A CONFISSÃO NO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL:
ENTRE A ESTRATÉGIA E O VALOR PROBATÓRIO

TAYNÁ LIMA PRADO

EDIÇÃO
ESMAPE
Escola Judicial de Pernambuco

Tayná Lima Prado

Mestre em Direito pela Universidade Federal de Alagoas. Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco (TJPE).

A CONFISSÃO NO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: ENTRE A ESTRATÉGIA E O VALOR PROBATÓRIO

Publicação editada pela Escola Judicial de Pernambuco (Esmape) em Homenagem ao Dia Internacional da Mulher/2025.

Recife, 2025

Copyright by Escola Judicial de Pernambuco (Esmape)

Coordenação Técnica e Editorial: Joseane Ramos Duarte Soares
Projeto gráfico: Luciano Costa
Capa: Antônio Recamonde / João Pessoa (Ascom Esmape)
Revisão: Autora

Sítio: https://portal.tjpe.jus.br/web/escolajudicial/biblioteca/publicacoes-digitais

---

341.5 Prado, Tayná Lima.
A confissão no acordo de não persecução penal: Entre a estratégia e o valor probatório / Tayná Lima Prado. - Recife : Escola Judicial de Pernambuco (Esmape), 2025.

1.Direito penal. 2.Escola Judicial de Pernambuco (Esmape). 3.Confissão - persecução penal. I. Título.

Ficha catalográfica elaborada pela equipe da Biblioteca Jarbas Maranhão/Esmape

ISBN 978-85-65783-43-9

Correspondências: Escola Judicial de Pernambuco (Esmape)
Rua Des. Otílio Neiva Coelho, s/n – bairro Ilha Joana Bezerra Recife – PE
Biblioteca Jarbas Maranhão - CEP 50.080-900
E-mail: ej.biblioteca@tjpe.jus.br

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO

BIÊNIO 2024/2026

PRESIDENTE
Desembargador Ricardo de Oliveira Paes Barreto

1º VICE-PRESIDENTE
Desembargador Fausto de Castro Campos

2º VICE-PRESIDENTE
Desembargador Eduardo Sertório Canto

CORREGEDOR-GERAL DA JUSTIÇA
Desembargador Francisco José dos Anjos Bandeira de Mello

ESCOLA JUDICIAL DE PERNAMBUCO

BIÊNIO 2024/2026

DIRETOR-GERAL
Desembargador Jorge Américo Pereira de Lira

VICE-DIRETORA-GERAL
Desembargadora Daisy Maria de Andrade Costa Pereira

SUPERVISOR
Juiz Sílvio Romero Beltrão

Às minhas filhas, Sofia e Manuela.
Ao meu esposo Osvaldo.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço a Deus, a Nossa Senhora Aparecida e a minha amada irmã, anjo da guarda, Ingrid, que são meus guias e protetores espirituais. A eles, rogo para mostrar-me o melhor caminho e, a eles, agradeço pelas conquistas alcançadas.

Aos meus pais, Elizabeth e Valtemir, por ensinar que o estudo deve ser prioridade e por fazer, dos meus, os seus sonhos, me dando, incondicionalmente, todo o suporte que preciso para os alcançar.

Agradeço a meu irmão Thiago, que, com sua honestidade e sinceridade, é exemplo e grande conselheiro e por me suportar nos dias mais difíceis da minha jornada de estudos, respeitando e compreendendo meus momentos de impaciência e aflição.

Ao meu esposo, Osvaldo, pelo companheirismo, por colecionar comigo momentos inesquecíveis, por partilhar a dádiva e o desafio de construir uma família, pelo apoio e por todo o amor. Às minhas amadas filhas, Sofia e Manuela, que são luz e alegria e por me motivarem a ser uma pessoa melhor.

Agradeço às minhas dúvidas e inquietações, por me moverem e me instigarem a trilhar o caminho do saber.

A todos os professores que, ao longo da minha formação, deixaram em mim, um pouco de seu conhecimento e, neste momento acadêmico, agradeço, em especial, ao meu orientador no Mestrado da Universidade Federal de Alagoas, Professor Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de Alencar e aos Professores Welton Roberto, Hugo Leonardo Rodrigues Santos e Fernando Braga Damasceno pelos ensinamentos e por me apresentarem leituras tão valiosas.

A todos, meus sinceros agradecimentos.

“A prudência é a melhor
conselheira, diante da novidade”.
Geraldo Prado

SUMÁRIO

PREFÁCIO **15**

1. INTRODUÇÃO **17**

2. ESCORÇO SOBRE SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS E O PROCESSO PENAL BRASILEIRO **21**

3. PROCESSO PENAL E CONSENSO **27**

3.1. A JUSTIÇA NEGOCIADA E O PROCESSO PENAL BRASILEIRO 27

3.2. O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E A EXIGÊNCIA DE ASSUNÇÃO DE CULPA 32

3.2.1. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO 32

3.2.2. NATUREZA JURÍDICA DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL 33

3.2.3. A EXIGÊNCIA DA CONFISSÃO FORMAL E CIRCUNSTANCIAL NO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA 39

4. MECANISMOS DE CONTROLE **43**

4.2. A NECESSÁRIA LIMITAÇÃO DE ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO ANPP 45

4.3. A IMPORTÂNCIA DA ATUAÇÃO DA DEFESA TÉCNICA 47

4.4. CONTROLE JUDICIAL 50

5. O VALOR PROBATÓRIO DA CONFISSÃO DECORRENTE DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL **55**

5.1. O PROCESSO PENAL BRASILEIRO E A DESCOBERTA DA VERDADE 55

5.2. A CONFISSÃO COMO MEIO DE PROVA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO 61

5.3. RELAÇÃO ENTRE CONFISSÃO E OS MOMENTOS DA PERSECUÇÃO PENAL 66

5.4. O JULGADOR E A ATIVIDADE DE VALORAÇÃO DA CONFISSÃO EXTRAÍDA DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL 69

6. CONCLUSÃO **79**

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS **83**

PREFÁCIO

Direito é o espaço de regulação caracterizado pela conduta humana em interferência intersubjetiva, desde que seja valorável, conforme critério de justa medida. Essa definição, inspirada em Carlos Cossio, vai ao encontro do atributo da bilateralidade atributiva, descrita por Miguel Reale e que expressa a proporcionalidade como o elemento distintivo do Direito, relativamente a outras regras de conduta social.

Nesse contexto, o objeto do Direito tem o realce da relevância humana, disciplinando, para o futuro, condutas, órbita na qual se inserem - no horizonte atual do Direito Processual Penal - os espaços consensuais, mormente nas suas interseções entre a prova e o acordo de não persecução penal.

O Direito é, nesse passo, instrumental, com feições de meio comunicativo, de estimulante de reações sociais desejáveis, de processo destinado à adaptação social e de constrangimentos dogmáticos aos seus destinatários. Significa dizer que a cada introdução de vocábulos, de enunciados e de leis no ordenamento jurídico, nascem pontos de partida que criam, modificam e propagam a realidade jurídico-normativa.

Essa percepção lança um desafio que se coloca em permeio à teoria e à prática, entre o espaço da academia e àquele reservado ao Poder Judiciário. Consiste na construção de uma ponte, que se revela fecunda quando, de um lado, a teoria não se esgota em si mesma - mas proporciona melhores resultados por elucidar o fundamento e o percurso da aplicação do direito; e, de outro, quando a prática não se encerra no senso comum - porém a enlaça em bases firmes, com propósito informativo que permita o alcance de caracteres indispensáveis ao sistema jurídico individual e concreto, notadamente a cogência, a validade e a eficácia.

