

IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

**DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E
CONSTITUIÇÃO II**

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

MAIQUEL ÂNGELO DEZORDI WERMUTH

ALCEU DE OLIVEIRA PINTO JUNIOR

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

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

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

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

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

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

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

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

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

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

Comunicação:

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

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

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

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

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

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gagher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

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

D597

Direito penal, processo penal e constituição II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Alceu de Oliveira Pinto Junior; Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro; Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth
– Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-413-6

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

Tema: Constitucionalismo, desenvolvimento, sustentabilidade e smart cities.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito penal. 3. Processo penal. IV Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

Apresentação

APRESENTAÇÃO

A pandemia do novo coronavírus segue exigindo de todos nós, neste ano de 2021, adaptação. O CONPEDI segue envidando esforços, nesse sentido, para reunir, em ambiente eletrônico, pesquisadores da pós-graduação jurídica de todo o Brasil em suas muitas salas virtuais, nas quais temas de altíssima relevância são amplamente debatidos.

Nesse sentido, temos a honra de apresentar, aqui, aquelas pesquisas que foram apresentadas no âmbito do Grupo de Trabalho “Direito Penal, Processo Penal e Constituição II”, na tarde do dia 13 de novembro de 2021.

No artigo intitulado “LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: A LEI 14.133 /2021 E O CRIME DE CONTRATAÇÃO DIRETA ILEGAL PREVISTO NO ART. 337-E DO CÓDIGO PENAL”, Davi Pereira Remedio e José Antonio Remedio analisam o artigo 337-E do Código Penal, avaliando a amplitude de sua tipificação e da severidade das sanções cominadas ao delito, o que deverá contribuir para o combate à corrupção e para melhor responsabilização dos infratores participantes direta ou indiretamente das licitações e contratos administrativos.

O texto “ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E O CRIME DE MANIPULAÇÃO DO MERCADO DE CAPITAIS”, de Marcelo Costenaro Cavali, Alessandra Gomes Faria Baldini e Vanessa Piffer Donatelli da Silva aborda os fundamentos econômicos que justificam a criminalização da manipulação do mercado de capitais.

Bibiana Terra e Bianca Tito, no texto intitulado “DIREITO PENAL DE EMERGÊNCIA E A INOBSERVÂNCIA POR PARTE DO ESTADO AO PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA: O SIMBOLISMO PENAL E SUAS IMPLICAÇÕES NAS POLÍTICAS CRIMINAIS CONTEMPORÂNEAS DO BRASIL”, avaliam o direito penal em seu caráter emergencial, diante da inobservância por parte do Estado ao princípio da intervenção mínima preconizado no texto constitucional de 1988.

Por sua vez, no artigo “DELITOS DE PERIGO ABSTRATO DE BENS JURÍDICOS COLETIVOS: UMA ANÁLISE CRÍTICA A PARTIR DA TEORIA PERSONALISTA DE

WINFRIED HASSEMER”, Airto Chaves Junior e Thiago Santos Aguiar de Pádua empreendem uma análise crítica dos delitos de perigo abstrato de bens jurídicos coletivos a partir dos critérios propostos por Winfried Hassemer.

O texto “COMUNICAÇÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE COMO MEIO DE CONTROLE POPULAR DO SERVIÇO DE SEGURANÇA PÚBLICA”, de autoria de Bibiana Paschoalino Barbosa e Luiz Fernando Kazmierczak, analisa o caráter de direito fundamental da segurança pública, especificamos os meios de controle dos atos administrativos com enfoque no controle social, trazendo como conclusão que a comunicação da prisão em flagrante é meio efetivo de controle popular consubstanciando a efetivação da publicidade dos atos administrativos.

Ana Flavia De Melo Leite e Gabriel Silva Borges, no texto “A ASSISTÊNCIA DE ADVOGADO AO INDICIADO EM SEDE DE INTERROGATÓRIO POLICIAL E A NOVA LEI DE ABUSO DE AUTORIDADE”, discutem a atuação do advogado juntamente ao indiciado preso em flagrante quando de sua oitiva perante a Autoridade Policial no período noturno, diante da edição da Lei 13.869/2019 que criminaliza condutas que tangenciam o procedimento como crimes de abuso de autoridade.

Em “A IMPORTÂNCIA DA APLICAÇÃO DA TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA NA RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DA PESSOA JURÍDICA NOS CRIMES ECONÔMICOS: UMA ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E ESPANHOLA”, Edith Maria Barbosa Ramos, Roberto Carvalho Veloso e Rayane Duarte Vieira abordam a aplicação da Teoria da Imputação Objetiva no âmbito do Direito Penal Econômico, trazendo apontamentos sobre a importância da Responsabilização Criminal da Pessoa Jurídica para fins de combate à criminalidade contemporânea.

No artigo “GLOBALIZAÇÃO E CRIMINALIDADE TRANSNACIONAL: A VIABILIDADE DA COOPERAÇÃO INTERNACIONAL E MEDIDAS ALTERNATIVAS EXTRAPENAIIS”, Anna Kleine Neves e Fernanda Borba de Mattos d’Ávila avaliam a viabilidade da cooperação internacional e medidas alternativas extrapenais, empreendendo reflexões sobre a influência e consequências causadas pela Globalização e pela transnacionalidade no Direito Penal, sobre a importância da cooperação jurídica internacional e de medidas alternativas extrapenais na resolução dos possíveis conflitos.

Em seu “ESTUDO COMPARADO DA PRISÃO PREVENTIVA NO BRASIL E DA PRISÃO INVESTIGATÓRIA NA ALEMANHA: O ENCARCERAMENTO DE PESSOAS E NOVAS ALTERNATIVAS EM POLÍTICAS CRIMINAIS”, Jessica de Jesus Mota e

Lucia Carolina Raenke Ertel propõem-se a demonstrar como é utilizada a prisão preventiva no Brasil e a prisão investigatória na Alemanha, estudando os principais aspectos das prisões cautelares nos dois países.

O artigo “A POSSIBILIDADE DE SUSPENSÃO DAS MÚLTIPLAS MEDIDAS SANCIONATÓRIAS INSTAURADAS SOB O MESMO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO COMO CAMINHO PARA MINORAR OS RISCOS DO BIS IN IDEM”, de autoria de Jean Colbert Dias, Anderson Ferreira e Marcelo de Souza Sampaio, investiga o campo de incidência do Direito Penal e do Direito Administrativo Sancionador, evidenciando-se uma nova vertente do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto.

No trabalho intitulado “INQUÉRITO DAS FAKE NEWS: ENTRE O INSTRUMENTALISMO E O GARANTISMO PENAL”, os autores João Paulo Avelino Alves De Sousa e Rejane Feitosa de Norões Milfont analisam o inquérito das fake News à luz da teoria do garantismo penal de Luigi Ferrajoli, na vigência da Constituição Federal de 1988.

“CATEGORIAS PROCESSUAIS E DISCUSSÕES ACERCA DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO ORIGINÁRIO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: AÇÃO PENAL E A DECISÃO PENAL”, de Francisco Geraldo Matos Santos e Renato Ribeiro Martins Cal, é um trabalho que apresenta considerações críticas a respeito de algumas categorias no processo penal cuja competência originária é do STF, tendo em vista a necessidade de compreender se há ou não efetivação do que o texto constitucional pós 1988 realmente se propôs a proteger no que tange ao acusado.

Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro, Silvia Altaf da Rocha Lima Cedrola e Daniel Alberico Resende, no texto “A NOVA FACETA DO DIREITO À INTIMIDADE NO MEIO AMBIENTE DIGITAL: A TIPIFICAÇÃO DO REVENGE PORN”, avaliam como as transformações e inovações tecnológicas desencadearam uma necessidade de alteração do ordenamento jurídico pátrio, mais especificamente no Direito Penal, sendo que essa necessidade, ligada ao meio ambiente digital, colide, por vezes, com o direito à intimidade, o que justifica o estudo do chamado revenge-porn, mormente a partir da análise das Leis Federais nº 12.737/2012 e nº 12.965/2014.

No artigo “CIBERCRIME E A NECESSÁRIA REFORMA DA LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA”, Clarisse Aparecida Da Cunha Viana Cruz, Daniel Brasil de Souza e Pedro José de Campos Garcia avaliam se a legislação penal brasileira é suficiente para proteger os cidadãos contra os cibercrimes.

O trabalho “MEDIDAS JURÍDICAS PROVISÓRIAS E JUSTIÇA DRAMÁTICA: A CRISE NA COMUNICAÇÃO ENTRE A ATIVIDADE JURÍDICO-PERSECUTÓRIA DO ESTADO E A OPINIÃO PÚBLICA NO CONTEXTO DA SOCIEDADE EM REDE”, de Bruna Barbosa de Góes Nascimento e Henrique Ribeiro Cardoso analisam como a atividade jurídico-persecutória do Estado nos casos que atraem a atenção pública está sendo impactada tanto pelos meios de comunicação em massa quanto pelas redes sociais que expressam em larga medida a opinião pública no contexto da atual sociedade em rede.

Em “A INEFICÁCIA DA POLÍTICA CRIMINAL NO COMBATE AO TRÁFICO DE DROGRAS ENQUANTO OBJETO DE LUCRO DAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS”, Cristian Kiefer Da Silva analisa a ineficácia da política criminal no combate ao tráfico de drogas enquanto objeto de lucro das organizações criminosas.

O artigo “MEIO AMBIENTE DIGITAL E A AUTORIA DELITIVA NOS CRIMES CIBERNÉTICOS”, de Júlio César Batista Pereira e Reinaldo Caixeta Machado, aborda como os avanços da informática e da tecnologia têm sido palco diário de ameaças à sociedade de risco, capazes de afetar diversos segmentos que repercutem na seara jurídica e em um ambiente que foge da naturalidade, tradicionalmente tutelado pelo Direito.

No texto “A (IN)COMPATIBILIDADE DO CRIME DE DESACATO COM O DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA ÓTICA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA”, Abner da Silva Jaques, Endra Raielle Cordeiro Gonzales e João Fernando Pieri de Oliveira analisam o debate sobre a descriminalização do delito de desacato no Brasil, partindo das decisões proferidas no âmbito do STJ.

Em “CRIMES PRATICADOS CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA NA JURISPRUDÊNCIA DO STJ”, Airto Chaves Junior e Thiago Santos Aguiar de Pádua avaliam se os argumentos utilizados pelo Superior Tribunal de Justiça na análise da tipicidade material do fato nos delitos praticados contra a Administração Pública violam o Princípio da Intervenção Mínima.

Thulio Guilherme Silva Nogueira, no texto “O DIREITO À PRESENÇA FÍSICA DO IMPUTADO NOS ACORDOS PENAIIS CELEBRADOS EM AMBIENTE VIRTUAL”, questiona a viabilidade constitucional da negociação de acordos penais no ambiente virtual, concluindo que a negociação no âmbito virtual não pode ser impositiva, e deve ser tratada como faculdade da defesa.

Em “A DUPLA INCIDÊNCIA DE SANÇÃO PENAL E ADMINISTRATIVA EM MATÉRIA URBANÍSTICA E O PRINCÍPIO DO NE BIS IN IDEM”, Bruna Azevedo de Castro e Sibila Stahlke Prado se debruçam sobre o tema da regulação jurídica da utilização e aproveitamento do solo e como o Direito intervém sancionando administrativa e criminalmente condutas que implicam lesão ou perigo de lesão ao ordenamento urbano.

O artigo “CONTROVÉRSIAS SOBRE O CONCEITO DE CONTUMÁCIA NO CRIME DE SONEGAÇÃO FISCAL”, de Marcelo Batista Ludolf Gomes, aborda a dificuldade quanto à definição deste novel conceito trazido pelo Supremo Tribunal Federal ao crime de sonegação fiscal.

Por fim, o artigo intitulado “A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PENAL E A LIMITAÇÃO TEMPORAL DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA”, de Daniela Carvalho Almeida Da Costa e Gabriela Silva Paixão, abordam a temática da duração máxima da medida de segurança na jurisprudência dos tribunais superiores.

O(a) leitor(a), por certo, perceberá que os textos, além de ecléticos, são críticos quanto à realidade do sistema penal, o que reflete o compromisso dos(as) autores(as) na busca pelo aperfeiçoamento do direito material e processual penal em prol da melhor e maior adequação ao texto constitucional e às demandas da contemporaneidade, dentro de um modelo integrado de Ciências Criminais.

Tenham todos(as) ótima leitura, é o que desejam os organizadores!

Prof. Dr. Alceu de Oliveira Pinto Júnior – UNIVALI

Prof. Dr. Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro – ESDHC

Prof. Dr. Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth – UNIJUÍ

A MITIGAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS FACE À CONFISSÃO COMO REQUISITO CONDICIONAL AO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

FUNDAMENTAL RIGHTS MITIGATION FACING CONFESSION AS A CONDITIONAL REQUIREMENT TO THE NON CRIMINAL PERSECUTION AGREEMENT

Gabriela Moscatini Pinto ¹

Resumo

O presente artigo pretende esclarecer e analisar a inovação e possível discussão advindas da Lei 13.964/2019, em seu artigo 28-A. Na realidade, o enfoque principal será a abordagem da confissão como requisito obrigatório à celebração do Acordo de Não Persecução Penal. Além disso, como o referido requisito pode gerar uma expectativa de justiça idealista e utópica, sem considerar as consequências de infringir direitos básicos e princípios constitucionais. Pretende-se a análise de um parâmetro social-realístico, além das consequências fáticas e proporcionais do requisito condicional em questão e como estas possivelmente afetariam as situações econômico-sociais do próprio indivíduo.

Palavras-chave: Acordo de não persecução penal, Confissão, Direitos fundamentais

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to clarify the innovation and possible discussion arising from Law 13.964 /2019, article 28-A. In reality, the main focus will be to treat confession as a mandatory requirement to celebrate Criminal Non-Persecution Agreement. As the requirement may generate an expectation of idealistic and utopian justice, without considering the consequences of violating basic rights and constitutional principles of a reeducated person. It is intended to analyze a social-realistic parameter, in addition to the factual and proportional consequences of the subjective requirement in question and how these would possibly affect the economic and social situations of the reeducated.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Non criminal persecution agreement, Confession, Fundamental rights

¹ Graduada pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas. Especialista em D. Penal e Processual Penal na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Aluna especial de Mestrado em formação pela PUCCAMP.

1. Introdução

Em um cenário incentivador às penas alternativas, extensão e complexidade de um processo penal, é fundamental a discussão sobre as novas vertentes e formulações para que se verifique, se fielmente são benéficas ou apenas uma mitigação de direitos revestida pela inovação legislativa.

