

**XXX CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI FORTALEZA - CE**

**DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E
CONSTITUIÇÃO I**

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

VANESSA CHIARI GONÇALVES

JORGE BHERON ROCHA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - FMU - São Paulo

Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte

Prof. Dr. Fernando Passos - UNIARA - São Paulo

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal

Comunicação:

Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM - São Paulo

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI - Santa Catarina

Eventos:

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo

Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

D597

Direito penal, processo penal e constituição I [Recurso eletrônico on-line] Organização CONPEDI

Coordenadores: Jorge Bheron Rocha; Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro; Vanessa Chiari Gonçalves. – Florianópolis: CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-858-5

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Saúde: Acesso à justiça, Solução de litígios e Desenvolvimento

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito penal. 3. Processo penal e constituição. XXX Congresso Nacional do CONPEDI Fortaleza - Ceará (3; 2023; Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



XXX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI FORTALEZA - CE

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

Apresentação

O Grupo de Trabalho Direito Penal, Processo Penal e Constituição I teve seus trabalhos apresentados na tarde do dia 16 de novembro de 2023, durante XXX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, realizado na cidade de Fortaleza-CE, no Centro Universitário Christus - UNICHRISTUS, entre os dias 15 e 17 de novembro de 2023, com o tema ACESSO À JUSTIÇA, SOLUÇÕES DE LITÍGIOS E DESENVOLVIMENTO.

As apresentações foram realizadas em um único bloco de exposições, havendo, pelos(as) autores(as) presentes, a apresentação dos respectivos artigos aprovados em sequência. Após o término das exposições foi aberto espaço para a realização do debate dividindo-se os artigos por temática a fim de que todos os trabalhos cujos(as) autores(as) estavam presentes fossem contemplados.

Segue abaixo a descrição dos artigos apresentados, ressaltando-se que não fazem parte dos Anais do evento aqueles artigos direcionados diretamente à Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição, do CONPEDI, em função de sua seleção especial para publicação na mesma.

O artigo intitulado “A (IN) VIABILIDADE JURÍDICA DAS APOSTAS DESPORTIVAS NO BRASIL”, de autoria de Henrique Barros Ferreira e Hermann Richard Beinroth da Silva, trata do crescimento das Apostas Desportivas no Brasil, percorrendo, inicialmente, a análise histórica e cultural dos jogos de loteria até a promulgação da Constituição de 1988. O ponto principal do estudo é a avaliação da mudança de paradigma no esporte, com a consolidação de novas plataformas digitais. O enfoque fixa-se no Poder Legislativo, que ainda não conseguiu regulamentar ou regularizar o sistema de funcionamento das Casas de Apostas, que cada vez mais têm crescido no país. Pela omissão legislativa do Poder Público, que ainda discute a legalidade do tema no Congresso Nacional, é possível destacar que o modus operandi das Casas de Apostas ainda é visto como uma incógnita. Diante da indeterminação normativa ocorreram severas denúncias do MPGO sobre fraudes no futebol brasileiro. Com as denúncias já oferecidas, iniciou-se uma operação em nível nacional, denominada de Operação Penalidade Máxima, que envolve apostadores e jogadores profissionais, que podem sofrer condenações cumuladas, no âmbito penal e desportivo.

O artigo “A APLICAÇÃO DO TEMA 660 DO STF E A IMPORTAÇÃO ACRÍTICA DO PROCESSO CIVIL AO PROCESSO PENAL”, de autoria de Sebastian Borges de Albuquerque Mello e Carolina Rebouças Peixoto, trata do Tema de Repercussão Geral n. 660 do Supremo Tribunal Federal, verificando a sua aplicabilidade em processos penais. Para isso, realiza pesquisa bibliográfica acerca do referido instituto na doutrina processual civil, confrontando-a com a doutrina processual penal sobre os recursos extraordinários e sobre a principiologia. Além disso, realiza um estudo de caso sobre o julgamento que deu origem à aprovação do Tema 660 do STF e as discussões nele travadas. Por fim, apresenta uma pesquisa jurisprudencial no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, com base em 16 (dezesesseis) decisões colegiadas (que mantiveram decisões monocráticas) de negativa de seguimento de Recursos Extraordinários. A pesquisa demonstrou que os tribunais aplicam o Tema 660 do STF indistintamente, sem verificar a existência de violação reflexa ou direta ao dispositivo constitucional. Ao final, constatou que o Tema 660 do STF, por ter sido aprovado no bojo de um processo cível, sob a égide de princípios também de direito civil, é de difícil aplicabilidade no âmbito criminal.

O artigo “A JUSTIÇA PENAL NEGOCIAL E O APROVEITAMENTO DA PROVA NA RUPTURA DE ACORDOS”, de autoria de Gabriel Gomes Babler, trata do Acordo de Não Persecução Penal que é o mais recente instituto de direito penal negocial previsto na legislação brasileira, trazido pela Lei 13.964/2019 que incluiu o Art 28-A ao Código de Processo Penal. O ANPP possibilita uma negociação direta entre acusação e acusado com o objetivo de evitar o processo penal, mas dentre suas condições exige a confissão do acusado, o que gera dúvidas sobre a natureza dessa confissão e sobre se ela poderia ser aproveitada como prova em um eventual processo penal. O estudo analisa a possibilidade ou a impossibilidade de a confissão realizada para a formalização do acordo não persecutório ser utilizada como prova no processo penal em caso de rescisão do acordo. Para tanto, utiliza a revisão de literatura, por meio do estudo bibliográfico, que revisou doutrina, legislação e jurisprudência sobre o tema por meio do método dedutivo. Ao final a pesquisa concluiu que a confissão realizada para a formalização do ANPP não pode ser utilizada como prova no processo penal, bem como a implementação do juiz de garantias e a exclusão física dos autos de inquérito se mostram essenciais para evitar a violação de garantias fundamentais.

O artigo “A PRODUÇÃO E ANÁLISE PROBATÓRIA NO ÂMBITO DO CRIMINAL COMPLIANCE”, de autoria de Rodrigo Ribeiro De Vasconcelos e Filipe Brayan Lima Correia, trata da produção de provas (lato sensu) no âmbito do criminal compliance, especialmente no que concerne à legalidade e validade, e de como deve se dar a análise probatória pelo compliance officer, em cotejo com as atribuições das polícias judiciárias, órgãos estatais que têm como atribuição primária investigar. A pesquisa constatou que o

ordenamento jurídico brasileiro carece de normas para regular tais atividades, que são essenciais para garantir o regular funcionamento das empresas, notadamente as de maior porte, por prevenir e reprimir a prática de ilícitos criminais. A pesquisa enfatiza o direito brasileiro, mas pode ser útil a sistemas jurídicos de outros países na medida em que propõe ideias inovadoras com base em experiências práticas e na doutrina especializada. Utiliza-se de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial sendo de natureza qualitativa, com finalidade descritiva, exploratória e propositiva.

