

A CONFISSÃO COMO REQUISITO PARA O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

CONFESSION AS A REQUIREMENT FOR THE NON PROSECUTION AGREEMENT

Marco Antonio Marques da Silva

Professor Titular de Direito Processual Penal na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Conselheiro do Conselho Nacional de Educação. Presidente da Cátedra Sérgio Vieira de Mello (PUC-SP/ACNUR). Professor Visitante da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo (aposentado).
E-mail: ezms@uol.com.br.

Fernando Martinho de Barros Penteado

Doutorando e Mestre em Direito pela PUC-SP. Especialista em Direito Processual Penal pela Escola Paulista da Magistratura de São Paulo (EPM/SP). Juiz de Direito no Estado de São Paulo. E-mail: fernandombpenteado@gmail.com.

Recebido em: 14/07/2022

Aprovado em: 23/11/2022

RESUMO: O presente artigo analisa o acordo de não persecução penal (ANPP) instituído pela Lei n. 13.964/2019, com enfoque no requisito da confissão formal e circunstanciada. A partir de ampla revisão bibliográfica, o trabalho busca definir a finalidade da confissão e estabelecer suas bases procedimentais, notadamente em relação ao momento apropriado para a sua realização. Sustenta-se que a confissão, além de constituir requisito formal para o ANPP, deve ser prestada necessariamente perante o Ministério Público em ato específico e tem como única finalidade possível fornecer eventuais novas fontes de prova ou meios de obtenção de prova até então não identificados na investigação, mas que foram ocasionalmente suscitados pelo investigado durante a confissão, inexistindo, não obstante, qualquer dever ou obrigatoriedade que o faça para ter direito ao acordo.

Palavras-chave: Acordo de Não Persecução Penal. Requisitos. Confissão. Lei n. 13.964/2019.

ABSTRACT: The present paper aims to bring some notes on the subject of the non prosecution agreement with the main focus on the confession as a requirement for the deal. Through bibliographic review, the work seeks to define the purpose of the confession and establish procedural bases, particularly the more suitable moment. It is argued that the confession must necessarily be provided before a Public Prosecutor's Office and has the sole possible purpose of providing any new sources of evidence or means of obtaining evidence not identified in the investigation, but which were occasionally mentioned by the defendant at the confession, absent any duty or obligation to do so for the completion of the agreement.

Keywords: Non Prosecution Agreement. Requirements. Confession. Law 13,964/2019.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Lineamentos gerais do ANPP. 2 Confissão formal e circunstanciada. 2.1 Finalidade. 2.2 Momento procedimental. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo visa discutir um dos requisitos legais para a realização do acordo de não persecução penal (ANPP), instituto introduzido pela Lei n. 13.964/2019, conhecida como “Pacote Anticrime”.

Baseando-se no método dedutivo e a partir de revisão bibliográfica, o trabalho visa a responder qual a finalidade da confissão como requisito do ANPP, bem como o momento apropriado para a sua realização.

Justifica-se o estudo na medida em que a exigência legal de confissão revela dificuldades teóricas, notadamente pelo fato de o ANPP intentar evitar o processo sem responsabilizar penalmente o investigado, gerando, assim, dúvida sobre a finalidade e a utilidade da confissão, seja para a realização do acordo em si, seja em caso de posterior descumprimento da avença.

O estudo é estruturado em duas partes. Na primeira delas, serão feitas breves considerações sobre o ANPP no ordenamento jurídico brasileiro, delineando seu escopo, natureza jurídica e requisitos necessários para a sua aplicação.

Na segunda seção, será analisado o requisito de ter “o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal”, notadamente a finalidade e o momento em que essa confissão pode ser realizada.

1 LINEAMENTOS GERAIS DO ANPP

O ANPP, conquanto recentemente introduzido na legislação brasileira com a Lei n. 13.964/2019, já integrava o ordenamento jurídico brasileiro.

A Resolução CNMP n. 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), posteriormente alterada pela Resolução CNMP n. 183/2018, é inegavelmente o antecedente normativo do ANPP.

Confrontando a referida Resolução com a redação do art. 28-A do Código de Processo Penal, percebe-se que o legislador utilizou em grande parte a disciplina conferida por aquela norma infralegal, positivando-a agora em lei ordinária. Marques e Rocha (2020, p. 7) definem o instituto da seguinte forma:

O acordo de não persecução penal pode ser definido como modalidade de negócio jurídico processual entre o Ministério Público e o investigado, com vistas a evitar o oferecimento da denúncia e a instauração da ação penal. Trata-se, em última análise, de medida de desencarceramento e de economia processual, porque objetiva evitar a imposição de pena privativa de liberdade, mediante sua substituição pelo cumprimento de “condições” semelhantes às penas restritivas de direitos, previstas no art. 43 do Código Penal.

Presentes os pressupostos e requisitos legais (art. 28, § 2º, do Código de Processo Penal), abre-se uma fase de negociação entre o investigado e o órgão ministerial na qual poderão ser ajustadas uma ou mais das seguintes condições: i) reparação do dano ou restituição da coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo; ii) renúncia voluntária a bens e direitos indicados como instrumentos, produto ou proveito do crime; iii) prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas; iv) pagamento de prestação pecuniária; v) cumprimento de outra condição

indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

O ANPP representa, assim, uma proposta legislativa com função programática para enfrentar o aumento da criminalidade com racionalidade e homogeneidade (SOUZA, 2020, p. 122) e que trouxe mais segurança jurídica ao sistema processual ao disciplinar o tema por lei ordinária (MORAIS, 2020, p. 77). Trata-se de um negócio jurídico bilateral de eficácia condicionada à homologação judicial e que gera efeitos sobre o exercício da ação penal (ARAS, 2018, p. 303-304).

A efetividade dessa pretendida natureza negocial dependerá, em grande parte, da postura das partes quando da realização do acordo, compreendendo que a intenção do legislador foi fomentar a igualdade entre os envolvidos e viabilizar o efetivo consenso mediante uma negociação horizontal ou, “no mínimo, menos verticalizada do que uma relação autoridade-réu” (LUCCHESI; OLIVEIRA, 2021, p. 27), afastando a imposição meramente unilateral das condições pelo Ministério Público.

Observe-se, nesse aspecto, que o traço distintivo entre justiça negocial e justiça consensual é a existência de efetiva negociação entre as partes e a possibilidade de ambas discutirem o conteúdo do acordo e contribuírem para a solução do caso penal (CUNHA, 2019, p. 72)¹.

Há que se acrescentar, ainda, que o cumprimento efetivo do ANPP enseja a extinção da punibilidade e consequente resolução do caso penal, forçando a conclusão de que o instituto tem natureza híbrida, abrangendo tanto a seara processual penal como o direito penal material.

Com ampla abrangência, pois alcança tipos penais com pena abstrata mínima inferior a 4 anos, o novo instituto reflete a tendência atual de expansão da justiça criminal consensual no Brasil, fenômeno impulsionado principalmente pela Lei n. 9.099/1995, algo indispensável considerando a necessidade de ampliação do acesso à justiça (SILVA, 2006a, p. 140).²

Indubitavelmente, o ANPP se aproxima mais dos modelos consensuais da Lei n 9.099/1995, especialmente a transação penal. Com efeito, enquanto a suspensão do processo tem como premissa o oferecimento da denúncia e respectivo recebimento, sendo proposta concomitantemente à propositura da ação penal, a transação penal e o ANPP são propostos antes do ajuizamento, extinguindo-se a punibilidade se cumpridas as condições³.

Tanto na transação penal como no ANPP há inequívoca mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal. Aliás, o fato de não ser caso de arquivamento é um dos pressupostos tanto do ANPP como da transação penal.

Por sua vez, não obstante o legislador tenha conferido alguma margem para discricionariedade, pois o art. 28-A do Código de Processo Penal autoriza um juízo de valor sobre a necessidade e suficiência do ANPP para a reprovação e prevenção do fato em tese praticado, não se trata de mera faculdade do órgão ministerial.

O Ministério Público deve aferir se estão presentes os pressupostos e os requisitos legais e externar, motivadamente, as razões de eventual recusa em propor o acordo ao investigado. Dentre

¹ A partir dessa noção, em sentido amplo, a justiça consensual pode ser compreendida como gênero, envolvendo tanto os acordos em que há efetiva negociação/barganha entre as partes (justiça negocial propriamente dita) como aqueles em que uma das partes se limita a aceitar a proposta apresentada pela outra sem efetiva discussão sobre os respectivos termos (justiça consensual em sentido estrito).

