

RESUMO

Este prospecto científico intenta compreender o requisito legal da confissão formal e circunstancial, como elemento necessário e condicional para a apresentação de proposta de Acordo de Não-Persecução Penal. O instituto é situado como mecanismo de mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal, que regra o espaço de discricionariedade para o ajuizamento da ação penal, assim, um desvio da persecução penal em juízo. A fim de uma cognição acerca do papel da confissão nos espaços de consenso penal, foi feito um cotejo do tipo de acordo que envolve o julgamento do caso, com o tipo de acordo que ocorre no processo para o desvio do julgamento do caso. Também se fez uma análise abstrata material acerca de quais são os elementos mínimos de um consenso penal do tipo de acordo de processo, tal como a diversão com intervenção. Em conclusão, a confissão não se apresentou como necessidade material para o tipo de consenso, tampouco demonstrou função processual que a justifique a impedir o acordo penal.

PALAVRAS-CHAVES: Acordo de não-persecução penal. Diversão com intervenção. Confissão.

1 INTRODUÇÃO

Com a edição da Lei 13.964/2019, Pacote Anticrime, houve um alargamento do espaço de descrição para a tomada de decisão de optar pela persecução penal em juízo, mitigando-se o princípio da obrigatoriedade da ação penal, oportunizando uma discricionariedade regrada, através de um espaço de consenso denominado Acordo de Não-Persecução Penal – ANPP.

Também lidou o legislador, simultaneamente, com uma proposta, não colidente, de introdução de um instrumento de consenso penal para a persecução penal em juízo, com proposta de acordo de julgamento, o qual se faria presente na redação do Art.395A/CPP¹, contudo, em razão de pontos polêmicos, a proposição não foi aprovada.

Mesmo o legislador entendendo que o ANPP se tratava de instrumento com natureza jurídica similar à transação penal, tratou de suas diferenças sem aquilatar os necessários elementos do sistema processual e do enquadramento metodológico da proposta.

A presença do requisito legal da confissão, mesmo que circunstancial, não mais circunstanciada, é um obstáculo a mais à realização do consenso penal, pelo que se pode

1 Proposta debatida no Relatório Legislativo do PSL 1864: “Já o novo art. 395-A proposto pelo Ministro da Justiça traz uma modalidade mais ampla de solução negociada, aplicável, em tese, a quase todos os tipos de crime (a solução pode deixar de ser aplicada com base na gravidade e nas circunstâncias da infração penal), mas que, ao contrário do acordo de não-persecução, culmina necessariamente com a imposição de uma sentença condenatória.”

questionar a necessidade, a adequação e a capacidade de rendimento da exigência de tal requisito para o ANPP.

Logo a doutrina mais crítica se pôs a se posicionar, a favor² ou contra³, tendo o debate se direcionado para a jurisprudência⁴.

A resposta mais promissora há de vir de um método de apreciação que leve em conta a natureza material e o ambiente metodológico na qual se insere o instituto, seus fins processuais e a capacidade para apresentar resultados satisfatórios. O presente ensaio foi elaborado com o propósito de perseguir essa meta.

O cotejo das duas propostas, dos dois instrumentos de consenso, com a caracterização de, um, como método de desvio da persecução penal em juízo e, o outro, como método de persecução penal em juízo, traz o elemento da confissão como diferenciador e auxilia na compreensão do papel que se pode destinar à confissão, neste contexto.

2 FUNDAMENTAÇÃO

2.1 Obrigatoriedade da ação penal, princípio isonômico, discricionariedade regrada e justiça penal negocial

A rigor vige um princípio da obrigatoriedade da ação penal, em hipótese de notícia crime em que se atendeu a determinados requisitos mínimos, consubstanciando-se, assim, a justa causa processual. Este princípio da obrigatoriedade da ação penal está intimamente atrelado ao princípio da isonomia, como tratamento igualitária a todos os administrados, de forma tal que, somente a lei *strito sensu*, pode, justificadamente, mitigar a regra da obrigatoriedade, através de requisitos legais aplicáveis a todos.

Esta imbricação do princípio da obrigatoriedade como princípio da isonomia, referidos ao sistemas de penas, que ocorre no sistema de processo próprio do continente europeu, ao qual segue o processo brasileiro, é tratado, assim, por BRANDALISE (2016, p.167):

A obrigatoriedade/legalidade no oferecimento da ação penal, típica desse outro sistema, consiste no dever imposto ao titular dela de intentá-la em todas as ocasiões em que conhecer a notícias de um crime, a partir da presença de

2 Cfr. CABRAL (2020) e GUARAGNI (2020).

3 Cfr. DE BEM (2020).

4 Cfr. HC STF 185.913/DF.

elementos de materialidade/existência e indícios de sua autoria. Tal tem como objetivo evitar o arbítrio do Estado frente ao cidadão, na medida em que todos devem ter o tratamento igualitário frente à lei, característica marcante do chamado sistema romano-germânico.

Aliás, a justificativa inicial de tal princípio está vinculada à regra das penas como um fim em si, já que deve haver a aplicação da sanção a todos aqueles que cometem crimes, consequência que somente pode ser alcançada se todos os delitos forem perseguidos, ou seja, é a devida resposta às críticas feitas por Maia Costa e que foram retratadas acima.