O livro que o leitor tem em mãos - que tive a honra de poder aquiescer imediatamente ao convite para prefaciá-lo -, sob o tema *A confissão no acordo de não persecução penal: entre a estratégia e o valor probatório*, de autoria de Tayná Lima Prado, logra reunir essas qualidades fundamentais.

Decerto, a obra foi produzida sob a lente cuidadosa dos estudos desenvolvidos por sua autora durante o Mestrado em Direito da Faculdade de Direito de Alagoas, alicerçado em nomes que vão de Geraldo Prado a Michele Taruffo, estabelecendo diálogo com referências obrigatórias, desde os clássicos aos juristas contemporâneos.

Outrossim, o texto do livro é fruto da simbiose cognitiva de quem, indo além das elucubrações que a Ciência do Direito lhe oferece, alinha a elas o que está no âmago do problema da interpretação do direito: o canon do juiz.

Agregando sua experiência de magistrada, a autora adentra, a partir da porta teórica, às questões mais sensíveis que dizem respeito ao acordo de não

persecução penal, em especial ao valor probatório da confissão que compõe, no plano da expressão do direito positivo, a sua estrutura.

Coroando as virtudes do texto que construiu, estão enlaçadas a experiência forense e maturidade intelectual que Tayná Lima Prado alçou, de um lado, enquanto Juíza de Direito vinculada ao Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, e, de outro, como estudiosa, Mestre e Especialista em Direito.

Por essas razões que recomendo fortemente a leitura deste livro, esperando que o leitor tenha o proveito e a satisfação que tive em acompanhar o êxito de suas ideias, submetidas que foram, originalmente, à brilhante defesa sustentada pela autora, perante exigente Banca Examinadora de Dissertação de Mestrado em Direito.

Recife, 18 de novembro de 2024.

ROSMAR RODRIGUES ALENCAR
Doutor em Direito pela PUC-SP.
Mestre em Direito pela UFBA.
Professor Adjunto da FDA-UFAL.
Juiz Federal.

1 INTRODUÇÃO

A inserção da justiça penal negocial no ordenamento jurídico pátrio encontra base de sustentação na própria Constituição Federal, que, em seu art. 98, I, anunciou a possibilidade de criação de juizados especiais, no âmbito dos quais a conciliação e a transação foram destacados como atos a serem adotados, sem que fosse feita distinção entre as esferas cível e criminal.

Desse modo, a Lei nº 9.099/95, Lei dos Juizados Especiais, passou a disciplinar esta temática, introduzindo e delineando o modelo brasileiro de justiça criminal negocial ou consensual, através dos institutos da composição civil, transação penal e suspensão condicional do processo.

No entanto, esses instrumentos processuais penais de negociação não exigem a confissão, ao contrário do que ocorre no âmbito do acordo de não persecução penal, e é justamente neste ponto que reside a necessidade de importante reflexão.

A confissão como condição para a concretização do acordo de não persecução penal nos remete a um paradoxo entre o eficientismo e o garantismo, pois, se de um lado a negociação reflete a celeridade processual e a otimização de recursos, por outro, apresenta uma flexibilização ou necessidade de renúncia a direitos fundamentais.

Para a avaliação desse risco, forçoso ponderar que o descumprimento das condições firmadas no acordo, por parte do investigado, implica na rescisão da composição, em eventual justificativa para o não oferecimento de suspensão condicional do processo e em oferecimento da denúncia.

Notável que, na hipótese de persecução judicial, a sua inauguração já contará com a confissão do acusado, realizada perante membro do Ministério

Público e submetida à avaliação de magistrado responsável pela homologação do acordo.

Nesse diapasão, a confissão, como condição para a concretização do acordo de não persecução penal, aguça a necessidade de avaliação se, quando realizada nesse contexto, ofende o postulado da presunção da inocência e, em caso negativo, qual o valor probatório que ela terá para a formação do convencimento do magistrado, na hipótese de, descumprido o acordo, ser demandado um provimento judicial em ação penal.

Embora já exista importante literatura sobre esta ferramenta consensual de solução de conflitos penais, ainda se faz necessário aprofundar os estudos sobre esta temática, especialmente no que diz respeito às consequências advindas de uma ação penal que se inaugura, pelo descumprimento de condições estabelecidas no acordo de não persecução penal.

Para subsidiar este estudo, três obras foram adotadas como pilares para a construção do pensamento: *Uma simples verdade – o juiz e a construção dos fatos*, de Michele Taruffo; *O direito de não produzir prova contra si mesmo*, de Maria Elizabeth Queijo e o *Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais,* de Geraldo Prado.

Esse trabalho, portanto, tem potencial para repercutir na atuação dos sujeitos processuais no âmbito do acordo de não persecução penal e dos atos processuais que, eventualmente, lhe seguirem, além de ser capaz de estimular uma reflexão mais aguçada sobre as consequências do acordo de não persecução penal.

Conscientes dos impactos que o descumprimento do acordo de não persecução penal pode ocasionar a um processo penal, os defensores (advogados e defensores públicos) poderão avaliar de forma mais atenta e estratégica a viabilidade de negociar com o Ministério Público e firmar o acordo de não persecução penal.

Na perspectiva do Ministério Público, este estudo é capaz de despertar a reflexão sobre o modo de atuação, quando das tratativas para o estabelecimento do acordo de não persecução penal, a fim de que seja adotada uma posição cada vez mais atenta ao acautelamento dos direitos e garantias fundamentais do investigado, bem como sobre ferramentas que podem ser empregadas, a fim de otimizar a qualidade probatória da confissão alcançada no bojo do acordo, tendo em vista a possibilidade de, no futuro, em caso de inauguração de ação penal, utilizá-la para aprimorar seu arcabouço probatório, ante o ônus que lhe incumbe de demonstrar, por meio de provas, aquilo que alega, alcançando êxito na sua pretensão acusatória.

Para os magistrados, a consciência sobre os impactos que o acordo de não persecução penal pode trazer à ação penal estimula que a atividade de avaliação do acordo para homologação seja realizada com atenção e cautela, a fim de colher as informações necessárias para constatar se os contornos legais e as garantias constitucionais foram observadas e, ao mesmo tempo, não adentrar em matéria que não lhe é dado conhecer naquele momento: o conteúdo da confissão. Por outro norte, proporciona uma valoração mais racionalizada da prova, conferindo à confissão

advinda do acordo de não persecução penal o peso que lhe é adequado, tendo em vista o contexto em que é amealhada.

Visando alcançar uma conclusão segura, especialmente acerca do valor probatório da confissão decorrente do acordo de não persecução penal, o estudo será iniciado com a apresentação de um escorço sobre os sistemas processuais penais e o processo penal brasileiro. Em seguida, será delineado os contornos dos espaços de consenso no âmbito do processo penal brasileiro e, de forma mais específica, será realizado um delineamento sobre o acordo de não persecução penal, com a pormenorização das exigências legais para a sua concretização e a definição de sua natureza jurídica.

Firmadas estas compreensões, se adentrará na análise específica da exigência da confissão formal e circunstancial, oportunidade em que será avaliada a sua adequação em relação ao princípio da presunção da inocência.

Em seguida, será especificada a necessidade de concretização de mecanismos de controle, minudenciando cada um deles, a partir da atuação de cada sujeito processual: promotores de justiça, advogados, defensores públicos e magistrados.

Estabelecido o papel e a responsabilidade de cada sujeito para a perfectibilização do acordo de não persecução penal, será iniciada a avaliação sobre o valor probatório da confissão decorrente do acordo de não persecução penal.

