poderá vir a ser utilizada contra ele, bem como se essa confissão poderá ter efeitos em outros processos, ou ainda se essa confissão precisa ser prévia a proposta do acordo.

Pode-se observar que em ambos os casos do acordo de não persecução há pontos que não foram elucidados e divergências doutrinárias. Portanto, se discute sobre a inconstitucionalidade da confissão como requisito para celebração do instituto, em razão de afirmarem violar direitos fundamentais e princípios.

2. A CONSTITUCIONALIDADE DA CONFISSÃO

2.1 No acordo de não persecução civil

Tem-se como requisito para celebração do acordo a confissão do acusado. À vista disso, o Ministério Público de São Paulo (NOTA TÉCNICA n. 02/2020 – PGJ/ CAOPP) possui três observações que se fazem necessárias acerca da confissão, afirmando que:

Assim, eventual negativa de participação no ilícito manifestada pelo investigado em outra oportunidade, quer seja nos autos do IC, do PPIC ou da ação judicial em que celebrada a avença, quer seja em procedimentos investigatórios da mesma conduta em outras esferas de responsabilização (administrativa e penal, por exemplo), não representará impedimento à celebração do ANPC;

Logo, pode-se concluir que mesmo o investigado tendo negado a sua autoria ou participação no ilícito em outro momento processual ou em outras esferas de responsabilização, isso não se apresentará como um impedimento para a celebração do ANPC.

Outra observação feita pelo Ministério Público de São Paulo, refere-se ao acordo de pura reprimenda, em que não se exige a confissão útil, bastando que o agente assuma voluntariamente a responsabilidade pela prática do ato de improbidade administrativa.

No acordo de pura reprimenda, não se exige a confissão útil, isto é, aquela que importe em alteração do panorama probatório. Basta que o agente assuma voluntariamente a responsabilidade pela prática do ato de improbidade administrativa. Com efeito, se a celebração do ANPC pressupõe a existência de indícios suficientes de autoria e materialidade do ato de improbidade administrativa, é imperativo de coerência concluir que a confissão não precisa ser útil para o esclarecimento do fato investigado;" (NOTA TÉCNICA n. 02/2020 – PGJ/ CAOPP)

Portanto, no momento da confissão não se exige que o investigado esclareça com detalhes o fato ocorrido, descrevendo as condutas e participantes. Basta que assuma voluntariamente a responsabilidade pela prática do ato. Assim, temos a ideia de o acusado confessar o fato e não a qualificação jurídica. Ou seja, confessar o que realmente aconteceu, os fatos que ele praticou, mas não confessar e não concordar com a qualificação jurídica titulada. Desse modo, trabalha-se com o que de fato aconteceu, o que o acusado praticou.

Cabe ressaltar, que no acordo de não persecução civil deve estar presente o dever de reparar integralmente o dano. Conforme estabelece o Ministério Público de São Paulo, o acordo também deverá contemplar o dever de reparação integral acrescidos ilicitamente, o que se considera o núcleo irrenunciável de tutela do interesse público (art. 5º da LIA; art. 1º, § 2º, da Res. 179/2017-CNMP; e art. 5º, VII, da Res. 1193.2020-CPJ), na matéria (NOTA TÉCNICA n. 02/2020 – PGJ/ CAOPP).

A reparação dos danos ao patrimônio público do lesado corresponde a um resultado necessário do prejuízo causado e não uma sanção propriamente dita.

Segundo entendimento do STF (NOTA TÉCNICA n. 02/2020 – PGJ/ CAOPP), caracterizado o prejuízo ao erário, o ressarcimento não pode ser considerado propriamente uma sanção, senão uma consequência imediata e necessária do ato combatido, razão pela qual não se pode excluí-lo, a pretexto de cumprimento do paradigma da proporcionalidade das penas estampado no art. 12 da Lei n. 8.429/92.