O artigo “ANÁLISE CRÍTICA À INICIATIVA PROBATÓRIA DO JUIZ NO PROCESSO PENAL EM FACE DA NEUROCIÊNCIA”, de autoria de Rodrigo Ribeiro De Vasconcelos e Filipe Brayan Lima Correia, trata dos desafios do sistema penal brasileiro diante dos avanços científicos. Um desses desafios é a compreensão dos motivos inconscientes que influenciam as decisões humanas, muitas vezes indo além da lógica racional. A neurociência tem contribuído para revelar como esses processos mentais afetam o julgamento humano e a iniciativa probatória do juiz é questionável à luz dessas descobertas, pois a exposição do juiz a vieses cognitivos e pressões sociais pode comprometer sua imparcialidade. Assim, a necessidade de um sistema acusatório puro, mantendo a coleta de provas e a decisão judicial rigorosamente separadas, se faz necessário de forma a evitar o comprometimento cognitivo prévio do juiz, assegurando um julgamento mais justo. Incorporar abordagens neurocientíficas na reforma do processo penal é essencial para melhorar a justiça e a equidade no sistema jurídico brasileiro, garantindo decisões baseadas em critérios preponderantemente objetivos e em uma compreensão sólida dos processos mentais humanos, o que contribuiria para um sistema legal mais eficiente e justo. Utiliza-se, como metodologia, de pesquisa bibliográfica de natureza qualitativa, com finalidade descritiva e exploratória.

O artigo A TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA E SUA APLICAÇÃO NOS CRIMES DE LAVAGEM DE DINHEIRO: REFLEXÕES SOBRE DOLO EVENTUAL, RESPONSABILIDADE PENAL OBJETIVA E O PRINCÍPIO NEMO AUDITUR PROPRIAM TURPITUDINEM ALLEGANS, de autoria de Yann Diego Souza Timotheo De Almeida e Warllans Wagner Xavier Souza, trata da teoria da cegueira deliberada, bem como de sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro. Essa teoria busca responsabilizar indivíduos que deliberadamente se recusam a ver ou a saber de algo ilegal que está acontecendo ao seu redor. No entanto, a execução desse instituto tem sido criticada pela falta de clareza e pela inconsistência de sua aplicabilidade. A relevância do tema se justifica em razão de existir, muitas vezes, confusão com a teoria do dolo eventual. Pertinente, nesse cenário, a teoria da cegueira deliberada (willfull blindness doctrine), que aponta para, no mínimo, a incidência do dolo eventual, da seguinte forma: que o agente tenha tido

conhecimento da elevada probabilidade de que praticava ou participava de atividade criminal; que o agente tenha tido condições de aprofundar seu conhecimento acerca da natureza de sua atividade; e que o agente deliberadamente tenha agido de modo indiferente a esse conhecimento. Desse modo, indaga-se, como se dá a aplicação da Teoria da Cegueira Deliberada, diante da ausência de legislação específica sobre o tema, para a responsabilização penal no crime de lavagem de dinheiro dentro do ordenamento jurídico pátrio? A pesquisa realizada por meio de uma pesquisa bibliográfica e da análise de entendimentos jurisprudenciais conclui que a importação da teoria tem sido realizada de forma precipitada.

O artigo DIREITO PENAL, DROGAS ILÍCITAS E COMÉRCIO DE LEGAL HIGHS: O FENÔMENO DAS “NOVAS SUBSTÂNCIAS PSICOATIVAS” EM 50 (CINQUENTA) ANOS DE WAR ON DRUGS (1971-202?), de autoria de Isaac Rodrigues Cunha, trata da política criminal de drogas. A história das civilizações tem sido marcada pelo uso, abuso e dependência de substâncias entorpecentes, sendo certo que a relação da sociedade com essas substâncias é complexa. Ainda que inicialmente tenha havido aceitação e mesmo promoção do uso de drogas, a atualidade é marcada por uma verdadeira “Guerra às Drogas”. Nesse contexto, tomando por base o que disciplina o Direito Penal brasileiro na matéria, notadamente a Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006, a pesquisa investiga o fenômeno das “novas substâncias psicoativas” ou “legal highs”, modalidades sintéticas de drogas produzidas com substâncias (ainda) não consideradas proscritas pelo ordenamento. Por meio de pesquisa bibliográfica e documental, notadamente de fontes nacionais e estrangeiras, chegou-se à conclusão de que a atual sistemática, na qual as “normas penais em branco” da Lei de Drogas só podem ser complementadas pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, malgrado o Projeto de Lei da Câmara n. 178/2015, não é suficiente para acompanhar o surgimento de novas drogas sintéticas, tão viciantes quanto perigosas em termos de efeitos colaterais.

O artigo intitulado DO RECONHECIMENTO DO DELITO DE ESTUPRO VIRTUAL: DA SUPER VULNERABILIZAÇÃO DA VÍTIMA E A NECESSIDADE DE TUTELA JURISDICIONAL, de autoria de Samara Scartazzini Awad, Josiane Petry Faria e Renato Duro Dias, trata da conduta praticada no ambiente virtual, que tem sido enquadrada como delito de estupro, do artigo 213, caput, do Código Penal. O estupro virtual, portanto, é caracterizado como uma conduta cujo objetivo é constranger alguém mediante uma grave ameaça para que realize um ato libidinoso, violando, assim, a liberdade sexual da vítima, um bem jurídico protegido pelo Direito Penal. A pesquisa realiza uma análise crítica da nova conduta e de seu enquadramento penal como estupro virtual, considerando o entendimento dos tribunais superiores nessa matéria, adotando o método de abordagem dedutivo. Diante

disso, chega à conclusão de que o conhecimento das modificações do Código Penal causadas pela utilização e popularização intensas da tecnologia é importante. Tal revolução tecnológica embora apresente muitas vantagens, também promove malefícios quando usada sem o devido cuidado, levando-se em conta a vulnerabilidade no ciberespaço que possibilita a prática do estupro virtual. Assim, mesmo que a legislação penal esteja gradativamente se ajustando à medida que o tempo passa, como uma forma de se adaptar às novas situações, inclusive aos novos delitos que vão surgindo, ainda há necessidade de aperfeiçoamento ou de inovações, a fim de evitar dúvidas na tipificação de certos crimes, como o estupro virtual.

O artigo EM DEFESA DA TUTELA PENAL DO AMBIENTE, de autoria de Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro, trata do meio ambiente, consagrado doutrinariamente como direito humano de terceira geração e contemplado com disposições constitucionais que o elevam à condição de direito fundamental no âmbito de diversos países. Considera o meio ambiente como um bem jurídico apto a ser efetivamente tutelado pelo direito penal que, todavia, carece de modificações em sua dogmática individualista secular para a defesa de um direito que é, a um só tempo, individual e difuso. O artigo contempla, sob o raciocínio lógico-dedutivo e com pesquisa bibliográfica, a garantia do meio ambiente pelo direito penal e apresenta propostas para a melhor tutela ambiental, correspondendo elas, para além da aptidão de normas penais mais adequadas, à criação de um Tribunal Internacional competente para as demandas penais relacionadas ao meio ambiente e à assunção da responsabilidade penal das pessoas jurídicas. Reconhece, no ambiente, uma verdadeira garantia de estirpe constitucional, não apenas difusa, mas também individual já que diretamente relacionado à qualidade de vida de cada um dos seres e que desencadeou, nas últimas décadas, a consagração de documentos internacionais e constitucionais de efetiva tutela.