Para tanto, será realizada uma abordagem sobre o conceito de verdade no contexto do processo penal, bem como um exame sobre a confissão como meio de prova no processos penal brasileiro, distinguindo suas nuances em relação a cada momento da persecução penal, para, por fim, estabelecer o valor probatório da assunção de culpa alcançada no ambiente do acordo de não persecução penal.

2 ESCORÇO SOBRE SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS E O PROCESSO PENAL BRASILEIRO

2.1. DO MISTICISMO AO SISTEMA ACUSATÓRIO

O estudo dos sistemas processuais perpassa por uma análise histórica, pois o Direito é um objeto cultural, criado pelo homem, na medida em que vive em comunidade. Essa vivência passa por transformações, que decorrem tanto de condições demográficas, como da forma em que o poder é exercido.

Sobre a relação entre Direito e História, Geraldo Prado assinala que todos os povos estão em contínua transformação e que a capacitação dos indivíduos permite a tomada de consciência e a libertação de preconceitos, fazendo perceber o que de latente se encontra no conjunto das relações sociais (PRADO, 2005).

Desta compreensão, portanto, é possível afirmar que, a partir dos estudos da História, pode-se encontrar a motivação ou a origem de comportamentos, que se estruturam e ultimam sistemas.

É certo, porém, que as passagens de um estágio histórico não ocorrem de forma linear, como a progressão do tempo pode fazer crer, tampouco se concretizam de modo absoluto e universal. Marcos históricos prestam-se, apenas, para situar períodos e viradas de pensamentos ou comportamentos, mas não para estabelecer que a partir dele houve uma alteração uniforme, universal e absoluta. Assim, o novo estágio carrega consigo marcas do antigo, sem que haja uma dissociação plena, mas um processo mutacional ou de conversão.

Sobre marcos históricos, Michele Taruffo elege o ano de 1215 como de grande importância, por ter estabelecido "(...) uma conjuntura particular no curso de um desenvolvimento histórico muito significativo para a história dos sistemas probatórios de *civil law* e *common law"* (TARUFFO, 2016). Segundo as lições deste

autor, este marco temporal revela uma transição do misticismo para o racionalismo, no âmbito da descoberta da verdade sobre os fatos de uma causa submetida a julgamento.

Michele Taruffo conta que os povos bárbaros, quando ingressaram no Império Romano do Ocidente, levaram consigo tradições e costumes jurídicos, dentre os quais se destaca a prática dos ordálios, que consubstanciavam um sistema probatório que servia tanto para as soluções de conflitos civis, quanto penais.

Os ordálios não se resumem a uma única prática, mas a uma variedade de técnicas, sendo que a mais comum era o duelo judicial, em que as partes se confrontavam perante os juízes. A solução se estabelecia na convicção e premissa de que Deus não permitiria a vitória do culpado, evidenciando, por meio do resultado do duelo, a inocência e a culpabilidade dos sujeitos, que a ele se submeteram.

Trata-se de um juízo divino, fundado num ato de fé, que guardava inequívoca coerência com a realidade daquele povo e daquela época, isto é, com o contexto cultural e histórico vivido.

> "(...) os ordálios podem parecer *culturalmente* racionais, no sentido de que eram coerentes com a cultura dos contextos sociais circundantes. Naqueles tempos, a vida cotidiana das pessoas era dominada pelo sangue e pela violência e estava profundamente imersa em um mundo místico repleto de milagres, santos, demônios, bruxas e magos: em uma cultura desse gênero, dominada pelo *enchantment*, a convicção de que o divino pudesse desempenhar um papel importante na determinação da vida dos seres humanos podia parecer profundamente justificada" (TARUFFO, 2016).

Por óbvio, conforme conclui Geraldo Prado, quanto mais simples, rude e incipiente for a sociedade, menos sistematizadas serão as formas de solução dos conflitos de interesses penais, havendo uma forte relação entre direito, moral e religião. Por outro lado, o aperfeiçoamento da organização social, somada a uma consciência da necessidade de estruturação de plataformas de resolução de conflitos, ocasionam a contínua sistematização dos métodos de implementação do Direito Penal.

Nessa perspectiva, a evolução social ensejou a transição desses meios de decisão fundados na fé, para sistemas probatórios mais modernos e racionais. O despontar desta atividade mais racionalizada para o alcance da verdade foi verificada ainda na Idade Média, o que denota, conforme anotado por Michele Taruffo, que os séculos definidos como de trevas, não foram tão obscuros como anunciados.

> "Sob a crescente influência das culturas laica e jurídica, a confiança na justiça dos resultados dos ordálios e a convicção de que Deus pudesse estar diretamente envolvido nas questões humanas eram cada vez menos comuns. De resto, resultava claro que os ordálios eram teologicamente discutíveis porque

> desafiavam Deus em matérias nas quais, ao invés disso, deveria ser usada a razão humana" (TARUFFO, 2016).

Essa transição, então, despontou a inquisição. No sistema inquisitorial, as funções de acusar, defender e julgar se concentravam em um único sujeito, o juiz acusador ou inquisidor, cuja atividade visava o alcance da verdade real dos fatos.

Desse modo, evidencia-se que não havia um ambiente dialógico, tampouco de contraditório e ampla defesa. Ao contrário, a relação que se estabelecia era hierárquica e linear entre inquisidor e acusado, sendo os atos do processo escritos e sigilosos. O acusado se apresentava como fonte detentora da verdade, o que enaltecia a atividade persecutória do juiz inquisidor sobre este, que representava o mais importante objeto de prova.

A busca pela verdade real, combinada com a compreensão de que o réu era a principal fonte de prova, tornava a confissão o grande propósito da persecução penal e justificava a utilização de práticas como a tortura, o que denota tratar-se de um sistema divorciado dos ideais do Estado Democrático de Direito.

Seguindo a linha evolutiva da solução de conflitos penais, passou-se ao sistema acusatório, que teve seu berço, conforme a história mais conhecida, na Grécia e Roma. No âmbito destas civilizações, o modelo acusatório não se concretizou de forma idêntica, possuindo ponto de correspondência na separação de funções, de modo que os papéis de acusador e julgador passaram a ser exercidos por pessoas distintas.

A ideia de sistema acusatório se assenta na forte distinção entre os papéis dos sujeitos processuais, sem a interferência de um na esfera de atuação do outro. Nessa distinção, a atuação do juiz é sempre o tema evidenciado, pois constitui o ponto nodal de diferenciação entre os sistemas inquisitório e acusatório.

No primeiro, o julgador se imiscuía na atividade acusatória. A busca da verdade real era o grande propósito do processo penal e a justificativa constante para a complacência à violação de regras e de direitos. Já no segundo, abandona-se a utopia da busca da verdade real e o magistrado adota uma posição de equidistância em relação às partes. As regras processuais são muito mais do que a fixação de um procedimento a ser seguido, mas o estabelecimento de garantias e de limitação do poder estatal.

Pontes de Miranda, em notável posicionamento sobre o tema, dispôs que "(...) o processo criminal reflete, mais do que qualquer outra parte do direito, a civilização de um povo (...) onde o processo é inquisitorial, a civilização está estagnada ou rola em decadência. Onde o processo é acusatório, com defesa fácil, a civilização está a crescer e aperfeiçoar-se" (MIRANDA, 1979).

Sobre a atuação do magistrado no âmbito do sistema acusatório, verifica-se, na literatura, compreensões diversas, no que diz respeito à inércia do julgador. Há aqueles mais rigorosos, a exemplo de Geraldo Prado e Aury Lopes

Junior que, sequer, admitem a atuação probatória complementar do magistrado; e outros, como Marcos Zilli e Afrânio Silva Jardim, que fazem um temperamento dessa inércia judicial.

