



Opinião: Exigência da confissão no ANPP e a desvantagem do inocente

No Brasil, muitas vezes é mais vantajoso ser culpado do que inocente. E isso por diversas razões, mas o artigo 28-A do Código de Processo Penal.



O acordo de não persecução penal (ANPP) é uma das

medidas mais importantes trazidas pela Lei 13.964/19, embora previsto na Resolução nº 181 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), desde agosto de 2017, essa inovação legislativa incrementou a Justiça negocial criminal de nosso país.

Entretanto, apesar desse valioso passo do Congresso Nacional, de introduzir em nosso ordenamento jurídico essa nova modalidade de negociação de natureza extraprocessual, incorreu em flagrante excesso legislativo ao conservar os mesmos requisitos exigidos para a celebração do ANPP, que estavam previstos na Resolução nº 181/17 do CNMP, principalmente quanto à necessidade de o investigado ter de confessar formal e circunstancialmente a prática da infração penal, conforme o artigo 28-A do CPP: "*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 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: (...)*".

Nota-se, portanto, que o legislador não teve a devida cautela de analisar a inconstitucionalidade dos requisitos estabelecidos no artigo 18 da Resolução nº 181/17 do CNMP, mantendo, equivocadamente, os mesmos termos e condições que foram eleitos pelo próprio órgão acusador como necessários à celebração do ANPP. Nesse ponto, o legislador pecou, e muito!

Fazendo uma regressão no tempo, identificamos que a Justiça negocial no Brasil teve o seu marco inaugural com a publicação da Lei 9.099/95, que, por sua vez, regulamentou os Juizados Especiais Criminais e conceituou, entre outros assuntos, os crimes de menor potencial ofensivo. Além disso, apresentou três medidas despenalizadoras de relevante interesse social à época, quais sejam: a composição dos danos civis, a transação penal e a suspensão condicional do processo ou *sursis* processual, previstas, respectivamente, nos artigos 74, 76 e 89. Mas nenhuma delas exige a confissão do investigado.



Com efeito, essa mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, através da implementação de medidas restaurativas, proporcionou ao nosso sistema de Justiça Criminal maior celeridade na resolução de conflitos, além de reduzir expressivamente os custos para os órgãos estatais, como o Ministério Público, a Defensoria Pública e do próprio Poder Judiciário.

Com o avançar do tempo e o crescente aumento dos processos judiciais em nosso país, em especial na seara criminal, o ANPP vem em boa hora, no entanto, essa inovação legislativa, que também tem por escopo a redução do número de ações judiciais, violou princípios básicos e fundamentais do Direito Penal, do Direito Processual Penal e principalmente do Direito Constitucional, ao exigir do investigado, antes mesmo do oferecimento da denúncia e da formação de um lastro probatório mínimo, a obrigatoriedade de confessar formal e circunstancialmente a prática da conduta delitiva.

É até compreensível que o órgão acusador, com um viés mais punitivista, tenha essa pretensão de exigir do investigado a sua confissão para a celebração do ANPP, mas o legislador não poderia ter caído nesta armadilha, sonogando do indivíduo garantias elementares conquistadas a duras penas ao longo dos últimos anos, como é o caso do direito da não produção de provas contra si mesmo, consubstanciado no brocardo latino *nemo tenetur se detegere*, que, inclusive, está consagrado não só no artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal, que garante ao preso o direito de manter-se em silêncio, como também na própria Convenção Americana de Direitos Humanos, o Pacto de San José da Costa Rica, no artigo 8º, 2, "g", que assegura a toda pessoa acusada "*o direito de não depor contra si mesma, e não confessar-se culpada*".

Nesse ponto é oportuno destacar que a Convenção Americana de Direito Humanos, conforme entendimento assentado pelo STF, possui *status* supralegal e produz efeito paralisante nas normas infraconstitucionais contrárias a ela. Portanto, caberá à Suprema Corte manifestar-se acerca da constitucionalidade dessa confissão prevista no artigo 28-A do CPP, em face do disposto no Pacto de San José da Costa Rica.

Por outro lado, comparando-se os requisitos para a celebração do ANPP com aqueles exigidos nas três medidas despenalizadoras elencadas na Lei 9.099/95, a diferença básica é justamente a necessidade de o investigado confessar formal e circunstancialmente a prática da infração penal. Até porque as condições impostas àqueles que aderem ao ANPP são muito semelhantes às previstas na Lei 9.099/95, não havendo, portanto, qualquer justificativa para a criação de um obstáculo aos investigados, quando o propósito da medida é justamente o oposto.