A justiça penal negocial propõe um desvio à condenação e encarceramento para o cometimento de pequenos delitos, e, arrisca-se dizer, que pretende oferecer uma oportunidade vislumbrada no não cometimento de novos delitos. Ou seja, a inovação vem a partir do momento em que se pode negociar e condicionar o direito e restrição à liberdade mediante termos a serem discutidos entre Estado e Indivíduo.

No Brasil, a inauguração dessa justiça se deu pela possibilidade de oferta do *sursis* da pena, para delitos de menor potencial ofensivo que não ultrapassem a pena máxima de dois anos, autorizado pela Constituição Federal. Com o advento da Lei 9.099/95, e a instituição dos juizados especiais criminais, foi determinado também o *sursis* processual, no qual o processo poderá permanecer suspenso em situações que tratem de delitos com pena mínima igual ou inferior a um ano.

Neste mesmo sentido, antes mesmo da vigência da Lei n. 13.964/2019, o Conselho Nacional do Ministério Público editou a Resolução 181, posteriormente alterada pela Resolução 183, ambas dispendo sobre a instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público.

A principal finalidade do Acordo de Não Persecução Penal seria estabelecer parâmetros que fossem cumpridos de maneira espontânea e voluntária pelo indiciado, sendo lhe imposta uma sentença penal, sem haver de fato a submissão de uma decisão condenatória com sanções privativas de liberdade.

Fato é que, a celebração do Acordo de Não Persecução Penal é condicionada ao preenchimento de diversos requisitos, a serem minuciosamente e oportunamente analisados, dentre eles, a confissão formal e circunstancial. Nesse contexto é que, se propõe a discussão sobre a efetiva necessidade e espontaneidade deste requisito, além de se desenvolver e expor suas consequências dentro de um parâmetro individual e analisando eventual ponderação entre direitos intrínsecos ao indiciado. Na realidade, o equilíbrio entre uma justiça penal negocial e a efetividade desta em relação ao possível afrontamento à direitos fundamentais do indiciado é que é objeto de estudo, para que não se ignore uma oportuna existência de estratégia condicional de barganha.

Evidente que a introdução de um novo instituto que objetiva impedir ao menos, retardar o encarceramento desenfreado e desproporcional, não pode, e nem deve descartar o vislumbrar de uma oportunidade humanitária, que busca mesmo sem aplicação de uma pena rigorosa, a ressocialização e reeducação, ou seja, ainda que o direito à liberdade do indiciado, bem como sua ficha criminal estejam supostamente protegidos pela celebração do acordo de não persecução penal, é necessário apontar e equilibrar se todos os outros direitos fundamentais e inerentes ao indicado também estão envolvidos nessa proteção. Até porque, ainda que se trate de uma justiça penal negocial, poderia o indiciado abrir mão de direito que, mais tarde, poderia ocasionar-lhe certamente uma sentença condenatória? Ou que não seja certa, mas ainda corroborar para a própria condenação?

Assim, justifica-se uma pesquisa aprofundada em relação as circunstâncias sociais e consequências do requisito da confissão como obrigatório à celebração do Acordo de Não Persecução Penal, analisando-se inclusive as lacunas e possibilidades, dentro de um contexto atual, destacando-se a observação aos direitos humanos e sociais do indivíduo reeducando, para tanto, será realizada análise minuciosa sobre a justiça negocial, trazendo-se ainda observações sobre acordos criminais no âmbito do *commomlaw*, justificando assim, a necessidade de readequação dos novos institutos, para o devido enquadramento correto e integral, em um Sistema Jurídico Brasileiro respaldado em uma cultura dogmática que regula as relações cotidianas de maneira particular e estrita.

2. Acelebração do Acordo de Não Persecução Penal: requisitos e pressupostos

O artigo 28-Ao Código de Processo Penal¹ delimita todos os requisitos e hipóteses nas quais se enquadram o oferecimento do Acordo de Não Persecução Penal. Desta forma, não sendo o caso de arquivamento, e, frise-se, tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática da infração penal, sem violência ou grave ameaça, e com pena mínima inferior a quatro anos, o Ministério Público poderá propor o acordo, desde que necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, a efetiva presença da justa causa² para a propositura da ação penal, e ainda, que sejam cumpridas e ajustadas cumulativamente algumas condições que serão a seguir analisadas.

¹Código de Processo Penal. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Vademecum. São Paulo: Saraiva, 2020.

² MARTINELLI, João Paulo; SILVA, Luis Felipe Sene da. Mecanismos de justiça consensual e o acordo de não persecução penal. Acordo de não persecução penal. 2.^a ed. Belo Horizonte: D'Plácido: 2020.

Os requisitos objetivos³ podem ser classificados em negativos e positivos. E portanto, para propositura e celebração do acordo de não persecução penal são os requisitos objetivos positivos, relacionados à execução e ao próprio fato delituoso: (a) não ser caso de arquivamento pela autoridade policial. Ou seja, neste caso, existe a necessidade de uma justa causa para o prosseguimento da Ação Penal. A existência de justa causa é fundamental à propositura da ação penal, e como consequência, do próprio oferecimento do acordo. Isso porque o Ordenamento Jurídico Brasileiro não admite a carência desta condição⁴, uma vez que se trata de uma correlação entre indícios mínimos de autoria e materialidade delitiva, bem como de uma conduta típica, antijurídica e culpável; (b) quantidade mínima de pena cominada, inferior à quatro anos, e neste caso serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto⁵; e (c) ausência de violência ou grave ameaça na execução do delito; Os requisitos objetivos negativos podem ser classificados de acordo com as delimitações legislativas⁶: (a) impossibilidade de oferta de transação penal⁷; (b) ausência de outros benefícios concedidos ao indiciado, nos últimos cinco anos, ou seja, para celebração do acordo de não persecução penal, o indiciado não poderá, nos últimos cinco anos, ter celebrado outro acordo de não persecução penal ou transação penal ou suspensão condicional do processo; (c) não se tratar de delito praticado no âmbito de violência doméstica ou contra mulher;

O requisitos subjetivos, que são por consequência, relacionados ao próprio indicado, consistem em (a) necessidade e suficiência do acordo, de modo que, o acordo deverá satisfazer de modo proporcional e razoável as intenções do Ministério Público; (b) ausência de reincidência e (c) ausência de conteúdo ou conjunto probatório que comprove ser uma ação reiterada e habitual, na realidade, objetivando o benefício ao indiciado, sem que seja desproporcional ou em vão.

Por fim, o requisito de natureza mista, subjetiva e objetiva: a confissão, que será analisada em oportunidade própria e única, vez tratar-se do assunto principal da presente discussão.

³ DE BEM, Leonardo Schmitt. Os requisitos do acordo de não persecução penal. Acordo de não persecução penal. 2ª ed. Leonardo Schmitt de · Bem e João Paulo Martinelli (orgs.). Belo Horizonte: D'Plácido: 2020.

⁴GRINOVER, Ada Pellegrini. As condições da ação penal. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 69, p. 189, nov./dez. 2007.

⁵Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Vademecum. São Paulo: Saraiva, 2020.

⁶DE BEM, Leonardo Schmitt. Os requisitos do acordo de não persecução _ penal. Acordo de não persecução penal. 2ª ed. Leonardo Schmitt de · Bem e João Paulo Martinelli (orgs.). Belo Horizonte: D'Plácido: 2020.

⁷BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.