De outra parte tem-se constatado uma crise global na jurisdição penal, uma vez que os casos não são apreciados em tempo hábil à utilidade do processo penal, além da longa tramitação que ocasiona prescrição do fato e a sensação de impunidade, não se atendendo aos indicativos, acerca da prontidão das penas, preconizados por CESARE BECCARIA (2014, p.102), quando afirma que “quanto mais pronta e mais perto do delito cometido esteja a pena, tanto mais justa e útil ela será.”

Por entender que esta crise no processo penal pode comprometer inclusive o Estado de Direito, FIGUEIREDO DIAS (2011) defende que a justiça penal negocial possa avançar, em matéria de consensos penais, para além das formas abreviadas e setorizadas, precisamente para formas que possam atravessar horizontalmente todo o processo penal, contudo a respeitar o direito penal de tradição romano-germânica e o sistema penal próprio do continente europeu⁵. Sobre a crise e a afetação do Estado de Direito, assevera FIGUEIREDO DIAS (2011, p.13):

Com isto, é o próprio Estado de Direito que se encontra abalado mesmo nos seus fundamentos. Aquela perda de confiança atravessa horizontalmente o sistema, não havendo funções ou instituições que dela estejam isentas: o juiz, o ministério público, o advogado, todos participam, à vez ou em conjunto, da crise em parte inteira. Que remédios podem haver senão para debelar, ao menos para ajudar a inverter a situação? Eis do que não posso ter a pretensão de me ocupar, até porque, sendo seguramente múltiplas as causas, a sua consideração excederia muito as minhas competências e capacidades.

Desta forma há uma tendência⁶ de expansão dos consensos penais nas jurisdições

5 Para maior detalhamento acerca da distinção do sistema processual vigente no continente europeu, em contraste com o sistema processual vigente nos EUA, consultar OLIVEIRA, Marcondes Pereira de. “Acordo de Não-persecução penal: repressão/prevenção ao crime e confissão do investigado”. In AAVV. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Ano 29, vol.178. São Paulo: Revista dos Tribunais, abril 2021, p.313.

6 Para uma análise crítica consultar Bernd Schünemann (2002, p.288).

que adotam o sistema penal do tipo europeu continental.

O afastamento da justiça penal tradicional e a procura do consenso com prevalência do princípio do favorecimento ao processo, busca-se uma agilidade na equalização do caso penal, assim, a agilidade do processo é vista como a prioridade em SILVA (2018, p.104):

O fenômeno negocial ou consensual procura construir uma nova forma de procedimento, que, sem abandonar a aspiração à descoberta de verdade como um fim último e legitimador da justiça penal, seja um procedimento simplificado, facilmente compreendido e aceite pela opinião pública, em que a prova não seja admitida em número excessivo, que evite prescrições e outras consequências desastrosas, que seja econômico na procura da verdade mediante a prova e que desbloqueie o funcionamento dos tribunais, e, enfim, que seja um instrumento adequado de política criminal.

MANDARINO/SANTIN (2020, p.238) apresenta uma estratificação do gênero justiça penal negocial, em quatro subespécies, a justiça reparatória (1), justiça restaurativa (2), a justiça negociada (3) e a justiça colaborativa (4). Nesta classificação o ANPP apareceria como consenso de justiça reparatória, entretanto, os autores o classificam como da categoria reparatória e negociada, se amparando puramente no critério do requisito legal da necessidade de confissão.

2.2 ANPP, natureza jurídica e localização metodológica

Na jurisdição tradicional, melhor, na persecução penal judicial tradicional, o procedimento ocorre com a imputação(1), representado pela denúncia, seguindo-se uma instrução(2), simbolizada pela audiência instrutória e, finalmente, um julgamento (3), consubstanciado em uma sentença de mérito. Esses são os três atos centrais do processo penal em juízo.

A audiência instrutória é o ato judicial em que mais há consumo de tempo no processo. Não somente porque exige a presença simultânea de todos os atores processuais, mas também por ser dinâmica e concentrar o momento de obediência máxima aos princípios atinentes à proteção da pessoa acusada.

Na justiça penal negocial, na vertente de acordo de julgamento⁷, a instrução

⁷ Exemplo desse tipo de acordo são o tradicional *plea bargaining* americano, o alemão *urteilsab-sprachen*, o francês *reconnaissance préalable de culpabilité*, o italiano *patteggiamento sulla pena*, o espanhol *conformidade*, bem como o português, em proposição, acordo sobre sentença. No Brasil a proposta se

processual é negocialmente suprimida, onde fortemente se apresenta o princípio do favorecimento ao processo, dando lugar central à confissão da pessoa acusada, assim, os pontos centrais do processo passam a ser imputação (denúncia), confissão (acordo) e julgamento (sentença).

Já na justiça penal negocial, na vertente de acordo de processo ou justiça reparatória, ocorre um desvio do processo penal, desvio, inclusive, do processo com negociação de sentença, assim, procura-se a responsabilização do imputado, com uso de medidas extrapenais e reparação do dano, em troca do extinção da punibilidade.

Essa forma de desvio da persecução penal em juízo, é assim tratada em BRANDALISE (2016, p.24):

Referido fenômeno vem definido como diversão, que é a opção de política criminal definida para resolução dos processos penais de maneira diversa daqueles ordinariamente adotadas ao processo criminal, e consiste na solução antes de qualquer determinação ou declaração de culpa.

[...]

Portanto, a diversão (*diversion*) caracteriza-se por ser mais uma forma de resolução dos conflitos processuais penais em que há a retirada de acusações ou a descontinuidade delas com a presença de advertências ou imposição de condições a serem cumpridas pelo acusado. Em geral, é aplicada em crimes de menor gravidade e, caso cumpridas as condições, resultará na conclusão do processo, sem qualquer condenação. Especialmente nos ordenamentos influenciados pelo sistema continental europeu, necessária é a observância de regras e condições estabelecidas em lei.

