



EFEITOS DA CONFISSÃO QUANDO DO DESCUMPRIMENTO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

EFFECTS OF CONFESSION WHEN BREAKING CRIMINAL NON-PROSECUTION AGREEMENT

Gabrieli Gravi Gonçalves¹
Paulo Silas Taporosky Filho²

RESUMO

O presente trabalho visa analisar o Acordo de Não Persecução Penal, instituto efetivamente introduzido no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Lei n.º 13.964/2019, tendo como objetivo verificar os efeitos da confissão do investigado no processo quando da hipótese de descumprimento do acordo. São explanados os requisitos, as condições e os impedimentos para a celebração do acordo, nos termos da lei processual penal. Além disso, discute-se acerca da revogação do acordo nas situações que houver o descumprimento insignificante das condições impostas por parte do investigado, considerando a possibilidade da utilização da Teoria do Adimplemento Substancial com o intuito de extinguir a punibilidade do investigado como medida adequada a ser adotada ao invés da revogação e posterior oferecimento da denúncia. O problema de pesquisa pode ser apontado a partir da seguinte pergunta: é possível a utilização da confissão do investigado obtida no acordo de não persecução penal como elemento probatório no processo caso o acordo seja rescindido devido ao descumprimento das medidas impostas? A metodologia utilizada é de natureza exploratória e amparada por revisão bibliográfica, pelo que foi possível depreender que a confissão obtida durante a celebração do acordo não pode ser utilizada como uma ferramenta pelo órgão acusador contra o investigado em caso de descumprimento das medidas impostas.

Palavras-chave: Acordo de não persecução penal; requisitos; Teoria do adimplemento substancial; Confissão.

¹Acadêmica do curso de Direito da Universidade do Contestado (UNC). Campus Canoinhas. Santa Catarina. Brasil. E-mail: gabrieligravi@gmail.com

²Mestre em Direito; Especialista em Ciências Penais; Especialista em Direito Processual Penal; Especialista em Filosofia; Especialista em Teoria Psicanalítica; Bacharelado em Letras (Português); Professor de Processo Penal e Direito Penal; Advogado; Santa Catarina. Brasil. E-mail: paulosilasfilho@hotmail.com.

ABSTRACT

The present work aims to analyze the Criminal Non-Prosecution Agreement, an institute introduced into the Brazilian legal system through Law No. 13,964/2019, which introduced the idea of consensual criminal justice. The requirements, conditions and impediments to concluding the agreement will be explored. Furthermore, the revocation of the agreement will be discussed in situations where there is insignificant non-compliance with the conditions imposed by the person being investigated, considering the possibility of using the Theory of Substantial Compliance with the aim of extinguishing the punishability of the person being investigated as an appropriate measure to be adopted to the instead of revoking and subsequently offering the complaint. The main objective of the work is to verify the possibility of using the confession of the person under investigation obtained in the non-criminal prosecution agreement as evidence to support a criminal sentence if the agreement is terminated due to non-compliance with the measures imposed. Through doctrinal books and research in specialized magazines, it was possible to infer that the confession obtained during the conclusion of the agreement cannot be used as a tool by the accusing body against the person being investigated in the event of non-compliance with the imposed measures.

Keywords: Non-criminal prosecution agreement; requirements; substantial compliance theory; confession.

Artigo recebido em: 26/07/2024

Artigo aceito em: 21/08/2024

Artigo publicado em: 10/12/2024

Doi: <https://doi.org/10.24302/acaddir.v6.3.5521>

1 INTRODUÇÃO

Com o advento da Lei nº 13.964/2019, conhecida como Lei Anticrime, foi introduzido no sistema jurídico brasileiro o mecanismo de negociação jurídica chamado Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), previsto no artigo 28-A do Código de Processo Penal. Em que pese o instituto tenha surgido em 2017 por meio da Resolução n. 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público, foi no ano de 2019 que efetivamente passou a ser considerado como instituto decorrente de norma processual, posto que inserida no Código de Processo Penal por meio de lei ordinária.

Através desse instituto, o investigado assistido por seu defensor formaliza um acordo com o Ministério Público antes do recebimento da acusação formal, desde que atendidos os requisitos necessários.

Ao formalizar o negócio jurídico com o Ministério Público, o investigado deve cumprir integralmente as condições pactuadas para que não se inicie o processo penal. Sendo assim, se dispuser adequado cumprimento, haverá a extinção de sua punibilidade.

No presente artigo são apresentadas as condições estabelecidas para a propositura do acordo de não persecução penal, questões de significativa importância neste instituto jurídico, bem como são abordadas as consequências do não cumprimento das medidas estabelecidas sob a luz da teoria do adimplemento substancial, surgindo então uma questão problemática que envolve o referido instituto: o que acontece com as condições que já foram cumpridas pelo investigado em caso de rescisão do acordo de não persecução penal?

Além disso, será analisada como objetivo principal a questão da possibilidade de se valer da confissão do investigado como elemento probatório no curso do processo em caso de não cumprimento das medidas impostas, ponto que merece ser analisado uma vez que gera questões importantes nesse contexto específico, especialmente no que diz respeito aos limites de sua utilização pelo Ministério Público.

Por mais que possa o ANPP ser considerado um aperfeiçoamento na esfera criminal, posto que trouxe certos benefícios ao estabelecer um método consensual entre o investigado e Ministério Público, com o propósito de possibilitar a celeridade na resolução de casos criminais, há questões que merecem cautela em seu proceder, merecendo uma tratativa mais acurada em determinados aspectos.

A metodologia adotada neste trabalho se fundamenta na análise de livros doutrinários, legislação vigente e revistas especializadas relativas à temática em discussão, caracterizando-se, por conseguinte, como uma pesquisa qualitativa de revisão bibliográfica.