² Apesar da proeminência da Lei 9.099/1995 no cenário legislativo em se tratando de acordos penais, em especial pela previsão constitucional da transação penal (art. 98, inc. I, da Constituição de 1988), para Silva (1997, p. 65) o precursor da barganha no direito brasileiro foi o acordo previsto no art. 7º da Lei 8.072/1990, que inseriu o § 4º no art. 159 do Código Penal, prevendo que “Se o crime é cometido por quadrilha ou bando, o co-autor que denunciá-lo à autoridade, facilitando a libertação do seqüestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços.”

³ Justamente por essa proximidade, Mendes e Souza (2020, p. 1196) entendem que o ANPP não pode ser considerado propriamente uma novidade, pois “Mais adequado seria categorizá-lo como uma nova roupagem à transação penal”. Por sua vez, Jardim e Amorim (2020, p. 39) criticam o ANPP já que, em razão de equivaler virtualmente à transação penal, ampliou indireta e indevidamente o âmbito da transação penal para além da competência dos Juizados Especiais Criminais, “algo não permitido constitucionalmente”.

os requisitos, a lei estipulou alguns de natureza objetiva, mas permitiu de outro lado uma atuação parcialmente discricionária, desde que fundamentada.

Outrossim, deve-se notar que o exercício do poder ministerial não é absoluto, devendo adequar-se aos comandos de um Estado Democrático de Direito, de modo que, como aponta Silva (2006b, p. 491), “o respeito incondicional aos direitos fundamentais, no âmbito do direito penal, e às garantias individuais, no do processo penal indicam a verdadeira vocação da democracia”.

Trata-se, portanto, de um poder-dever do Ministério Público, regido pela discricionariedade regrada (FULLER, 2020, p. 168-169; SOUZA e DOWER, 2018, p. 137-139; ARAÚJO, 2021, p. 162; SILVA, 2020, p. 264-266; LUCCHESI e OLIVEIRA, 2021, p. 27; FARIAS e ZEDLER, 2021, 344-345).⁴

Consequentemente, não se trata de direito subjetivo, pois se fosse essa a intenção legal, caso o órgão ministerial se recusasse a apresentar a proposta, caberia ao juiz realizar o acordo de ofício, posição essa que conflita diretamente com o disposto no art. 28-A, § 14, do Código de Processo Penal, que alude a remessa dos autos a órgão superior do Ministério Público em caso de negativa⁵.

Por sua vez, a aceitação do ANPP não gera a responsabilização penal do agente, mas tão-somente a aplicação das condições previstas no art. 28-A, I a V, cujo eventual descumprimento conduzirá à propositura da ação penal pelo Ministério Público, viabilizando a apuração do fato em regular processo judicial (art. 28-A, § 10, do Código de Processo Penal)⁶.

2 CONFISSÃO FORMAL E CIRCUNSTANCIADA

O art. 28-A do Código de Processo Penal prevê como um dos requisitos⁷ para a oferta do ANPP o investigado ter “confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal”. Nesse passo, cabe delinear o que constituiria uma confissão propriamente dita e os qualificativos

⁴ No âmbito institucional, o Ministério Público do Estado de São Paulo firmou o Enunciado 21 PGJ-CGMP – LEI 13.964/2019: “A proposta de acordo de não persecução penal tem natureza de instrumento de política criminal e sua avaliação é discricionária do Ministério Público no tocante à necessidade e suficiência para reprovação e prevenção do crime. Trata-se de prerrogativa institucional do Ministério Público e não direito subjetivo do investigado”. (SÃO PAULO, 2020a). De maneira semelhante, na I Jornada de Direito e Processo Penal realizada pelo Conselho da Justiça Federal, foi aprovado o Enunciado 32: “A proposta de acordo de não persecução penal representa um poder-dever do Ministério Público, com exclusividade, desde que cumpridos os requisitos do art. 28-A do CPP, cuja recusa deve ser fundamentada, para propiciar o controle previsto no §14 do mesmo artigo”. (BRASIL, 2020b).

⁵ Entendendo que se trata de direito subjetivo do investigado, cf. Resende, 2020, p. 1.575.

⁶ Em que pese não resultar em condenação formal, Vasconcellos (2020, p. 265-266) critica o mecanismo processual do ANPP (e também da transação penal e suspensão condicional do processo) por permitir a imposição de medidas semelhantes a uma sanção penal a partir do consenso do imputado e sem a necessidade de julgamento. Ampliam-se, assim, os poderes de atores administrativos, não judiciais, em especial do Ministério Público, responsável pela definição dos termos do acordo, já que a atuação judicial se limita ao exame das formalidades legais e da voluntariedade do investigado.

⁷ Segundo Vilhena (1974, p. 116), “Observe-se que, via de regra, quando se fala em ‘pressuposto’ se está no terreno da existência ou não existência do fenômeno jurídico; se se fala em ‘requisito’, já se alcança etapa superveniente, que é a da validade ou não do fenômeno jurídico; ao ser abordada a ‘condição’, ganha-se a linha de eficácia ou de extinção do fenômeno jurídico”. Reconhecendo a aplicabilidade desse entendimento ao campo dos acordos penais, cf. Suxberger (2019, p. 134). Adotadas tais premissas para o ANPP, os pressupostos são a existência de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 anos, bem como não ser caso de arquivamento. Já em relação aos requisitos, há os positivos (confissão; necessidade e suficiência para reprovação e prevenção do crime; voluntariedade; assistência de defensor; forma escrita; homologação judicial) e negativos (não cabimento de transação penal; não ser reincidente ou indicação de conduta habitual, reiterada ou profissional; ter sido beneficiado por ANPP, transação penal ou suspensão do processo nos 5 anos anteriores ao cometimento da infração; não ser crime praticado no âmbito de violência doméstica ou familiar ou contra a mulher por razões da condição de sexo feminino). Por fim, as (possíveis) condições do ANPP são a reparação do dano, renúncia a bens, prestação de serviços à comunidade, prestação pecuniária ou outra condição compatível imposta pelo Ministério Público.

legais “formal” e “circunstancial” capazes de conduzir ao negócio jurídico processual⁸. Segundo Nucci (1999, p. 80),

Confessar, no âmbito do processo penal, é admitir contra si, por quem seja suspeito ou acusado de um crime, tendo pleno discernimento, voluntária, expressa e pessoalmente, diante da autoridade competente, em ato solene e público, reduzido a termo, a prática de algum fato criminoso.

Portanto, confessar é admitir ou aceitar contra si o fato imputado na acusação, restringindo-se ao fato objeto da persecução penal.

Apesar de o objeto principal da confissão ser a autoria do fato, também abrange o aspecto psíquico do agente, até porque o dolo e culpa integram a imputação. Vale lembrar que, de acordo com Frederico Marques (1998, p. 302), o “objeto da confissão é o que vem descrito na imputação; ela recai, ao demais, sobre fatos e acontecimentos do mundo exterior ou da vida psíquica interior, com as circunstâncias que os rodeiam”.

Por sua vez, a chamada confissão qualificada não tem aptidão para satisfazer o requisito legal (BEM, 2020, p. 203; GUARAGNI, 2020, p. 240).⁹ Com efeito, para fins de ANPP, a confissão deve abranger todos os elementos do crime, no caso, a tipicidade, ilicitude e a culpabilidade, não havendo compatibilidade com a confissão qualificada (VASCONCELLOS, 2022, p. 88).

A admissão de fatos nessas circunstâncias é incompatível com a justa causa já detectada anteriormente pelo Ministério Público. Ainda que a confissão não sirva para reforçar a justa causa, seria contraditório que o órgão acusatório formasse sua *opinio delicti* no sentido da ocorrência de um crime e propusesse o ANPP, seguindo-se a apresentação pelo investigado de alguma justificativa fático-jurídica capaz de elidir a sua responsabilidade penal.

A possibilidade de usar a confissão, ainda que qualificada, isto é, empregada como tese defensiva a invocar excludentes de ilicitude ou de culpabilidade ou mesmo admissão parcial dos fatos, está jungida à cognição exauriente realizada pelo julgador no momento da decisão de mérito. Não por outra razão, a atenuante incidirá somente se a confissão servir para formar o convencimento do juiz. No caso da confissão prévia ao ANPP, não há julgamento do *meritum causae*, mas mera avaliação pelo órgão acusador acerca da existência de justa causa.