1152

A este respeito, v., p. ex., REsp 664.440/MG, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, DJU 8.5.2006. 2. A Lei n. 8.429/92 - LIA, em seu art. 12, arrola diversas sanções concomitantemente aplicáveis ao ressarcimento (não sendo este, frise-se, verdadeiramente uma sanção) e são elas que têm o objetivo de verdadeiramente reprimir a conduta ímproba e evitar o cometimento de novas infrações. Somente elas estão sujeitas a considerações outras que não a própria extensão do dano. (STJ - REsp: 1185114 MG 2010/0047008-6, Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Data de Julgamento: 02/09/2010, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 04/10/2010).

Ademais, de acordo com o descrito no artigo 2º da Resolução 1.193/2020-CPJ constitui pressuposto do acordo em matéria de improbidade administrativa a verificação de que este meio é mais vantajoso ao interesse público do que o ajuizamento da ação civil por ato de improbidade administrativa ao seu prosseguimento levando-se em consideração, dentre outros fatores, a possibilidade de duração razoável do processo, a efetividade das sanções aplicáveis e a maior abrangência de responsabilização de agentes públicos, de terceiros envolvidos no ilícito ou que

dele tenham auferido vantagem indevida de qualquer natureza (NOTA TÉCNICA n. 02/2020 – PGJ/ CAOPP).

Dessa forma, deve-se priorizar sempre a resolução consensual do conflito quando este caminho se apresentar como o mais justo, razoável e adequado para a solução do conflito, protegendo sempre a moralidade administrativa e o patrimônio público.

Assim, um dos elementos será a assunção por parte do pactuante da responsabilidade pelo ato ilícito praticado. Conforme, o Ministério Público de São Paulo (NOTA TÉCNICA n. 02/2020 – PGJ/ CAOPP):

V – Assunção por parte do pactuante da responsabilidade pelo ato ilícito praticado: conforme visto, a exigência da confissão do agente ímprobo favorece a coerência do microsistema de tutela do patrimônio público, além de constituir-se em causa de interrupção da prescrição das sanções patrimoniais ou pecuniárias.”

Surge também o questionamento sobre a necessidade da confissão do agente para que o ANPC seja celebrado. E segundo Fabrício Bastos (2022, p. 353), tal exigência não está normatizada de forma expressa. Contudo, novamente com base nas regras do microsistema da tutela coletiva, mormente de combate à corrupção (art. 16, §1º, III da LAC e art. 86, §1º, IV da Lei 12.825/2011), natural sustentar a imperiosa necessidade do reconhecimento (confissão) da prática do ato, sob pena de esvaziamento do próprio instituto.

1153

Ademais, o Promotor (BASTOS, 2022, p. 353) também alega somente valerá como confissão, a admissão de fato relativa à direito disponível da parte confitente.

2.2 No acordo de não persecução penal

Na ação penal quando se depara com a medida despenalizadora do acordo de não persecução penal, se faz o questionamento se seria constitucional o requisito da confissão para que seja realizado o acordo. Uma vez, que para alguns doutrinadores seria inconstitucional por violar diversos princípios. Podemos citar como exemplo, o doutrinador Marcos Paulo Dutra Santos (2022, p.256), na qual afirma que condicioná-lo à confissão nada mais é do que obrigá-lo, gratuitamente, a fazer prova contra si, submetendo-o a um inútil constrangimento, atentatório à sua dignidade humana.

E, segundo Guilherme de Souza Nucci (2020, p. 223), considera-se inconstitucional essa norma, visto que, após a confissão, se o acordo não for cumprido, o Ministério Público pode denunciar o investigado, valendo-se da referida admissão de culpa. Portanto, a confissão somente teria gerado danos ao confitente.

Em contrapartida, a maioria dos advogados criminalistas são a favor do consenso do que permitir que seja levado a discussão para a justiça, dessa forma eles defendem a justiça penal negocial por ser vista como um benefício para o executado. Nessa perspectiva, Rodrigo Cabral dispõe que:

Isso porque, uma das finalidades da confissão é precisamente essa, oferecer uma contrapartida ao Estado por ele ter aberto mão do exercício da ação penal. É dizer, o investigado apresenta ao Ministério Público um forte elemento de informação (sua confissão extrajudicial) em troca de um tratamento mais benéfico. Se assim não fosse, não haveria praticamente nenhuma consequência ao investigado em descumprir o acordo. Só teria ele ganhado tempo e atrapalhado o curso natural da persecução penal, sem qualquer ônus ou desvantagem no processo penal (CABRAL, 2021, p. 129).