2 REQUISITOS ESTABELECIDOS PARA A PROPOSITURA DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

A Lei n. 13.964/19 inseriu o ANPP no Código de Processo Penal, passando o referido instituto a constar no artigo 28-A, ampliando assim aquilo que pode ser designado como justiça penal consensual ou ainda justiça penal negociada.

O ANPP, na conceituação de Lopes Júnior (2023, p. 93), pode ser assim compreendido:

Trata-se de mais um instrumento de ampliação do espaço negocial, pela via do acordo entre MP e defesa, que pressupõe a confissão do acusado pela prática de crime sem violência ou grave ameaça, cuja pena mínima seja inferior a 4 anos (limite adequado à possibilidade de aplicação de pena não privativa de liberdade), que será reduzida de 1/3 a 2/3 em negociação direta entre acusador e defesa.

O Ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ), Rogerio Schietti Cruz, por ocasião do julgamento do Habeas Corpus nº 657.165, julgado em 09 de agosto de 2022, definiu o ANPP da seguinte forma:

O instituto se revela como uma maneira consensual de alcançar resposta penal mais célere ao comportamento criminoso, por meio da mitigação da obrigatoriedade da ação penal, com inexorável redução das demandas judiciais criminais (BRASIL, 2022).

Destacando o aspecto benéfico do ANPP, Nucci (2020, p. 9), aduz que:

O disposto pelo art. 28-A do CPP funcionará como mais um benefício concedido a quem não pretende discutir culpa e, eventualmente, ser condenado. Pode-se celebrar um acordo de não persecução penal, com diversas condições, se os requisitos previstos em lei forem preenchidos.

Conforme previsão normativa nesse sentido, para a celebração do acordo é necessário que alguns requisitos estejam devidamente preenchidos, somente sendo cabível a proposta quando existirem os elementos mínimos para fundamentar em uma denúncia. Caso contrário, não é cabível a proposta de ANPP por conseguinte lógico. Schossler (2021, p. 6), aduz:

Não havendo indícios de materialidade delitiva, bem como inexistindo indícios mínimos de autoria ou participação na prática do delito, não resta outra alternativa ao Ministério Público senão o arquivamento do feito, não se justificando, a proposta do acordo de não persecução.

Para Lopes Junior (2023, p. 94) “é imprescindível, portanto, que o juiz faça essa análise, pois não se pode formalizar um ANPP por uma acusação que sequer seria recebida”.

Além disso, para a formalização do acordo, o investigado deverá confessar formal e circunstancialmente a prática de crime, que deve ter pena mínima inferior a 4 (quatro) anos e ter sido praticado sem violência ou grave ameaça. A exigência da confissão é uma problemática à parte, necessária sendo uma abordagem crítica acerca da razão de tal requisito que foge ao objetivo do presente estudo, destacando-se aqui apenas o olhar atento que a doutrina deve lançar sobre essa questão que a lei exige.

Neste aspecto, cabe determinar o que caracterizaria uma confissão. Segundo Nucci, (2020, p. 760):

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.

A confissão pelo investigado deve ser feita circunstancialmente, ou seja, os fatos devem estar detalhados com coerência e por escrito, na presença do defensor e do Ministério Público.

A presença do defensor do investigado “é imprescindível para o bom andamento do sistema de justiça, sobretudo por não ter afastado o princípio da ampla defesa, viabilizando ao investigado a paridade de forças” (SCHOSSLER, 2021, p. 11). Por esta razão, “a defesa tem um papel de atuação mais relevante do que aquele exercido no próprio processo penal, quando se exige uma obrigatoriedade de atuação da defesa por temer-se pela ineficiência do princípio da ampla defesa” (SCHOSSLER, 2021, p. 11).

A confissão neste instituto consiste em reconhecer a prática do ato criminoso em todo seu contexto, sendo que essa questão tem gerado diversos posicionamentos pela doutrina brasileira.

A finalidade da confissão para formalizar o acordo seria a de fornecer ao Ministério Público “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” (SILVA, 2022, p. 14).

Deve se considerar ainda que o ANPP é cabível para os casos em que o crime previsto tenha uma pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, além de ter sido praticado sem violência ou grave ameaça, caracterizando-se esses requisitos objetivos.

Entretanto, ressalta-se que, ao determinar a pena mínima prevista para o delito, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis à situação concreta, conforme assim prevê o artigo 28-A, §1º, do Código de Processo Penal, “devendo incidir no máximo nas causas de diminuição e no mínimo em relação as causas de aumento, pois o que se busca é a pena mínima cominada” (LOPES JUNIOR, 2023, p. 94).

Acerca do requisito que versa sobre a violência ou grave ameaça, definiu-se já alhures:

Considera-se violência a conduta comissiva ou omissiva, ainda que o agressor não utilize de sua própria energia corporal, mas faça de outros meios, como emprego de arma de fogo, um animal, etc. ou quando, por exemplo, abandona a vítima, submetendo-a a sede ou fome. De outro lado, grave ameaça é o mal prometido que deve ser passível de realização e tenha potencial de amedrontar (LESCOVITZ; TAPOROSKY FILHO, 2021, p. 10).

Dessa forma, em havendo situação de violência ou grave ameaça na infração apurada, o ANPP não será cabível, posto que delitos dessa natureza afastam a medida como possível e ser aplicada.

2.1 CONDIÇÕES IMPOSTAS AO INVESTIGADO PARA HOMOLOGAÇÃO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Necessário também se faz verificar as condições ajustadas que o investigado se compromete a cumprir quando da celebração do acordo, as quais podem ser alternativas e cumulativas.