O artigo HISTÓRIA, NARRATIVA, PODER MESSIÂNICO E AS GARANTIAS PENAIS: REFLEXÕES INICIAIS ENTRE WALTER BENJAMIN E LUIGI FERRAJOLI, de autoria de Rosberg de Souza Crozara realiza reflexões iniciais sobre o paralelismo de Walter Benjamin e Luigi Ferrajoli na preocupação com a verdade consubstanciada em uma narrativa histórica. Inicialmente a proposta de diálogo entre um filósofo da história com um filósofo do direito pode causar certa estranheza, contudo se mostra possível tanto no campo da construção narrativa, o qual se propõe o artigo, como, também, no nível político. Walter Benjamin expõe uma desconfiança do direito, a qual, também é exposta pela teoria do garantismo penal de Ferrajoli. Todavia, em nota distintiva, Ferrajoli não defende a ilegitimidade como a ilegitimidade constituinte do direito. Na verdade, o Ferrajoli acredita na possibilidade de um sistema penal legítimo, ou seja, em uma possibilidade de justificação do sistema penal, de acordo com um modelo teórico do direito penal mínimo. Essa legitimidade do sistema penal passa pela verdade. Assim, argumenta que a força messiânica sustentada por

Benjamin e as garantias orgânicas do sistema de garantias desenvolvida por Ferrajoli desempenhariam idênticas funções de intervenção máxima na construção da verdade. Permite identificar, no plano teórico, que a narrativa de imputação sofre críticas por não considerar as narrativas daqueles considerados vencidos ou débeis, tal qual denota o historicismo materialista porquanto evidencia a seletividade narrativa. A metodologia é descritiva de modo a discorrer sobre o objeto de investigação acadêmica, sem, contudo, interferência na interpretação, e também explicativa, diante da proposta de correlacionar os dois pensamentos na compreensão dos seus efeitos no campo penal.

O artigo O DIREITO PENAL COMO INSTRUMENTO DE CONTROLE SOCIAL E O RACISMO ESTRUTURAL, de autoria de Lucas Gabriel Santos Costa e Eli Natália Costa Barbosa trata do Direito Penal e das Relações Raciais. A pesquisa tem como objeto a relação do sistema de controle institucionalizado operado pelo direito penal e as relações raciais, a partir de uma abordagem analítica crítica. Fundamenta-se na perspectiva do sistema jurídico-penal como um subsistema social que se produz e se desenvolve a partir das demandas postas pelo objeto de regulação (fatos), que são constituídos por relações intersubjetivas contidas em um tecido social, convencionadas a priori por uma perspectiva racializada. A pesquisa, assim, tem como objetivo analisar, através do método crítico, as estruturas que possibilitam a instrumentalização do sistema jurídico-penal como estrutura institucionalizada de controle racial, assim como compreender horizontes de expectativa do sistema penal como instrumento de contramotivação ao racismo. Nesse contexto, apresenta o fundamento material da proibição penal e a legitimidade da proibição penal de práticas racistas por meio da Lei 7.716/1989. Revela, no entanto, que a legitimidade da proibição não materializa a efetiva proteção quando o sistema penal é compreendido como um subsistema social que reproduz e protege aspectos constitutivos do racismo estrutural e institucional, agravando a liberdade e a vida das pessoas negras, bem como frustrando a proteção devida pelo próprio sistema a bens essenciais, como a liberdade e a vida.

O artigo O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A REALIDADE DO CONDENADO E DO ENCARCERADO NO CUMPRIMENTO DA PENA A PARTIR DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 347, de autoria de Alberto Castelo Branco Filho , Gustavo Luis De Moura Chagas e Alexandre Moura Lima Neto, trata do significado do princípio da dignidade humana no processo penal, levando principalmente em consideração as políticas contraditórias adotadas pelo Estado e pelo Judiciário em relação à situação das pessoas processadas, condenadas e presas em processos penais. Observa-se que o princípio da dignidade humana é considerado um metaprincípio uma vez que outros princípios relativos a qualquer sistema processual, especialmente o sistema penal, são por ele constituídos. Verifica como se dá a divulgação,

quais os vetores de discussão e o posicionamento do STF na cobrança de uma política judicial eficaz por meio da ADPF nº 347 por meio de estudos documentais, factuais, sociológicos e dialéticos. Conclui que, embora o assunto seja atual e não tenha uma base prática e científica sólida, o estado de objetificação, a instabilidade e a natureza do indivíduo são moderadas em favor do “bem comum” para alcançar elementos de transcendência. A análise do princípio da dignidade humana desencadeou muitas discussões morais e éticas sobre justiça e justiça.

Após mais de três horas de apresentações e debates profícuos, foram encerrados os trabalhos do grupo, com congratulações recíprocas.

Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro - email: lgribeirobh@gmail.com

Dom Helder - Escola Superior

Vanessa Chiari Gonçalves - email: vanessachiarigoncalves@gmail.com

Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS

Jorge Bheron Rocha - email: bheronrocha@gmail.com

Centro Universitário Christus

A JUSTIÇA PENAL NEGOCIAL E O APROVEITAMENTO DA PROVA NA RUPTURA DE ACORDOS

NEGOTIATED CRIMINAL JUSTICE AND THE USE OF EVIDENCE IN BREAKING AGREEMENTS

Gabriel Gomes Babler ¹

Resumo

O Acordo de Não Persecução Penal é o mais recente instituto de direito penal negocial previsto na legislação brasileira, trazido pela Lei 13.964/2019 que incluiu o Art 28-A ao Código de Processo Penal. O ANPP possibilita uma negociação direta entre acusação e acusado com o objetivo de evitar o processo penal, mas dentre suas condições exige a confissão do acusado, o que gera dúvidas sobre a natureza dessa confissão e se poderia ser aproveitada como prova em um eventual processo penal. O presente estudo busca compreender a possibilidade de a confissão realizada para a formalização do acordo não persecutório ser utilizada como prova no processo penal em caso de rescisão do acordo. Para tanto, utilizou-se a revisão de literatura, por meio do estudo bibliográfico, que revisou doutrina, legislação e jurisprudência sobre o tema através do método dedutivo. Ao final a pesquisa concluiu que a confissão realizada para a formalização do ANPP não pode ser utilizada como prova no processo penal, bem como a implementação do juiz de garantias e a exclusão física dos autos de inquérito se mostram essenciais para evitar a violação de garantias fundamentais.

Palavras-chave: Acordo de não persecução penal, Processo penal, Prova, Garantias fundamentais, Lei 13.964/2019

Abstract/Resumen/Résumé

The Non-Prosecution Agreement is the most recent criminal law negotiation institute provided in the Brazilian legislation, brought in by Law 13.964/2019, which included Article 28-A in the Code of Criminal Procedure. The ANPP enables a direct negotiation between the prosecution and the accused aiming at avoiding criminal proceedings, but among its conditions, it requires the confession of the accused, which raises doubts about the nature of this confession and whether it could be used as evidence in any criminal proceedings. This study seeks to understand whether the confession to formalize the non-prosecution agreement can be used as evidence in criminal proceedings if the agreement is terminated. To this end, a literature review was used employing a bibliographical study, which reviewed doctrine, legislation, and case law on the subject using the deductive method. In the end, the research concluded that the confession made for the formalization of the ANPP cannot be used as evidence in criminal proceedings and that the implementation of the judge of guarantees and

¹ Especialista em Criminologia, Direito Penal Econômico, Processo e Prática Penal, Teoria da Pena e Execução Penal pelo Centro Universitário Filadélfia (UNIFIL).

the physical exclusion of investigation files are essential to avoid the violation of fundamental guarantees.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Non-prosecution agreement, Criminal procedure, Evidence, Fundamental guarantees, Brazilian federal law 13.964/2019

INTRODUÇÃO

O acordo de não persecução penal foi definitivamente incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro com o advento da Lei 13.964/2019, como uma nova ferramenta de justiça penal negociada possibilitando a negociação entre acusação e acusado, evitando o processo criminal.

No entanto, a exigência da confissão para sua formalização causa preocupação e merece ser analisada com a devida cautela. Pois, é necessário entender a que fim se destina essa confissão, por se tratar de um requisito obrigatório para a formalização do acordo, seria sua função exclusiva ou poderia ser utilizada para outros fins, como instruir o processo criminal em caso de rescisão do acordo?