Além disso, em processo penal o que está em risco é a liberdade do acusado. E de acordo com Nucci (2020, p.155) é permitindo um tratamento processual diverso, com alguns benefícios de índole processual que permitem a evitação do processo e, conseqüentemente, da aplicação de pena privativa de liberdade. Portanto, como o direito a liberdade é um direito disponível, poderia o réu dispor desse direito sem nenhum problema com o objetivo de evitar a aplicação da pena privativa de liberdade.

Na prática o réu muitas das vezes prefere confessar para não dar continuidade com o processo e ter uma denúncia. Acerca deste ponto a doutrina traz o questionamento que se o réu fosse absolutamente inocente ele iria realmente fazer um acordo.

1154

Nesse ponto de vista, Rodrigo Cabral afirma que a função de garantia pode ser definida como um meio de assegurar ao membro do Ministério Público, que, a partir da confissão detalhada (circunstanciada) não está a negociar com um inocente, o que poderia causar uma injustiça, além de trazer maior seriedade ao acordo. Por outro lado, também oferece ao defensor do acusado a garantia de que está orientando-o no sentido de seguir a via processual menos gravosa, se comparada àquela pela qual seguiria o processo em caso de denúncia e, portanto, está realizando uma adequada orientação jurídica (CABRAL, 2020, p. 275)

Com relação ao argumento de que seria inconstitucional por violar o princípio da presunção de inocência. Acredita-se que não viola porque ao confessar perante o Ministério Público, o réu não está deixando de ser presumido inocente, ele continua sendo presumidamente inocente. Na realidade, a presunção de inocência desaparece com o devido processo legal combinado com a condenação definitiva. Nesses termos, o princípio da não culpabilidade significa que todo acusado é presumido inocente, até que seja declarado culpado por sentença condenatória, com trânsito em julgado. Encontra-se previsto no art. 5.º, LVII, da Constituição

(NUCCI, 2021, p. 36). Portanto, até o momento de haver uma sentença é obrigatório respeitar o princípio de presunção de inocência do réu.

Segundo Rodrigo Cabral, reconhecer ao investigado essa decisão de fazer o acordo, confessando, é reconhecê-lo como sujeito de direitos, com dignidade, liberdade e autonomia para decidir sobre o seu destino (CABRAL, 2021, p. 134).

Além disso, Renato Brasileiro (LIMA, 2020, p. 283) também afirma que

Desde que o investigado seja formalmente advertido quanto ao direito de não produzir prova contra si mesmo e não seja constrangido a celebrar o acordo, parece não haver nenhuma incompatibilidade entre esta primeira obrigação do investigado, prevista no art. 28-A, caput, do CPP, e o direito ao silêncio (CF, art. 5º, LXIII)”.

A confissão como requisito serve para que ele tenha um benefício, evitando assim a continuidade do processo com a denuncia e futuramente havendo uma sentença condenatória, evitando também uma pena. Dessa forma, ele confessa para não ser processado, e ao invés de cumprir uma pena, cumpriria apenas algumas condições que lhes são impostas.

Ademais, a confissão não é mais considerada a “rainha das provas” pois incontáveis razões levam a confissão. Conseqüentemente, ninguém pode ser condenado somente com uma confissão extrajudicial, se não houver mais nenhuma prova ou elemento. Ainda que o juiz tente uma condenação ou ainda que o tribunal confirme essa condenação esdrúxula, os tribunais superiores não aceitam.