Dentre as medidas que podem ser determinadas ao investigado, há o dever de reparar o dano ou restituir o objeto a vítima, sendo esse “o principal objetivo da celebração do acordo, sobretudo, para satisfazer qualquer prejuízo causado à vítima e à sociedade” (SCHOSSLER, 2021, p. 9).

No entanto, há casos em que a reparação do dano ou a restituição da coisa à vítima se tornam inviáveis, como, por exemplo, quando o bem se deteriora ou quando o investigado não possui recursos financeiros para reparar o dano, podendo desta forma o Ministério Público fixar outras condições, desde que proporcionais com a infração penal imputada.

O investigado poderá renunciar bens e direitos que sejam instrumentos ou produtos adquiridos com os proventos da infração, tratando-se essa de outra condição possível a ser estabelecida de grande relevo “por agilizar a transferência dos bens a quem tenha legítimo direito a eles, além de otimizar tempo” (SCHOSSLER, 2021, p. 9).

Sobre a referida condição, Nucci (2020, p. 223) preceitua:

A exigência feita neste inciso envolve, basicamente, a voluntariedade (atividade realizada livremente, sem qualquer coação) e renunciar (desistir da propriedade ou posse de algo) a bens e direitos, que consistam, conforme indicados pelo MP, em instrumentos (mecanismos usados para a prática do delito), produto (objeto ou direito resultante diretamente do cometimento do crime) ou proveito (tudo o que resulta de lucro advindo do delito, de maneira indireta) do crime.

Além disso, o investigado poderá prestar serviços à comunidade ou a entidade pública pelo tempo correspondente ao da pena mínima cominada ao delito, realizar pagamento de prestação pecuniária que reverterá a entidade pública ou de interesse social e cumprir por prazo a ser negociado e determinado, ou ainda outra condição determinada pelo Ministério Público, caso seja proporcional e compatível com o crime imputado.

Ao permitir que o Ministério Público estabeleça condição diversa a ser cumprida por prazo a ser negociado e determinado, tem-se se tratar “de uma cláusula aberta à disposição do órgão ministerial, que encontra limites na proporcionalidade e compatibilidade com a infração penal imputada” (ARAÚJO, 2021, p. 10).

Firmadas as condições entre o investigado e o Ministério Público, o magistrado deverá analisar o acordo a fim de averiguar a voluntariedade do investigado e a legalidade do acordo. Caso considere que as condições do acordo são inadequadas, os autos serão devolvidos ao Ministério Público para ser reformulada a proposta do acordo.

Sobre esse proceder processual, Lopes Junior (2023, p. 96) afirma:

Se o juiz considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições, devolverá os autos para o MP para que reformule as propostas com a concordância do imputado. Se não realizada essa adequação ou não forem atendidos os requisitos legais, o juiz poderá recusar a homologação. Essa postura intervencionista do juiz se justifica apenas quando houver ilegalidade nas condições ou for gravemente abusiva para o imputado.

Por outro lado, não havendo restrições que impeçam a homologação do acordo, o juiz remeterá os autos ao Ministério Público para dar início a execução perante o juízo de execução penal.

Uma vez cumprido integralmente o acordo de não persecução penal, o juízo competente deverá declarar a extinção da punibilidade do investigado conforme estabelecido no artigo 28-A, §13º, do Código de Processo Penal, não gerando reincidência ou maus antecedentes, sendo registrado unicamente para impossibilitar a celebração de um novo acordo no prazo de 5 (cinco) anos conforme previsto no artigo 28-A, § 2º, inciso III do Código de Processo Penal (BRASIL, 1940).

Não obstante, em caso de descumprimento do acordo homologado, o Ministério Público comunicará o juiz para fins de rescisão do acordo e posterior oferecimento da denúncia.

No entanto, considerando que o contraditório e a ampla defesa são garantias fundamentais do investigado, faz-se necessário observá-las antes da rescisão do acordo e oferecimento da denúncia, uma vez que, a depender do caso, mesmo diante de inobservância de algumas obrigações firmadas, é possível considerar o adimplemento substancial das obrigações, repercutindo na impossibilidade de rescisão.

Para Lopes Junior (2023, p. 96), “poderá o juiz entender que está justificado o descumprimento ou mesmo que ele não ocorreu, indeferindo o pedido de rescisão e determinando a continuidade do acordo”.

Assim, a razoabilidade e proporcionalidade enquanto princípios devem ser analisados, pois se o investigado, em que pese não integralmente, cumpriu na maior parte as condições impostas, é possível determinar que o acordo firmado atingiu sua finalidade, oportunizando assim a declaração de cumprimento para fins de manutenção do acordo ou extinção da punibilidade.

2.2 IMPEDIMENTOS PARA A CELEBRAÇÃO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Conforme prevê o §2º do artigo 28-A do Código de Processo Penal, a proposta de ANPP não poderá ser oferecida nas seguintes situações: i) se for cabível transação penal; ii) se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que

indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas; iii) ter sido beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; iv) nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino (BRASIL, 1940).

De início, inobstante outras diferenças que definem cada qual, a transação penal se distingue do instituto do ANPP em razão da dispensa da confissão pela prática delituosa e da pena fixada para transação, a qual não pode exceder 2 (dois) anos. Logo, “em se tratando de infração de menor potencial ofensivo não será cabível o acordo não persecutório, e sim, a transação, inexistindo necessidade de confissão para tanto” (BORBA, 2023, p. 9).