Na busca de sanar essa questão é importante compreender o contexto nacional da justiça penal negociada onde se insere o ANPP, analisar as problemáticas envolvendo a obrigatoriedade da confissão além de estudar seu caráter probatório e as consequências processuais que pode acarretar.

A partir de um estudo bibliográfico que revisou a literatura e legislação nacional, além de analisar decisões judiciais, que se valeu do método dedutivo, se alcançaram os objetivos estabelecidos por esse trabalho, que foi dividido em cinco partes.

Um breve panorama do contexto nacional dos instrumentos de justiça penal negociada, com um posicionamento histórico a respeito da inclusão gradual de mecanismos negociais iniciados com a criação dos juizados especiais criminais que inseriram no ordenamento jurídico os primeiros instrumentos de negociação penal, como a transação penal e a suspensão condicional do processo. Apontamentos sobre as características de cada um dos institutos negociais já existentes no ordenamento jurídico.

Em seguida se inicia a análise dos principais pontos relacionados aos problemas ligados a obrigatoriedade da confissão para a realização do acordo, questões atinentes a sua constitucionalidade e a violação de garantias constitucionais relacionadas a sua exigência.

Na terceira parte do trabalho o objetivo principal da pesquisa é debatido, a busca por compreender qual o efetivo caráter da confissão na realização do acordo não persecutório, e sua validade como meio de prova. Os debates doutrinários estabelecidos entre membros dos órgãos de acusação que defendem o caráter probatório dessa confissão nos casos de rescisão do acordo, e por outro lado a doutrina que defende a função taxativa da confissão para a formalização do negócio processual, não podendo ser valorada em eventual instrução criminal.

Uma análise de textos legais e decisões judiciais a respeito do tema leva ao entendimento de que a confissão exigida para a formalização do acordo de não persecução deve

ter sua extensão restrita ao contexto do negócio jurídico processual. Porém surge uma nova problemática que envolve a contaminação do julgador ao ter contato com essa ‘prova’.

Assim, a quarta seção do presente estudo se volta a pontuar essa problemática, e busca apontar soluções para o problema da contaminação do convencimento do julgador. Estabelece que alterações legislativas trazidas também pela Lei 13.964/2019, como o juiz de garantias e a exclusão física dos autos de inquérito poderiam solucionar o problema, mas ou se encontram em período de vacância, ou foram declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal.

A última parte do trabalho se destina a apresentar as conclusões do estudo, onde se espera cumprir os objetivos propostos pelo estudo, ter compreendido a natureza da confissão e quais suas consequências processuais, bem como a possibilidade, ou não, de sua utilização para outros fins.

1. A JUSTIÇA PENAL NEGOCIAL BRASILEIRA

Mecanismos de justiça penal negociada passaram a ser vistos em diversas legislações pelo mundo a partir da década de 1980 em especial no continente europeu, como uma tentativa de trazer mais celeridade a sistemas de justiça sobrecarregados. Porém sem sobra de dúvidas o maior expoente em mecanismos negociais voltados à justiça criminal seja o direito estadunidense com o instituto do *plea bargaining*. (FARACO NETO; LOPES, 2020)

Amplamente utilizado nos Estados Unidos o *plea bargaining* é definitivamente o mecanismo de justiça negociada que levou a criação de diversos outros institutos negociais pelo mundo, tendo reflexos inclusive na legislação brasileira.

Na legislação pátria os primeiros sinais da justiça negociada aplicada a matéria criminal surgiram com a publicação da Lei nº 9.099/1995, que instituiu os Juizados Especiais Criminais, introduzindo a transação penal¹ e suspensão condicional do processo². Na transação penal, o Ministério Público pode oferecer ao acusado a imposição de penas restritivas de direitos caso a pena máxima cominada ao delito seja inferior a dois anos, já para a suspensão a pena mínima não pode exceder um ano. Em ambos os casos, se aceito o benefício pelo acusado, ele não será

¹ Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.

² Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena

processado, não terá contra si uma sentença condenatória, e por consequência não constará antecedentes sobre essas infrações.

Para os fins do presente estudo é importante compreender que esses institutos processuais não envolvem colheita probatória, não prescindem da confissão do acusado, e em caso de seu descumprimento a persecução penal retorna para o exato momento em que a transação ou suspensão foi aceita, seguindo com a instrução processual com a prolação de uma decisão de mérito.

Muito diferente dos institutos negociais incluídos mais recentemente na legislação nacional, como a colaboração premiada³, prevista pela Lei nº 12.850/2013, que prevê a possibilidade da concessão de perdão judicial, a redução de até 2/3 da pena privativa de liberdade ou até mesmo sua substituição por penas restritivas de direitos daquele que colabora efetivamente com a investigação de crimes envolvendo organizações criminosas.

Originalmente a colaboração premiada era prevista no Art. 4º da Lei de Organização Criminosa, sem grandes definições sobre sua natureza jurídica e procedimento, o que veio ser corrigido com o advento da Lei nº 13.964/2019, que incluiu entendimentos doutrinários e jurisprudenciais à legislação consolidando a natureza negocial do instituto, em especial com a redação do Art.3º-A,⁴ que definiu a colaboração premiada como “negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova”. (ASSUMPCÃO, 2020)

Diferente dos institutos anteriores a colaboração premiada é um instituto de colaboração que não põe fim ao processo, mas sim, contribui para a instrução probatória e ao final o réu será sentenciado, e sua colaboração será de alguma forma recompensada com a diminuição de sua reprimenda.

A colaboração premiada como bem define o já citado Art. 3º-A da Lei de Organização Criminosa constitui um meio de obtenção de prova para o processo, diferente de outros institutos negociais, inclusive o Acordo de Não Persecução Penal⁵, incluído no ordenamento jurídico também pela Lei nº 13.964/2019.

³ Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:

⁴ Art. 3º-A. O acordo de colaboração premiada é negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesse públicos.

⁵ 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:

O ANPP que passou a ser previsto pelo Art. 28-A do Código de Processo Penal é sem sombra de dúvidas o mais amplo instituto negocial do processo penal brasileiro, podendo ser realizado em todos os delitos cuja pena mínima seja inferior a quatro anos e não tenham sido cometidos com violência ou grave ameaça, atendidas uma série de condições.

O acordo não persecutório é uma clara importação do *plea bargaining* estadunidense possibilitando uma negociação entre acusação e acusado, que assim como os instrumentos da Lei nº 9.099/1995, colocarão fim ao processo sem a prolação de uma decisão de mérito, mas de forma diferente daqueles institutos estabelece como requisito para sua realização a confissão do acusado, trazendo discussões a respeito da necessidade e natureza dessa confissão.

2. A PROBLEMÁTICA DA CONFISSÃO COMO REQUISITO PARA O ANPP

A confissão como um requisito para o oferecimento do Acordo de Não Persecução Penal, causou e ainda causa grandes discussões doutrinárias, no tocante a sua constitucionalidade, sua real necessidade e em especial a sua natureza probatória.

Em verdade é que é uma “questão tormentosa é a exigência da confissão para a realização do acordo, na medida em que poderá gerar diversos reflexos para além daquele processo” (LOPES JR., 2021, p. 222).

Quanto a constitucionalidade de impor ao acusado que confesse a prática do delito para obter o acordo não persecutório, parece haver afronta direta a diversas garantias fundamentais previstas na Constituição Federal, bem como violação de direitos previstos em tratados internacionais aos quais o Brasil é signatário.