A possibilidade de prolação de sentença penal condenatória, diante de manifestação absolutória do Ministério Público, quando das alegações finais, também é ponto de dissenso, havendo aqueles que entendem pela impossibilidade e outros pela inexistência de vinculação, já que a manifestação final do Ministério Público consiste em mera opinião.

Verifica-se, dessa forma, que, mesmo sob os contornos do sistema acusatório, há compreensões diversas, especialmente sobre a atividade do julgador no processo penal. Já no que diz respeito às partes, a ideia de conflituosidade e de antagonismo de posições é marca latente, estabelecendo-se a necessidade de debate entre elas, cabendo à acusação demonstrar, por meio de provas, a procedência da denúncia, ao passo que, à defesa, recai a presunção de inocência.

Conforma-se, assim, como característica marcante do sistema acusatório os limites de atribuições e de atividade de cada sujeito processual, consubstanciando o que Geraldo Prado denomina de estatuto do juiz e das partes.

2.2. O CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO E SUA IDENTIDADE

O Código de Processo Penal Brasileiro data de 1941, época em que o Brasil vivenciava a experiência do Estado Novo, regime totalitário, que compôs a denominada Era Vargas. O caráter conservador e reacionário que caracterizava este período pode ser identificado nas normas jurídicas editadas sob sua égide, a exemplo do Código de Processo Penal.

A legislação processual de 1941 teve como um de seus principais idealizadores Francisco Campos, um exaltador de figuras ligadas a regimes totalitários de índole nazifascista. A inspiração legislativa no fascismo é tão evidente, que a indicação ao Código Italiano, vigente na era Mussolini, é expressamente realizada na exposição dos motivos do Código de Processo Penal brasileiro, que, aliás, vige até os dias atuais.

O Estado Novo chegou ao fim e novos períodos o sucederam. Experimentamos momentos liberais, mas conhecemos o doloroso e lastimável período da ditadura militar, que, felizmente, foi superado por período democrático, consagrado com a edição da Carta Constitucional de 1988. Surpreendentemente, porém, o Código de 1941 sobreviveu ao tempo e, sobretudo, às mais diversas Constituições, seja de perfil ditatorial ou democrático.

Sob a égide da Constituição Federal de 1988, o Código de Processo Penal, marcado por evidentes traços inquisitoriais, precisou passar por uma releitura.

Isso porque, ao prever em seu art. 129, I, que a ação penal pública deve ser promovida, privativamente, pelo Ministério Público, a Carta Democrática deixou nítida a adesão de nosso ordenamento jurídico ao sistema acusatório.

E, seguindo este viés, diversas legislações foram editadas, a fim de adequar o Código de Processo Penal ao espectro acusatório, sendo a mais sensível delas advinda com a lei 13.964/19, popularmente conhecida como Pacote Anticrime, que, expressamente, filiou o processo penal brasileiro ao sistema acusatório, introduzindo na lei processual o art. 3º-A, que dispôs que "o processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação".

A lei 13.964/2019 é de intensa relevância para a conformação dos contornos do sistema adotado pelo ordenamento processual penal brasileiro, pois, além de estabelecer expressamente a estrutura acusatória, criou importantes institutos e procedimentos no âmbito do processo penal, a exemplo do juiz das garantias e do acordo de não persecução penal.

Esta legislação foi alvo de importante debate jurídico, especialmente diante da propositura das ADIs 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, pela Associação dos Magistrados Brasileiros, outras associações de classes e partidos políticos, cuja relatoria foi atribuída ao Ministro Luiz Fux. As ações foram submetidas ao Supremo Tribunal Federal em 2019 e teve seu julgamento concluído e proclamado em 24 de agosto de 2023, com a procedência parcial dos pedidos.

Durante este interstício, a aplicação da figura do juiz das garantias foi sustada por cautelares concedidas no bojo das ações e agora, com o julgamento final, foi estipulado prazo de 12 meses, para que os Tribunais de Justiça de todo país adequassem suas leis de organização judiciária, para a efetiva implantação e efetivo funcionamento do juiz das garantias. Previu-se, ainda, que esse prazo pode ser alargado por mais 12 meses, mediante devida justificativa, em procedimento realizado junto ao Conselho Nacional de Justiça.

Com o julgamento das referidas ações constitucionais, as prescrições legislativas sofreram ajustes decorrentes do exercício do controle de constitucionalidade, realizado pela Suprema Corte de nosso país. A decisão proferida nas mencionadas ações diretas de inconstitucionalidade alberga questões de grande impacto ao processo penal como um todo, mas algumas delas se destacam no que diz respeito ao papel do juiz no âmbito do processo penal e, por ter pertinência com o presente estudo, merecem ser relevadas.

Embora tenha reconhecido a constitucionalidade do nosso sistema como acusatório, o Supremo Tribunal Federal entendeu que não se pode vedar, ao juiz, a atuação probatória, quando esta seja necessária para dirimir dúvida sobre questão relevante para o julgamento do mérito da ação. Além disso, apesar de reconhecer que o Ministério Público é o condutor da investigação penal, estabeleceu que o controle desta atividade deve ser realizado pelo Poder Judiciário, que deve ter

conhecimento de todos os procedimentos de investigação criminal, ainda que tenham outra denominação.

No que atine ao exercício do contraditório, o texto legislativo anunciou a necessidade de oitivas de ambas as partes antes da tomada de decisões sobre medidas cautelares, prorrogação de prisão provisória e produção antecipada de provas, por meio de audiências públicas e orais. A Suprema Corte, contudo, por meio de interpretação conforme, compreendeu que não há uma cogência na realização do contraditório, por meio de audiências públicas e orais, indicando que esta via deve ser tida como preferencial, tão somente, e, considerou que este contraditório pode ser diferido ou não ser realizado, quando houver risco ao processo.

As alterações legislativas e interpretativas vividas pelo Código de Processo Penal brasileiro justificam a sua sobrevivência ao longo do tempo e das constituições. Por essa razão, há quem compare, a exemplo de Aury Lopes Júnior, o Código de Processo Penal Brasileiro a uma colcha de retalhos. De fato, analisando os dispositivos da referida Lei Processual, é possível identificar adequação à estrutura acusatória, mas, ainda, comandos normativos com evidente viés inquisitorial e, também, regras que albergam e consolidam vias consensuais de solução de conflito penal.

A composição da legislação processual penal brasileira denota uma complexidade, que inviabiliza a identificação de um perfil puro, o que, aliás, não é uma peculiaridade do Brasil, mas dos ordenamentos jurídicos das mais diversas nações. Isso porque, diante do intercâmbio mundial de ideias e experiências, intensificado pela globalização, dificilmente evidenciaremos um sistema puro. A introdução de institutos inerentes a um sistema jurídico por outro tem acontecido de maneira inegável e, embora retirem-lhes a pureza, não os desnaturam.

No processo penal brasileiro, a absorção de institutos de solução consensual de conflitos penais ilustra este movimento de reciprocidade entre os sistemas. Assim, a ideia de consenso no âmbito do processo penal, que se identificava com o perfil de ordenamento de tradição anglo-saxão, passou a ocupar assento nos processos de matizes romano-germânica[1], como é o caso do brasileiro.

Este movimento de incorporação de institutos de um sistema por outro é irreversível e global, mas não é suficiente, contudo, para negar a classificação do processo penal brasileiro como predominantemente acusatório.

[1] No ordenamento italiano, art. 444 do *Codice di Procedura Penale* está prevista a possibilidade de aplicação de pena em decorrência de acordo celebrado entre as partes.