Confissão “formal”, por sua vez, é aquela que obedece às formalidades legais e é prestada perante a autoridade pública competente ou com atribuição para o ato de modo a poder surtir seus respectivos efeitos. Para fins do ANPP, deve ser voluntária, escrita e prestada perante o Ministério Público. Nada impede, contudo, que a confissão seja registrada em meio audiovisual, como aliás prevê a Resolução CNMP n. 181/2017, pois tal prática não contraria a Lei 13.964/2019.

A expressão “circunstancialmente” é objeto de controvérsia. Marques e Rocha (2020, p. 9) apontam que equivaleria a uma confissão detalhada da prática de infração penal, com esclarecimentos acerca de quem, quando, onde, por que e como foi praticada.

Esse entendimento prestigia a redação do art. 18 da Resolução CNMP n. 181/2017, que exigia que o investigado confessasse “formal e detalhadamente”. Posteriormente, na alteração promovida pela Resolução CNMP n. 183/2018, o art. 18 passou a dispor que o investigado teria que confessar “formal e circunstanciadamente”.

⁸ A exigência de confissão para o ANPP foi contestada no Supremo Tribunal Federal na ADI 6.304/DF, de relatoria do Ministro Luiz Fux, na qual a Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas sustentou que tal requisito violaria o princípio da presunção de inocência. O relator Ministro Luiz Fux aplicou o rito abreviado do art. 12 da Lei n. 9.868/1999 (BRASIL, 2020e) e até o momento a ação ainda não foi julgada. Além do questionamento em sede de controle abstrato de constitucionalidade, a exigência da confissão é igualmente objeto de exame pela Suprema Corte no HC 185.913/DF, atualmente afetado ao Pleno, no qual se busca resolver, além da questão relativa à aplicação retroativa do ANPP, se “É potencialmente cabível o oferecimento do ANPP mesmo em casos nos quais o imputado não tenha confessado anteriormente, durante a investigação ou o processo”. (BRASIL, 2020f).

⁹ Contra, admitindo o ANPP em caso de confissão qualificada, vide Moreira (2020, p. 160).

Considerando que a expressão circunstanciadamente significa “enunciado com todas as circunstâncias; pormenorizado” (MICHAELIS, 1998, p. 507), há forte indicativo de que o legislador pretendeu reproduzir o sentido de detalhamento então fixado nas resoluções ministeriais. No entanto, por aparente descuido ortográfico, ao invés de circunstanciadamente, inseriu-se a expressão circunstancialmente.

Discordando dessa posição, Bem (2020, p. 198) ressalta que o fato de o legislador não ter preservado a mesma redação seria significativo “de que não ocorreu, simplesmente, um erro de digitação”, mas na verdade se passou a exigir menos do que o regramento administrativo do CNMP, ou seja, não se trata de confissão detalhada. De maneira semelhante, Araújo (2021, p. 164) entende que “circunstancialmente” deve ser compreendido como “naquele contexto” e não circunstanciadamente, ou seja, com todas as circunstâncias.

Não obstante, entende-se que, em se tratando de confissão, pela própria natureza e definição, não há como ignorar que deva versar necessariamente sobre a totalidade da imputação e ser, por assim dizer, completa, ou em outras palavras, circunstanciada, envolvendo todas as circunstâncias objeto do fato apurado, como o agente (*quis*), os meios empregados (*quibus auxiliis*), o resultado (*quid*), os motivos (*cur*), a maneira como foi praticado (*quomodo*), o lugar (*ubi*) e o tempo (*quando*).

Por outro lado, a confissão circunstanciada não inclui a necessidade de apontar coautores ou partícipes ou ilícitos desconhecidos ou não identificados na investigação (ARAÚJO, 2021, p. 164), algo que igualmente distingue do *plea bargain* americano, no qual, de acordo com Silva (1997, p. 65) “também pode ser parte do acordo o testemunho do réu sobre os delitos por ele cometidos ou os que ele conhece”.

Nessa linha, a partir de uma interpretação histórica e teleológica, a expressão legal “circunstancialmente” equivale a “circunstanciadamente” e assim deve ser compreendida.

2.1 Finalidade

A inserção da confissão como requisito do ANPP pode ser considerada incomum pelo fato de que essa solução consensual não visa resolver a questão da culpabilidade do investigado, ao contrário de outros institutos negociais, como o *plea bargaining*.

No sistema anglo-americano, o *plea bargaining* é um acordo pelo qual o acusado se declara culpado e, assim agindo, fica sujeito a “sofrer uma pena muito menos severa que aquela que originariamente havia sido proposta” (TONI, 2011, p. 123). Segundo Alschuler (1979, p. 3), o *plea bargaining* consiste na outorga de concessões (benefícios) oficiais em troca do ato de autoincriminação do investigado, concessões essas que podem abranger a pena a ser imposta, a imputação apresentada e outras circunstâncias¹⁰. Conforme Silva (1997, p. 61-62):

O *plea bargaining* representa a manifestação mais expressiva, embora não a única da discricionariedade do promotor americano. Consiste fundamentalmente na negociação entre o Ministério Público e a defesa, destinada a obter-se uma confissão de culpa em troca da acusação por um crime menos grave, ou por um número mais reduzido de crimes. Quanto ao alcance prático do *plea bargaining* nos Estados Unidos da América, observamos que através dele são solucionados cerca de 80 a 95% de todos os crimes. Por outro lado, inquéritos feitos por uma amostragem significativa de promotores revelaram que estes consideravam cerca de 85% dos casos da sua experiência como adequados a uma solução de *plea bargaining*.

¹⁰ Sobre as distintas espécies de *plea bargaining* no direito federal norte-americano (*charge, count, sentence e fact bargaining*), vide Castro (2019, p. 84-98).

Logo, o *plea bargaining* constitui um mecanismo que pressupõe a responsabilização definitiva do acusado, o que não ocorre no ANPP. Com efeito, à semelhança do ocorrido na transação penal, na qual “o autor do fato, ao aceitar a proposta do Ministério Público, não estará reconhecendo a sua culpa, tanto assim que não perde a primariedade” (SCARANCA FERNANDES, 2010, p. 207), o ANPP não visa a responsabilização penal do agente, pois ao aceitar o acordo o investigado não reconhecerá a sua culpa e nem resultará em condenação criminal¹¹.

Por outro lado, ainda que possam ser estabelecidas diferenças entre o *guilty plea* e a confissão (GARRET, 2019), há indiscutível ponto de contato, notadamente em razão de ambos envolverem a admissão da culpa (DAMAŠKA, 2018, p. 39) ou, ao menos, o reconhecimento de algum ato criminoso (CUNHA, 2019, p. 95).

E é justamente essa semelhança entre a confissão e o *guilty plea* e, ao mesmo tempo, a diferença entre o ANPP e o *plea bargaining*, que gera dificuldade na compreensão da finalidade e a utilidade da confissão exigida pelo legislador para a consecução do novo instrumento consensual.

Nessa perspectiva, diante da natureza do ANPP, sustenta-se que a exigência de confissão constituiria uma contradição, significando, no máximo, um “mero requisito formal para se evitar a denúncia” (DAGUER *et al.*, 2022, p. 99) ou providência realizada pelo acusado unicamente com o intuito “de gozar da possibilidade do acordo” (CISCO; MARROS, 2022, p. 18).

Por outro lado, parte da doutrina tem se esforçado para apresentar possíveis finalidades para a confissão no ANPP, dentre os quais, em especial, destacam-se os seguintes argumentos: i) conferir justa causa para a opção de não arquivamento ou pelo menos elemento de reforço à *opinio delicti* nesse sentido; ii) contraprestação do acusado passível de gerar consequências processuais, como a utilização da confissão na fase judicial em seu desfavor; iii) produção de efeito psíquico de arrependimento do investigado e atribuição de certeza moral ao representante do Ministério Público; iv) meio de obtenção de provas.