Dentre as garantias violadas diretamente estão a presunção de inocência⁶ e o direito ao silêncio⁷ previstos no Art. 5º da Constituição da República, bem como o direito de não autoincriminação⁸ previsto no Pacto de São José da Costa Rica, convenção que o Estado Brasileiro é signatário. (BABLER; DAVID, 2022)

Além da evidente inconstitucionalidade da exigência da confissão como requisito para a formalização do acordo, há de se analisar a real necessidade dessa exigência, a que fim realmente serve a confissão ao instituto negocial?

⁶ LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

⁷ LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;

⁸ Artigo 8. Garantias Judiciais. 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: g. direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada;

Diversamente do que ocorre em institutos de direito penal negocial estrangeiros, ou até mesmo ao que ocorre na colaboração premiada prevista na legislação nacional em caso de celebração de acordo não haverá ao final do processo uma declaração de culpa ou inocência por parte do poder estatal. Por essa razão o ANPP se assemelha muito aos institutos previstos na Lei 9.099/1995, pois dispensa a instrução processual, e não terá uma decisão de mérito bem como o exercício do poder punitivo do estado.

o **ANPP não é um acordo de julgamento**, assim, seus similares são, além do instituto brasileiro da transação penal, o americano *nolo contendere*, o francês da *composition pénale* etc. Diverso, porém, é, por exemplo, o instituto português da Confissão, em que há uma assunção de culpa, renúncia de produção de prova em juízo, abreviando do julgamento, mesmo sem uma previsão de um adequado decréscimo especial no quantum da pena da condenação. Nos consensos penais do tipo “acordo de julgamento”, a confissão assume um papel decisivo e importante. No plea bargaining, estando o destino do processo tão somente nas mãos “das partes”, o acusado confessa não somente para a assunção da culpa, mas também para ser testemunha dos fatos [...]

Nesses tipos de acordos penais, em ordenamentos jurídicos nos quais prevalece o sistema processual acusatório mitigado, a forma circunstanciada da confissão se faz necessária e fundamental, em razão de que, ante o princípio da investigação judicial, haverá o julgador de avaliar se ela é credível, a conformar a verdade material. Contudo, em acordos penais suaves da espécie do tipo do ANPP, em que ocorre a exclusão da ação penal, acarretando medidas extrapenais a serem cumpridas, portanto, um meio caminho (*diversion*) a consensos do tipo “acordo de julgamento”, **a necessidade de confissão se torna questionável**. (OLIVEIRA, 2021, p. 8, grifo nosso)

Tendo em vista a natureza de exclusão da ação e instrução penal a realização da confissão não atende nenhuma real função, a não ser atender a caprichos autoritários trazendo a vida a máxima de que a confissão é a rainha das provas, argumento que notoriamente na história recente de nossa nação foi utilizado para justificar atrocidades e tortura em momento que nosso país esteve afastado da democracia.

Afronta diretamente princípio fundador da república, a dignidade da pessoa humana⁹, que garante que os indivíduos sejam tratados como sujeito de direitos, a exigência da confissão tem a intenção de objetificar o indivíduo, servindo apenas para tentar justificar o poder punitivo estatal. (SILVA; REIS; SILVA, 2020 apud BABLER; DAVID, 2022)

Apesar de todas as discussões a respeito da constitucionalidade e efetiva necessidade da confissão como um requisito para a realização do acordo não persecutório, talvez o ponto mais problemático envolvido em sua obrigatoriedade seja o valor probatório dessa confissão em caso de descumprimento do acordo, ou até mesmo sua utilização em outros processos. Problemática ainda controversa, e objeto principal do presente estudo.

3. A CONFISSÃO PARA O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO E O CARATER PROBATÓRIO

A principal “questão tormentosa” nas palavras de Aury Lopes Jr. (2021, p.222) trazida pelo autor sobre a confissão na realização do Acordo de Não Persecução Penal é a eventual utilização dessa confissão como elemento de prova em caso de descumprimento do acordo, ou ainda, que seja utilizada como prova em outros processos.

O primeiro problema que surge é o valor dessa confissão em caso de rescisão do acordo. [...]

Segundo problema: essa confissão poderá ter efeitos para além daquele processo? Poderá ser usada em um processo cível de indenização sobre aquele fato? Poderá ser utilizada administrativamente para fins fiscais ou de natureza punitiva disciplinar? A lei não estabelece limite de efeitos e esse risco existe. (LOPES JR., 2021, p. 222-223)

Ocorre que já se inicia os questionamentos acerca da natureza e dos sentidos da confissão, realizada durante a investigação ou para o efeito de realização do ANPP, principalmente na hipótese de vir ocorrer a rescisão do acordo e o processo tenha que se ultimar pelas vias ordinárias. (OLIVEIRA, 2021, p. 7)

É preciso entender qual a real natureza da confissão realizada para realização do ANPP, se possui caráter probatório e qual a dimensão desse eventual meio de prova no processo penal na eventual rescisão do acordo não persecutório.

O Acordo de Não Persecução Penal não possui uma natureza processual, não é um elemento de instrução criminal como a colaboração premiada. Ou seja, o ANPP e a confissão

⁹ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana;

nele colhida constituem elementos pré-processuais, como a investigação preliminar ou inquérito policial, e por consequência não podem ser utilizados como fundamento para uma condenação criminal.

Ao menos essa é a inteligência que se extrai do Art. 155 do Código de Processo Penal¹⁰, ao definir que o julgador formará seu convencimento a partir das provas produzidas em contraditório, no entanto a legislação não é clara sobre a possibilidade de o Ministério Público se valer dessa confissão como elemento de sua denúncia, nem mesmo sobre a contaminação do julgador que eventualmente tenha homologado o acordo não persecutório e por consequência já tenha tomado conhecimento da confissão, ou ainda da utilização dessa confissão como elemento de prova em processos extrapenais.

Existe um forte posicionamento do Ministério Público e de seus membros que defendem a validade da confissão realizada para a formalização do ANPP como meio legítimo de prova em caso do descumprimento de acordo, havendo inclusive posicionamento de que o acordo não persecutório representa a solução material do litígio criminal.

Guaragni entende, ainda, que o papel da confissão seja o da resolução material do caso, pela atípica via extrajudicial e a assunção de culpa pelo investigado/indiciado, pelo que a confissão há de ser circunstanciada, completa, e não qualificada ou retratada. Em suas letras: “O que o 28-A carrega, portanto, é a mensagem de que o sistema penal tradicional não dá conta nem de crimes que, apesar de sem violência ou grave ameaça, possuem desvalor consistente. Basta pensar nos muitos delitos funcionais e econômicos de relevo, aos quais o ANPP pode ser dirigido. Por isso, não se abdica da solução do caso penal. [...] Nos seus detalhes, positiva – como já tido – o papel que foi desempenhado na dinâmica dos fatos por parte de cada envolvido (codelinqüentes, inclusive). Nestes termos, há assunção de culpa por parte do agente” (GUARAGNI, 2020, p. 240 apud OLIVEIRA, 2021, p.7-8).

Posição também defendida por José Lucas Perroni Kalil, Procurador da República em São Paulo, quando questiona qual seria a utilidade da confissão para o ANPP se a acusação não pudesse utilizá-la em caso de descumprimento.