3 PROCESSO PENAL E CONSENSO

3.1. A JUSTIÇA NEGOCIADA E O PROCESSO PENAL BRASILEIRO

O consensualismo no âmbito do processo penal não é novidade para o Direito brasileiro. Embora introduzido de forma incipiente em 1995, através da Lei 9.099, já encontrava respaldo na principal lei de nosso país: a Constituição Federal de 1988.

A ênfase dada ao consensualismo no âmbito do processo penal decorre do fato de constituir mecanismo típico de ordenamentos de origem anglo-saxã[2], quando o nosso corpo normativo é tradicionalmente vinculado ao perfil romano-germânico. Os perfis romano-germânico e anglo-saxão sempre foram apresentados de forma antagônica. Enquanto o primeiro é marcado pelo normativismo, o segundo se caracteriza por basear-se nos costumes e na jurisprudência.

Os países que adotam o modelo romano-germânico costumam ser identificados como adotantes do *civil law*. Já os de tradição anglo-saxã, são tratados como aplicadores da *common law.*

Atualmente, os ordenamentos não adotam esses modelos de forma pura. Ao contrário. Assim como se verifica um avanço de regulamentações e criações legislativas em países de tradição anglo-saxã, também se observa a forte

[2] O modelo norte-americano de justiça penal negociada possui grande relevância por ter inspirado espaços de consenso no âmbito do processo penal latino-americano e europeu. O *plea bargain,* por exemplo, constitui uma das espécies mais usuais de solução consensual de conflito penal e pode se consolidar de duas formas: *charge bargaing* ou *sentence bargaing.* No primeiro, a contribuição do acusado repercute na imputação do crime (enseja a exclusão de uma ou mais imputações ou a acusação por delito menos grave). Já o *sentence bargaing* se ultima diretamente na pena, com a aplicação de penalidade mais reduzida (ANDRADE, 2018).

influência dos costumes, especialmente da jurisprudência, no âmbito dos ordenamentos de raízes romano-germânicas.

Assim, a presença de institutos, genuinamente relacionados a um modelo, em outro, não pode ser visto com estranhamento, posto tratar-se de um movimento natural, decorrente do estreitamento de contatos e das relações entre os povos.

No entanto, a recepção de institutos típico de um modelo, por outro de matizes diversas, demanda a avaliação de sua congruência ou a sua adaptação ao corpo de leis que o recebe, a fim de que a ideia de sistema[3] e, portanto, a unidade e coesão do ordenamento jurídico receptor seja mantida.

Sobre esta perspectiva, duas terminologias merecem destaque: transplante e tradução. A primeira constitui termo utilizado por Allan Watson para definir o movimento de admissão de normas ou ideias de um sistema jurídico, por outro. Já a tradução, ideia difundida por Maximo Langer, dispõe sobre o acolhimento de normas ou ideias de um sistema jurídico por outro, porém com a ocorrência de adaptações.

Desse modo, enquanto o transplante refere-se à simples assimilação de institutos, sem qualquer alteração de sua disposição, a tradução denota um movimento de recepção, mas com a realização de ajustes, a fim de que ocorra um amoldamento do instituto alienígena aos contornos do sistema receptor.

Os estudos sobre a introdução do consensualismo no âmbito do processo penal brasileiro têm se intensificado, mormente diante da criação de novas categorias de solução consensual de conflitos e da sua interferência em direitos e garantias, cuja disponibilidade, antes, não era matéria de tantas discussões.

Assim, considerando que o processo penal brasileiro tem se vinculado ao sistema acusatório, faz-se importante avaliar a compatibilidade destes novos meios de solução de conflitos penais com os contornos da estrutura adotada. O consenso, como solução de conflitos no âmbito penal, constitui uma experiência de ordenamentos jurídicos de tradição anglo-saxônica, a exemplo do *plea bargain*, nos Estados Unidos.

Ocorre que, já há algum tempo, países de tradição romano-germânica tem incorporado este mecanismo de solução de conflito em suas legislações processuais penais[4]. A explicação para este intercâmbio de elementos entre sistemas

---

[3] Sobre a noção de sistema, o processualista Rosmar Rodrigues Alencar ensina que *"(...) De uma parte, o ordenamento jurídico é o conjunto de enunciados linguístico-jurídicos postos, em sua forma bruta, que servem de ponto de partida para a construção de normas. De outra vertente, o sistema jurídico é a descrição escalonada do ordenamento jurídico em sua forma normativa, o que significa dizer que é o resultado da interpretação dos enunciados linguístico-jurídicos de forma organizada, com pretensão de completude e coerência, inclusive com definição precisa de sua forma de produção"* (ALENCAR, 2016).

[4] "Enquanto, nos Estados Unidos, a solução alternativa pela transação penal é antiga, a afirmação de uma cultura processual alternativa, na Europa continental e nos países da América Latina, é recente e vem se concretizando pela aceitação de algumas ideias fundamentais: o abandono do mito do modelo procedimental único; a flexibilização das estruturas procedimentais; e a atenuação da exigência de pleno garantismos" (FERNANDES, Antonio Scarance. Teoria Geral do procedimento e o procedimento no processo penal. São Paulo: RT, 2005. p. 180-181).

normativos com bases tradicionalmente antagônicas é, justamente, a globalização, a aproximação das pessoas, das relações jurídicas e das ideias.

Não é crível que, em nossa realidade, um ordenamento se apresente relacionado a um modelo de forma pura e estanque. A incorporação de elementos é algo que deve ser visto sem estranheza, embora deva ocorrer de forma prudente e bastante cautelosa. Aliás, conforme preceitua Geraldo Prado, "a prudência é a melhor conselheira diante da novidade".

Buscando as origens do consensualismo, Marcos Zilli[5], no artigo *Tudo que é sólido desmancha no ar*, menciona estudos realizados por Máximo Langer, publicado em Harvard International Law Journal, em que, após monitorar 60 ordenamentos jurídicos, concluiu como termo inicial do que denomina de revolução negociada do processo penal, o início da década de setenta do século passado.

Vinicius Gomes de Vasconcelos, em obra destinada ao estudo do acordo de não persecução penal, faz um importante apontamento de marcos normativos, que ensejaram ou estimularam os espaços de consenso no processo penal de diversos ordenamentos jurídicos.

Aponta a Reunião de Helsinque de 1986 como marco universal em prol de institutos de consenso e de flexibilização do princípio da obrigatoriedade. Conforme as explicações do autor, este marco determina o fomento à abstenção do exercício da ação penal e estabelecimento de meios alternativos ao processo e à pena.

Outro marco normativo de relevo indicado por Vinicius Gomes de Vasconcelos é a Resolução 45/110 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 14 de dezembro de 1990 (conhecida como Regras de Tóquio). Essa resolução estabelece requisitos mínimos para a elaboração de penas não privativas de liberdade e sugere, utilizando critérios utilitaristas, a retirada de acusação em casos de baixa gravidade.

No âmbito latino-americano, mais especificamente, Vasconcelos assinala como marco o Modelo de Processo Penal para Ibero-América. Resume, o autor, que este texto foi desenvolvido por pesquisadores do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual, tendo sido apresentado em 1988. Dispõe que este documento releva o consenso e a assunção da culpa, com claro incentivo de introdução e expansão da justiça criminal negocial nos corpos normativos de processo penal da América Latina.