Nessa lógica, Guilherme de Souza Nucci (2021, p. 296) afirma:

A admissão de culpa, por ser ato contrário à essência do ser humano, deve ser avaliada com equilíbrio e prudência. Não pode mais ser considerada, como no passado, a rainha das provas, visto ser inconsistente e impura em muitos casos. O Estado não se deve conformar em mandar para o cárcere a pessoa inocente que, envolvida por uma série de erros e constrangimentos, termina admitindo a prática de algo que não fez. É meta indispensável do juiz confrontar a confissão com as outras provas existentes nos autos, jamais aceitando que ela, isoladamente, possa significar a condenação do réu. Por isso, consta do art. 197 do Código de Processo Penal, claramente, a advertência para que haja confronto entre a confissão e outras provas, verificando-se a sua compatibilidade e concordância com o quadro probatório. Sem isso, deve-se desprezar a admissão da culpa produzida nos autos.”

Além disso, no Acordo de Não Persecução Penal, o Ministério Público está deixando de oferecer denúncia, apesar de ter justa causa, para fazer o acordo. E também caberia ao investigado renunciar algo, desse modo a confissão seria como uma “moeda de troca” para ficar justo para ambos os lados e garantir que ele vá cumprir o acordo.

Assim sendo, pode-se verificar a importância da confissão em juízo, porque se o acusado deixar de cumprir o acordo, o Ministério Público poderá explorar a confissão em juízo, não como

rainha das provas porque a confissão sozinha não serve para condenar o acusado. Mas ela será usada em juízo como mais um elemento e ser explorada junto com as demais provas.

Em vista disso, Sanches (2020, p.129):

[...] 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.

Nesse sentido, Aury Lopes (2022, p. 211):

Deve-se insistir na necessidade de abandonar-se o ranço inquisitório (e a mentalidade nessa linha estruturada), em que a confissão era considerada a “rainha das provas”, pois o réu era portador de uma verdade que deveria ser extraída a qualquer custo. No fundo, a questão situava-se (e situa-se, ainda) no campo da culpa judaico-cristã, em que o réu deve confessar e arrepende-se, para assim buscar a remissão de seus pecados (inclusive com a atenuação da pena, art. 65, III, “d”, do Código Penal). Também é a confissão, para o juiz, a possibilidade de punir sem culpa. É a possibilidade de fazer o mal através da pena, sem culpa, pois o herege confessou seus pecados. Tudo isso deve ser abandonado rumo ao processo penal acusatório-constitucional, em que o interrogatório é acima de tudo um meio de defesa e, a confissão, apenas mais um elemento na axiologia probatória, que somente pode ser considerado quando compatível e conforme o resto da prova produzida.”

À esse respeito, em caso de descumprimento do acordo, o enunciado 27 do CNPG/GNCCRIM (COMISSÃO ESPECIAL-GNCCRIM. Enunciados interpretativos da Lei nº 13.964/2019 Lei Anticrime, 2020, p. 08) discorre que: 1156

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”

Ademais, o advogado com base no inquérito e nas provas, pode sugerir ao acusado aceitar o acordo, pois com base nas testemunhas e documentos encontrados há provas significativas, podendo aconselhar ser melhor aceitar o acordo.

Além disso, uma cláusula que a defesa está exigindo para celebração do acordo é que se o acusado cumprir o acordo, essa confissão não pode ser democratizada, não pode ser compartilhada, ficando restrita aquele acordo. A confissão não pode produzir efeitos fora das quatro paredes desse feito. Se for usada, quebra a boa-fé e essa prova será fuminada pela defesa, porque há uma cláusula que foi homologada judicialmente e petrificou a confissão neste feito impedindo prova emprestada.

E apesar de argumentarem de que se o juiz estiver convencido de que ele foi o autor, a simples notícia de que houve um ANPP, vai ser uma mola propulsora. Se o juiz estiver na

dúvida, vai fazê-lo pender para uma condenação. No entanto, o juiz precisa entender que aquilo que não está nos autos, não pode influenciá-lo.

Outra cláusula que está sendo exigida pelos advogados e que o réu não pode dar informações sobre o outro indiciado em casos de coautoria. Quando se tem uma confissão e o réu cumpre o o ANPP, extingue-se a punibilidade. Assim, o Ministério Público não poderá exigir que ele confesse perante o magistrado e reconheça a participação de outro acusado que será denunciado. Depois, o réu também não pode ser utilizado como testemunha.