A diversão é encarada como forma de solução do conflito penal, diversa do processo tradicional, em MANDARINO/SANTIN (2020, p.238):

O modelo consensual de justiça criminal é uma proposta de *diversificação* ou *diversão* dos procedimentos penais, cujo intuito é flexibilizar a persecução penal e maximizar as alternativas para a composição dos conflitos penais diversas do sistema acusatório tradicional. A *diversão* é a opção política criminal para resolução dos processos penais de maneira diversa daquelas ordinariamente adotadas no processo penal, e que consiste na solução antes de qualquer determinação ou de declaração de culpa.

O instituto é, ainda, classificado em diversão simples (sem imposição de medidas), diversão encoberta (atos materiais do autor do fato impõe a extinção da punibilidade), diversão com intervenção (imposição de medidas ao autor do fato) e a diversão com repreensão num processo de mediação para conciliação em crime em que a acusação

encontra na intenção de incluir o Art.375A no CPP.

fica a cargo do particular. (BRANDALISE, 2016, p.23)

Neste contexto é adequado classificar o ANPP como uma diversão com intervenção, ao lado da transação penal e da suspensão condicional do processo, ambos da Lei 9099/1995.

Resta perquirir quais os necessários requisitos materiais básicos de uma diversão com intervenção, ou seja, quais os elementos que a lei deve estabelecer.

Um primeiro elemento a se estabelecer é as classes de delitos⁸ que o instituto pretende atender. O outro elemento é a responsabilização extrapenal do imputado, seja com medidas e/ou com reparação dos danos. Há de haver também requisitos afetos às condições pessoais do infrator, a fim de que o desvio do processo tradicional, indique ser justo ao caso, que se resolve pela a extinção da punibilidade, sem condenação criminal.

Na Lei 9099/1995, foi suficiente estabelecer a classe dos delitos para a transação penal, as contravenções penais e os delitos cuja pena máxima em abstrato não superasse dois anos, assim, como para a suspensão condicional do processo os delitos cuja pena mínima em abstrato não superasse 1 ano, mesmo assim, política criminal de recrudescimento impôs a exclusão de crimes do âmbito da violência de gênero e familiar, nos termos da Lei 11.340/2006⁹.

Como a Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime) estabeleceu o critério básico de pena mínima abstrata inferior a quatro anos, combinado com o critério da inexistência de violência intencional e da grave ameaça, também teve que aportar exclusões de setores em que política criminal não recomenda a resolução do caso sem julgamento, tais como os crimes do âmbito da violência doméstica/familiar e de gênero contra a mulher, além dos crimes do âmbito já afetos à transação penal.

Em termos de responsabilização do infrator a lei previu as medidas reparatórias possíveis em relação aos danos e de renúncia aos direitos relativamente aos instrumentos, produtos ou proveitos do ilícito, as medidas extrapenais equiparáveis à pena de prestação de serviço à comunidade e à pena pecuniária, além de medida outra a ser indicada pelo Ministério Público.

As condições afetas à pessoa do infrator, que impossibilitam o ANPP, foram

8 A transação penal se dirigiu aos crimes de menor potencial ofensivo, definidos como os de pena abstrata máxima de até dois anos. Já a suspensão condicional do processo se dedicou aos crimes de médio potencial ofensivo, entendidos como tais, aqueles cuja pena abstrata mínima não for superior a um ano.

9 Exclusão dos institutos despenalizadores da Lei 9099/1995: “Art.41. Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.”

elencadas pelo legislador como a reincidência, conduta criminal habitual/reiterada/profissional, além de ter sido beneficiado por transação penal, suspensão condicional do processo e pelo próprio ANPP, nos cinco anos anteriores.

Ocorre que o legislador fez inserir outro elemento como requisito para o ANPP, a confissão formal e circunstancial¹⁰ da prática da infração. Resta perquirir a pertinência, a adequação e o papel deste requisito legal.

2.3 A confissão em consenso de julgamento

Como já referido supra, há acordos ou consensos sobre o julgamento, ou seja, sobre a sentença, em que acerca da imputação há um consenso e a sentença é prolatada sem que ocorra a audiência de instrução probatória.

O modelo mais tradicional deste tipo de consenso é o americano *plea bargaining*, o qual surgiu no ambiente propício do sistema processual adversarial, em que ao ministério público é reconhecido maior poder de discricionariedade e às partes o poder de dispor¹¹ do objeto do processo penal. Pertinente as anotações de SILVA (2018, p.102):

Ao admitir a culpa, também renuncia à presunção de inocência e ao correspondente direito de exigir que o Ministério Público prove a sua culpa em julgamento. Do mesmo modo, abdica do direito de ter a prova avaliada por um júri dos seus pares, cujo veredito condenatório requereria unanimidade, do direito de confrontar a prova testemunhal contra si; do direito de apresentar testemunhas e outras provas a seu favor; e do direito ao silêncio ao longo do processo

[...]