No que concerne à (i) justa causa, a confissão estimularia o acordo e impediria que o Estado oferecesse a proposta sem suporte indiciário mínimo (FREIRE JÚNIOR, 2018, p. 337), impedindo a celebração precoce do ANPP com elementos informativos insuficientes para a denúncia (SOUZA; DOWER, 2018, p. 165), ou que não demonstrem a participação do investigado no delito (MORAIS, 2020, p. 80), somando-se aos demais elementos informativos e os confirmando (GUARAGNI, 2020, p. 232) de modo a viabilizar um controle fático mais forte e eficaz da justa causa (VASCONCELLOS, 2022, p. 86).¹²

Há ainda posição intermediária reconhecendo a imprestabilidade da confissão para formar, por si só, a *opinio delicti* do Ministério Público, mas admitindo que atue como elemento corroborador da “justa causa que já existia para o oferecimento da denúncia, dando seriedade e peso à realização do acordo” (CABRAL, 2021, p. 125), ou ainda, como geradora de um efeito depuratório dos elementos informativos confirmatórios da prévia *opinio delicti* (SOUZA, 2020, p. 130), constituindo um “reforço ao cuidado de que o acordo de não persecução não tenha lugar naqueles casos de conclusão duvidosa sobre a viabilidade da persecução penal em juízo” (SUXBERGER, 2019, p. 135).

¹¹ A transação penal integra o fenômeno da justiça consensual chamado de “diversão”, ou seja, técnicas “voltadas à solução do caso penal independentemente da determinação ou da declaração de culpa, seja impedindo a instauração do processo, seja arquivando-o mediante a observância de determinadas condições” (CUNHA, 2019, p. 77). Dada as inegáveis semelhanças com a transação penal, o ANPP igualmente pode ser considerado um tipo de “diversão” (CUNHA, 2019, p. 221).

¹² No âmbito institucional do Ministério Público de São Paulo foi emitido o Enunciado 24 PGJ-CGMP – LEI 13.964/19 – MPSP: 24. “Rescindido o acordo de não persecução penal por conduta atribuível ao investigado, sua confissão pode ser utilizada como um dos elementos para oferta da denúncia”. (SÃO PAULO, 2020b). No mesmo sentido, o Enunciado 27 do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos MPs dos Estados e da União (CNPGE) e do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM): “Havendo descumprimento dos termos do acordo, a denúncia a ser oferecida poderá utilizar como suporte probatório a confissão formal e circunstanciada do investigado (prestada voluntariamente na celebração do acordo)”. (BRASIL, 2020c).

Esses entendimentos, contudo, conflitam com o previsto na própria legislação instituidora do ANPP. Como deve preexistir justa causa para a ação penal e conseqüentemente não ser caso de arquivamento do inquérito policial, inevitável concluir que a confissão realizada perante o Ministério Público como requisito do ANPP não pode servir de base para a denúncia.

Somente se o Ministério Público vislumbrar previamente a presença de elementos informativos suficientes a deflagrar a etapa judicial da persecução penal é que poderá apresentar a proposta de ANPP (MESSIAS, 2019, p. 21). Logo, a confissão para fins do ANPP somente pode ser tomada após expressa manifestação da *opinio delicti* no sentido do não arquivamento.

Pelos mesmos motivos, também não prospera a tese da confissão como elemento corroborador da justa causa. Ora, se a lei impõe que a *opinio delicti* já esteja previamente formada por ocasião da apresentação do acordo ao investigado, a confissão não pode ter o fim de confirmar algo que já deveria estar definido previamente pelo órgão acusatório.

Por sua vez, quanto ao (ii) emprego da confissão na fase judicial como elemento informativo passível de valoração na fase judicial, sustenta-se que a admissão do crime representaria uma vantagem ao órgão acusatório em caso de descumprimento do acordo, pois traria conseqüências processuais ao investigado na medida em que a confissão permaneceria nos autos e serviria “como um reforço, uma reafirmação, enfim, uma corroboração da prova já existente” (CABRAL, 2021, p. 126-127)¹³.

Contudo, o art. 155 do Código de Processo Penal diferencia prova de elemento informativo com base no contraditório judicial. Assim, prova constitui o dado de conhecimento formado em contraditório e elemento informativo é o dado obtido de forma inquisitória (GOMES FILHO, 2016, p. 49).

Não basta, contudo, apenas o contraditório, pois é igualmente essencial a presença do juiz na formação da prova (imedição). Assim, exige-se o contraditório judicial para as provas que devem ser constituídas durante o processo.

E a ausência de contraditório na tomada da confissão prestada para fins do ANPP impede que tal elemento constitua prova propriamente dita (BEM, 2020, p. 203; FRANCO, 2020, p. 291).¹⁴

É verdade que a redação do art. 155 do Código de Processo Penal admite a utilização, ao lado dos dados formados em contraditório judicial, de elementos informativos colhidos unilateralmente na fase de investigação, com a ressalva de que o juiz não poderá fundamentar sua decisão “exclusivamente” com base nesses elementos. Todavia, sob a ótica constitucional, essa abertura cognitiva atrita com o art. 5º, LV, da Constituição Federal de 1988. Para Silva (2001, p. 17):

Obedecido o devido processo legal, além de assegurar-se a liberdade do indivíduo contra a ação arbitrária do Estado, busca-se uma correta atuação do poder jurisdicional, evitando-se as nulidades do processo [...] O devido processo legal, como dito anteriormente, importa num amplo espectro de garantias que dele devem necessariamente decorrer para que se atenda a exigência do Estado Democrático de Direito.

Ora, se há necessidade no uso de elementos de informação, ainda que em reforço para a formação do convencimento do juiz, isso significa que a prova judicial foi insuficiente para tanto e a condenação foi possível apenas pela força adicional do elemento informativo, ainda que “corroborador”. Nesse caso, a decisão não terá sido fundada efetivamente em provas colhidas em contraditório judicial.

¹³ De modo semelhante, vide Freire Júnior (2018, p. 339-340); e Araújo (2021, p. 165).

¹⁴ Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça no HC 756.907/SP entendeu que a confissão em ANPP é elemento produzido na fase extrajudicial e, por si só, não serve para embasar uma condenação criminal (BRASIL, 2022b).

Por outro lado, se as provas judiciais isoladamente autorizarem por si só a formação de um juízo condenatório, nesse caso os elementos informativos, ainda que usados para corroborá-las, terão pouco ou nenhum valor e serão dispensáveis diante da suficiência daquelas.

Desta forma, a interpretação que autoriza o uso indiscriminado de elementos informativos, ainda que a título de corroboração – e a confissão perante o Ministério Público é um desses elementos – não se sustenta sob o prisma do devido processo legal e, em especial, diante da garantia constitucional do contraditório. Conclui-se, assim, pela inadmissibilidade do uso da confissão obtida para fins do ANPP como elemento informativo passível de valoração na fase judicial.

Frise-se, ainda, que face à retratabilidade prevista no art. 200 do Código de Processo Penal, mesmo se houver confissão formal e circunstanciada na fase pré-processual, eventual retratação em juízo impedirá a valoração desse elemento. E como asseveram Vasconcellos e Reis (2021, p. 274), apesar da ressalva do citado dispositivo ao livre convencimento do juiz, “resta claro que uma confissão retratada, sob pena de não ser ‘retratável’ não pode ser considerada na fundamentação da condenação”.

Além disso, o ambiente negocial em que o investigado aceitou admitir o crime torna a confissão imprópria para ser usada como prova. O âmbito da voluntariedade da confissão no ANPP se direciona ao adimplemento do requisito formal do acordo e não a servir como elemento destinado à reconstrução histórica do fato na fase judicial.

Também em decorrência da limitada e específica voluntariedade do investigado em admitir os fatos, Marques e Rocha (2020, p. 15) acrescentam que os efeitos da confissão se limitam ao âmbito do próprio procedimento criminal em que realizada, não podendo alcançar outras esferas de responsabilização, notadamente a administrativa. Por seu turno, Vasconcellos e Reis (2021, p. 274-275) sustentam que, em respeito à segurança jurídica e ao direito de não autoincriminação, o compartilhamento da confissão em outros processos penais ou não penais somente será cabível “se houver a inclusão de cláusula expressa no acordo, por exemplo, sobre assunção de responsabilidade civil”. Mas não é só. Existem outras situações que, em paralelo ao problema da ausência de contraditório, impedem o uso da confissão na fase judicial.

Se o acordo não for homologado pelo juiz por falta de pressuposto ou requisito legal, como a ausência de voluntariedade ou o oferecimento para crime cuja pena mínima supera o patamar estabelecido em lei, tratar-se-á de ilicitude, a comprometer não apenas o acordo em si, mas também os elementos dele derivados, incluindo a confissão. Em sendo oferecida denúncia depois de recusada a homologação do acordo, há impedimento absoluto para a utilização da confissão, seja para embasar a denúncia, seja na valoração do conjunto de provas na fase judicial. Além da ilicitude em si, razões de lealdade processual e moralidade administrativa também impedem o aproveitamento nessas condições (ARAÚJO, 2021, p. 165).