Dessa leitura, inúmeras indagações merecem respostas, entre elas destacamos: qual é efetivamente a necessidade de o investigado confessar a prática da infração penal para ser agraciado com o ANPP? Se para as medidas despenalizadoras anteriormente previstas em nosso sistema de Justiça Criminal não se exigia tal confissão, por que agora ela passou a ser obrigatória, uma vez que o objetivo da medida é exatamente o mesmo? E se o investigado for inocente, ele terá de confessar a prática de um crime que não cometeu, tão somente para lançar mão do direito de fazer um acordo com o Estado e evitar, com isso, o enfrentamento de uma ação penal por duros e longos anos? E quando esse acordo for anulado futuramente em razão do descumprimento de alguma condição imposta, essa confissão poderá ser usada contra o réu como prova para condená-lo, ainda que inocente? Por fim, essa confissão extraprocessual, formalizada por escrito e firmada pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor, conforme exigência expressa do §3º do artigo 28-A do CPP, tem o mesmo valor probatório que é conferido à confissão em juízo?

Acerca do fundamento histórico da confissão, Lopes Jr. [1] ensina que *"no fundo, a questão situava-se (e situa-se, ainda) no campo da culpa judaico-cristã, em que o réu deve confessar a arrepende-se, para assim buscar a remissão de seus pecados (inclusive com a atenuação da pena, artigo 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"*.

Esse é um ponto importante e por tal razão reforçamos os nossos argumentos, pois, diferentemente de todas as demais medidas restaurativas previstas anteriormente em nosso ordenamento jurídico, o ANPP é o único instituto dessa natureza que exige do investigado a confissão formal e circunstancial da prática delitiva na presença de seu defensor, inviabilizando, muitas vezes, a cogitação de um inocente aderir a tal acordo, ainda que para ele seja mais vantajoso aceitar as condições impostas no início das investigações, do que enfrentar o futuro incerto de um processo criminal, arriscando-se, inclusive, a ser condenado com base na própria confissão extrajudicial que firmou com o Parquet, na presença de seu defensor, caso referido acordo não seja cumprido em razão de alguma eventualidade.

Mas, em que pese entendimento contrário de parte da doutrina, é inevitável que a confissão do investigado na celebração do ANPP, posteriormente anulado, seja valorada pelo magistrado no momento de julgar o caso, conforme destaca o artigo 155, *caput*, do CPP, notadamente quando da confrontação com as demais provas angariadas no curso da instrução processual e os elementos informativos colhidos na investigação, de acordo com o que preceitua o artigo 197 do CPP: *"O valor da confissão se aferirá pelos critérios adotados para os outros elementos de prova, e para a sua apreciação o juiz deverá confrontá-la com as demais provas do processo, verificando se entre ela e estas existe compatibilidade ou concordância."*

Nessa linha é a lição de Lima [2]: *"Essa denúncia a ser oferecida pelo Ministério Público poderá trazer, como suporte probatório, inclusive a confissão formal e circunstancial do investigado por ocasião da celebração do acordo."*



Outra questão relevante e que reforça o nosso argumento quanto à inconstitucionalidade da obrigatoriedade da confissão no ANPP é justamente o fato de ele não ser um direito público subjetivo do investigado, mas um poder discricionário do Ministério Público, conforme entendimento firmado pela jurisprudência [3], apesar de posicionamento contrário na doutrina, do qual somos partidários: *"Entendemos que — preenchidos os requisitos legais — se trata de direito público subjetivo do imputado, mas há divergência no sentido de ser um 'poder do Ministério Público' e não um direito do imputado"* [4].

Superadas essas primeiras considerações, chegamos à colaboração premiada, que é o ponto nevrálgico de toda essa confusão legislativa, cuja regulamentação está prevista nos artigos 3º-A a 7º da Lei 12.850/13, que define o crime de organização criminosa. Aqui, sim, há necessidade de confissão por parte do colaborador, pois essa modalidade de negócio jurídico processual é um meio de obtenção de provas, mas o ANPP não é um meio de obtenção de provas e sim uma medida despenalizadora, instituída para desafogar o sistema de Justiça Criminal de nosso país. Portanto, são institutos distintos e que não se imiscuem.