Assim, os requisitos anteriormente classificados e dispostos na própria legislação condizem, teoricamente, com uma proposição condicional e proporcional. São os requisitos legislativos⁸:

I – reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, salvo impossibilidade de fazê-lo; (Redação dada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018)

II – renunciar voluntariamente a bens e direitos, indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; (Redação dada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018)

III – prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito, diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo Ministério Público; (Redação dada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018)

IV – pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Código Penal, a entidade pública ou de interesse social a ser indicada pelo Ministério Público, devendo a prestação ser destinada preferencialmente àquelas entidades que tenham como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; (Redação dada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018)

V – cumprir outra condição estipulada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal aparentemente praticada. (Redação dada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018).

No caso de negativa do Ministério Público em oferecer o acordo, o indiciado poderá requerer a remessa e análise ao Órgão Superior, nos termos do artigo 28 e 28-A, 14º parágrafo, do Código de Processo Penal.

Importante ressaltar que o artigo traz ainda, peculiaridades e requisitos formais que deverão ser obedecidos para a validade do acordo, quais sejam: deverá ser formalizado por escrito, sendo assinado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e seu defensor; deverá ser homologado em audiência específica, podendo inclusive ser rejeitado pelo juiz, devendo então ser oferecida nova proposta⁹.

Caso haja o descumprimento de quaisquer das medidas impostas, a vítima será intimada, e o Ministério Público comunicará o juízo, oferecendo posteriormente, a Denúncia. O descumprimento pode obstar o oferecimento do *sursis* processual.

Por outro lado, cumprido integralmente e devidamente os termos do acordo, não constarão quaisquer antecedentes criminais (exceto na hipótese de celebração de novo acordo, futuramente), sendo decretada a extinção da punibilidade do agente.

3. A confissão como meio de prova no Processo Penal Brasileiro

⁸Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Vademecum. São Paulo: Saraiva, 2020.

⁹ DE BEM, Leonardo Schmitt. Os requisitos do acordo de não persecução _ penal. Acordo de não persecução penal. 2ª ed. Leonardo Schmitt de · Bem e João Paulo Martinelli (orgs.). Belo Horizonte: D 'Plácido: 2020 .

Para melhor desenvolvimento, faz-se mister a análise do conceito de confissão. Ora, no Processo Penal, a confissão deve ser tratada como a admissão de pleno discernimento, voluntária, expressa e pessoal, diante de uma autoridade competente, da prática de um fato criminoso¹⁰.

Evidente portanto, que não se trata de instituto informal e circunstancial, devendo necessariamente, serem preenchidos diversos requisitos, que passarão a ser analisados, sob pena de nulidade, e não utilização como meio de prova corroborativo ao conjunto probatório de acusação.

Dentre os requisitos formais da confissão estão: a necessidade de ser expressa, não sendo admitida, de maneira alguma, a confissão presumida; realizada perante autoridade competente, e, neste caso, somente são válidas as confissões perante o Juiz competente do processo, o Delegado de Polícia ou o representante do Ministério Público; pessoalidade, sendo certo que não poderá ser realizada senão pelo próprio acusado; necessidade de higidez mental e capacidade jurídica, sob pena de insegurança jurídica ou existência de conteúdos presumidos ou inverídicos; livre e voluntária, nos termos do artigo 157 do Código de Processo Penal³.

Em relação aos requisitos materiais, aponta-se: a verossimilhança, de modo que, a confissão deve corroborar com o conjunto probatório para que não seja isolada e torne-se improvável em meio a instrução processual; clareza e coerência, não havendo contradições ou qualquer elemento ou circunstância que dificulte a análise da realidade dos fatos; e a certeza, uma vez que, obviamente trata-se de conhecimento e vivência do acusado¹¹. Neste ponto, é necessário evidenciar que o Ordenamento Jurídico Brasileiro não admite a confissão presumida ou condicionada.

Quanto à sua natureza jurídica, existem entendimentos diversos, dentre eles, que a confissão seria a própria prova, sendo reconhecida a autoria por parte do próprio acusado¹² ou ainda, que poderia se tratar de um instrumento circunstancial, adquire conforme o interrogatório, de tal modo que, na realidade, o próprio interrogatório é que seria a prova¹³. Em ambas as hipóteses, visualiza-se a confissão como fração de um conjunto probatório consistente à oportuna e possível condenação.

¹⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. O valor da confissão como meio de prova no processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 76.

¹¹ SANTOS, Rodrigo Aparecido dos. A CONFISSÃO E OS SEUS CONSECUTÓRIOS NO PROCESSO PENAL CONTEMPORÂNEO. Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca, [S.L.], v. 13, n. 2, p. 183-215, 31 dez. 2018. Faculdade de Direito de Franca. <http://dx.doi.org/10.21207/1983.4225.448>.

¹² GRECO FILHO, Vicente. Manual de processo penal. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 184.

¹³ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivaty; DINAMARCO, Márcio. Direito processual penal: tomo I. 2 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 238.

Ainda que diversos e precisos os requisitos, é necessário ponderar-se sobre a valoração da confissão como meio de prova dentro de um Sistema Jurídico atual. De acordo com o artigo 197 do Código de Processo Penal, “o valor da confissão se aferirá pelos critérios adotados para os outros elementos de prova, e para a sua apreciação o juiz deverá confrontá-la com as demais provas do processo, verificando se entre ela e estas, existe compatibilidade ou concordância”¹⁴. Ou seja, a confissão obtida devidamente, pelos meios e requisitos específicos, deverá consolidar um conjunto probatório suficiente à condenação, não sendo absoluta e competente para tanto, por si só. A confissão, portanto, não tem força probatória absoluta, sendo que necessariamente precede de uma fundamentação e confronto com demais provas existentes na instrução processual¹⁵.

Por outro lado, é importante ressaltar e analisar, ocasionalmente, um conjunto probatório desprovido do elemento da confissão. Isso porque, a autoincriminação pode ser obstruída pelo princípio da ampla defesa e do contraditório (artigo 5º, inciso LV, Constituição Federal), do direito ao silêncio (artigo 5º, inciso LXIII, Constituição Federal) e pela presunção de inocência (artigo 5º, inciso LVII, Constituição Federal). Em suma, não é admissível a obrigatoriedade de produzir prova contra si mesmo.

Desta forma, para que se torne válida e eficaz, a confissão deverá obedecer e necessariamente conter os requisitos supracitados, de modo que, a mínima insubordinação acarreta a sua inadmissibilidade. Além disso, a confissão, não se tratando de presunção, não é obrigatória e, em verdade, a sua ausência, faz jus ao direito inerente ao silêncio do acusado, e o direito de não produzir provas contra si mesmo.

4. A confissão como objeto de negociação: *o pleabargaining*

O sistema processual penal inglês, irlandês, e principalmente norte-americano, tem como base jurídica *ocommon law*, caracterizado por um sistema acusatório equilibrado, no qual, enfrentam-se perante o tribunal do júri, com a presidência de um juiz, o acusador de um lado e, de outro, o acusado e seu defensor.

Uma vez ressaltado o equilíbrio e igualdade entre acusação e defesa, é formalmente oferecida a acusação, e após, perante o juiz presidente, o acusado deverá pleitear sua absolvição ou declarar-se culpado.

¹⁴Código de Processo Penal. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Vademecum. São Paulo: Saraiva, 2020.