Portanto, pode-se observar que ocorre a tentativa de afastar a justiça conflitiva e aplicar a justiça negociada. Embora haja uma pequena parte da doutrina que considera inconstitucional a cláusula da confissão no Acordo de Não Persecução Penal e Civil, a maioria da doutrina afirma ser constitucional em razão dos argumentos expostos.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, observa-se que ocorre a tentativa de afastar a justiça conflitiva e aplicar a justiça negociada, sendo o acordo de não persecução penal e civil um negócio jurídico benéfico em razão de evitar o início de um processo. Para mais, tal instituto está submetido ao controle judicial, voluntariedade e legalidade.

1157

Embora haja uma pequena parte da doutrina que considera inconstitucional a cláusula da confissão no Acordo de Não Persecução Penal e Civil, a maioria da doutrina afirma ser constitucional levando em consideração que se refere a uma oferta ao investigado que tem a discricionariedade de aceitar ou não a proposta. Por essa razão, é significativo entender todos os pontos de um acordo e negociá-los.

Acredita-se que tais controvérsias surgem em razão de tratar-se de um novo instituto, surgindo assim questionamentos acerca de sua aplicação. No entanto, tais discussões para haver uma maior segurança jurídica carecerão de serem atenuadas com a apreciação dos Tribunais Superiores.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Heloir. **A Evolução da Justiça Negocial Brasileira dentro do Acordo de Não Persecução.** Conteúdo Jurídico, 2020. Disponível em <<http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/54711/a-evoluo-da-justia-negocial-brasileira-dentro-do-acordo-da-no-persecuo>> Acesso em: 24 de março 2022.

AVENA, Norberto. **Processo Penal**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021. E-book. ISBN 9788530992767. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530992767/>. Acesso em: 28 set. 2022.

ALBUQUERQUE, Heloana. **Primeiras Notas Acerca do Acordo de Não Persecução Cível**. Âmbito Jurídico, 2020. Disponível em: < [AZEVEDO, Mariana. **A Justiça Negocial no Processo Penal e o Princípio da Necessidade**. Canal Ciências Criminais, 2020. Disponível em: < <https://canalcienciascriminais.com.br/a-justica-negocial-no-processo-penal-e-o-principio-da-necessidade/>> Acesso em: 17 março 2022.](https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/primeirapersecuacaocivil/#:~:text=O%20acordo%20de%20n%C3%A3o%20persecu%C3%A7%C3%A3o%20c%C3%ADvel%20foi%20criado%20pela%20Lei,contra%20a%20ocorr%C3%A7%C3%A3o%20na%20pa%C3%ADs.> Acesso em: 24 março 2022.</p></div><div data-bbox=)

Bastos. Fabrício. **Curso de Processo Coletivo: Atualizada com a nova lei de Improbidade Administrativa, Lei 14.230/2021**. São Paulo: Foco, 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.964**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm> Acesso em 17 março 2022

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm> Acesso em: 17 de março 2022.

BRASIL. COMISSÃO ESPECIAL-GNCCRIM. **Enunciados interpretativos da Lei nº 13.964/2019 Lei Anticrime**. 2020. Disponível em < https://criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/GNCCRIM_ANALISE_LEI_ANTICRIME_JANEIRO_2020.pdf> Acesso em 29 de setembro de 2022.

1158

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. STJ, AgInt no RtPaut no AgInt no RE nos EDcl no AgInt no agravo em recurso especial 1.341.323/RS- Decisão Monocrática. Cuida-se de um agravo interno interposto contra despacho de indeferimento do pedido de retirada de pauta de julgamento virtual. Agravante: Leonel Paiva. Agravado Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relatora: Min. Maria Thereza de Assis Moura. Lex: **Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**. 05 de maio de 2020. Extraído de: < <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/858121330/decisao-monocratica-858121426>> Acesso em: 21/09/2022.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Manual do Acordo de Não Persecução Penal**. Salvador: JusPodivm, 2021.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **“A confissão circunstanciada dos fatos como condição para a celebração do acordo de não persecução penal”**. In Acordo de não persecução penal. AAVV. Organizadores Leonardo Schmitt de Bem; João Paulo Orsini Martinelli. 1ª edição. Belo Horizonte/São Paulo: D’ Plácido, 2020.