Assegurada a liberdade de determinação do acusado, só então o juiz, aceitará ou não o que foi acordado, e ainda agora não apenas na base da confissão, participando agora o acusado como testemunha dos factos, mas tendo em consideração os elementos do processo que lhe permitam em juízo. Por isso que a decisão do juiz de anunciar que considera: (i) que existe uma base fática

10 Na Resolução 181/2017 CNMP a expressão era “confessado formal e circunstanciadamente”, contudo o legislador transmudou para a expressão “confessado formal e circunstancialmente”, problemática a ser Cfr. em GUARAGNI, 2020, *in* DE BEM, Leonardo Schmitt; MARTINELLI, João Paulo Orsini.

11 No sistema processual acusatório típico do continente europeu, como é o caso do Brasil, o princípio vigente é o da indisponibilidade do objeto do processo. Cfr. GUARAGNI, 2020, p.224: “Já o segundo indica que, apresentada a denúncia, o objeto da persecução deverá ser levado ao pronunciamento jurisdicional. Não há como recuar ou desistir da continuidade da ação penal, realizando acordos quanto ao caso penal. Só o pronunciamento do Poder Judiciário o resolve, enquanto meta do processo penal, com o que se abre – acaso condenatório o a possibilidade de punir. *Nulla poena sine iudicio et iudice*.”

para a *guilty plea* do arguido relativamente a cada uma das acusações relevantes; (ii) que o arguido não se encontra no momento sob a influência de drogas ou álcool, nem sofre qualquer tipo de doença mental ou outra limitação; (iii) que o arguido compreende plenamente as acusações relativamente às quais está a assumir a culpa e que a *plea* é feito de forma consciente, voluntária e esclarecida, com pleno conhecimento das consequências de assumir a culpa, e (iiii) que o arguido compreende os direitos a que estar a renunciar e está consciente, voluntária e esclarecidamente a renunciar a esses direitos.

Assim, a confissão e a assunção de culpa estão na base do acordo.

Na Alemanha, desde os anos 70 que se passou a realizar acordos informais. Sempre que o acusado confessava a prática da infração, havia um consenso entre a acusação e a defesa, na presença do juiz, de que não se fazia necessário a instrução processual.

Os referidos acordos tinham como âncora, não a assunção da culpa em si, senão a confissão a ser valorada pelo julgador, como infirma SCHÜNEMANN (2002, p.291):

Me refiero con ello a los llamados acuerdos informales en el proceso penal, que reducen el alto número de causas, simplifican los problemas de la práctica de la prueba en los procesos muy voluminosos, resuelven la reducida capacidad de la vista pública, y de esa manera han llevado a la justicia a poder dominar el desarrollo de la criminalidad, especialmente en las crecientes causas por delitos económicos. Estos acuerdos informales funcionan de forma similar al *plea bargaining* de los Estados Unidos; sin embargo, con una diferencia: en Alemania no contienen acuerdos formales, sino sólo un acuerdo basado en la confianza y, por otro lado, en ellos el acusado no se declara culpable (*guilty plea*), sino que formaliza una confesión que es valorada por el tribunal como el medio de prueba general para su culpabilidad. En una encuesta representativa que realicé personalmente en 1980, entre jueces, fiscales y abogados resultaba que la práctica de los acuerdos se da en el 25 a 35 por 100 de los casos penales y que, según un 95 por 100 de los jueces y fiscales y un 83 por 100 de los abogados, han dado buenos resultado.

Como já se anotou acima, a audiência de instrução é o ato processual que mais consome custo e tempo, portanto, a aceleração do processo, com agilidade e menos custos indica um consenso acerca da desnecessidade da realização do ato, em favor da aceleração processual, com abrandamento da pena em sentença.

Somente em 2009, com a Lei 4.8.2009, fez-se incluir no Código de Processo Penal alemão (StPO), o dispositivo § 257c que instituiu o acordo de veredicto (*urteilsabsprachen*). (FIGUEIREDO DIAS, 2011, p.24)

Nesta mesma perspectiva da aceleração processual, com base na ideia de desnecessidade da audiência de instrução, formulou-se uma proposta no direito

português, como uma espécie de acordo tácito, denominado meramente confissão (Art.344 do Código de Processo Penal português).

Se o imputado faz em juízo confissão integral e sem reservas (completa e não qualificada), recai nas regras do acordo tácito, em que renuncia à produção de provas relativas aos fatos imputados e obtém uma atenuação especial da pena, contudo, a regra fora aprovada pelo parlamento com a exclusão da minoração da pena. (FIGUEIREDO DIAS, 2011, p.25)

Há proposição legislativa, em Portugal, no sentido de um acordo de julgamento que possa atingir horizontalmente¹² o processo penal, sob a inspiração do *urteilsabsprachen* e sob a nomenclatura de “acordo sobre sentença”, porém, dependente, ainda, do aval do parlamento.

Ressalta-se a confissão como a razão de ser do acordo, conforme enfatiza FIGUEIREDO DIAS (2011, p.44):

O dá-lo a compreender exige porém que neste preciso contexto se introduza o pressuposto essencial de qualquer acordo sobre sentença: a existência de uma válida confissão pelo arguido, total ou parcial, dos factos contidos na acusação ou pronúncia; só ela – nesta acepção, a *guilty plea* –, com efeito, podendo fomentar, agilizar e simplificar o decurso do processo. Algumas considerações se tornam, no entanto, convenientes, a propósito.

A mais importante é de que a validade tem de ser forçosamente comprovada pelo juiz, em termos em tudo análogos ao que já ocorrem no direito português vigente (Art.344º do Código de Processo Penal). É necessário portanto que a confissão seja livre e não de qualquer modo extorquida ou coagida; e, não se tornando indispensável que ela seja “integral e sem reservas” – se for parcial, só nesta parte poderá vir a estabelecer eventualmente o acordo –, é necessário que o tribunal decida, em livre apreciação, se reputa a confissão credível a luz dos factos constantes da acusação ou da pronúncia.