Também há impedimento para celebração do ANPP se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional. Nesse sentido:

Como habitualidade delitiva, reiterada e profissional entende-se que será habitual quando a prática de cometimento de delitos faz parte da vida do agente; reiterada, quando o indivíduo pratica a mesma infração penal inúmeras vezes; e profissional, por sua vez, quando o agente pratica o crime de forma organizada e aperfeiçoada, não importando o número de vezes que praticou tal ato, abrindo-se exceção se a prática de tais condutas foram, outrora, consideradas insignificantes (SCHOSSLER, 2021, p. 8).

Explicando a razão de algumas das hipóteses de impedimento do acordo, salienta Pereira (2020, p. 2024):

O legislador escolheu por não oportunizar o negócio jurídico para aqueles que sejam reincidentes, isto é, buscou-se dar uma nova chance somente para aquele que, pela primeira vez, tenha se envolvido com práticas criminosas, depois de 5 (cinco) anos do trânsito em julgado da sentença que o tenha condenado por delito anterior.

Em relação aos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, não pode o acordo ser celebrado mesmo que a pena mínima seja inferior a quatro anos, uma vez que tais casos são expressamente vedados pela legislação. Sobre o tema, Santiago (2020, p. 15) afirma:

Pode-se notar que a lei traz casos específicos que veda a utilização do acordo de não persecução penal, revelando um aspecto importante no âmbito familiar, vez que, ao se referir as proibições traz menção quanto aos crimes de violência doméstica, bem como os crimes voltados à mulher, por sua condição de mulher, frisando a preocupação do legislador em proteger o âmbito familiar, tornando a pena justa nesses casos.

Além disso, vale destacar que o “Acordo de Não Persecução Penal após celebrado e cumprido não produzirá qualquer efeito de reincidência ou maus antecedentes” (BORBA, 2023, p. 9).

Por fim, esse instituto de justiça penal consensual (ou negociada) visa promover uma dita eficácia e efetividade na tramitação dos processos, além da celeridade da justiça.

3 CONSEQUÊNCIAS DO NÃO CUMPRIMENTO DAS MEDIDAS IMPOSTAS

Ao analisar as consequências do não cumprimento das medidas impostas, surge uma questão problemática que envolve o referido instituto: o que acontece com as condições que já foram cumpridas pelo investigado em caso de rescisão do ANPP?

A consequência estabelecida por lei é a rescisão do acordo e, por conseguinte, a apresentação de denúncia pelo Ministério Público. Entretanto, há de se ressaltar a impossibilidade de se permitir a rescisão automática do acordo sem conceder ao investigado a oportunidade de se manifestar previamente em contraditório.

Nesse sentido:

É importante que se entenda que não pode haver revogação pura e simples e de forma unilateral por parte do Ministério Público e do Juiz. Deve ser aberto contraditório e a defesa deverá ser ouvida, sendo admissível a produção de prova a depender da situação (embora de maneira mais restrita). Não pode haver rescisão sem manifestação da defesa sob pena de se ter um acordo com cláusula puramente potestativa, o que não se admite em nosso sistema (DEZEM; OLIVEIRA, 2023).

É imperioso observar devidamente o contraditório e a ampla defesa nos casos de descumprimento do acordo antes de sua imediata rescisão, pois mesmo diante da inobservância das obrigações firmadas, há situações em que se tem como possível o prosseguimento do cumprimento do acordo ou ainda o entendimento pela satisfação das obrigações ao considerar a teoria do adimplemento substancial.

Sobre esse ponto, na visão de Lopes Júnior (2023, p. 96):

Considerando a sistemática de homologação do acordo, pensamos que deve ser mantida a coerência com o sistema adotado, que estabelece uma postura intervencionista do juiz, também no momento da rescisão. Assim, eventualmente, poderá o juiz entender que está justificado o descumprimento ou mesmo que ele não ocorreu, indeferindo o pedido de rescisão e determinando a continuidade do acordo. Considerando ainda que estamos diante de um negócio jurídico processual, é aplicável, por exemplo, as teorias civilistas da boa-fé e também a do adimplemento substancial, para fins de manutenção do acordo ou extinção da punibilidade por cumprimento das condições.

Nessa mesma linha pontua Oliveira (2023) ao destacar que:

Por serem garantias fundamentais do investigado/acusado, é imperioso aplicar o contraditório e a ampla defesa nos casos de incumprimento do acordo, antes de sua imediata rescisão, uma vez formulado pedido por parte do MP nesse sentido (§ 10 do artigo 28-A do CPP), sob pena de desconsiderar o objetivo maior do instituto, que é o consenso como ferramenta de despenalização e de eficiência do sistema, diminuindo o excesso de formalidade e proporcionando a resolução do caso concreto.

Neste sentido, a teoria do adimplemento substancial refere-se à ideia de que se o investigado cumprir de forma significativa e satisfatória a maioria das obrigações, o acordo ainda pode ser considerado válido e eficaz.

A teoria do adimplemento substancial pode ser considerada em situações de descumprimento insignificantes em relação a todas as obrigações formalizadas no acordo, considerando a proporcionalidade do descumprimento em relação às consequências. Nesse sentido, é importante analisar se o investigado cumpriu as condições de maneira eficaz e se houve esforço considerável para atender os requisitos acordados.

O juiz responsável pela homologação do acordo deve avaliar se o descumprimento parcial das condições foi justificado e se, de fato, o investigado agiu de boa-fé e cumpriu suas obrigações da melhor forma possível.

Assim, o investigado poderá apresentar uma justificativa plausível que demonstre o motivo pelo qual parte da condição não foi cumprida, sendo primordial considerar a aproximação substancial do resultado esperado.