¹⁵ AVENA, Norberto. Processo penal: esquematizado. 6 ed. São Paulo: Método, 2014. p. 532

A mera declaração de culpa, denominada *guiltyplea*, encerra o trâmite processual, uma vez que, em tese, a verdade é objeto essencial e destacado neste âmbito¹⁶, e a confissão declara como reais todos os fatos narrados à acusação. E assim, a designação de nova audiência somente influenciará na dosimetria da pena. O que não ocorre se o acusado se autodenomina inocente, quando então será submetido a julgamento em audiência posteriormente designada.

A confissão, neste sentido, é o requisito comum na Justiça Negocial, que precede qualquer acordo, seja no âmbito do *commonlaw* ou *civil law*. Esse requisito relaciona-se com a voluntariedade e formalidade do acusado em aceitar o acordo, e teve origem com o precedente *Boykin v. Alabama*¹⁷. Diante do referido caso, constatou-se que o requisito da confissão deverá ser envolvido por todas as cautelas necessárias à voluntariedade.

Ou seja, diante da declaração de culpa, a condenação e aplicação de pena são imediatas, mostrando-se como alternativa à um processo extenso que demanda tempo, gastos e disposição, tanto das partes quanto do próprio Estado. O que na realidade, deve-se ressaltar, diferencia-se do *civil law*, no âmbito do Ordenamento Jurídico Brasileiro, como demonstrado no item anterior, vez que a confissão é tratada, no âmbito criminal, apenas como meio de prova e jamais suficiente por si só à condenação.

Neste sentido, existe uma preponderância na busca pelo *guiltyplea*, tendo em vista o êxito das negociações, nas quais há o oferecimento de vantagens como promessa de diminuição de pena, por exemplo¹⁸. A economia processual, por si só, é uma vantagem exorbitante ao Estado e por isso, a preferência em relação ao trâmite processual é evidente.

As negociações extrajudiciais, que ocorrem entre acusação e defesa, após a formalização da denúncia e antes da audiência de julgamento, é que constituem a formalização do *plea bargaining*.

Ainda que a vantagem de um processo célere e a economia processual sejam promissores, assim como no *civil law*, a declaração de culpa ou a confissão, constituem requisitos obrigatórios à celebração de um acordo diante da justiça negocial, e por tal motivo,

¹⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A EXPANSÃO DA JUSTIÇA NEGOCIADA E AS PERSPECTIVAS PARA O PROCESSO JUSTO: A PLEA BARGAINING NORTE-AMERICANA E SUAS TRADUÇÕES NO ÂMBITO DA CIVIL LAW. Revista Eletrônica de Direito Processual – Redp: Periódico da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ, Rio de Janeiro, v. , p. 331-365, 28 nov. 2014.

¹⁷ *Boykin v. Alabama*, 395 USA 238 (1969), é um caso concreto da Suprema Corte dos Estados Unidos em que a Corte determinou que quando da declaração de culpa mediante o *plea bargain*, automaticamente o acusado renuncia ao seu direito de julgamento perante o tribunal do júri, conforme a Sexta Emenda.

¹⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O Processo Penal Norte-Americano e sua Influência. In: Revista de Processo. vol. 103, p. 95-107, Jul/2001.

não podem ser considerados, com absoluta certeza, isentas de imparcialidade ou ainda, totalmente benéficas ao indivíduo que se sujeita a tanto.

Em verdade, pode-se dizer que um dos prejuízos mais preocupantes é a oportuna transformação da barganha em instrumento de pressão. Exemplificando, nos casos em que não há um conjunto probatório suficiente do ponto de vista da acusação, ou ainda, quando não há interesse da defesa em negociar, no *commomlaw*, nota-se a possibilidade de indução à negociação, mediante ameaça constante de aumento de pena, ou ainda, imputação de outras condutas delituosas¹⁹. Ou seja, em que pese ainda se tratar de uma justiça negocial, essa é respaldada pelo temor do indivíduo em resguardar seu direito à liberdade, ou a redução de pena, dentre outros direitos básicos intrínsecos.

As ameaças podem se tornar tão rigorosas e intimidativas, que além de não serem proporcionais e razoáveis às concessões oferecidas, podem até ocasionar a admissão de culpa de um indivíduo inocente²⁰.

Neste sentido, entende-se que a negociação deixa de ser justa e equilibrada, uma vez que a acusação se mostrará cada vez mais tendenciosa à celebração do acordo e à conquista de uma declaração de culpa, a ponto de atingir direitos fundamentais, e arrisca-se a dizer, até humanos, quando do encarceramento indevido.

A confissão deixa de ser um objeto de barganha, e passa a ser um meio intimidatório e persuasivo, objetivando uma celeridade processual e financiando uma dinâmica estatal criminal comodista que mais se preocupa com a resolução em massa, do que propriamente com o resguardo de princípios constitucionais e direitos fundamentais do indivíduo, que consequentemente refletem na sociedade como um todo.

Fato é que, diante das circunstâncias e adaptações globais, os sistemas jurídicos, ao revelarem dificuldades em suas dinâmicas passam a estabelecer estudos e estratégias, e em decorrência de um método comparativo, acabam por absorver institutos reguladores em uma tentativa de inovação na resolução de conflitos e situações cotidianas.

A justiça negocial criminal, presente fortemente no *commomlaw*, compreende um método alternativo, recentemente adotado em trâmites brasileiros, e que ainda é objeto de críticas e estudos. O Acordo de Não Persecução Penal é exemplo disso.

¹⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A EXPANSÃO DA JUSTIÇA NEGOCIADA E AS PERSPECTIVAS PARA O PROCESSO JUSTO: A PLEA BARGAINING NORTE-AMERICANA E SUAS TRADUÇÕES NO ÂMBITO DA CIVIL LAW. Revista Eletrônica de Direito Processual – Redp: Periódico da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ, Rio de Janeiro, v. , p. 331-365, 28 nov. 2014.

²⁰ DAMAŠKA, Mirjan. Negotiated Justice in International Criminal Courts. In: THAMAN, Sthephen C. World Plea Bargaining: Consensual Procedures and the avoidance of the full criminal trial. Durham: Carolina University Press, 2010, p. 92.

Por mais que a negociação seja tentadora, a ponto de se apresentar como meio urgente de resolução e ainda, como consequência satisfatória e de eficácia aos olhares de uma sociedade que clama por respostas criminais imediatas²¹, não se pode olvidar que tratam-se de sistemas e países completamente diferenciados, sendo certo que as realidades do sistema prisional e até mesmo as realidades cotidianas possuem exorbitantes distanciamentos, de modo que não se pode considerar uma resolução de conflitos única e comum.

E ainda que haja adaptação, esta deverá sempre respaldar-se em princípios fundamentais contidos nos respectivos Ordenamentos Jurídicos, e sempre visando o melhor interesse da sociedade como um todo, a partir da análise e julgamento isolado do indivíduo, assegurando tudo que lhe é de direito.

5. A ponderação entre a exigibilidade da confissão na Justiça Negocial e os Princípios Fundamentais no Ordenamento Jurídico Brasileiro

A justiça criminal negocial é reflexo de uma preocupação político-criminal de intervenção mínima do Estado mediante o sistema punitivo, com o objetivo de atingir eficácia imediata. O sistema penal deverá, ao mesmo tempo, perseguir e garantir um modelo garantista e agora, negocial, abrangendo os direitos dos cidadãos e o bem-estar de uma coletividade.