O Ministério Público português tentou implementar, mesmo sem respaldo legislativo, a proposição doutrinária do acordo sobre sentença, através de orientação emanada da Procuradoria Distrital de Lisboa (Orientação 1/2012), porém, barrado pelo Supremo Tribunal de Justiça, sob o argumento de ferir o princípio da legalidade, em razão da matéria estar afeta à reserva da lei estrita. (BRANDALISE, 2016, p.121)¹³

Também no Brasil, segue em proposição legislativa, a possibilidade de acordo

12 Necessário esclarecer que o regime do instituto português da confissão, é restrito ao âmbito dos crimes cuja pena cominada em abstrato não supere a cinco anos.

13 Útil a comparar a iniciativa do CNMP (ANPP) com a experiência portuguesa (ASS) Cfr. ANDRADE/BRANDALISE. “Observações preliminares sobre o acordo de não persecução penal: da inconstitucionalidade à inconsistência argumentativa”.

penal de tamanha envergadura, com amplitude e horizontalidade dentro do processo, a não se prender a determinados âmbitos de bens jurídicos ou da forma com que o bem jurídico é afetado, mesmo que limitado à crimes com referência à quantidade de pena cominada em abstrato. Essa proposta que tramitou no Pacote Anticrime, pinçada no Projeto de Reforma do Código de Processo Penal (PLS 156/2009, Art.283¹⁴), intentava introduzir o Artigo 395A¹⁵ no Código de Processo Penal.

Enquanto o legislador não implementa, no processo penal brasileiro, um consenso penal do tipo acordo de julgamento, vai se trabalhando com os diversos desvios da persecução penal em juízo, através de acordo de processo, tendente a evitar a tramitação da ação penal e conseguinte aplicação da pena criminal, sendo o ANPP mais um destes instrumentos.

2.4 A confissão em consenso de processo – ANPP

Como vimos no tópico acima, a confissão é o cerne no acordo de julgamento, veículo hábil a mitigar a amplitude da prova criminal e a agilizar o julgamento, o qual produz a formação da culpa, com a aplicação da pena criminal.

Nos consensos penais em que não se trata de julgamento com aplicação de pena criminal, senão da responsabilização do infrator que assume o cumprimento de medidas

14 Art. 283. Até o início da instrução e da audiência a que se refere o art. 276, cumpridas as disposições do rito ordinário, o Ministério Público e o acusado, por seu defensor, poderão requerer a aplicação imediata de pena nos crimes cuja sanção máxima cominada não ultrapasse 8 (oito) anos. § 1º São requisitos do acordo de que trata o *caput* deste artigo:

I – a confissão, total ou parcial, em relação aos fatos imputados na peça acusatória;

II – o requerimento de que a pena privativa de liberdade seja aplicada no mínimo previsto na cominação legal, independentemente da eventual incidência de circunstâncias agravantes ou causas de aumento da pena, e sem prejuízo do disposto nos §§ 2º e 3º deste artigo;

III – a expressa manifestação das partes no sentido de dispensar a produção das provas por elas indicadas.

15 Art. 395-A. Após o recebimento da denúncia ou da queixa e até o início da instrução, o Ministério Público ou o querelante e o acusado, assistido por seu defensor, poderão requerer mediante acordo penal a aplicação imediata das penas. § 1º São requisitos do acordo de que trata o *caput*:

I - a confissão circunstanciada da prática da infração penal;

II -o requerimento de que a pena privativa de liberdade seja aplicada dentro dos parâmetros legais e consideradas as circunstâncias do caso penal, com a sugestão de penas ao juiz; e

III - a expressa manifestação das partes no sentido de dispensar a produção de provas por elas indicadas e de renunciar ao direito de recorrer.

extrapenais a evitar, contra si, a tramitação de ação penal de baixa complexidade, pondo-se fim ao processo, a exigência da confissão é duvidosa.

Contudo, o Art.28A, *caput*/CPP, trouxe como requisito a confissão formal e circunstancial, com a expressão “tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática da infração penal.”

Evidente, que para a gama de crimes a que o ANPP fora direcionado, eis, todos em que a pena mínima, cominada em abstrato, não ultrapasse o patamar de quatro anos, fora oportuno exigir que houvesse a formação da *opinio delicti*, a demonstrar a justa causa de uma eventual ação penal, com o uso da expressão “não sendo caso de arquivamento.”

Entretanto, questões relativas ao papel da confissão, a sua adequação e os seus efeitos, tem gerado intenso debate, na doutrina¹⁶ e na jurisprudência¹⁷.

Materialmente, os requisitos básicos para o consenso em processo penal, com desvio da persecução penal em juízo, são a investigação em procedimento(1), a responsabilização do infrator com medidas extrapenais(2) e outras condições, sejam afetas ao bem jurídico atingido ou às condições pessoais do infrator, com referência à política criminal na qual o instituto de consenso se encontra inserido(3).

Já na persecução penal em juízo, o consenso se realiza através da confissão que demonstra o fato e renuncia a amplitude probatória, possibilitando a agilização da condenação e a aplicação da pena, esta minorada na consensualidade. Os atos processuais se reduzem a imputação, acordo e sentença. Assim, nos consensos penais do tipo acordo de julgamento, a confissão é a razão de ser do negócio jurídico processual, já nos consensos penais do tipo acordo de processo, a confissão é desnecessária.