No entanto, pergunta-se: qual a utilidade dessa confissão perante o Ministério Público se ela não puder, posteriormente, ser utilizada em eventual processo? Não é crível que a lei tenha ocupado o Ministério Público de colher uma

¹⁰Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

confissão inútil. Quando o Ministério Público convoca a parte para o acordo, ele já formou sua convicção sobre a procedibilidade da acusação, tenha ou não essa confissão. Se não for poder utilizá-la posteriormente, qual o sentido de assoberbar um órgão para uma tarefa inútil? Para que fazer o indiciado acompanhar-se de advogado (§3º do art. 28-A do Código de Processo Penal), se não for para que esteja já, nesse momento, devidamente instalado o contraditório? (KALIL, 2020, p.54)

Esses posicionamentos mais radicais defendem o ANPP como um mecanismo que trará uma solução material para o litígio penal, e seu descumprimento por parte do acusado deveria sim deixar a acusação em vantagem, já possuindo a confissão do acusado que deveria ser utilizada como prova no processo criminal originado após a rescisão do acordo.

Se esquecem de que como já discutido no presente trabalho que o acordo não persecutório não é um mecanismo negocial de acordo de julgamento, e constitui elemento pré processual, e apesar da manifestação de Kalil, não se trata de prova produzida sob contraditório, o simples fato de a lei exigir que o acusado esteja acompanhado de seu defensor não instaura o contraditório, a função do defensor do acusado é coibir abusividades eventualmente propostas pelo órgão Ministerial e assegurar a orientação jurídica necessária para que o noticiado decida sobre a aceitação ou não das condições impostas.

Em sentido semelhante, mas menos radical a obra “Questões práticas sobre o acordo de não persecução penal” publicada pela Procuradoria Geral de Justiça do Estado do Maranhão orienta que a confissão realizada para formalizar o ANPP poderá ser elencada como meio de prova pelo Ministério Público, mas não constitui reconhecimento de culpa pelo acusado.

20) A confissão exigida para o Acordo de Não Persecução Penal significa reconhecimento expresso de culpa do investigado?

Não. O pressuposto de confissão para o ANPP apenas serve de reforço para a *opinio delict* já formada, **nada tendo a ver com o reconhecimento de culpa, inclusive pelo fato de não existir processo formado.** [...]

21) A confissão exigida para o Acordo de Não Persecução Penal pode ser usada no processo criminal, caso descumprido o ANPP?

Sim. Se o acordo de não persecução penal for homologado judicialmente, mas o investigado deixar de cumprir integralmente suas condições, haverá rescisão do ANPP e o Ministério Público oferecerá a denúncia (art. 28-A, § 10, do CPP) e **a confissão poderá ser usada como elemento de reforço da prova de autoria, corroborando as demais provas produzidas em contraditório.** (CARVALHO, 2021, p. 46-48, grifo nosso)

De forma mais adequada define que a confissão realizada para a realização do acordo não constitui reconhecimento de culpa pelo acusado, mas ainda defende a possibilidade de a acusação utilizar essa confissão como elemento de prova em sua denúncia, no entanto, devendo ser corroborada por demais provas produzidas em contraditório, entendimento que equipara a confissão realizada para o ANPP à confissão realizada em sede de investigação preliminar.

Não sendo o ANPP um instituto consensual do tipo acordo de julgamento, que importe condenação e aplicação de pena criminal estrita, não se faz fundamental, entre os seus pressupostos, a confissão do investigado. **Assim, a confissão em sede de ANPP não terá função probatória diversa da atribuída à confissão em sede de inquérito policial**, marcadamente, tendo o legislador preferido o termo “circunstancialmente”, ao invés de “circunstanciadamente”, para adjetivar o ato da confissão. (OLIVEIRA, 2021, p.12, grifo nosso)

E nesse sentido a obra da Procuradoria de Justiça do Maranhão reconhece que a confissão é retratável e que a condenação do acusado não pode ser fundamentada em elementos produzidos em estágio pré processual

Claro que, por ser uma confissão extrajudicial, é retratável em Juízo e não leva, por si só, à condenação (art. 155 do CPP), devendo ser avaliada com as demais provas produzidas em contraditório. Como esclarece Freire Júnior (2018, p. 339):”O valor da confissão. A confissão, nos termos do artigo 200 do CPP, é retratável. A celebração do acordo não pode, em caso de descumprimento, ser invocada como prova absoluta para a condenação do réu. A confissão é retratável e o magistrado deve analisar o conjunto probatório produzido em juízo para entender pela culpa, ou não, do réu que descumpriu o acordo de não persecução.” (CARVALHO, 2021, p. 49)

Apesar de entender pela limitação dos efeitos da confissão realizada para a formalização do acordo, ainda defende a possibilidade de a acusação utilizar-se dessa confissão como elemento de prova, mas faz importante ressalva a sua utilização caso o acordo não seja homologado.

22) E se o Acordo de Não Persecução Penal não for homologado pelo Juízo, pode a confissão ser usada no processo criminal?

Não. Se o Juízo competente não homologar o ANPP e o Ministério Público oferecer a denúncia, não pode usar a confissão realizada no ANPP no processo criminal. O ideal, inclusive, é que na hipótese de não homologação do ANPP, seja desentranhada a confissão do investigado dos autos antes que a denúncia seja encaminhada ao Poder Judiciário, por força do princípio da boa-fé e da

lealdade processual, posto que somente não houve acordo devido à não homologação judicial e não por ato do investigado, não podendo, portanto, sua confissão ao Ministério Público ser usada em seu prejuízo. (CARVALHO, 2021, p. 50)

Em sentido semelhante, em razão da confissão do acusado lhe causar prejuízos Guilherme Nucci entende que esse prejuízo ocorre em todos os casos, não somente nos casos em que o acordo não é homologado, razão pela qual refuta inconstitucional a confissão como requisito para a formalização do acordo.

Confissão formal e circunstanciada: demanda o dispositivo uma confissão do investigado, representando a admissão de culpa, de maneira expressa e detalhada. Cremos inconstitucional essa norma, visto que, após a confissão, se o acordo não for cumprido, o MP pode denunciar o investigado, valendo-se da referida admissão de culpa. Logo, a confissão somente teria gerado danos ao confitente. (NUCCI, 2020, p. 223-224)

No entanto, a confissão é um requisito para a formalização do acordo e vem sendo exigida, por isso tão importante o debate acerca de sua utilização para fins externos ao ANPP.

Apesar do forte posicionamento dos órgãos de acusação pelo entendimento de que a confissão realizada para a realização no acordo deva constituir elemento de prova, a doutrina clássica faz duras críticas a esse ponto de vista e enxerga essa confissão como um ato formal para a realização do ANPP e por consequência não poderia ser utilizada como elemento de prova.

Nos parece evidente que não poderá ser utilizada contra o réu, devendo ser desentranhada e proibida de ser valorada. (LOPES JR., 2021, p. 222)

Portanto, a confissão efetuada pelo investigado atende meramente à exigência formal para a concretização do acordo de não persecução penal, até mesmo por ocorrer em sede de investigação preliminar, vedando-se sua utilização em eventual processo criminal, em caso de descumprimento das condições, bem como na hipótese de instauração de processos cíveis ou administrativos. (SOARES, BORRI, BATTINI, 2020 p. 223)

E nesse sentido a jurisprudência já começou a se posicionar, em decisão recente o Tribunal de Justiça do Distrito Federal, decidiu em um caso que houve rescisão do acordo, que a absolvição do acusado se impunha, uma vez que o conjunto probatório dos autos não era suficiente para embasar uma condenação, e a confissão realizada para a formalização do ANPP não poderia ser utilizada como elemento de prova para embasar a condenação.

PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME DE RECEPÇÃO. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL DESCUMPRIDO. IMPRESTABILIDADE DA CONFISSÃO REALIZADA EM ANPP COMO MEIO DE PROVA. DÚVIDA RAZOÁVEL. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO IN DUBIO PRO REO. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA MANTIDA. 1. **A eventual confissão feita pelo réu em Acordo de Não Persecução Penal não produz efeitos jurídicos para embasar uma condenação, sendo apenas uma condicionante legal para a celebração do negócio jurídico extraprocessual.** 2. Nos termos do art. 28-A do CPP, a confissão formal e circunstanciada da prática da infração penal é uma imposição legal para a homologação do acordo e não para a produção de prova quanto à culpabilidade do acusado. 3. Não por outra razão, a confissão realizada para a formalização do acordo é incapaz de gerar antecedentes criminais, nos termos do § 12º do art. 28-A do CPP. 4. **Para que a confissão seja utilizada como meio de prova capaz de ensejar um juízo condenatório seguro, é preciso que ela seja produzida em juízo, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.** 5. Se o conjunto probatório não se mostra seguro, havendo dúvida razoável acerca do preenchimento dos elementares do tipo, é de ser mantida a absolvição do acusado, em face do princípio in dubio pro reo. 6. Recurso ministerial conhecido e desprovido. (TJ-DF 07095663520208070009 1428537, Relator: ASIEL HENRIQUE DE SOUSA, Data de Julgamento: 02/06/2022, 3ª Turma Criminal, Data de Publicação: 13/06/2022, grifo nosso)

Dessa forma, fica evidente a impossibilidade de que a confissão realizada para a formalização do Acordo de Não Persecução Penal seja utilizada para fundamentar a condenação do acusado. Sendo um requisito para seu oferecimento sua obrigatoriedade não pode ser utilizada em prejuízo do confitente pois configuraria clara violação de garantias constitucionais como o direito de não autoincriminação como já manifestado.

Porém, mesmo que esse entendimento venha ser consolidado pela jurisprudência – como deve ser – uma problemática sobre a confissão realizada ainda permanece, seus efeitos sob a formação do convencimento do julgador, mesmo que não estejam diretamente manifestos em sua fundamentação escrita na sentença.

4. A CONTAMINAÇÃO DO JULGADOR

É importante destacar que apesar de a doutrina majoritária entender pela impossibilidade da utilização da confissão como elemento de prova no caso de rescisão do

acordo, e de a jurisprudência começar a se manifestar no mesmo sentido, o contato do julgador com essa confissão pode contaminar sua decisão.

Dessa forma, uma vez entendida a impossibilidade da valoração da confissão como meio de prova no caso do descumprimento do acordo, deve-se buscar meios de garantir que essa confissão não tenha contaminado o julgador.

Não se desconhece ou desconsidera o imenso problema que isso gera na formação do convencimento do julgador, na medida que uma vez conhecida a confissão, será muito difícil que o juiz efetivamente a desconsidere (não existe “delete” mental) e venha a absolver o imputado, mesmo que o contexto probatório seja fraco. (LOPES JR, 2021, p. 222)

É evidente que uma vez que o julgador tenha tomado conhecimento da confissão realizada no ANPP ao homologar o acordo, no caso de sua rescisão, mesmo que a confissão não esteja arrolada como prova em sua fundamentação é impossível crer que não tenha influenciado seu julgamento, como Aury Lopes Jr. manifesta, “não existe delete mental”.

De certo modo a mesma legislação que colocou em vigor o Acordo de Não Persecução Penal trouxe uma solução para esse problema, o juiz de garantias, uma vez que competiria a ele a homologação do acordo¹¹. Sendo que caso o acordo fosse rescindido, com o oferecimento da denúncia ao juiz instrutor que jamais teve acesso aos autos pré-processuais, ele não estaria contaminado pela confissão colhida para a realização do acordo.

No entanto, de nada valeria o juiz de garantias se o Ministério Público estiver autorizado a utilizar a confissão como elemento de prova em sua denúncia, da mesma forma que o responsável pela homologação do acordo o julgador da instrução criminal seria contaminado por essa confissão.

Porém com a entrada em vigor da figura do juiz de garantias também foi previsto pela legislação a exclusão física dos autos¹² que compõe matéria de sua competência, e sendo a

¹¹Art. 3º-B. O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente: XVII - decidir sobre a homologação de acordo de não persecução penal ou os de colaboração premiada, quando formalizados durante a investigação;

¹²Art. 3º-C. A competência do juiz das garantias abrange todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo, e cessa com o recebimento da denúncia ou queixa na forma do art. 399 deste Código. § 3º Os autos que compõem as matérias de competência do juiz das garantias ficarão acautelados na secretaria desse juízo, à disposição do Ministério Público e da defesa, e não serão apensados aos autos do processo enviados ao juiz da instrução e julgamento, ressalvados os documentos relativos às provas irrepetíveis, medidas de obtenção de provas ou de antecipação de provas, que deverão ser remetidos para apensamento em apartado.

homologação do ANPP de competência do juiz de garantias o juiz instrutor não deve ter contato com acordo realizado.

Diversamente do que é defendido pela doutrina elaborada pelos membros do Ministério Público, se tratando a confissão do acusado de prova facilmente repetível durante a instrução processual, não poderia o órgão acusador indicar a confissão do acusado realizada para a formalização do acordo como prova em sua denúncia, por violar frontalmente o princípio de incomunicabilidade dos autos de investigação e instrução trazido pela nova legislação.

A entrada em vigor do Acordo de Não Persecução Penal deveria ter sido acompanhada pela instituição do sistema de duplo juiz, uma vez que ambas as atualizações do sistema de justiça criminal foram trazidos em conjunto pela Lei 13.964/2019, porém a figura do juiz de garantias foi suspensa devido a decisão do Supremo Tribunal Federal¹³ que analisava sua constitucionalidade.

A questão foi decidida de forma definitiva pelo plenário do STF onde se consagrou a constitucionalidade do juiz das garantias, sendo concedido prazo de até dois anos para sua efetiva implementação.¹⁴

No entanto, na contramão da evolução trazida pela Lei 13.964/2019, o Supremo Tribunal Federal definiu como inconstitucional a exclusão física dos autos do inquérito, determinando que todos os atos de competência do juiz de garantias devem ser remetidos ao juiz instrutor.

14. Por unanimidade, declarar a inconstitucionalidade, com redução de texto, dos §§ 3º e 4º do art. 3º-C do CPP, incluídos pela Lei nº 13.964/2019, e atribuir interpretação conforme para entender que os autos que compõem as matérias de competência do juiz das garantias serão remetidos ao juiz da instrução e

¹³Ex positis, entendo satisfeitos os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, para determinar a suspensão da eficácia dos artigos 3ºA a 3º-F, do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei n. 13.964/2019. (STF. ADI nº 6.298MC/DC. Relator: Ministro Luiz Fux. Data de Julgamento 22/01/2020)

¹⁴Por maioria, declarar a constitucionalidade do caput do art. 3º-B do CPP, incluído pela Lei nº 13.964/2019, e por unanimidade fixar o prazo de 12 (doze) meses, a contar da publicação da ata do julgamento, para que sejam adotadas as medidas legislativas e administrativas necessárias à adequação das diferentes leis de organização judiciária, à efetiva implantação e ao efetivo funcionamento do juiz das garantias em todo o país, tudo conforme as diretrizes do Conselho Nacional de Justiça e sob a supervisão dele. Esse prazo poderá ser prorrogado uma única vez, por no máximo 12 (doze) meses, devendo a devida justificativa ser apresentada em procedimento realizado junto ao Conselho Nacional de Justiça, vencido, apenas quanto à inconstitucionalidade formal, o Relator, que entendia competir às leis de organização judiciária sua instituição; (STF. Plenário. ADI nº 6.298MC/DC. Data de Julgamento 24/08/2023)

juízo; (STF. Plenário. ADI nº 6.298MC/DC. Data de Julgamento 24/08/2023)

A efetiva implementação do juiz de garantias junto da exclusão física dos autos de investigação representariam grandes avanços para a segurança jurídica do ANPP trazendo a garantia de que a confissão realizada para sua formalização não seria utilizada para outros fins caso o acordo venha a ser rescindido, assim como não haveria contaminação do julgador, assegurando que não influenciaria o convencimento do juiz instrutor.