No entanto, não se pode ignorar a valoração desequilibrada que se faz entre a importância de se manter ativo o fluxo de procedimentos criminais e a palavra de um indivíduo submetido à acusação penal. Até que ponto se permite que o Estado conduza uma obrigatoriedade de admissão de culpa, visando somente a celeridade de um sistema, que ele mesmo se vê impotente em relação a altíssima demanda? A intensa pressão para que se aceite um acordo que pode violar direitos e resguardar outros, ao invés de somente proteger o indivíduo não pode ser tida como legítima. Isso porque, não se trata de situações com objetos, valores, ou que seja relacionamentos, trata-se da liberdade de uma pessoa, do direito fundamental de ir e vir.

Assim, conforme exposto anteriormente, a confissão, além de oportunizar o cerceamento da verdade no processo penal, acaba por fixar uma responsabilidade e

²¹ CARDOSO, Henrique Ribeiro; SOUSA JÚNIOR, Eliezer Siqueira de. PLEA BARGAINING NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA E OS JUÍZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS NO BRASIL: UMA ANÁLISE DE DIREITO ESTRANGEIRO. Revista Pesquisa e Educação Jurídica, Maranhão, v. 3, n. 1, p. 57-74, dez. 2017.

imputação²², de modo que, nada mais pode ser objeto de discussão, nem mesmo a consideração de inocência.

É evidente o caráter coercitivo nesse procedimento, que influencia e intimida o indivíduo, que passa a se ver em um beco sem saída, no qual a exigibilidade da confissão constitui a melhor dentre as piores opções²³. A intimidação é tanta que a convicção de uma absolvição impossível é absoluta, e a confissão o único modo de resguardar alguns dos princípios que ainda estão à sua disposição, quando na verdade, deveriam ser inteiramente e integralmente resguardados.

Em relação ao Acordo de Não Persecução Penal, a confissão exigida é de caráter formal e circunstancial, de modo que não há necessidade da comprovação ou detalhes do delito, bastando a confissão, por si só.

A doutrina majoritária defende uma tese de que, embora a lei exija uma confissão não detalhada, mas apenas circunstancial e formal, a inovação pretende a negociação e realização dos acordos com pessoas que não são inocentes²⁴, o que de maneira alguma pode-se ter como verdade absoluta ou sequer presumida, tendo em vista a insistente coerção e intimidação do ente estatal, que visa, neste momento, somente manter o fluxo de procedimentos criminais, e não analisar o caso concreto, nem mesmo a situação particular do acusado.

Ora, à título de exemplo, os delitos de furto²⁵, receptação²⁶ e estelionato²⁷ são todos suscetíveis ao oferecimento do Acordo de Não Persecução Penal. Além de terem em comum pena mínima inferior à quatro anos, também estão sujeitos à pena de reclusão, ou seja, que admite como regime inicial, em possível condenação, o regime fechado.

Não se pode de maneira alguma, marginalizar o conhecimento populacional sobre a atual situação carcerária brasileira. Partindo-se da premissa de que as condições infraestruturais, a superlotação dos presídios e o despreparo das instituições e dos profissionais atuantes na execução penal ferem os direitos humanos e fundamentais do

²² DA SILVA BRANDALISE, Rodrigo, *Justiça Penal Negociada: Negociação de Sentença Criminal e Princípios Processuais Relevantes*. 1. Ed. Curitiba: Juruá Editora, 2016.

²³ SILVA, Juliana Ferreira da.. O pleabargain e as falsas confissões: uma discussão necessária no sistema de justiça criminal. *BOLETIM DO IBCCRIM*, v. 27, p. 8-11, 2019.

²⁴ MENDONÇA, Andrey Borges de *et al.* ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENALE A JUSTIÇA RESTAURATIVA: mais um passo no caminho da transformação social. In: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; SILVA NETO, Manoel Jorge e; MOTA, Helena Mercês Claret da; MONTENEGRO, Cristina Rasia; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (org.). *DIREITOS FUNDAMENTAIS EM PROCESSO: estudos em comemoração aos 20 anos da escola superior do ministério público da união*. Brasília-Df: Escola Superior do Ministério Público da União, 2020. p. 65-94..

²⁵ Artigo 155, Código Penal Brasileiro.

²⁶ Artigo 180, Código Penal Brasileiro.

²⁷ Artigo 171, Código Penal Brasileiro.

indivíduo encarcerado²⁸, e que todos esses fatos são de conhecimento notório populacional, além de uma possibilidade mínima de condenação que ocasionaria um “marco” na ficha criminal, e um preconceito estrutural em relação a isso, como poderia, ainda que inocente, um ser humano escolher entre a remota possibilidade de estar sujeito a todas essas situações vexatórias ou confessar o crime que fosse, apenas circunstancialmente? A resposta é evidente, e totalmente crível.

O direito à saúde, à alimentação, à educação, ao trabalho, à família, aos direitos humanos em geral, todos deveriam permanecer íntegros durante o cumprimento de pena, o que não ocorre, infelizmente, na realidade carcerária. E na remota possibilidade, dentro de algumas falhas na segurança jurídica, como poderia o indivíduo não optar pela simples confissão? Não pode ser limitada a ponderação entre uma simples confissão e somente a “produção de prova contra si mesmo”, o debate é muito mais extenso e problemático.

Em suma, é notório que a defesa em prol da exigência da confissão com base em um argumento que se evita a celebração do acordo com pessoas “inocentes” é totalmente falha. O indivíduo que está sujeito a um exaustivo processo penal, à possibilidade de condenação e encarceramento, se submeterá a qualquer fala para evitar ou retardar qualquer um desses procedimentos.

Por outro lado, parta da doutrina entende que a confissão não pode ser requisito condicional à celebração do acordo de não persecução penal, eis que viola garantia constitucional ao silêncio, prevista no artigo 5º, inciso LXIII da Constituição Federal, bem como o princípio de não produzir prova contra si mesmo, garantido pelo Pacto São José da Costa Rica, em seu artigo 8º e devidamente recepcionado pela Constituição Federal no artigo 5º, parágrafo 2º. Nas palavras de André de Carvalho Ramos:

“o direito de não ser obrigado a se auto incriminar consiste na proibição de uso de qualquer medida de coerção ou intimidação ao investigado ou acusado em processo de caráter sancionatório (em geral, criminal) para obtenção de uma confissão ou para que colabore em atos que possam ocasionar sua condenação. É, assim, o direito de todo investigado ou acusado à passividade, pois este não precisa provar sua inocência”²⁹

²⁸ VEYL, Raul Salvados Blasi. Entre o Fato e o Discurso: o Método APAC e sua Efetividade no Cenário Brasileiro; Alethes: Per. Cien. Grad. Dir. UFJF, v. 06, n. 11, pp. 268-286, mai/ago, 2016.

²⁹ CUNHA, Rogério Sanches; TAQUES, Pedro; GOMES, Luiz Flávio. Limites constitucionais da investigação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 10

Como se pode afirmar que essa confissão formal e circunstancial não é medida de coerção ou intimidação, para que o indiciado não volte a delinquir, sob pena de se submeter necessariamente à uma sentença condenatória, que já conta com um processo baseado em indícios de autoria e materialidade delitiva, porque possui justa causa, e ainda mais, com a sua confissão como meio de prova? Ou seja, além de um meio de coerção, a confissão constitui de fato uma produção de prova contra si mesmo. Se assim não o fosse, qual seria então o seu real objetivo ou função?