Por ocasião dos estudos da Corregedoria Nacional do Ministério Público, Procedimentos de Estudos e Pesquisas 01/2017, tendentes a reformulação da Resolução

16 Cfr. STEIN (Acordo de não persecução penal e a presunção de inocência: a (im)possibilidade da presença do direito fundamental à presunção de inocência em ambiente extraprocessual negocial) in DE BEM/MARTINELLI, 2020, p.27. CABRAL (A confissão circunstanciada dos fatos como condição para a celebração do acordo de não persecução penal) in DE BEM/MARTINELLI, 2020, p.207. GUARAGNI (Acordo de não persecução penal: os contornos da confissão exigida pelo art.28A do CPP.) in DE BEM/MARTINELLI, 2020, p.223. SALES/SANTOS (Acordo de não persecução penal e os limites da renúncia aos direitos e às garantias fundamentais) in CAMBI/SILVA/MARINELA, 2020, p.40.

17 Cfr. HC STF 185.913/DF, cujo despacho do relator imprimiu repercussão geral à matéria de retroatividade do ANPP, bem como à matéria da imprescindibilidade da confissão: “b) É potencialmente cabível o oferecimento do ANPP mesmo em casos nos quais o imputado não tenha confessado anteriormente, durante a investigação ou o processo?”

CNMP 13/2006, que resultou na Resolução CNMP 181/2017 (hoje Resolução CNMP 183/2018), foi idealizada e apresentada a proposta do Acordo de Não-Persecução Penal¹⁸ (Art.17¹⁹). A proposta se amparou em doutrina alemã²⁰, a qual se reportavam aos acordos informais (*absprachen*), percussor do acordo de veredicto (*urteilsabsprachen*).

Precisamente neste contexto, não houve a necessária e nítida distinção entre o tipo de consenso que resulta em condenação à pena criminal (acordo de julgamento) e o tipo de consenso que resultada na livre aceitação pelo infrator da responsabilidade de cumprimento de medidas extrapenais. Um trecho ilustrativo (BRASIL, 2017, p.31):

Como se pode ver, a proposta tem como finalidade prever que o investigado, em decorrência de acordo celebrado com o MP, cumpra espontaneamente e de forma voluntaria parte das sanções restritivas de direito que, provavelmente, lhe seria imposta por uma sentença penal.

Nesse caso, porém, deixariam de incidir as graves restrições decorrentes de uma sentença penal condenatória, agilizando a resposta penal aos ilícitos praticados e minorando os efeitos prejudiciais das imposições de pena judicial.

No artigo 18 da Resolução CNMP 181/2017, a expressão “desde que este confesse formal e detalhadamente a pratica do delito”, cedeu espaço à expressão similar “o investigado tiver confessado formal e circunstanciadamente a sua prática”, contudo, o Pacote Anticrime crivou na positivação processual do Art.28A/CPP, a expressão “tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente”, que possui sentido diferente.

Esta experiência brasileira, no âmbito do Ministério Público brasileiro, possui trilha similar à traçada pelo Ministério Público português, o qual, a partir do instituto negocial tácito da confissão integral e sem reservas, tentou implementar o acordo sobre sentença, conforme oportunamente aponta ANDRADE/BRANDALISE (2017, p.243):

18 A denominação de Acordo de Não-Persecução Penal parece indicativa, em razão de que o Ministério Público estaria a não proceder com a persecução penal em juízo, contudo, sabe-se que a persecução penal tem início já na esfera extrajudicial, com a tomada de providência pela polícia ostensiva, ante ao fato, ou com a tomada de providência pela polícia judiciária ao tomar conhecimento de fato criminoso. A nominação de Acordo de Não-Continuidade da Persecução Penal (ANCPP) para a proposta do Art.395A/CPP, também não parece didática e é inconsistente, haja vista que o acordo vem exatamente para concretizar a persecução penal, com uma sentença final e condenatória.

19 Cfr. “Art. 17 Nos delitos cometidos sem violência ou grave ameaça a pessoa, não sendo o caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor ao investigado acordo de não-persecução penal, desde que este confesse formal e detalhadamente a pratica do delito e indique eventuais provas de seu cometimento, além de cumprir os seguintes requisitos:”

20 A inspiração no direito alemão para inserção do ANPP, no direito brasileiro, pode ser Cfr. em ANDRADE/BRANDALISE (2017, p.243)

Com base no regramento da confissão, houve a intenção de inclusão, via administrativa, do acordo negociado de sentença no seu sistema jurídico por iniciativa do Ministério Público, a partir da Orientação nº 1/2012, da Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa²⁹. Tal se deu também na Procuradoria-Geral Distrital de Coimbra, a partir do Memorando de 19 de janeiro de 2012³⁰. Como se vê, o caminho lá percorrido é muito similar ao trilhado pelo Conselho Nacional do Ministério Público brasileiro. Contudo, a exemplo do que está ocorrendo no Brasil, tal tema aportou ao Supremo Tribunal de Justiça português. E, aqui, surge a grande preocupação.

Esse é um ponto a considerar na investigação acerca dos sentidos, do papel a desempenhar e da necessidade da confissão como requisito legal para o ANPP.

2.5 Sentidos e funções da confissão no ANPP

CABRAL (2020, p.213) afasta a inconstitucionalidade de um tal requisito legal, que implicaria em atingir o direito ao silêncio, em razão da inexistência de uma coação para tal, haja vista que há um espaço de liberdade para a tomada de decisão, em torno de um consenso que envolva a confissão.