Por sua vez, caso o investigado se retrate do acordo, ainda que posteriormente à homologação judicial, inexistindo regra expressa no Código de Processo Penal, deve ser aplicado por analogia o art. 4º, § 10, da Lei n. 12.850/2013, que veda o uso de provas autoincriminatórias em desfavor do colaborador em caso de retratação.

Vale lembrar que, comparativamente, no *plea bargaining* norte-americano também não é viável a utilização na fase processual do teor das negociações realizadas entre o órgão acusatório e o investigado em caso de retratação ou retirada do acordo por este último¹⁵.

¹⁵ Na pesquisa empreendida por Sousa (2019, p. 119, 125), a impossibilidade do uso em juízo do reconhecimento da culpa em caso de retratação do acordo foi considerada um dos traços essenciais do *plea bargaining* do sistema norte-americano. Essa característica foi identificada em mais da metade das legislações pesquisadas daquele país (esferas federal e dos estados). No entanto, no precedente Estados Unidos v. Mezzanatto (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1995) essa garantia foi relativizada, admitindo-se excepcionalmente o emprego no julgamento contra o investigado desde que este tenha feito um pré-acordo de renúncia desta proteção anteriormente ao início das negociações. Nesse sentido, lembra Castro (2019, p. 130) que “a renúncia em Mezzanatto é prévia à existência do próprio acordo, é condição para se dar início às negociações”.

Sem prejuízo das questões acima, é certo que com a instituição do juiz das garantias pela Lei n. 13.964/2019¹⁶, os autos que compõem as matérias de competência do juiz das garantias ficarão separados física-digitalmente dos autos do processo enviados ao juiz da instrução e julgamento (art. 3º-C, § 3º, do Código de Processo Penal).

Segundo o art. 3º-B, XVII, do Código de Processo Penal, uma das funções do juiz das garantias é justamente “decidir sobre a homologação de acordo de não persecução penal ou os de colaboração premiada, quando formalizados durante a investigação”. Nessa linha, o uso da confissão prestada perante o Ministério Público não integrará os autos do juiz da instrução e julgamento e também por essa razão não será utilizável ou passível de valoração na fase judicial¹⁷.

Quanto ao suposto (iii) efeito psíquico de arrependimento do investigado apto a gerar uma mudança de comportamento (MORAIS, 2020, p. 80; SOUZA e DOWER, 2018, p. 165) ou atribuir certeza moral da autoria ao órgão da acusação de forma a auxiliar sua atuação em eventual futuro processo (BEM, 2020, p. 200), ou ainda, assegurar ao Ministério Público que não praticará uma injustiça (CABRAL, 2021, p. 125), essas finalidades também não podem ser aceitas.¹⁸

A existência de novos espaços consensuais na esfera do processo penal relativiza seu potencial epistêmico voltado à reconstrução histórica dos fatos e robustece a concepção do processo como solução de conflitos.

Assim, em se tratando de solução negocial, não pode ser excluído que o investigado aceite confessar apenas para fazer jus ao benefício, mas em seu íntimo entenda que não é o autor dos fatos.

Pragmaticamente, a decisão do investigado se baseará em uma análise de risco e de custo-benefício sobre qual escolha será mais vantajosa, ou seja, “cumprir uma sanção mais benéfica imediatamente, reduzindo a incerteza inerente ao processo penal ou se arriscar a uma possível condenação ao final do processo cujo montante é imprevisível” (MORAIS, 2020, p. 79).

Para Jackson e Summers (2018, p. 115-116), muita atenção foi dada ao longo dos anos ao dilema clássico do que o advogado deve fazer quando o cliente reservadamente admite que praticou a infração penal imputada, mas deseja contestá-la publicamente perante a corte. No entanto, em se tratando do *plea bargain*, tendo em vista as vantagens envolvidas caso o acusado admita sua culpa, talvez seja mais surpreendente a pouca atenção dada para a situação em que o cliente alega ser inocente da imputação, mas ainda assim deseja admitir a culpa para alcançar algum benefício.

Garret (2019, p. 64), aliás, sustenta que esta é uma das principais críticas ao *plea bargain* americano, isto é, quando “até mesmo inocentes podem se declarar culpados para evitar penas maiores no julgamento, com o conseqüente processo de empoderamento do promotor e em grande medida eliminando o controle judicial”. Com efeito, ao deixar em segundo plano a discussão sobre a verdade dos fatos, a prática do *plea bargaining* tem o potencial para, a depender das

¹⁶ Por decisão monocrática proferida na ADI 6.300 MC/DF, o Ministro Luiz Fux do Supremo Tribunal Federal suspendeu por prazo indeterminado a eficácia da implantação do juiz das garantias e seus consectários (arts. 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E, 3º-F, do Código de Processo Penal), dentre outros dispositivos (BRASIL, 2020d). A decisão ainda não foi apreciada pelo Plenário da Corte.

¹⁷ No entanto, adverte Fuller (2020, p. 155) que mesmo no cenário do juiz das garantias, ainda há espaço para a influência da confissão na fase judicial. Isso porque, “se, ao oferecer denúncia, o Ministério Público se negar a formular proposta de suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei n. 9.099/95), justificando a sua recusa no descumprimento do acordo de não persecução penal pelo investigado (art. 28-A, § 11, do CPP), o juiz da instrução e julgamento acabará inferindo a ocorrência de anterior confissão (ainda que sem acesso ao seu teor) – requisito legal para o acordo de não persecução penal”.

¹⁸ Interessante notar que no direito romano-germânico também havia o entendimento de que a confissão supostamente permitiria algum conforto psíquico e moral aos juízes caso decidissem pela condenação e tivessem que impor as respectivas penas, muitas das quais invariavelmente violentas e cruéis. Nesse sentido: “Confessions could provide an antidote to their mental discomfort: self-incrimination could be interpreted as the defendants’ acceptance of the procedural outcome, and perhaps even as their assumption of responsibility for the bloody procedural outcome. In addition to being considered of value to the soul of the judge, confessions were viewed as salutary to the soul of the criminal.” (DAMAŠKA, 2018, p. 40).

circunstâncias, induzir pessoas inocentes a afirmar indevidamente a própria culpa (HO, 2021, p. 57).¹⁹

Sobre o tema, Silva pontua (1997, p. 62-63):

Na verdade, os arguidos que recusam a *guilty plea* são considerados incômodos e perturbadores, e acabam por ser punidos mais pesadamente. A pressão no sentido do *leading guilty* pode implicar a condenação de inocentes, sobretudo dos mais inexperientes.

Nesse sentido, não surpreende que, dentre as espécies de *pleas*, o chamado *Alford plea* (ou *best interest plea*), admitido pela Suprema Corte dos Estados Unidos (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1970), permite ao réu contestar as acusações e afirmar a sua inocência ao mesmo tempo em que realiza um *guilty plea*, ou seja, simultaneamente alega inocência, mas aceita o acordo para receber uma pena mais branda do que aquela que eventualmente ficaria sujeito caso decidisse ir para julgamento e fosse condenado.²⁰

Logo, apesar de representar uma indesejável distorção da *mens legis* do instituto, não pode ser descartada essa possibilidade fática em se tratando do ANPP na medida em que o legislador estabeleceu a confissão como um dos requisitos do benefício.²¹

Por derradeiro, resta a (iv) possibilidade de servir como meio de descoberta de fontes de provas ou de obtenção de provas não percebidas ou não identificadas na fase de investigação.

Segundo Bem (2020, p. 200), “o que se confessou será suficiente para servir como meio de novas fontes de prova para a futura ação penal”. Na mesma toada, Cabral (2021, p. 127) reconhece que a confissão circunstanciada pode ampliar o horizonte probatório viabilizando, assim, “identificar novas fontes de prova, sejam pessoais (novas testemunhas, por exemplo), sejam reais (v.g. novos documentos, extratos bancários, fiscais, informações constantes de aparelhos celulares ou computadores)”.

A finalidade da confissão servir como facilitadora de meios de prova foi antevista na redação original do art. 18 da Resolução CNMP n. 181/2017, que expressamente referiu ao lado da confissão formal e detalhada, que o investigado indicasse “eventuais provas de seu cometimento”.

Muito embora a redação do art. 18 tenha sido posteriormente alterada pela Resolução CNMP n. 183/2018, excluindo a indicação de provas pelo investigado, parece sintomática a intenção do legislador em atribuir à confissão o fim de obtenção de novas fontes ou meios de obtenção de prova a auxiliar o Ministério Público na hipótese de ajuizamento da ação penal.