Também são evidenciados pelo autor, a Convenção de Palermo e a Convenção de Mérida. Ambas produzidas no âmbito da Convenção das Nações Unidas, a primeira é direcionada ao trato do crime organizado transnacional e propõe medidas para intensificar a cooperação dos acusados com as autoridades, a fim de

[5] ZILLI, Marcos. Tudo que é sólido desmancha no ar. Do processo penal disputado à revolução consensual. Presente, passado e futuro do processo penal brasileiro. *In:* Código de Processo Penal: estudos comemorativos aos 80 anos de vigência: volume 1. Coordenação: Guilherme Madeira, Gustavo Badaró e Rogerio Schietti Cruz. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. (p. 71-100)

que se concretize a aplicação da lei. Já a segunda, é direcionada a ações contra a corrupção, reiterando o incentivo ao consenso no processo penal.

Estas convenções ganham destaque no âmbito nacional, pois foram invocadas pelo Supremo Tribunal Federal como argumento garantidor da constitucionalidade do instituto do acordo de colaboração premiada, no âmbito da ADI 5508/DF, cujo relator foi o Ministro Marco Aurélio, que destacou que a Convenção de Palermo foi aprovada pelo Congresso Nacional pelo Decreto Legislativo nº 231/03 e incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004 e a Convenção de Mérida foi aprovada pelo Congresso Nacional pelo Decreto Legislativo nº 348/05 e incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006.

Marcos Zilli pontua que "o movimento de incorporação das vias consensuais é abrangente, consistente e irreversível" (ZILLI, 2021. p. 71-100), atribuindo este fenômeno à globalização e ao compartilhamento de experiências entre profissionais da área jurídica e estudiosos.

Destaca, também, o crescimento dos espaços de consenso em processos filiados à tradição romano-germânica, apontando, porém, que a diferença na assimilação deste fenômeno pelos ordenamentos jurídicos reside na "intensidade e na abrangência das formas consensuais, bem como ao papel que é reservado aos sujeitos do processo nas novas dinâmicas de gestão do conflito penal" (ZILLI, 2021).

Justificando as razões do acolhimento da solução consensual de conflitos penais por ordenamentos que, até então, eram resistentes à relativização da obrigatoriedade da ação penal, Marcos Zilli faz a seguinte reflexão:

> "(...) a inaptidão das formas tradicionais revela o esgarçamento e a inviabilidade de um projeto de Justiça Penal fundado na missão hercúlea da compulsoriedade da ação penal. O reconhecimento de novas e complexas dinâmicas criminais, o alargamento do Direito Penal como resposta imediatista ao fenômeno da violência urbana, a deficiência das estruturas persecutórias e a crescente complexidade de formas processuais, cada qual a seu grau contribuíram para a cristalização de sentimentos de insatisfação com as formas persecutórias tradicionais. Assim, a fixação de mecanismos alternativos de solução do conflito penal acena com esperança de novos flancos de enfrentamento da criminalidade. Eficiência e pragmatismo são as palavras de ordem". (ZILLI, 2021).

No Direito Brasileiro, a possibilidade de solução de conflitos penais pela via consensual ou negocial foi anunciada pela própria Constituição Federal em seu art. 98, I. Esse dispositivo apregoou a possibilidade de criação dos juizados especiais, no âmbito dos quais a conciliação e a transação se apresentam como medidas estimadas para a solução de conflitos.

Apesar de a Constituição Federal autorizar a utilização da via consensual para a solução de demandas penais desde 1988, apenas em 1995 a legislação brasileira efetivou essa possibilidade. A Lei 9.099/95, responsável por esta relevante inovação no direito pátrio, permitiu a utilização de vias consensuais para delitos que classificou como de menor potencial ofensivo, quais sejam, as contravenções penais e os crimes, cuja pena máxima cominada em abstrato não ultrapassa 02 (dois) anos.

Os institutos consensuais albergados por esta lei são, além da composição civil, a transação penal e a suspensão condicional do processo. Para este último, a lei ressalvou a possibilidade de sua aplicação para delitos com pena mínima igual ou inferior a 01 (um) ano, ainda que a pena máxima supere o limite de 02 (dois) anos.

Nem a transação, nem a suspensão condicional do processo exigem confissão como condicionante para a efetivação do acordo, tampouco constituem afirmação estatal sobre a responsabilidade penal do suposto autor do fato delituoso.

O consenso no direito processual penal brasileiro, no entanto, não adotou apenas esta roupagem. Leis posteriores acrescentaram ao nosso ordenamento outros mecanismos de resolução consensual de conflitos penais: a colaboração premiada (Lei 12.850/2013) e o acordo de não persecução penal (Lei 13.964/2019).

Por não ser objetivo deste trabalho, não iremos nos aprofundar na análise de todos estes institutos, porém, deve-se destacar que estes dois últimos guardam peculiaridades que nos encaminham para uma faceta mais aguda do consensualismo no âmbito do direito brasileiro. Isso porque, além de ampliar os espaços de consenso para um maior número de delitos, atingiu crimes de gravidade maior do que até então era alcançado pelos institutos consensuais.

E não foi apenas isso, as novas ferramentas consensuais incluíram nas tratativas a possibilidade de disposição de direitos e garantias que até então não eram afetados, o que se evidencia com a exigência de confissão formal e circunstancial prevista no bojo do acordo de não persecução penal (art. 28-A, caput, CPP) e com a renúncia ao direito ao silêncio na colaboração premiada.

Por óbvio, o perfil consensual a que o Direito brasileiro tem mostrado aderência, desperta a atenção e a preocupação de muitos estudiosos, a exemplo de Geraldo Prado, Vinicius Gomes de Vasconcelos, Rosmar Rodrigues Alencar e outros. Receia-se que se consolide uma supervalorização de escolhas táticas, comprometendo a essência do processo penal, que é o de instrumento de limitação do poder punitivo estatal.

Assim, seguindo o conselho de Geraldo Prado de que “a prudência é a melhor conselheira diante da novidade”, mas sem perder de vista o prenuncio de Marcos Zilli de que “o movimento de incorporação das vias consensuais é abrangente, consistente e irreversível”, temos que concretizar os espaços de consenso no âmbito do processo penal, sob um controle judicial efetivo e seguro, evitando generalizações e despontando a necessidade e importância da defesa técnica neste ambiente e nos atos que lhe antecedem.

3.2. O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E A EXIGÊNCIA DE ASSUNÇÃO DE CULPA

3.2.1. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO

O acordo de não persecução penal foi introduzido no Código de Processo Penal pela Lei 13.964 de 2019, através do art. 28-A do referido Diploma Processual. Trata-se de uma ferramenta de justiça negociada no âmbito processual penal, que tem ganhado espaço nos ordenamentos jurídicos de tradição romano-germânica, mas que já se encontra em níveis bastante avançados no direito anglo-saxão.

O acordo de não persecução penal consiste em uma opção assegurada ao investigado de não ser submetido a uma ação penal, desde que, para tanto, cumpra algumas condições, que decorrem de um ajuste de vontades entre o Ministério Público e o investigado, que, necessariamente, deve estar acompanhado de uma defesa técnica.

Esta ferramenta consensual não é aplicada em todo e qualquer caso, mas apenas nas hipóteses em que a infração penal investigada tenha ocorrido sem violência ou grave ameaça à pessoa e que, no preceito secundário da norma que a tipifica, a pena mínima seja inferior a 04 (quatro) anos[6]. Além desses critérios, a norma jurídica estabelece que para a proposta de acordo, o Ministério Público deve averiguar não ser caso de arquivamento e compreender que a resolução consensual do caso é suficiente e necessária para a reprovação e prevenção do crime. Da parte do investigado, faz-se necessário que ele confesse formal e circunstancialmente a prática delitiva.

Ademais, o acordo de não persecução penal não pode ser firmado: a) quando for cabível transação penal; b) quando o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas; c) quando tiver sido o agente (investigado) beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; d) nas hipóteses de crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino.