Os argumentos expostos para justificar a tomada de decisão do legislador em positivar tal requisito, são apresentados em razão de uma função de garantia e de uma função processual.

A função de garantia estaria relacionada ao fortalecimento da justa causa e o robustecimento da *opinio delicti* por parte do Ministério Público, no sentido de “não se está a praticar uma injustiça contra um inocente”. (CABRAL, 2020, p.217)

A função processual estaria relacionada ao fornecimento ao Ministério Público de uma vantagem processual, em caso de descumprimento do acordo, assim, estaria o investigado a influir, unilateralmente, no atraso da persecução penal e no desfazimento de um ato processual que envolveu custos, “sem qualquer ônus ou desvantagem para ele no processo penal.” (CABRAL, 2020, p.217)

A vantagem processual se daria em razão de que, com a confissão extrajudicial do investigado, em caso de persecução penal em juízo, o órgão de acusação poderia fazer uso da referida confissão como “elemento corroborador das provas produzidas em contraditório”, como “meio para busca de novas fontes de provas e elementos probatórios” e como “elemento de confronto com outras provas ou com o interrogatório judicial do acusado.” (CABRAL, 2020, p.218)

Sem embargo do entendimento de que estas funções processuais possam ser desempenhadas pela confissão extrajudicial, não me parece ser uma vantagem que possa ser exigida como condição, em um consenso penal que objetiva a equação da demanda fora da esfera judicial.

A possibilidade do uso do ANPP para o propósito de retardar a persecução penal é diminuta, afinal significa perder não só a oportunidade de não responder à ação penal e, principalmente, afastar a imposição de pena criminal, mas também a possibilidade de obter outros benefícios²¹ durante o processo, sendo que a suspensão da prescrição durante a vigência do acordo²², levaria por terra qualquer vantagem dessa estratégia.

Em crítica à posição que defende o requisito da confissão, adverte DE BEM (2020, p.199):

A confissão na verdade, tornou-se moeda de troca! Veja-se que não se trata de requisito para a oferta da transação, no âmbito dos crimes de competência dos Juizados Especiais Criminais, e quando não realizada, o Ministério Público oferece oralmente a denúncia com sua opinião sobre a autoria e a materialidade do fato formada com respaldo em um simples termo circunstanciado. No acordo, por sua vez, se o agente quiser rir, terá que fazer rir. É a arde do cinema importada à justiça. Para ser ajudado, precisa ajudar “circunstanciadamente”. (de acordo com o que pretende perpetuar um setor da doutrina). Se não o fizer, será processado.

GUARAGNI (2020, p.232) defende que o sentido da confissão no ANPP, seja o da semântica dada pela Resolução CNMP 181/2017, que a confissão seja detalhada, contendo todas as circunstâncias do fato (circunstanciadamente), e não no sentido indicado pela literalidade do Art.28A/CPP, meramente para a circunstância do ato (circunstancialmente)²³. Argumenta, ainda, a necessidade de tal requisito, como forma de resolver o caso no campo material, um esclarecimento no mundo dos fenômenos. Nestes termos:

No ANPP, o pressuposto da confissão – de todo ausente na suspensão condicional

21 Art.28A/CPP: § 11. 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.

22 CP.Art.116. Art. 116 - Antes de passar em julgado a sentença final, a prescrição não corre: IV - enquanto não cumprido ou não rescindido o acordo de não persecução penal.

23 Defesa de que o texto legal veio intencionalmente exigir menos do que o texto da resolução administrativa Cfr. DE BEM, 2020, p.198.

do processo (e, também, na transação ou na composição dos danos civis, jungido aos delitos de menor potencial ofensivo) – indica algo muito distinto: que o Estado, por via abreviada, dá por esclarecido o caso penal, uma vez (1) acumulando probatório na investigação não conducente ao arquivamento e (2) confirmado pela confissão. A obtenção deste esclarecimento do caso penal, abrindo-se mão da jurisdição instruída pelo esforço probatório das partes de partes, em caráter antecipado ao processo, é um componente necessário do ANPP, como contrapartida exigida ao réu. Não é a única, haja vista a necessidade de cumprimento das cláusulas acordadas. Porém, é necessário resolver o caso penal, enquanto ocorrência fenomênica no campo material da vida, em que ocorrem os *pagmas*.

Ocorre que a categorização do ANPP como instituto de diversão com intervenção, da mesma forma que a transação penal e a suspensão condicional do processo, não carece de uma fundamentação desta magnitude, afinal não se trata de resolver o caso penal, como ocorre na persecução penal em juízo, de forma tradicional ou com acordo de julgamento, senão de equalizar a demanda, de forma ágil e consensual, no sentido de obter uma responsabilização do infrator e uma resposta em relação à afetação do bem jurídico.

A aceitação da responsabilização, pela via do cumprimento de medidas equiparáveis à pena alternativa, perfaz uma confissão tácita, suficiente aos fins da diversão com intervenção, da mesma forma que ocorre com institutos deste naipe, como a transação penal ou a suspensão condicional do processo.