Quando assim ocorrer, há de se considerar e verificar as seguintes situações:

(1) pode haver justificativa que demonstre porque a condição não tenha sido cumprida; (2) o desatendimento da condição pode representar algo bem menor que o todo fixado no ajuste; (3) o Ministério Público deve requerer a rescisão, não basta “comunicar”, afinal quem está sujeito aos atos de

comunicação processual são as partes e não o juiz (TÁVORA; ALENCAR; OLIVEIRA, 2023).

Assim, tem-se que os princípios da boa-fé e do adimplemento substancial, amplamente reconhecidos na teoria dos negócios jurídicos, devem ser assegurados a fim de garantir o seu cumprimento.

Sobre o tema, Lopes Júnior (2023, p. 96) assim aduz:

Já que estamos na dimensão negocial (acordo é um negócio jurídico processual), devem ser observados os princípios da boa-fé e do adimplemento substancial, amplamente consagrados na teoria dos negócios jurídicos. Assim, se rescindido o acordo por qualquer motivo, o processo retoma seu curso. Em caso de absolvição deve-se restituir tudo o que foi eventualmente pago a título de reparação dos danos ou prestação pecuniária. Mas e se condenado? Igualmente devemos abater (lógica da detração) a prestação pecuniária já paga, a indenização e o tempo de prestação de serviços à comunidade.

Trata-se assim de uma medida que “é essencial para que o juízo verifique as particularidades do caso concreto, que pode ocasionar, mesmo em situações de inobservância das obrigações firmadas, a continuidade do Acordo de Não Persecução Penal, e não a sua rescisão” (OLIVEIRA, 2023).

Pontuando algumas questões que devem ser observadas quando da aplicação da teoria em comento, há de se ter em mente que:

A boa-fé objetiva é princípio basilar do adimplemento substancial do contrato, quando se utiliza este princípio na interpretação dos negócios jurídicos e entende-se que a manutenção do acordo se mostra logicamente mais proveitosa para as partes do que a sua extinção, tendo em vista o tempo e os recursos que as partes gastaram para cumprirem continuamente o pacto acordado (CALIXTO, 2016, p. 35).

Deste modo, é possível que o juiz analise se o que já foi adimplido atende a finalidade do instituto e entenda justificada o descumprimento das medidas impostas, determinando a continuidade do acordo.

Nessa linha, Lopes Júnior (2023, p. 96) leciona que:

Sendo informado pelo MP o descumprimento do acordo, deverá o juiz designar audiência oral e pública para exercício do contraditório, momento em que deverá ouvir o imputado sobre a veracidade e eventuais motivos que justifiquem o descumprimento na presença do seu defensor. Também deverá ser analisada a proporcionalidade do descumprimento em relação às

consequências. A revogação, portanto, além do contraditório, deverá ser objeto de decisão fundamentada do juiz, não sendo obrigatória, unilateral ou automática.

Deste modo, não seria justificável rescindir o acordo integralmente, desconsiderando tudo o que foi cumprido anteriormente pelo investigado. Assim, “se o cumprimento das condições estabelecidas já serviu como punição, mas também como medida de prevenção, tanto em relação à sociedade como ao próprio infrator resta satisfeita a finalidade do Acordo de não Persecução Penal” (OLIVEIRA, 2023).

Ao firmar o ANPP, o investigado possui ciência dos termos estipulados e das consequências em caso do não cumprimento das medidas impostas. Além disso, cumpre ao investigado comprovar o cumprimento dessas condições, devendo apresentar, de maneira imediata e documentada, eventual justificativa referente ao não cumprimento de qualquer condição imposta.

Por outro lado, se o investigado injustificadamente descumprir integralmente as condições pactuadas, o Ministério Público comunicará o juiz da execução para fins de rescisão do ANPP e posterior oferecimento de denúncia.

O oferecimento da denúncia é uma consequência resultante do descumprimento das medidas impostas em relação ao acordo estabelecido. Isso resulta na retomada do caso exatamente do ponto em que se encontrava antes da celebração do acordo.

Sobre essa consequência, pode-se dizer que:

Se a parte faltante for a principal, de fato, não há sentido em se aplicar a teoria do adimplemento substancial, mas se pode também reconhecer que, se os aspectos principais foram corroborados, eventual ineficiência que não atinja o núcleo, somada à boa-fé do negócio, deve implicar cumprimento (LOPES JUNIOR; ROSA, 2017).

Nesse sentido, a análise da substancialidade do cumprimento das obrigações é imprescindível, pois o objetivo do acordo é alcançar uma solução célere e eficiente para o conflito, sem a necessidade de uma ação penal.

Cada caso deve então ser analisado de forma individual, considerando as circunstâncias específicas e a proporcionalidade das obrigações descumpridas em relação ao total do acordo celebrado, “a fim de que não haja a concessão de um

benefício a alguém que agiu com torpeza e desídia no adimplemento do acordo firmado” (OLIVEIRA, 2023).

Assim, se o investigado realizou a maioria das obrigações de forma satisfatória é possível concluir que o acordo firmado seja considerado válido e eficaz, permitindo a continuidade ou a extinção da punibilidade do investigado sob a luz da teoria do adimplemento substancial que visa reconhecer a colaboração do investigado com a justiça.

Em suma, a teoria do adimplemento substancial é uma forma de reconhecer que, mesmo que o investigado não cumpra todas as obrigações firmadas no acordo, o seu comportamento pode ser considerado satisfatório para justificar o encerramento do processo penal, aplicando-se ao ANPP. Isso porque a finalidade do acordo é evitar uma ação penal em troca do cumprimento de determinadas condições.