A eterna busca por uma “verdade” que legitime os meios para obtê-la é a grande falha e lesividade de um Estado Democrático, porque a verdade é inalcançável e incerta e ainda, neste caso, oportuna o esconderijo da violação de inúmeros direitos fundamentais³⁰. A confissão como meio condicional é por si só um ato de coação para se conquistar ela mesma. O indiciado não vê meios e caminhos alternativos, diante das situações que poderia estar submetido, conforme anteriormente analisado. Nas palavras de Aníbal Bruno:

“A destruição do homem é a distribuição simbólica do crime. E tal exigência é tão imperiosa que, desconhecido o verdadeiro agente, vai, muitas vezes, o ato punitivo incidir sobre qualquer outro, a quem seja atribuído o fato pela própria vítima ou seus parentes, ou por processo de natureza mágica. É a responsabilidade flutuante, em busca de um responsável para a pena, que libertará o clã da impureza com que o crime o contaminou”³¹

Porém, a ausência da confissão, e, portanto, ausência de requisito condicional, evidentemente dará consequência a negativa do Ministério Público em celebrar o acordo, isso porque, não haverá nada que o indiciado possa oferecer que interesse especificamente ao Estado, se não a concessão da confissão, reciprocamente, em troca da sua liberdade. Não é crível, no entanto, que referida condição seja meramente formalidade, ou inútil aos interesses do Ministério Público. Em verdade, quando da oferta do acordo de não persecução penal, o Ministério Público já formou efetivamente a sua convicção sobre o caso em tela e sobre a certa procedibilidade da ação penal e da acusação³².

Assim como os magistrados, o membro do Ministério Público também deve ser imparcial e fundamentar suas decisões como fiscal da lei. Assim sendo, o ato convalidado, presidido por este, com participação de defensor devidamente constituído é totalmente válido.

³⁰ ROSA, Alexandre de Moraes. A teoria dos jogos aplicada ao processo penal. 2. ed. Empório do Direito, 2015.

³¹ BRUNO, Aníbal. Direito Penal: parte geral. tomo 1º. Rio de Janeiro, Forense, 1978.

³² KALIL, José Lucas Perroni. SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DA CONFISSÃO NO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. Revista de Direito Penal e Processo Penal, Online, v. 2, n. 1, p. 50-61, jan. 2020.

E neste caso, sob o princípio da persuasão racional, o seu convencimento será indubitavelmente afetado, o que pode ocorrer também com o juiz, quando do acesso à confissão condicional.

Em suma, resta evidente que inúmeros princípios constitucionais não são resguardados quando da imposição de um requisito condicional à celebração do acordo. O princípio *emotetur se detegere*, em que ninguém está obrigado a produzir prova contra si mesmo, nos moldes do princípio da ampla defesa; o princípio da presunção de não culpabilidade; o direito ao silêncio, são todos direitos inerentes afetados pela confissão como requisito formal e circunstancial. E ainda, o temor de serem violados direitos básicos e fundamentais, mediante o encarceramento, também constitui uma afronta e coação em relação ao indivíduo indiciado.

Desta forma, admitir a confissão como requisito formal e circunstancial, ou em caso de descumprimento do acordo é deturpar um sistema democrático de direito como um todo, é afrontar o direito à justiça e igualdade como garantia de um sistema processual garantido pela segurança jurídica.

Novamente, é mais que necessário evidenciar as diferenças entre os sistemas jurídicos *commonlaw* e *civil law*, motivo pelo qual, são necessárias inúmeras adaptações para inclusão de institutos comuns. Ora, dentro deste parâmetro, a confissão, conforme anteriormente explorado, não pode ser considerada “rainha das provas” do Ordenamento Jurídico Brasileiro, e será, se necessário, utilizada como meio de prova. Por outro lado, na legislação norte-americana, a confissão encerra o processo, tendo como absoluta a renúncia ao direito de defesa. E assim sendo, é evidente que a Justiça Negocial Criminal centraliza a confissão prova essencial e suficiente ao *pleabargain*³³, o que de maneira alguma pode ser admitido diante dos inúmeros conflitos principiológicos.

Então, o aderir da confissão como requisito obrigatório não foi admitido em sua totalidade, passo que, em tese não seria admissível como prova absoluta no Ordenamento Jurídico Brasileiro, mas podendo ser utilizado como meio de prova, oportunamente se necessário. Mas ainda assim, com a referida adaptação, a confissão, no Acordo de Não Persecução Penal, acaba por desequilibrar a igualdade de princípios que deveriam ser resguardados em todos os momentos processuais.

A adaptação da confissão servindo como meio de prova, não pode ser então considerada legítima e livre de imposições, porque inúmeros são os direitos mitigados do indivíduo, inclusive quando pondera a respeito do possível aceite ao acordo.

6. Considerações Finais

Dentre as questões suscitadas, pondera-se sobre a flexibilização do princípio do devido processo legal. É direito público subjetivo do indiciado³⁴, a instrução processual, de modo que, observado o princípio da ampla defesa e do contraditório, seria possível a absolviçãodaquele. E assim, surge o questionamento sobre a hipótese de se oferecer um acordo, no qual existe um requisito necessário e condicional, de confissão do indiciado, e sem que haja a devida instrução processual. E, dentro desta vertente, a confissão formal deveria ser circunstanciada, com a especificação das principais características da infração perante o membro do Ministério Público.

No entanto, em caso de descumprimento do referido acordo, e o retorno imediato à instrução, poderia a referida confissão ser utilizada como prova? É evidente que, por mais benéfico que o acordo seja, diante de uma situação pré-processual, existe uma coação, ainda que indireta para que o indiciado confesse, isso porque, o seu direito inerente ao silêncio não lhe proporcionará a celebração do acordo, pelo contrário. E, neste caso, como poderia a referida confissão ser utilizada como prova, se, na situação pré-processual foi utilizada como meio benéfico ao indiciado? Além do que, como poderia ser utilizada com o mínimo resquício de coação, perdendo, portanto, sua legitimidade e espontaneidade?

Ora, para o oferecimento da denúncia e, portanto, do próprio Acordo de Não Persecução Penal, é imprescindível a existência de justa causa. E nesse sentido, se já haveria justa causa para a persecução penal, a conclusão óbvia é que a confissão seria utilizada como meio de prova, e mais, chega-se a cogitar a possibilidade de um castigo ou punição pelo descumprimento do acordo e não de mero requisito formal³⁵. Isso porque, já existia antes a justa causa propícia à continuação da ação penal, porque se assim não o fosse, obrigatório seria o arquivamento da ação penal.

No mesmo sentido, qualquer condição parcialmente cumprida durante o Acordo de Não Persecução Penal, não serve para a detração, pois não se trata de pena imposta e executada de modo cogente, mas sim de condição negociada, aceita e descumprida

³⁴CUNHA, Rogério Sanches. Pacote Anticrime – Lei n. 13.964/2019: Comentários às alterações do CP, CPP e LEP. Salvador: Editora Juspodium, 2020. p. 129.

³⁵ MARTINELLI, João Paulo; SILVA, Luis Felipe Sene da. Mecanismos de justiça consensual e o acordo de não persecução penal. Acordo de não persecução penal. 2.ª ed. Belo Horizonte: D'Plácido: 2020.

injustificadamente pelo indiciado, que, teoricamente, não poderia se beneficiar da sua própria torpeza, respeitando-se por similaridade a norma do art. 565 do Código de Processo Penal. Mas ainda assim, como poderia o indiciado se valer da sua própria torpeza, sendo que, sob requisito condicional, teria produzido prova contra si mesmo?