Como condições, que podem ser aplicadas cumulativamente, a lei prevê as seguintes: a) reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo; b) renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; c) prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima

[6] O §1º do art. 28-A do CPP dispõe que para aferição da pena mínima cominada ao delito devem ser consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto.

cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); d) pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; e) cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

Quanto à forma, a norma jurídica que disciplina o acordo de não persecução penal estabelece algumas exigências. A composição deve ser formalizada por escrito e assinada pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e pelo defensor deste. Em seguida, este ato deve ser submetido ao crivo judicial, que designará uma audiência para a verificação da legalidade do ato e averiguação da voluntariedade da aquiescência por parte do investigado.

A atuação do juiz é essencial para a efetivação do acordo. Caso considere inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas, devolverá o procedimento ao Ministério Público, para que seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e do seu defensor. Por outro lado, constatada a legalidade e voluntariedade, o acordo será homologado e submetido à execução.

O descumprimento das condições estipuladas no acordo deve ser comunicado, pelo Ministério Público, ao Juízo, que providenciará a rescisão, a fim de que a denúncia possa ser oferecida. Por outro lado, cumprido integralmente o acordo de não persecução penal, o juízo competente decretará a extinção de punibilidade do agente, que não contará com nenhuma anotação nos registros de antecedentes criminais, exceto para a hipótese de não ser beneficiado nos próximos 05 (cinco) anos com o mesmo instituto.

3.2.2. NATUREZA JURÍDICA DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Embora o conceito de negócio jurídico tenha sido construído no campo do direito privado, seu significado transcende este espectro, expressando uma compreensão lógico-jurídica aplicável a qualquer outro ramo do direito.

Assim, antes de ser um conceito utilizado pelo direito privado, constitui um instituto do Direito, cujo emprego não pode ser monopolizado por nenhuma seara. Trata-se, portanto, de um conceito jurídico fundamental relacionado à Teoria Geral do Direito.

À luz desta compreensão, é possível aplicar os contornos do conceito de negócio jurídico para relações jurídicas firmadas no âmbito do processo penal, guardadas as peculiaridades desse ramo do direito, pois, conforme ensina o

processualista Pedro Henrique Nogueira, “aos diversos setores do ordenamento jurídico, caberá impingir-lhe a feição que se repute mais adequada em função dos valores historicamente eleitos pela comunidade” (NOGUEIRA, 2020).

De acordo com as lições do Professor Marcos Bernardes de Mello, o conceito de negócio jurídico se alicerçou em parâmetros ideológicos do Estado liberal, cuja principal característica era a liberdade do indivíduo perante o Estado. Nesse plano, a autonomia da vontade adquiriu intenso destaque, ao ponto de a doutrina ver, no negócio jurídico, um ato de autonomia de vontade ou autonomia privada.

O elemento vontade, aliás, possui repercussão diferente no âmbito do ato jurídico em sentido estrito e do negócio jurídico. Estes, espécies do ato jurídico em sentido lato, que, portanto, se apresenta como gênero.

No ato jurídico em sentido estrito, a vontade não interfere nos efeitos decorrentes do ato jurídico, posto já estarem pré-estabelecidos na norma, consubstanciando uma consequência necessária. Já no negócio jurídico, a vontade é elemento relevante, pois repercute também em seus efeitos.

Essa potencialização do valor atribuído ao elemento volitivo amparou a doutrina de Hans Kelsen sobre este tema, que passou a atribuir caráter normativo ao negócio jurídico, que, portanto, seria fonte das denominadas normas jurídicas individuais.

Sobre essa compreensão, o Professor Marcos Mello edificou importante crítica. Sem retirar a importância do elemento vontade, o mencionado professor apresenta um raciocínio capaz de alocá-lo devidamente. Com clareza e objetividade que justifica a transcrição, o autor dispõe que:

> “(...) a juridicidade somente existe por força da incidência de norma jurídica sobre os fatos da vida que ela própria define como sendo seu suporte fáctico. Sem a definição normativa não há de falar-se em fato jurídico. Nada no mundo é jurídico por si” (MELLO, 2019).

E, em seguida, conclui, alocando o elemento vontade no âmbito do negócio jurídico:

> “(...) no negócio jurídico, a exteriorização da vontade tem a única função de compor o seu suporte fáctico para criá-lo, jamais podendo ela própria ser considerada o negócio jurídico” (MELLO, 2019).

Por essa lição, é possível alcançar três basilares compreensões: 1) que a norma jurídica existe prevendo uma hipótese; 2) que, no mundo fático, um acontecimento pode ocorrer em coincidência com os contornos da hipótese contida na norma jurídica, consubstanciando o suporte fático; 3) que o exercício de

correspondência ou incidência da norma jurídica no suporte fático, o atrai para o mundo jurídico, transformando-o em fato jurídico, cujos efeitos são aqueles estritamente previstos na norma jurídica, de modo que nenhum outro fator pode ampliá-lo, reduzi-lo ou eliminá-lo.

Os efeitos do fato jurídico constituem uma escolha jurídica e legislativa, de modo que, para conhecê-los, faz-se necessário analisar o que prescrevem as normas jurídicas. Assim, não há efeito jurídico que advém da vontade, tão somente, mas do fato jurídico. Desse modo, no negócio jurídico, a vontade não cria efeitos, sendo um elemento previsto e regulado pelas normas jurídicas, que podem conferir maior ou menor margem de liberdade de escolha (exercício da vontade).

Citando Santoro Passarelli, Marcos Mello distingue a vontade que se exprime no ordenamento jurídico, da vontade negocial. A primeira é soberana; a segunda, não, ao contrário, é dependente e limitada. Nesse diapasão, o autorregramento da vontade varia de acordo com o grau de indeterminação das normas jurídicas. Quanto maior a indeterminação da norma jurídica, maior o espaço de autonomia da vontade e, consequentemente, quanto menor essa indeterminação, menor será o espectro da autonomia.

Diante disso, constata-se que a vontade não se concretiza tão livremente como, em uma primeira avaliação, possa parecer. A manifestação de vontade está condicionada à autorização para seu exercício e aos limites do que é permitido. Desse modo, a incompatibilidade da expressão da vontade com o ordenamento jurídico pode ocasionar defeitos no negócio jurídico (invalidade – nulidade e anulabilidade), ineficácia ou, até mesmo, o reconhecimento de sua inexistência.

Por todas essas ponderações, possível concluir, seguindo a já anotada ideia do Professor Marcos Mello, que a vontade, embora seja um elemento de inquestionável importância no âmbito dos negócios jurídicos, não pode ser considerada fonte, sendo expressão de uma "outorga de poder às pessoas pelo ordenamento jurídico".

Nessa senda, a vontade negocial consiste no poder de escolha dentro dos limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico, não sendo totalmente livre, tampouco absoluta. Destaque-se que ninguém é obrigado a contratar. Ainda que se veja compelido a realizar um negócio jurídico, a finalidade é sempre satisfazer algum anseio, seja necessidade, vontade pessoal ou desejo.

Nesse sentido, leciona o Professor Marcos Mello:

> "(...). A afirmação de que não existe liberdade quando se trata de satisfazer uma necessidade implica negar a própria liberdade do ser humano de decidir sobre sua vida, máxime se essa necessidade decorre de consumo dirigido. Querer ou não querer, fazer ou não fazer, são escolhas, mesmo sob pressão de necessidades normais, até mesmo sob coação. A manifestação da vontade, ainda quando tenha sua higidez maculada por algum dos vícios de vontade (dentre os quais não está a precisão de

> contratar para satisfazer as naturais necessidades da vida, pior ainda as de consumo dirigido), é suficiente a constituir negócio jurídico; apenas pode fazê-lo anulável. Só a vis absoluta elimina a vontade, hipótese que não ocorre na aceitação de um contrato de adesão" (MELLO, 2019).