4 POSSIBILIDADE DE UTILIZAR A CONFISSÃO COMO ELEMENTO PROBATÓRIO NO PROCESSO

Para a formalização do ANPP é imperioso atender a determinadas condições, dentre elas a confissão formal e circunstanciada do investigado, condição essa que repercute em algumas controvérsias, especialmente no que diz respeito aos limites de sua utilização pelo Ministério Público.

A admissibilidade da confissão tem sido objeto de debates pela doutrina brasileira no tocante ao seu uso para fundamentar eventual sentença decorrente do processo instaurado pelo não cumprimento das medidas impostas.

Sobre a exigência de confissão para realização do acordo Lopes Júnior (2023, p. 94) discorre no seguinte sentido:

Nos parece evidente que não poderá ser utilizada contra o réu, devendo ser desentranhada e proibida de ser valorada. Contudo, não se desconhece ou desconsidera o imenso problema que isso gera na formação do convencimento do julgador, na medida em que uma vez conhecida a confissão, será muito difícil que o juiz efetivamente a desconsidere (não existe “delete” mental) e venha a absolver o imputado, mesmo que o contexto probatório seja fraco.

Por sua vez, Nucci (2020, p. 222) afirma que a 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.

Acerca desta temática, no Habeas Corpus n. 185.913 do Supremo Tribunal Federal, assim já considerou o Ministro Gilmar Mendes a respeito da confissão no ANPP:

É inválida a exigência de prévia confissão durante a Etapa de Investigação Criminal, porque dado o caráter negocial do Acordo de Não Persecução Penal, a confissão é circunstancial, relacionada à manifestação da autonomia privada para fins negociais, em que os cenários, os custos e benefícios são analisados, vedado, no caso de revogação do acordo, o reaproveitamento da confissão circunstancial como prova desfavorável durante a Etapa do Procedimento Judicial (BRASIL, 2023).

Embora a confissão seja defendida por setor da doutrina a partir de curiosos fundamentos, além de ser um dos principais requisitos para a formalização do negócio jurídico, é essencial que ela não seja utilizada como uma ferramenta pelo órgão acusador contra o investigado em caso de descumprimento das medidas impostas.

Isso porque a confissão para fins de acordo é colhida durante a fase pré-processual, ou seja, não houve acusação formal, tampouco instrução criminal que assegure o devido processo legal, contraditório e ampla defesa do investigado, muitas vezes confessando o investigado com o mero intuito de cumprir aquele requisito legal para que o ANPP seja possível.

Sobre as garantias constitucionais no âmbito da confissão exigida, Nucci (2020, p. 533) aduz que:

A confissão extrajudicial, não contando com as garantias constitucionais inerentes ao processo, especialmente o contraditório e a ampla defesa, é apenas um meio de prova indireto, isto é, um indício. Deve ser reputada totalmente inconsistente para condenar uma pessoa, caso venha isolada no bojo dos autos. Necessita ser firmemente confrontada com outras provas e nitidamente confirmada pelas provas produzidas em juízo, não bastando mera fumaça de veracidade.

O artigo 155 do Código de Processo Penal determina que o magistrado não pode estabelecer sua decisão especificamente nos elementos colhidos durante a fase

de investigação, uma vez que prova é elemento de convencimento produzido sob o contraditório e ampla defesa (BRASIL, 1940).

Sobre o mencionado artigo, Badaró (2012, p. 97) ensina que:

O advérbio exclusivamente do art. 155 do CPP deve ser entendido em seu sentido substancial, e não formal. Tanto os elementos de informação do inquérito quanto as provas em contraditório devem ser convergentes, apontando para um convencimento judicial no mesmo sentido. Não será possível ao julgador, no caso em que haja provas produzidas em contraditório em um sentido, e elementos colhidos no inquérito no outro sentido, ficar com essa versão e, com base nela, condenar o acusado. Nesse caso, substancialmente, o acusado terá sido condenado exclusivamente com base nos elementos de formação colhidos no inquérito, sem a observância do contraditório.

A confissão realizada no ANPP não se trata de um ato voluntário, ou seja, é uma formalidade prevista na legislação processual que acaba sendo acatada pelo investigado interessado no acordo, posto que caso não seja realizada, tem-se o impedimento da formalização do negócio jurídico.

Assim, deve ser considerado enfaticamente que o instituto em análise tem por finalidade o promover da celeridade e uma dita eficiência na resolução de casos criminais, não se podendo permitir, em hipótese alguma, a utilização da confissão do investigado como prova para fundamentar eventual processo penal, uma vez que “a propositura do Acordo de Não Persecução Penal visa impedir o deságue de processos penais e a inibição de práticas coercitivas, não sendo razoável ser usado para fins de manipulação da acusação” (XAVIER, 2023).

Por mais que se tenha que “a confissão por si só não possui valor probatório para a condenação, sendo necessário que seja analisada conjuntamente com outras provas dos autos” (MARQUES, 2023, p. 24), certo é que conta com um peso probatório no processo penal, razão pela qual, ao considerar o contexto em que a confissão é realizada no ANPP, jamais pode ser utilizada como elemento de prova no curso do processo na hipótese de descumprimento do acordo com oferecimento da denúncia como consequência.

A respeito do tema:

Caso o investigado tenha confessado para fins do acordo, ainda que formal e circunstancialmente (ratificando-a na audiência), mas, posteriormente, quando interrogado na audiência de instrução e julgamento, não confirmou a

confissão, o Juiz não poderá utilizar aquela confissão anterior como supedâneo para uma sentença condenatória; afinal, a confissão não foi realizada no bojo de uma ação penal. Aliás, como se sabe, nem mesmo a confissão feita durante o interrogatório é prova insofismável e irrefutável da autoria do crime (MOREIRA, 2020, p. 161).