Nesse caso, não se vislumbram os óbices citados, pois não interfere no contraditório judicial, não tem relação com a justa causa e nem tem a pretensão de alterar o *mindset* das partes.

¹⁹ Criticando veementemente esse aspecto do *plea bargaining* norte-americano, cf. Alschuler (2015/2016).

²⁰ O *Alford plea* é semelhante ao *nolo contendere plea*. Todavia, tais institutos se distinguem por duas razões: a) o *nolo contendere* evita a posterior discussão no âmbito civil, enquanto o *Alford* não; b) no *nolo contendere* o acusado não admite a culpa, enquanto no *Alford* o réu expressamente alega inocência (BIBAS, 2003, p. 1373). Adverte Castro (2019, p. 80) que, de forma geral, o *Alford plea* “até hoje não é bem recebido pelas cortes norte-americanas e, em regra, é desaconselhado aos promotores nas diretrizes para elaboração dos acordos”.

²¹ No HC 636.279/SP, o Superior Tribunal de Justiça rechaçou a possibilidade de ANPP nos casos em que, a despeito de confessar a infração em juízo, o acusado tenha alegado que o fez apenas para ter acesso ao benefício, sustentando que não era o autor da infração penal, alegação essa que no entender da Corte Superior não preencheria os requisitos da confissão exigida no art. 28-A, do CPP (BRASIL, 2021). Em que pese tal julgado, é certo que ainda assim a problemática de inocentes eventualmente confessarem apenas para ter acesso ao ANPP continua presente, bastando que o investigado se limite a confessar e aceitar o ANPP, mas não declare que se entende por inocente, mantendo resguardada sua opinião e não a declarando expressamente nos autos.

Portanto, a única finalidade admissível da confissão do investigado no ANPP é fornecer ao órgão acusatório possíveis e eventuais novas fontes de prova ou meios de obtenção de prova a serem utilizados em caso de descumprimento do acordo.

No entanto, não se trata de verdadeira contraprestação do investigado, pois possui natureza acidental e não obrigatória, além de não exigir qualquer compromisso de eficácia futura.

Com efeito, quando da formalização da confissão detalhada eventualmente pode surgir a necessidade de o investigado esclarecer circunstâncias não plenamente elucidadas na investigação, notadamente quando a ausência desses esclarecimentos tornar a admissão do crime incompreensível, ilógica ou não crível. Nesses casos, se essas informações possuírem pertinência probatória, a confissão assumirá roupagem de meio de obtenção de provas na futura e eventual ação penal.

De qualquer forma, não há obrigação de o investigado apresentar ou indicar elementos novos e muito menos delatar coautores ou partícipes, nem pode o Ministério Público exigi-lo para formalizar o acordo. Nesse ponto, a confissão do ANPP se distingue da colaboração premiada, pois esta possui obrigatória função probatória e impõe ao investigado o dever de colaborar com a investigação de forma eficaz.

Em suma, além de constituir requisito formal do ANPP, a exigência da confissão pode, eventualmente, caracterizar uma vantagem ocasional, a depender das circunstâncias que serão relatadas e integrarão a confissão. Não constitui, por assim dizer, um dever do investigado, mas um ganho potencial do órgão acusatório condicionado e vinculado à necessidade de descrição detalhada do evento criminoso que, conforme a necessidade de narrar harmônica e coerentemente a situação delitiva, poderá ou não conter a indicação de fontes ou meios de obtenção de provas até então não identificados na investigação.

A atribuição de uma finalidade acidentalmente probatória à confissão no ANPP não contraria os fins do referido instituto. Ainda que o ANPP se destine a excluir o processo independentemente da declaração de culpa e não tenha pretensão cognitiva voltada à reconstrução de fatos passados (VASCONCELLOS e REIS, 2021, p. 273), não se pode excluir a possibilidade ocasional e eventual de a confissão servir como meio de identificação de novas fontes ou meios de obtenção de provas.

Ainda que o investigado não seja obrigado a indicar em sua confissão novas fontes ou meios de obtenção de provas e, com ainda mais razão, inexista a necessidade de que estes sejam eficazes e contribuam efetivamente para a reconstrução dos fatos em caso de ajuizamento da ação penal, a confissão no ANPP caracteriza um meio-termo em termos de instrumentalidade cognitivo-probatória, ou seja, a contraprestação pelo não oferecimento da denúncia é a imposição de uma admissão de culpa detalhada sobre o ocorrido que, a depender das circunstâncias e ausente qualquer obrigatoriedade, poderá ou não conter a indicação de fontes ou meios de obtenção de prova eventualmente não descobertos ou mencionados na investigação.

2.2 Momento procedimental

Delineados o conteúdo e a finalidade da confissão formal e circunstanciada, importa agora examinar o momento procedimental em que poderá ser prestada e a autoridade que a tomará.

O art. 28-A do Código de Processo Penal se limita a indicar que a confissão deve preceder o oferecimento do ANPP. Logo, conclui-se que, necessariamente, ocorrerá na fase pré-processual, pois sequer haverá denúncia oferecida.

Num primeiro momento, poder-se-ia indagar sobre o aproveitamento de eventual confissão prestada na fase de investigação perante a autoridade policial que presidiu o inquérito policial. Nesse sentido, Guaragni (2020, p. 234) ressalta: “A confissão deve, pois, aportar ao caderno inquisitorial durante o transcurso da investigação. [...] Pela literalidade do art. 28-A, os autos vêm ao Ministério Público com a confissão em seu bojo”.

Por sua vez, Marques e Rocha (2020, p. 10) entendem que aparentemente a intenção da lei foi permitir o uso da confissão prestada na fase de investigação preliminar, muito embora admitam uma segunda possibilidade interpretativa, no sentido de que, caso não tenha ocorrido na fase policial, possa ser prestada diretamente ao Ministério Público.

No entanto, ao contrário da instrução judicial, não há ordem legal para a realização dos atos no inquérito policial. Por isso, não se pode olvidar que a tomada de declarações do investigado ocorra no início da investigação, com o fato objeto da apuração ainda não totalmente delimitado e, principalmente, sem que o investigado tenha sido ouvido formalmente como suspeito.

De todo modo, ainda que haja uma confissão em interrogatório formal durante o inquérito policial, com indicação expressa do crime e respectivo indiciamento do investigado, essa opinião não vinculará o Ministério Público, pois como titular da ação penal pode acrescer, mudar ou reduzir a imputação independentemente da capitulação dada pela autoridade policial.

Nessas circunstâncias, o investigado não saberá se realmente confessou circunstanciadamente o fato objeto da imputação e nem se, por consequência, adimpliu o requisito legal para o ANPP.

Por outro lado, diversamente da confissão prestada na fase policial, a admissão perante o Ministério Público ocorrerá ao final da investigação, com todos os elementos informativos amealhados na investigação já disponíveis e a *opinio delicti* previamente definida. Ainda que inexista denúncia formalizada, no procedimento de negociação conhecerá a exata imputação em tese vislumbrada pelo Ministério Público, além de saber que presta a confissão para o fim de preencher requisito à celebração do ANPP.

Nesse sentido, adverte Bem (2020, p. 203) que é “importante que ocorra em audiência própria presidida pelo Ministério Público e na presença do defensor, e seja voluntária, ou seja, livre de coação”. Daí resulta a necessidade de que a confissão, como requisito do ANPP, deve ser prestada necessariamente perante o Ministério Público, em audiência específica para esse fim.

De outro vértice, cabe examinar ainda se, em havendo negativa expressa do investigado na fase de inquérito policial ou mesmo se não tiver comparecido em delegacia para ser ouvido em declarações, justificar-se-ia que o Ministério Público atue proativamente de modo a realizar audiência com o investigado e seu defensor visando iniciar negociações para o oferecimento do ANPP e eventualmente abrindo oportunidade à confissão.

Muito embora a legislação não seja clara a esse respeito, não há qualquer óbice legal ou material no fato de o investigado formular pedido para ser ouvido perante o Ministério Público visando realizar a confissão ou o órgão ministerial instar o investigado e/ou o seu defensor para tanto (GUARAGNI, 2020, p. 234). Ademais, inexistente exigência de que haja prévia confissão no âmbito do inquérito policial para a oferta do ANPP (ARAÚJO, 2021, p. 164; VASCONCELLOS, 2022, p. 90). Nessa linha, pondera Silva (2020, p. 269):

Mesmo que o investigado não tenha confessado ao longo da investigação criminal, seja porque negou, seja porque simplesmente não compareceu ao órgão investigatório, cabe notificação específica pelo Ministério Público, a fim de iniciar a negociação do ANPP, com a indispensável confissão formal e circunstanciada, agora perante o *parquet*²².