No entanto a declaração da inconstitucionalidade da exclusão física dos autos de matéria do juiz de garantias, onde estaria inserida a confissão realizada para a formalização do ANPP, representa grande retrocesso em uma das evoluções proporcionadas pela Lei 13.964/2019, que garantiria a não contaminação do julgador.

A decisão da Suprema Corte mantém a insegurança jurídica a respeito da extensão da utilização da confissão realizada para a formalização do acordo, deixando o tema ainda mais tormentoso.

CONCLUSÃO

A obrigatoriedade da confissão como um requisito para a formalização do ANPP traz diversas questões que precisam ser debatidas e melhor entendidas, mas a principal delas é qual sua real extensão, e para que fins pode ser utilizada, sem violar direitos e garantias fundamentais.

Somente após compreender o contexto nacional de instrumentos penais negociais em que se insere o ANPP, bem como estudar questões relacionadas a constitucionalidade da exigência da confissão para a realização do acordo não persecutório é possível analisar para quais fins pode servir essa confissão.

A confissão realizada para a formalização do ANPP deve permanecer restrita a esse contexto, não podendo ser utilizada para outros fins, seja como prova no processo penal em caso de eventual rescisão do acordo, como prova em outros processos, ou até mesmo como elemento de prova para embasar a denúncia quando rescindido o negócio processual.

Apesar dos esforços retóricos de membros dos órgãos de acusação para fazer a confissão realizada no acordo não persecutório ter valor probatório, sua utilização como prova viola frontalmente garantias constitucionais além dignidade da pessoa humana e o direito de não autoincriminação. E ainda, por se tratar de prova facilmente repetível, não poderá ser utilizada como elemento de prova em eventual denúncia formulada pelo Ministério Público.

No entanto, a problemática envolvendo a confissão ainda precisa ser observada no contexto da contaminação do julgador, que uma vez tendo tido contato com essa ‘prova’ será incapaz de desconsiderá-la totalmente no momento de julgar o mérito do processo criminal no caso de rescisão do acordo. Esse problema poderia ser superado com a efetiva implementação do juiz de garantias – o que está prestes a acontecer –, se o instituto do duplo juiz fosse acompanhado da exclusão física dos autos de investigação, conforme previsto na Lei 13.964/2019, porém a decisão do Supremo Tribunal Federal de declarar inconstitucional a exclusão integral dos autos investigativos, impede o avanço trazido pela legislação.

Nos termos em que a legislação permanecerá em vigor, mesmo com a implementação do juiz de garantias o juiz da instrução receberá a confissão realizada para a formalização do ANPP e seu julgamento também será contaminado.

Essa pesquisa buscou compreender a extensão da confissão realizada para a realização do acordo não persecutório como prova no processo penal, e a conclusão é categórica em perceber que sua utilização viola frontalmente garantias constitucionais, e, portanto, deve ser vedada. Mas a contaminação do julgador por essa confissão ainda é um problema que precisa ser debatido.

REFERENCIAS

ASSUMPÇÃO, Vinícius. **Pacote anticrime: comentários a Lei 13.964/2019**. São Paulo. Saraiva Educação, 2020.

BABLER, Gabriel Gomes; DAVID, Décio Franco. A (in)constitucionalidade da confissão como requisito para a realização do Acordo de Não Persecução Penal. **Direitos Fundamentais e as Ciências Criminais** – Volume II. Org. Romulo de Aguiar Araújo. Londrina: Thoth, 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)] **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF : Presidência da República [2023]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 07 set. 2023.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Brasília, DF : Presidência da República [2022]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em 07 set. 2023.

BRASIL. **Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013**. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Brasília, DF : Presidência da República [2013]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm. Acesso em 07 set. 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, DF : Presidência da República [2021]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em 07 set. 2023.

BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Brasília, DF : Presidência da República [2021]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm. Acesso em 07 set. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Tribunal Pleno) Decisão de Julgamento. **Ação Direta de inconstitucionalidade 6298 MC / DF - DISTRITO FEDERAL**. Data de Julgamento: 24/08/2023. Data de Publicação: 28/08/2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5840274>. Acesso em 07 set. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão. **Ação Direta de inconstitucionalidade 6298 MC / DF - DISTRITO FEDERAL**. DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO PROCESSUAL PENAL. ART. 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E e 3º-F DO CPP. JUIZ DAS GARANTIAS. [...]. Relator: Luiz Fux. Data de Julgamento: 22/01/2020. Data de Publicação: 03/02/2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho1060157/false>. Acesso em 07 set. 2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal (3ª Turma Criminal). Acórdão. **Processo nº 0709566-35.2020.8.07.0009**. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME DE RECEPÇÃO. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL DESCUMPRIDO. IMPRESTABILIDADE DA CONFISSÃO REALIZADA EM ANPP COMO MEIO DE PROVA. DÚVIDA RAZOÁVEL. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO IN DUBIO PRO REO. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA MANTIDA. [...]. Relator: Asiel Henrique De Sousa, Data de Julgamento: 02/06/2022, Data de Publicação: 13/06/2022. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>. Acesso em 07 set. 2023.

FARACO NETO, P. D. P.; BASSO LOPES, V. Acordo de Não Persecução Penal – A Retroatividade da Lei Penal Mista e a Possibilidade dos Acordos Após a Instrução Processual . **Boletim IBCCRIM**, [S. l.], v. 28, n. 331, p. 22–25, 2020. Disponível em: https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/boletim_1993/article/view/546. Acesso em: 29 jul. 2023.

KALIL, José Lucas Perroni. Sobre a constitucionalidade da confissão no acordo de não persecução penal. UNIANCHIETA. **Revista de Direito Penal e Processo Penal**, v.2, n.1, Jan./Jun. 2020. Disponível em <https://revistas.anchieta.br/index.php/DireitoPenalProcessoPenal/issue/view/204/154>. Acesso em 05 ago. 2023.

LOPES Jr., Aury. **Direito processual penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal comentado**. 19. ed. São Paulo: Forense, 2020.

OLIVEIRA, Marcondes Pereira. **Acordo de Não Persecução Penal**: repressão/prevenção ao crime e confissão do investigado. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Volume 178/2021

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos** (Pacto de San José da Costa Rica). San José, Costa Rica, 22 nov. 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 7 set. 2023.

SOARES, Rafael Junior; BORRI, Luiz Antonio; BATTINI, Lucas Andrey. Breves considerações sobre o acordo de não persecução penal. **Revista do Instituto de Ciências Criminais**, volume 5, número 1, Maio/2020. Disponível em <http://www.icp.org.br/Revista/Edicao/2020-01>. Acesso em 05 ago.2023.