A origem da necessidade da confissão no ANPP inevitavelmente está embasada nos termos próprios da colaboração premiada, através de uma interpretação equivocada do CNMP na elaboração da Resolução nº 181/17, que, conseqüentemente, foi agasalhada pelo legislador, sem qualquer filtro constitucional.

Daí advém a importância de questionarmos os limites do alcance do ANPP, em face dessa necessidade de confissão, e até que ponto o ANPP poderá ir para não sofrer uma mutação inconstitucional e transformar-se em uma efetiva colaboração premiada, pois quando é exigida do investigado a confissão circunstancial da prática da infração penal, poderá haver, inequivocamente, a obrigatoriedade de realizar a delação das pessoas envolvidas na empreitada criminosa, ainda que este não seja o escopo da medida despenalizadora prevista no artigo 28-A do CPP.

Além disso, em determinadas situações, como por exemplo na confissão que acarreta em delação de partícipes e coautores envolvidos na infração penal, as vantagens da colaboração premiada são muito maiores do que aquelas ofertadas no ANPP. Aliás, naquela o colaborador deve narrar todos os fatos ilícitos para os quais concorreu e que tenham relação direta com os fatos investigados, instruindo a proposta de colaboração e os anexos com os fatos adequadamente descritos, com todas as suas circunstâncias, indicando as provas e os elementos de corroboração (§§ 3º e 4º do artigo 3º-C da Lei 12.850/13). Mas nesse caso o magistrado poderá até conceder o perdão judicial (artigo 4º da Lei 12.850/13), a depender do resultado da colaboração. Entretanto, no ANPP não há previsão de perdão judicial, ainda que o investigado confesse a prática das condutas delitivas, pois deverá cumprir todas as condições impostas pelo Parquet até a extinção da punibilidade.

Observa-se, ainda, que nos crimes relacionados com as atividades de organizações criminosas há maior gravidade das condutas dos agentes, comparativamente com aqueles passíveis de ANPP, uma vez que não há qualquer limitação da pena mínima cominada ou inexistência de violência ou grave ameaça à pessoa, para que o colaborador venha a ser agraciado com todos os benefícios proporcionados na Lei 12.850/13, inclusive, como já mencionado, com o perdão judicial.



Por fim, é importante deixar o registro de que na celebração do acordo de colaboração premiada faz todo o sentido e há efetivamente a necessidade de se exigir do colaborador a confissão, mormente por ser um meio de obtenção de provas. Então, qual é efetivamente a necessidade da confissão para a celebração de um ANPP, comparativamente à colaboração premiada? Na nossa percepção, nenhuma!

Nada justifica essa extrapolação legal disposta no artigo 28-A do CPP. É justamente por esse motivo que entendemos ter o legislador violado, também, o princípio da proporcionalidade ao condicionar à celebração do ANPP a confissão formal e circunstancial da prática da infração penal pelo investigado, pois não é um meio de obtenção de provas, mas uma medida despenalizadora. Assim, uma vez que não há uma organização criminoso a ser investigada, nem mesmo a existência de concurso de agentes em muitos casos, por tratar-se de crimes simples, praticados sem violência ou grave ameaça, cujas penas mínimas cominadas são sempre inferiores a quatro anos, não há como obrigar o investigado a confessar a prática do crime, ainda mais quando ele for inocente e preferir a celebração do ANPP, a encarar um processo criminal com todas as suas consequências.

Repita-se, exigir a confissão na fase inicial das investigações inviabiliza que um inocente prefira celebrar o ANPP, através do cumprimento antecipado de determinadas condições, a enfrentar uma longa e desgastante ação penal. Até porque inevitavelmente a tramitação de um processo criminal perdurará por muito mais tempo do que aqueles cinco anos previstos no inciso III do §2º do artigo 28-A do CPP, que impedem a celebração de um novo ANPP.

Por essas razões, no que tange ao ANPP, a única conclusão que podemos chegar é a de que é muito mais vantajoso ser culpado do que inocente.

Portanto, para qualquer ponto que olhemos dessa necessidade de confissão prevista no artigo 28-A do CPP, não conseguimos escapar da sua inconstitucionalidade, pois confessar ou não a prática do crime não deveria afetar em absolutamente nada a celebração do ANPP.

[1] LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 9ª ed. São Paulo : Saraiva, 2012.

[2] LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: volume único, 8ª ed., juspodivm, 2020.

[3] STF. 2ª Turma. HC 194677/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 11/5/2021 (Info 1017).

[4] LOPES JR., Aury. Direito processual penal. 17ª ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2020.

Date Created

22/09/2021