²² De modo semelhante, a orientação oriunda do Enunciado n. 3 da I Jornada de Direito e Processo Penal do Conselho da Justiça Federal: “A inexistência de confissão do investigado antes da formação da *opinio delicti* do Ministério Público não pode ser interpretada como desinteresse em entabular eventual acordo de não persecução penal”. (BRASIL, 2020a). Em sentido contrário, a tese institucional 518 do Ministério Público do Estado de São Paulo: “1. A não confissão do investigado perante a Autoridade Policial constitui fundamento idôneo para o não oferecimento da proposta do acordo de não persecução penal.” (SÃO PAULO, 2020c). Ainda nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça no HC 657.165/RJ entendeu que a falta de confissão no inquérito policial não impede o ANPP, pois a lei processual não impõe que tal ato ocorra necessariamente no inquérito policial (BRASIL, 2022a).

Assim, encerrada a fase de investigação preliminar e recebido os autos para a formação de sua *opinio delicti*, tenha ou não ocorrido a confissão, o Ministério Público deverá intimar o investigado a comparecer ao órgão, indicando expressamente a finalidade (prestar confissão formal e circunstanciada e, na sequência, subscrever ANPP se concordar com as condições ofertadas), e a necessidade de se fazer acompanhar de defensor. Em seguida, o ANPP será levado a juízo para a verificação da voluntariedade e dos requisitos legais e respectiva homologação.

CONCLUSÃO

O ANPP é o mais recente mecanismo de justiça criminal negocial incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro pela via legislativa e reflete a tendência atual de expansão desses instrumentos processuais.

A confissão prestada perante o Ministério Público como requisito do ANPP não serve para conferir justa causa, pois para a formulação do acordo a lei exige a preexistência de elementos informativos suficientes para o ingresso da ação penal (ou seja, para o não arquivamento).

A confissão realizada para fins do ANPP não pode ser usada como prova e nem elemento corroborador de provas na fase judicial, pois não passou pelo crivo do contraditório.

Além de constituir requisito formal para o ANPP, a única finalidade da confissão é fornecer ao órgão acusatório, ainda que não obrigatoriamente, a possibilidade de obter novas fontes de prova ou meios de obtenção de prova até então não identificados na investigação, mas que foram ocasionalmente suscitados pelo investigado quando de sua confissão formal e circunstanciada.

Trata-se de uma contrapartida *sui generis*, acidental e não obrigatória, pois a depender da necessidade de explicação do contexto fático para fins da confissão, o investigado pode vir a eventualmente indicar novas fontes ou meios de obtenção de prova que, por sua vez, em caso de descumprimento das condições do ANPP e instauração de ação penal, poderão ser utilizados pelo Ministério Público na etapa judicial.

A confissão, como requisito do ANPP, deve ser prestada necessariamente perante o Ministério Público, em audiência específica, logo após o encerramento das investigações, tenha ou não ocorrido eventual confissão na fase de investigação.

REFERÊNCIAS

ALSCHULER, Albert W. Plea bargaining and its history. *Columbia Law Review*, v. 79, n. 1, p. 1-43, jan. 1979.

ALSCHULER, Albert W. A nearly perfect system for convicting the innocent. *Albany Law Review*, v. 79, n. 3, p. 919-940, 2015/2016.

ARAS, Vladimir. Acordos penais no Brasil: uma análise à luz do direito comparado. *In*: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (coord.). *Acordo de não persecução penal. Resolução 181/2017 do CNMP com as alterações feitas pela Res. 183/2018*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 273-330.

ARAÚJO, Gláucio Roberto Brittes de. Breves comentários sobre o acordo de não persecução penal. *Cadernos Jurídicos da Escola Paulista da Magistratura*. São Paulo, ano 22, n. 57, p. 161-177, jan.-mar. 2021.

BEM, Leonardo Schmitt de. Os requisitos do acordo de não persecução penal. *In*: BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo (org.). *Acordo de não persecução penal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020, p. 171-206.

BIBAS, Stephanos. Harmonizing substantive-criminal-law values and criminal procedure: The case of Alford and nolo contendere pleas. *Cornell Law Review*, v. 88, n. 5, p. 1.361-1.411, 2003. Disponível em: <http://scholarship.law.cornell.edu/clr/vol88/iss5/3>. Acesso em: 15 fev. 2022.

BRASIL, Conselho da Justiça Federal. Enunciado 3 da I Jornada de Direito e Processo Penal do Conselho da Justiça Federal. Brasília, DF: Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, 14 de agosto de 2020a. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/noticias/2020/08-agosto/i-jornada-de-direito-e-processo-penal-aprova-32-enunciados>. Acesso em: 15 jan. 2021.

BRASIL, Conselho da Justiça Federal. Enunciado 32 da I Jornada de Direito e Processo Penal do Conselho da Justiça Federal. Brasília, DF: Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, 14 de agosto de 2020b. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/noticias/2020/08-agosto/i-jornada-de-direito-e-processo-penal-aprova-32-enunciados>. Acesso em: 15 jan. 2021.

BRASIL, Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União e Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal. Enunciado 27. Brasília, DF: Comissão Especial [2020c]. Disponível em: https://www.cnp.org.br/images/arquivos/gndh/documentos/enunciados/GNCCRIM_Enunciados.pdf. Acesso em: 15 jan. 2021.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma). HC 636.279/SP. Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, 09 de março de 2021. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202003467770&dt_publicacao=23/03/2021. Acesso em: 31 out. 2021.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). HC 657.165/RJ. Rel. Mi. Rogério Schietti Cruz, 09 de agosto de 2022a. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202100976515&dt_publicacao=18/08/2022. Acesso em: 02 out. 2022.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). HC 756.907/SP. Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, 13 de setembro de 2022b. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202202209277&dt_publicacao=19/09/2022. Acesso em: 02 out. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). ADI 6.300 MC/DF. Rel. Min. Luiz Fux, decisão monocrática de 03 de fevereiro de 2020d. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342203608&ext=.pdf>. Acesso em: 31 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). ADI 6.304/DF. Rel. Min. Luiz Fux, decisão monocrática de 31 de agosto de 2020e. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342203608&ext=.pdf>. Acesso em: 31 out. 2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). HC 185.913/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, decisão monocrática de 23 de setembro de 2020f. Disponível em:

<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344488197&ext=.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2022.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Manual do acordo de não persecução penal. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

CASTRO, Ana Lara Camargo de. *Plea bargain*. Resolução penal pactuada nos Estados Unidos. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

CISCO, Bruno Nunes; MARROS, Thales Marques. A tragédia importada: a confissão no acordo de não persecução penal. Boletim do IBCCrim, ano 30, n. 351, p. 17-19, fev. 2022.

CUNHA, Vitor Souza. Acordos de admissão de culpa no processo penal. Salvador: Juspodivm, 2019.

DAGUER, Beatriz; SOARES, Rafael Junior; BIAGI, Talita Cristina Fidelis Pereira. A necessidade de confissão como requisito para o acordo de não persecução penal e as repercussões produzidas no processo penal e nas demais esferas do direito. Revista Eletrônica de Direito Processual. Rio de Janeiro, ano 16, v. 23, n. 1, p. 86-114, jan-maio 2022.

DAMAŠKA, Mirjan R. Evaluation of evidence. Pre-modern and modern approaches. Cambridge: Cambridge University Press, 2018.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Corte Suprema dos Estados Unidos, Carolina do Norte v. Alford (400 U.S. 25), de 23 de novembro de 1970. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/400/25/>. Acesso em: 20 dez. 2021.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Corte Suprema dos Estados Unidos. Estados Unidos v. Mezzanatto (513 U.S. 196), de 18 de janeiro de 1995. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/513/196/>. Acesso em 20 dez. 2021.

FARIAS, Alexandre Ramalho de; ZEDLER, Ervin Fernando. Acordo de não persecução penal: direito subjetivo do investigado ou poder/dever do ministério público no exercício de política criminal do estado? In: FARIAS, Alexandre Ramalho de; NEVES, Alexandre Cavalli das; GONÇALVES, Guilherme Henrique (org.); ZILIO, Jacson (coord.). Sistema penal no Estado Democrático de Direito. São Paulo: Tirant Lo Blanch: 2021, p. 337-350.