Por assim ser, certo é que “a confissão deve ser entendida como mero pressuposto do Acordo de Não Persecução Penal, não sendo legítima a sua utilização em caso de descumprimento do acordo” (SILVA, 2021, p. 53).

Nesse mesmo alinhamento, diz-se que:

A confissão dentro do acordo de não persecução penal, por ser extrajudicial e encontrar-se na fase pré-processual, não dispensa de forma alguma o direito da pessoa acusada em contraditar futura pretensão acusatória, tampouco autoriza a ser considerada como prova em caso de persecução penal, mormente a subsidiar eventual condenação na eventualidade de descumprimento do acordo ou de não homologação judicial (LOVATTO; LOVATTO, 2020, p. 14).

As provas obtidas durante o processo penal devem ser submetidas ao contraditório e à ampla defesa. Justamente por assim ser é que “a confissão obtida para fins de acordo de não persecução penal não tem valor probatório, haja vista que obtida sem o devido processo legal” (REIS JUNIOR; BIANCHI, 2022, p. 7).

Por certo, o descumprimento das medidas impostas acarreta consequências para o investigado, mas a confissão obtida durante a celebração do acordo não poderá ser usada como fundamento em eventual ação penal, pois “representa mera formalidade para fins de concretização do acordo não sendo valorada como prova, situação que impossibilita seu uso posterior no oferecimento da denúncia” (ROSA, 2022, p. 37).

É em razão disso que se pode afirmar que:

Não se pode, em nenhuma hipótese, afirmar que o ANPP, ao estabelecer uma obrigatoriedade de confissão circunstanciada, tenha por finalidade a busca dessa confissão como prova ao processo. A confissão realizada como requisito ao ANPP não pode ser utilizada para fundamentar eventual condenação se houver o descumprimento do acordo. Como exposto, a finalidade do acordo não é probatória, não se busca a confissão do imputado, mas ela é um requisito ao consenso exatamente para viabilizar o controle judicial sobre o mecanismo negocial (VASCONCELOS; REIS, 2021, p. 13).

É fundamental que o ANPP seja utilizado de maneira responsável conforme com os princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório,

assegurando que os direitos fundamentais do investigado sejam protegidos em todas as etapas do procedimento, de modo que “com a rescisão do ANPP, a confissão precisa ser eliminada dos autos, não sendo viável a sua utilização no oferecimento de denúncia e para o convencimento do juiz” (ROSA, 2022, p. 37).

Importante salientar que a Resolução n. 289 do Conselho Nacional do Ministério Público recentemente (em 2024) promoveu alterações na Resolução nº 181, objetivando adequar alguns pontos acerca do ANPP, passando a prever expressamente a admissibilidade da confissão formal e circunstanciada do investigado como elemento probatório para embasar eventual denúncia (BRASIL, 2024).

Em que pese essa alteração defina parâmetros sobre a utilização da confissão formal e circunstanciada do investigado como meio de prova, é importante ressaltar que a sua utilização em caso de descumprimento do acordo não é legítima uma vez que a confissão obtida sem o devido processo legal implica o sistema acusatório e viola os direitos fundamentais do investigado. Assim, ao menos nesse ponto, a referida resolução padece de inconstitucionalidade.

Assim, o impedimento de utilizar a confissão como prova no caso de descumprimento das medidas impostas visa proteger os direitos e garantias fundamentais do investigado, assegurando que seja cumprido segundo os termos estabelecidos sem prejuízos decorrentes da confissão feita durante as negociações.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando o exposto, no presente trabalho foi possível demonstrar inicialmente que o instituto do ANPP está inserido no paradigma da justiça criminal negociada – ou ainda justiça criminal consensual -, o que, em determinado sentido, possibilita a celeridade e a eficiência na resolução antecipada de processos criminais.

Inicialmente se buscou analisar os requisitos necessários para a propositura do acordo celebrado entre o investigado e o Ministério público, visando evitar o início da persecução penal, desde que atendidos os requisitos e as condições impostas.

O ANPP constitui assim um instrumento proposto pelo órgão acusatório na fase pré-processual em que, ao analisar os requisitos necessários para a propositura e celebração desse acordo, deve se garantir que todas as condições sejam atendidas

integralmente, assegurando que o instrumento seja válido e que resulte na extinção da punibilidade do investigado.

Em caso de descumprimento de quaisquer das condições estipuladas no acordo homologado, o representante do Ministério Público deverá comunicar ao juiz para fins de análise quanto a rescisão e posterior oferecimento de denúncia.

Ao versar esta questão, foi apresentada a interpretação da teoria do adimplemento substancial na hipótese de quando o investigado chegou a cumprir de forma significativa e satisfatória a maioria das obrigações, pelo que o acordo poderá ser considerado válido e eficaz.

Apresentou-se o entendimento de que a teoria do adimplemento substancial pode ser utilizada em situações de descumprimento insignificante em relação a todas as obrigações formalizadas no acordo, considerando a proporcionalidade do descumprimento em relação às consequências, chegando-se ao fato de que, se o comportamento do investigado que agiu de boa-fé repercutiu no cumprimento das obrigações substancialmente, permite-se a continuidade dos termos do acordo ou a extinção da punibilidade sob a luz da teoria do adimplemento substancial.

A flexibilidade conferida pela teoria do adimplemento substancial no instituto do ANPP permite uma análise adequada e equilibrada das situações em que o investigado demonstra comprometimento em cumprir as condições acordadas, uma vez que a valorização da colaboração do investigado contribui para a adequada aplicação desse instituto de justiça criminal negociada.

Posteriormente, foi analisada a possibilidade de utilização da confissão obtida no contexto do ANPP como prova para ser utilizada no processo nos casos em que o acordo seja rescindido devido ao descumprimento das medidas impostas.