É evidente que, como instrumento inovador, o Acordo de Não Persecução Penal vem gerando debates sobre seu procedimento e concreta aplicação. Não há que se negar que constitui um marco significativo para a celeridade do Ordenamento Jurídico Brasileiro, bem como para o próprio Sistema Judiciário.

Porém, não pode-se ignorar o fato de que o referido acordo surge com o objetivo de diminuir a carga processual no sistema, e conseqüentemente, beneficiar o indiciado, em uma óptica pré-processual, admitindo uma possibilidade de não persecução criminal e ainda, não havendo uma sentença criminal condenatória, ou seja, protegendo, ainda que em tempo limitado, os antecedentes criminais do agente.

Mas dentro de um contexto processual, seria prudente e, arrisca-se a indagar, justa, a ponderação entre: o direito inerente do indiciado de não produzir prova contra si mesmo e a possibilidade de não sofrer uma instrução processual penal com oportuna sentença condenatória? Ainda que haja a remota possibilidade de uma absolvição, como poderia o indiciado se submeter a toda uma instrução processual que demanda tempo, dinheiro, disponibilidade, e mais, o risco de uma condenação que ocasionaria a perda da sua primariedade? É evidente que a escolha pode ser minuciosamente estudada e analisada conforme o caso concreto, mas não se pode marginalizar que o acordo de não persecução penal é nitidamente uma oportunidade tentadora, a ponto de o indiciado abrir mão de direitos fundamentais.

Fato é que, o Acordo de Não Persecução Penal, em tese e diretamente, não atinge qualquer direito fundamental ou inerente ao indiciado, mas não é absoluto o seu benefício, de modo a não levantar discussões ou se tratar de um benefício sem qualquer lacuna. Nas palavras de Leonardo de Bem: A exigência de confissão detalhada ou minuciosa para dar sentido à formação da *opinio delicti* acaba tornando os demais elementos colhidos descartáveis ou, ao menos, secundários. O acordo, desta forma, acabou resgatando impropriamente a antiga posição da confissão como *regina probationum*. A confissão, na verdade tornou-se moeda de troca!”³⁶

³⁶ DE BEM, Leonardo Schmitt. Os requisitos do acordo de não persecução _ penal. Acordo de não persecução penal. 2ª ed. Leonardo Schmitt de · Bem e João Paulo Martinelli (orgs.). Belo Horizonte: D'Plácido: 2020.

Referências bibliográficas

AVENA, Norberto. Processo penal: esquematizado. 6 ed. São Paulo: Método, 2014. p. 532

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivaty; DINAMARCO, Márcio. Direito processual penal: tomo I. 2 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 238.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O Processo Penal Norte-Americano e sua Influência. In: Revista de Processo. vol. 103, p. 95-107, Jul/2001.

BRUNO, Aníbal. Direito Penal: parte geral. tomo 1º. Rio de Janeiro, Forense, 1978.

CARDOSO, Henrique Ribeiro; SOUSA JÚNIOR, Eliezer Siqueira de. PLEA BARGAINING NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA E OS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS NO BRASIL: UMA ANÁLISE DE DIREITO ESTRANGEIRO. Revista Pesquisa e Educação Jurídica, Maranhão, v. 3, n. 1, p. 57-74, dez. 2017.

Código de Processo Penal. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Vademecum. São Paulo: Saraiva, 2020.

CUNHA, Rogério Sanches. Pacote Anticrime – Lei n. 13.964/2019: Comentários às alterações do CP, CPP e LEP. Salvador: Editora Juspodium, 2020. p. 129.

CUNHA, Rogério Sanches; TAQUES, Pedro; GOMES, Luiz Flávio. Limites constitucionais da investigação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 10

DAMAŠKA, Mirjan. Negotiated Justice in International Criminal Courts. In: THAMAN, Stephen C. World Plea Bargaining: Consensual Procedures and the Avoidance of the Full Criminal Trial. Durham: Carolina University Press, 2010, p. 92.

DA SILVA BRANDALISE, Rodrigo, Justiça Penal Negociada: Negociação de Sentença Criminal e Princípios Processuais Relevantes. 1. Ed. Curitiba: Juruá Editora, 2016.

DE BEM, Leonardo Schmitt. Os requisitos do acordo de não persecução _ penal. Acordo de não persecução penal. 2ª ed. Leonardo Schmitt de Bem e João Paulo Martinelli (orgs.). Belo Horizonte: D'Plácido: 2020.

GRECO FILHO, Vicente. Manual de processo penal. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 184.

GRINOVER, Ada Pellegrini. As condições da ação penal. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 69, p. 189, nov./dez. 2007.

GUARAGNI, Fábio André. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: os contornos da confissão exigida pelo art. 28-a do cpp. In: BEM, Leonardo Schmitt de *et al* (org.). ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. 2. ed. São Paulo: D'Plácido, 2020. Cap. 12. p. 281-302.

KALIL, José Lucas Perroni. SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DA CONFISSÃO NO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. Revista de Direito Penal e Processo Penal, Online, v. 2, n. 1, p. 50-61, jan. 2020.

MARTINELLI, João Paulo; SILVA, Luis Felipe Sene da. Mecanismos de justiça consensual e o acordo de não persecução penal. Acordo de não persecução penal. 2.^a ed. Belo Horizonte: D'Plácido: 2020.

MENDONÇA, Andrey Borges de *et al*. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENALE A JUSTIÇA RESTAURATIVA: mais um passo no caminho da transformação social. In: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; SILVA NETO, Manoel Jorge e; MOTA, Helena Mercês Claret da; MONTENEGRO, Cristina Rasia; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (org.). DIREITOS FUNDAMENTAIS EM PROCESSO: estudos em comemoração aos 20 anos da escola superior do ministério público da união. Brasília-Df: Escola Superior do Ministério Público da União, 2020. p. 65-94.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A EXPANSÃO DA JUSTIÇA NEGOCIADA E AS PERSPECTIVAS PARA O PROCESSO JUSTO: A PLEA BARGAINING NORTE-AMERICANA E SUAS TRADUÇÕES NO ÂMBITO DA CIVIL LAW. Revista Eletrônica de Direito Processual – Redp: Periódico da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ, Rio de Janeiro, v. , p. 331-365, 28 nov. 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. O valor da confissão como meio de prova no processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 76.

SANTOS, Rodrigo Aparecido dos. A CONFISSÃO E OS SEUS CONSEQUÊNCIAS NO PROCESSO PENAL CONTEMPORÂNEO. Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca, [S.L.], v. 13, n. 2, p. 183-215, 31 dez. 2018. Faculdade de Direito de Franca. <http://dx.doi.org/10.21207/1983.4225.448>

SILVA, Juliana Ferreira da.. O pleabargain e as falsas confissões: uma discussão necessária no sistema de justiça criminal. BOLETIM DO IBCCRIM, v. 27, p. 8-11, 2019.

ROSA, Alexandre de Moraes. A teoria dos jogos aplicada ao processo penal. 2. ed. Empório do Direito, 2015.

VEYL, Raul Salvados Blasi. Entre o Fato e o Discurso: o Método APAC e sua Efetividade no Cenário Brasileiro; Alethes: Per. Cien. Grad. Dir. UFJF, v. 06, n. 11, pp. 268-286, mai/ago, 2016.