A responsabilização parece ser o cerne da questão, não somente no procedimento de desvio da persecução penal em juízo, mas também no procedimento de consenso na jurisdição para uma condenação. Numa se prescinde da confissão, noutra a confissão consubstancia o pressuposto para a responsabilização, uma vez que com pena criminal. A assunção de responsabilidades dentro da democracia é condição inerente a esta, e robustece o Estado de Direito. Nesta perspectiva anotação de SILVA (2018, p.98):

Finalmente, a responsabilidade é outra das componentes essenciais do ideal democrático. A democracia pressupõe ou implica que cada um assuma responder pelos seus atos perante os seus iguais e perante o Estado. A democracia pressupõe a igualdade e o culto da liberdade, mas pressupõe também a capacidade de todos para escolherem os seus caminhos, para fazerem as suas opções de vida, as suas escolhas, limitados apenas pelo respeito dos direitos dos outros e pela observância da lei. E se o ideal democrático exige estes pressupostos, o pragmatismo impõe que todo o cidadão, enquanto ser livre, como ser moral, assuma a responsabilidade pelos seus atos. Ao Estado, através do Direito, cumpre apenas, mas com efetividade, prevenir eventuais incapacidades do cidadão agir em liberdade.

Portanto, o sentido da assunção de responsabilidade, não, necessariamente, está atrelada a uma confissão formal e pormenorizadas dos fatos.

3 CONCLUSÃO

A positivação legislativa do instituto do Acordo de Não-Persecução Penal – ANPP, mitigando o princípio da obrigatoriedade da ação penal e regrado a forma como se pode equalizar a responsabilidade por ato ilícito, no âmbito penal, prescinde, não somente da persecução penal tradicional, mas também da persecução penal em juízo.

Essa é uma intervenção parcial da justiça penal negocial, destinada à resolução de caso penais fora da jurisdição penal, afastando as lide penais, abrindo espaço no âmbito judicial para os casos mais graves, os quais somente serão resolvidos pela jurisdição, com decisão de mérito.

No entanto, há carência de que seja implementado, no âmbito da persecução penal em juízo, instituto de consenso penal que agilize o trâmite processual e imprima aceleração do julgamento dos casos, nos termos de um acordo sobre o julgamento.

A classificação do ANPP como “diversão com intervenção” termina por equiparar o instituto com outros já conhecidos, como a transação penal e a suspensão condicional do processo, em que os casos penais são resolvidos sem julgamento e sem a imposição de pena criminal.

Do cotejo dos institutos e de uma análise material, verifica-se que os requisitos básicos para este tipo de instrumento são, basicamente, o conhecimento do fato necessário para a imputação, a responsabilização do autor do fato fora do sistema de penas criminais e elementos outros referidos, ora ao bem jurídico, ou à forma de afetação do mesmo.

Da operação de contrastar o consenso penal que ocorre em acordo de julgamento, com o consenso penal que ocorre na diversão com intervenção, observa-se que a confissão possui papéis diferentes, em ambos os casos, no acordo de julgamento a confissão é o caminho e a razão de ser, é ponte e é veículo que conduz à solução do caso, desviando da instrução processual alargada.

Já no consenso penal para diversão com intervenção, como no ANPP, a confissão não desempenha qualquer função processual de relevo, a justificar a sua exigência como requisito mínimo legal, e as funções extraprocessuais a ela atribuídas, também são obtidas na forma tácita da confissão, com a aceitação da responsabilização pelo infrator.

Enfim, por carência de desempenho de uma função processual de relevo dentro do consenso penal para a responsabilização do infrator, na forma de resolução do caso pela diversão, o requisito legal da confissão, mesmo na forma circunstancial, é uma exigência desnecessária e inadequada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Mauro Fonseca; BRANDALISE, Rodrigo da Silva. “Observações preliminares sobre o acordo de não persecução penal: da inconstitucionalidade à inconsistência argumentativa”. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 37, p. 239-262, dez. 2017.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução José Faria Costa. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014.

BRANDALISE, Rodrigo da Silva. *Justiça penal negociada: negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes*. Curitiba: Juruá, 2016.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Procedimento de Estudos e Pesquisas 01. Pronunciamento Final em Procedimento de Estudos. Disponível em: http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Pronunciamento_final.pdf. Acesso em: 26.07.20120.

BRASIL. Senado Federal. Relatório Legislativo da CCJ. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg/getter/documento?dm=7974520&ts=1606767805817&disposition=inline>. Acesso: 06.04.2020.

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.

DE BEM, Leonardo Schmitt. “Os requisitos 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.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Acordos sobre a sentença em processo penal: o “fim” do Estado de Direito ou um novo “princípio”?* Porto: OAP/Conselho Distrital do Porto, 2011.

GUARAGNI, Fábio André. “Acordo de não persecução penal: os contornos da confissão exigida pelo art.28-A do CPP”. 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.

MANDARINO, Renan Posella/SANTINO, Valter Foletto. “A atuação do Ministério

Público ante a expansão da justiça penal negociada no Pacote Anticrime” in AAVV. PACOTE ANTICRIME: volume I. Organizadores: Eduardo Cambi/Danni Sales Silva/Fernanda Marinela. Curitiba: Escola Superior do MPPR, 2020.

OLIVEIRA, Marcondes Pereira de. “Acordo de Não-persecução penal: repressão/prevenção ao crime e confissão do investigado”. In AAVV. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Ano 29, vol.178. São Paulo: Revista dos Tribunais, abril 2021.

SCHÜNEMANN, Bernd. “¿crisis del procedimiento penal?(¿marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?). In *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*. Madrid: Editorial Tecnos, 2002.

SILVA, Germano Marques da. “Plea Bargaining e acordos sobre a sentença”. In AAVV. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 28, n.1 (janeiro/abril). Coimbra: Coimbra Editora, 2018.