FINE, Toni M. Introdução ao sistema jurídico anglo-americano. Trad. Eduardo Saldanha. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

FRANCO, José Henrique Kaster. O papel do juiz no acordo de não persecução penal. In: BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo (org.). Acordo de não persecução penal. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020, p. 287-301.

FREDERICO MARQUES, José. Elementos de direito processual penal. v. II. Campinas: Bookseller, 1998.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. O acordo de não persecução penal: permissões e vedações. In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL,

Rodrigo Leite Ferreira (coord.). Acordo de não persecução penal. Resolução 181/2017 do CNMP com as alterações feitas pela Res. 183/2018. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 331-344.

FULLER, Paulo Henrique Aranda. Alterações ao Código de Processo Penal. In: JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patrícia; PARDAL, Rodrigo; FULLER, Paulo Henrique Aranda. Lei Anticrime comentada. Artigo por artigo. São Paulo: Saraiva, 2020.

GARRET, Brandon L. Por que *plea bargains* não são confissões? Trad. Bruno Cunha Souza. In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (org.). Plea bargaining. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 61-86.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Limites ao compartilhamento de provas no processo penal. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 24, n. 122, p. 43-61, ago. 2016.

GUARAGNI, Fábio André. Acordo de não persecução penal: os contornos da confissão exigida pelo art. 28-A do CPP. In: BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo (org.). Acordo de não persecução penal. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020, p. 223-243.

HO, Hock Lai. Confessions in the criminal process. The Modern Law Review, v. 84, n. 1, p. 30-60, jan. 2021. <https://doi.org/10.1111/1468-2230.12571>.

JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho. Primeiras impressões sobre a Lei n. 13.964/19: aspectos processuais. In: NICOLITT, André; FELIX, Yuri (org.). O STF e a Constituição. Estudos em homenagem ao Ministro Celso de Mello. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020, p. 33-43.

JACKSON, John D.; SUMMERS, Sarah J. Seeking core fair trial standards across national boundaries: judicial impartiality, the prosecutorial role and the right to counsel. In: JACKSON, John D.; SUMMERS, Sarah J. (ed.). Obstacles to fairness in criminal proceedings. Individual rights and institutional forms. Oregon: Hart Publishing, 2018, p. 99-124.

LUCCHESI, Guilherme Brenner; OLIVEIRA, Marlus H. Arns de. Sobre a discricionariedade do Ministério Público no ANPP e o seu controle jurisdicional: uma proposta pela legalidade. Boletim do IBCCrim, ano 29, n. 344, p. 26-28, jul. 2021.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek; ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. Acordo de não persecução penal e suas repercussões no âmbito administrativo. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal. Porto Alegre, ano 16, n. 95, p. 5-17, abr.-maio 2020.

MENDES, Soraia R.; SOUZA, Augusto C. B. O acordo de não persecução penal e o paradigma da prevenção no enfrentamento à corrupção e à macrocriminalidade econômica no Brasil: novas alternativas ao modelo punitivista tradicional. Revista Brasileira de Direito Processual Penal. Porto Alegre, v. 6, n. 3, p. 1.175-1.208, set.-dez. 2020.

MESSIAS, Mauro. Acordo de não persecução penal. Teoria e prática. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

MICHAELIS. Moderno dicionário da língua portuguesa. São Paulo: Melhoramentos, 1998.

MORAIS, Hermes Duarte. “Pacote anticrime”: a nova configuração do acordo de não persecução penal. *In*: SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo; BRUNI, Aline Thaís; AMARAL, Cláudio do Prado; SAAD-DINIZ, Eduardo; MORAIS, Hermes Duarte. Pacote Anticrime. Comentários à Lei 13.964/2019. São Paulo: Almedina, 2020, p. 77-102.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. O acordo de não persecução penal. *In*: BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo (org.). Acordo de não persecução penal. Belo Horizonte: D’Plácido, 2020, p. 157-169.

NUCCI, Guilherme de Souza. O valor da confissão como meio de prova no processo penal. 2. ed. São Paulo: RT, 1999.

RESENDE, Augusto César Leite de. Direito (subjetivo) ao acordo de não persecução penal e controle judicial: reflexões necessárias. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*. Porto Alegre, v. 6, n. 3, p. 1.543-1.582, set.-dez. 2020.

SCARANCA FERNANDES, Antonio. Processo penal constitucional. 6. ed. São Paulo: RT, 2010.

SÃO PAULO, Ministério Público do Estado de São Paulo. Enunciado 21 PGJ-CGMP – Lei 13.964/19. São Paulo: Centro de Apoio Operacional Criminal [2020a]. Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/Criminal_Juri_Jecrim/Enunciados_CAOCRI M/Enunciados%20PGJ-CGMP%20-%20Lei%2013.964-19%20\(1\)-%20alterado.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/Criminal_Juri_Jecrim/Enunciados_CAOCRI M/Enunciados%20PGJ-CGMP%20-%20Lei%2013.964-19%20(1)-%20alterado.pdf). Acesso em: 15 jan. 2021.

SÃO PAULO, Ministério Público do Estado de São Paulo. Enunciado 24 PGJ-CGMP – Lei 13.964/19. São Paulo: Centro de Apoio Operacional Criminal [2020b]. Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/Criminal_Juri_Jecrim/Enunciados_CAOCRI M/Enunciados%20PGJ-CGMP%20-%20Lei%2013.964-19%20\(1\)-%20alterado.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/Criminal_Juri_Jecrim/Enunciados_CAOCRI M/Enunciados%20PGJ-CGMP%20-%20Lei%2013.964-19%20(1)-%20alterado.pdf). Acesso em: 15 jan. 2021.

SÃO PAULO, Ministério Público do Estado de São Paulo. Tese 518. São Paulo: Procuradoria Geral de Justiça [2020c]. Disponível em: <https://www.mpsp.mp.br/teses#>. Acesso em: 15 jan. 2021.

SILVA, Marcelo de Oliveira. Acordo de não persecução penal. *Revista da EMERJ*. Rio de Janeiro, v. 22, n. 3, p. 261-285, set.-dez. 2020.

SILVA, Marco Antonio Marques da. Acesso à justiça penal e Estado Democrático de Direito. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

SILVA, Marco Antonio Marques da. A efetividade do acesso à justiça. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*. São Paulo, ano 9, n. 17, p. 125-144, jan.-jun. 2006a.

SILVA, Marco Antonio Marques da. Igualdade na persecução criminal: investigação e produção de provas nos limites constitucionais. *In*: SILVA, Marco Antonio Marques da. (coord.). Processo penal e garantias constitucionais. São Paulo: Quartier Latin, 2006b, p. 469-493.

SILVA, Marco Antonio Marques da. Juizados especiais criminais. São Paulo: Saraiva, 1997.

SOUSA, Marllon. *Plea bargaining* no Brasil. Salvador: Juspodivm, 2019.

SOUZA, Renee do Ó. Acordo de não persecução penal previsto no novo art. 28-A do Código de Processo Penal, inserido pela Lei 13.964/2019. *In*: SOUZA, Renee do Ó (coord.). Lei Anticrime. Comentários à Lei 13.964/2019. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020, p. 121-136.

SOUZA, Renee do Ó; DOWER, Patrícia Eleutério Campos. Algumas respostas sobre o acordo de não persecução penal. *In*: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (coord.). Acordo de não persecução penal. Resolução 181/2017 do CNMP com as alterações feitas pela Res. 183/2018. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 137-172.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. Projeto de Lei “Anticrime” e a adoção do procedimento abreviado no Brasil. *In*: SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; SOUZA, Renee do Ó; CUNHA, Rogério Sanches (coord.). Projeto de Lei Anticrime. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 113-191.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Acordo de não persecução penal. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Colaboração premiada e negociação na justiça criminal brasileira: acordos para aplicação de sanção penal consentida pelo réu no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 166, ano 28, p. 241-271, abr. 2020.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de; REIS, Dimas Antônio Gonçalves Fagundes. Limites à utilização da confissão do imputado realizada como requisito ao acordo de não persecução penal. *Revista de Estudos Criminais*. Porto Alegre, v. 20, n. 80, p. 264-279, jan.-mar. 2021.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. O pressuposto, o requisito e a condição na teoria geral do direito e no direito público. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, v. 11, n. 42, p. 115-128, abr.-jun. 1974.