CARDOSO, Arthur. **Da Confissão no Acordo de Não Persecução Penal**. Migalhas, 2020. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/depeso/334134/da-confissao-no-acordo-de-nao-persecuacao-penal>> Acesso em: 15 de março 2022.

CAPRIOLLI, Rodrigo. **Acordo de Não Persecução Penal**. Direito Net, 2020. Disponível em <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/11892/Acordo-de-nao-persecucao-penal>> Acesso em: 24 de março 2022.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 10^a Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

BARBOSA, R. K.; COSTA, R. O. **Nova Lei de Improbidade Administrativa. De acordo com a Lei nº 14.230/2021**. 1^o. Ed. São Paulo: Almedina, 2022.

CUNHA, Rogério. **Acordos de Não Persecução Penal e Cível**. 2^o. ed. Rio de Janeiro: Juspodivm, 2022.

CUNHA, Rogério Sanches. **Pacote Anticrime — Lei n 13964/2019: Comentários às Alterações no CP, CPP e LEO**. Editora Juspodivm, 2020

JUNIOR, Aury L. **Direito processual penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal: Volume Único**. 8^a Ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

MOREIRA; Rômulo de Andrade. **O Acordo de Não Persecução Penal**. In: BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo Orsini. (Org.). **Acordo de Não Persecução Penal**. Belo Horizonte, São Paulo: D' Plácido, 2020. P. 205-217.

1159

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 8^a ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

NUCCI, Guilherme de S. **Manual de Processo Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2022.

NUCCI, Guilherme de S. **Manual de Processo Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro : Grupo GEN, 2021.

POLASTRI, Marcellus. **O Chamado Acordo de Não Persecução Penal: Uma tentativa de Adoção do Princípio da Oportunidade na Ação Penal Pública**. Genjurídico, 2018. Disponível em < <http://genjuridico.com.br/2018/04/05/o-chamado-acordo-de-nao-persecucao-penal-uma-tentativa-de-adocao-do-principio-da-oportunidade-na-acao-penal-publica/>> Acesso em: 05 de agosto de 2022.

PINHO, H. D. B. **O novo CPC e a mediação: Reflexões e ponderações**. Revista de Informação Legislativa. Brasília ano 48 n. 190 abr./jun. 2011. Disponível em < <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242895>> Acesso em: 21 de setembro de 2022.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

SANTOS, Marcos Paulo D. **Comentários ao Pacote Anticrime**. 2. ed. São Paulo: Editora Método, 2022.

SANTOS, Marco Paulo D. **Comentários ao Pacote Anticrime**. São Paulo: Grupo GEN, 2020. E-book. ISBN 9788530991814. Disponível em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530991814/>. Acesso em: 28 de setembro de 2022.

SANTA CATARINA. O Manual de Orientação: O Acordo de Não Persecução Penal na “Lei Anticrime” (Lei 13.964/19), emitido pelo Ministério Público de Santa Catarina. Janeiro de 2020. Disponível em < <https://www.mppi.mp.br/internet/wp-content/uploads/2021/01/MPSC-Manual.-ANPP-na-Lei-Anticrime.pdf> > Acesso em: 10 de setembro de 2022

SÃO PAULO. NOTA TÉCNICA n. 02/2020 – PGJ/CAOPP. Fornece subsídios aos membros do Ministério Público do Estado de São Paulo para a celebração de acordos de não persecução cível, em conformidade com a Lei 13.964/2019, com a Resolução 179/2017-CNMP e com a Resolução 1.193/2020 - CPJ. 24 de fevereiro de 2021. Disponível em < https://biblioteca.mpsp.mp.br//PHL_img/PGJ/002-nt%202020.pdf > Acesso em 20 de setembro de 2022.