A confissão no âmbito do ANPP deve ser entendida dentro de seu contexto, ou seja, como um pressuposto que se exige para o acordo. Portanto, não é legítima a sua utilização como elemento probatório em caso de descumprimento do acordo, uma vez que, obtida sem o devido processo legal, implica em efetiva lesão ao próprio sistema acusatório.

Assim, a proibição de utilização no processo da confissão como elemento probante no caso de descumprimento das medidas impostas no ANPP visa zelar e cumprir as garantias fundamentais do investigado, evitando-se quaisquer prejuízos

decorrentes dessa formalidade que é realizada em decorrência de uma exigência legal para a celebração do acordo.

REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Brena Diniz. O acordo de não persecução penal. **Revista Acadêmica Escola Superior Do Ministério Público Do Ceará**, v. 13, n. 2, p. 133-152, 2021.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**. Edição Elsevier, 2012.
- BORBA, Bianca de Lima; MORGADES, Rachel Ferreira Klem de Mattos. Acordo de não persecução penal: os benefícios da justiça consensual na esfera criminal brasileira. **Revista Científica Multidisciplinar UNIFLU**, v. 8, n. 2, p. 6-21, 2023.
- BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 657.165**, Tribunal De Justiça Do Estado Do Rio De Janeiro, 09 de agosto de 2022.
- BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.185.913**. Relator: Ministro Gilmar Mendes, 15 set. 2023
- CALIXTO, Gerlania Araujo de Medeiros. **Suspensão condicional do processo e a teoria do adimplemento substancial-reflexos na teoria geral do processo brasileiro**. 2016. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Federal de Campina Grande, Sousa, PB, 2016.
- LESCOVITZ, Guilherme; TAPOROSKY FILHO, Paulo Silas. A (in)constitucionalidade dos requisitos do acordo de não persecução penal. **Academia de Direito**, v. 3, p. 143–167, 2021.
- LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2023.
- LOPES JUNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Moraes da. Delação não pode ser rescindida unilateralmente por capricho do Estado. **Revista Consultor Jurídico**, 06 out. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-out-06/limite-penal-delacao-nao-anulada-unilateralmente-capricho-estado>. Acesso em: 16 abr. 2024.
- LOVATTO, Aline Correa; LOVATTO, Daniel Correa. Confissão como (des)acordo de não persecução penal. **Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre**, n. 26, p. 65–84, 2020.
- MARQUES, Livia Saldanha de Oliveira. **A confissão no acordo de não persecução penal (“ANPP”) à luz do princípio da não autoincriminação—Nemo Tenetur Se Detegere**. 2023. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2023.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- OLIVEIRA, Felipe Gustavo. Possibilidade de aplicação da teoria do adimplemento substancial nos ANPPS. **Revista Consultor Jurídico**, 21 dez. 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-dez-21/possibilidade-de-aplicacao-da-teoria-do-adimplemento-substancial-nos-anpps>. Acesso em: 16 abr. 2024.

PEREIRA, Thiago Thomas Menger. **O acordo de não persecução penal**: direito subjetivo e a (in) constitucionalidade do requisito da “confissão”. 2020. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade de Santa Cruz do Sul, Capão da Canoa, RS, 2020.

REIS JUNIOR, Almir Santos; BIANCHI, Lucas Takayama. A (In)Constitucionalidade do Requisito da Confissão para a Concessão do Acordo de não Persecução Penal. **Revista de Ciências Jurídicas e Empresariais**, v. 23, n. 1, p. 12–20, 2022.

ROSA, Alexandre Moraes da; ANZOLIN, Andrezza. Excesso de formalismo afeta suspensão condicional do processo. **Revista Consultor Jurídico**, 26 mar. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-mar-26/suspensao-condicional-processo-nao-afetada-excesso-formalismo>. Acesso em: 16 abr. 2024.

ROSA, Leonardo de Oliveira da. **Acordo de não persecução penal**: o valor probatório e a utilização da confissão do investigado como meio de prova. 2022. 56 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) — Universidade de Brasília, Brasília, 2022.

SANTIAGO, Mirelly de Castro Sousa. **A inclusão do acordo de não persecução penal pela lei 13.964/2019**. 2021. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) — Anhanguera, São Paulo, SP, 2021.

SCHOSSLER, Giovana Beatriz. O Acordo de não Persecução Penal e sua Aplicabilidade no Âmbito do Poder Judiciário a Partir da Vigência da Lei 13.964/19. **Revista ANNEP de Direito Processual**. v. 2, 2021.

SILVA, Franklyn Roger Alves. A postura da defesa nos acordos de não persecução penal. **Revista Consultor Jurídico**, 12 jan. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jan-12/tribuna-defensoria-postura-defesa-acordos-nao-persecucao-penal>. Acesso em: 16 abr. 2024.

SILVA, Marco Antonio Marques da; PENTEADO, Fernando Martinho de Barros. A confissão como requisito para o acordo de não persecução penal. **Revista de Direito Brasileira**. v. 32, n. 12, p. 311-329, 2022.

SILVA, Vinicius Belus de Araújo. **A confissão no acordo de não persecução penal: da legitimidade da sua utilização em caso de descumprimento e não homologação do acordo e suas implicações ao acusado**. 2021. 64 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2022.

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. 289-306, 2021.

XAVIER, Renan. STJ decide que ANPP não pode ser condicionado à confissão extrajudicial. **Revista Consultor Jurídico**, 31 mar. 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-mar-31/stj-anpp-nao-condicionado-confissao-extrajudicial>. Acesso em: 19 abr. 2024.