Em arremate, podemos concluir que a expressão da vontade não é sinônimo de negócio jurídico, mas componente deste. Assim, negócio jurídico, à luz dos ensinamentos do ilustre Professor Marcos Mello, é um fato jurídico, cujo ponto nodal do suporte fático é a manifestação ou declaração de vontade, exercida dentro dos predeterminados permissivos legais.

Sobre negócios jurídicos processuais, o Professor Pedro Henrique Nogueira é referência nos estudos sobre o tema e, segundo ele, foi a doutrina alemã que, no século XIX, se encarregou de elaborar e desenvolver o conceito de negócio jurídico processual. No Brasil, apesar de debates já existentes, foi no ambiente do Direito Processual Penal, através de estudos de Hélio Tornaghi, que a figura do negócio jurídico processual ganhou destaque.

Não obstante o Direito Processual Penal tenha dado vigor a esta categoria, foi o Direito Processual Civil que cuidou de maturá-lo não apenas normativamente em nosso ordenamento jurídico, mas, dogmaticamente, através das importantes produções doutrinárias sobre o tema.

Os negócios jurídicos processuais, à luz dos ensinamentos do professor Pedro Henrique Nogueira, são aqueles que produzem efeitos processuais. Na mesma linha, o ilustre processualista Fredie Didier Júnior conceitua negócio jurídico processual como "(...) fato jurídico voluntário, em cujo suporte fático confere-se ao sujeito o poder de escolher a categoria jurídica ou estabelecer, dentro dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais" (DIDIER Jr., 2021).

De acordo com esta visão, é indiferente se o negócio jurídico foi anterior ou exterior ao procedimento, pois o que se sobreleva são os efeitos gerados pelo ato, que, se de índole processual, torna o negócio jurídico de classe processual.

Embora se verifique a utilização da terminologia negócios jurídicos extraprocessuais[7] para denominar aqueles que se estabelecem fora do procedimento, seja cível ou penal, o entendimento adotado neste trabalho, seguindo as conclusões do Professor Pedro Nogueira, é que, nestes casos, o que se têm são negócios jurídicos processuais extraprocedimentais. Assim, quanto ao *lugar de sua celebração* (dentro ou fora do procedimento), tem-se que os negócios jurídicos processuais podem ser procedimentais ou extraprocedimentais.

Para os temerosos quanto à introdução de uma postura privatista num ramo do direito eminentemente estatal, tanto pela matéria processual, quanto,

[7] Essa expressão é, inclusive, utilizada pelos Tribunais Superiores para classificar o acordo de não persecução penal.

especialmente, pela repercussão no direito penal, é importante prevenir que a admissão de negócios jurídicos processuais no âmbito do processo penal não visa a desconstituir a cogência das normas, mas permitir o ajuste nos espaços em que ele é permitido. Por certo, a autonomia para o autorregramento da vontade no âmbito do processo penal é muito mais estreita do que a existente tanto no âmbito do direito privado, quanto do próprio processo civil.

Conforme os ensinamentos de Pedro Henrique Nogueira – que pela amplitude pode ser aplicado tanto ao processo civil, quanto ao processo penal –, os limites para o exercício do autorregramento da vontade, quer seu exercício se estabeleça antes ou durante o procedimento, encontra-se no formalismo processual. Isso porque o formalismo processual estabelece e regula o âmbito da atividade dos sujeitos processuais, ordena a sequência dos atos do procedimento e, sobretudo, salvaguarda os valores e princípios fundamentais norteadores do processo.

No âmbito do processo penal, os contornos legais do acordo de não persecução penal revela tratar-se de um negócio jurídico bilateral, com características de contrato (não obstante a denominação conferida pelo legislador), de conteúdo extrapatrimonial, solene, típico, uno ou único, dotado de causa *solvendi,* de efeitos processuais e extraprocedimental.

Para melhor compreensão, vamos minudenciar as classes apontadas, com esteio nas lições do Professor Marcos Mello.

É bilateral porque se forma a partir de manifestações de vontade distintas (de dois lados), mas que se fundem pelo consenso. Na hipótese, o Ministério Público apresenta uma proposta contendo o detalhamento do negócio e o investigado a aceita. O consenso sobre o objeto une as manifestações de vontade. Por haver dois lados, estabelece-se a bilateralidade do negócio jurídico. Note-se que o juiz não participará do ajuste de vontades, que é realizado entre o membro do Ministério Público e o investigado, que deve estar acompanhado de seu defensor.

Neste ponto, é valido destacar que, embora o defensor não seja, propriamente, parte no negócio, sua presença integraliza a capacidade do investigado para a realização do negócio jurídico. Isso porque, para a celebração do acordo de não persecução penal, a lei exige que o investigado esteja acompanhado de defensor, de modo que, sem a presença dele, o negócio não se efetiva.

Marcos Mello, destacando as lições de Emilio Betti, indica que os negócios jurídicos bilaterais ou plurilaterais podem se apresentar como contratos ou acordos. No primeiro caso, há composição de interesses antagônicos e, no segundo, os interesses convergem para um objetivo comum.

No acordo de não persecução penal, não obstante a terminologia eleita pelo legislador para denominar o instituto e, apesar da convergência de interesses no sentido de pôr termo à contenda penal, sem que seja iniciada a persecução penal, classificá-lo como acordo deduz uma conclusão simplista e um tanto utópica.

Isso porque, além de visar a rápida solução de casos de médio potencial ofensivo para que o dispêndio de recursos seja direcionado para demandas de maior complexidade, o Ministério Público também ambiciona colher elementos de prova através da confissão formal e circunstancial. Para isso, o Estado renuncia à punibilidade.

Por outro lado, o investigado não está, necessariamente, interessado na abreviação do procedimento, tampouco, no ganho logístico que a rápida solução do caso terá para outras demandas de maior complexidade. Por certo, o investigado visa a não se submeter aos dispêndios financeiros, emocionais e temporais que um processo penal tradicional poderia lhe apresentar e, tão logo, obter a extinção de punibilidade. Para tanto, ele assume o alto custo de renunciar ao direito ao silêncio, de ser o último a falar no processo e de não produzir prova contra si mesmo.

Assim, embora o resultado desses interesses deságue na solução abreviada da demanda, não se pode dizer que eles são idênticos, mas contrapostos, tendo em vista as vantagens visadas por cada uma das partes. Por isso, apesar da nomenclatura adotada pelo legislador, o acordo de não persecução penal consubstancia verdadeira hipótese de contrato e não de acordo ou convenção.

No que diz respeito à extrapatrimonialidade, é possível observar, ante as condicionantes previstas para o acordo, que, com ele, não se persegue uma repercussão patrimonial específica. Não se descarta, porém, que o acordo firmado possa ter consequências patrimoniais, o que pode se concretizar com a exigência de reparação de danos ou entrega de bens, porém estas repercussões são secundárias em relação ao negócio em si. Assim, apesar da possibilidade de haver reflexo patrimonial, este não é o fim perseguido, já que o cerne do negócio redunda em direitos, especialmente a liberdade do indivíduo.

Sobre a forma, identifica-se facilmente tratar-se de negócio solene, já que a lei exige não apenas que seja escrito, mas que passe pelo crivo do Poder Judiciário, que deve aferir a legalidade e voluntariedade do ato.

Trata-se, ainda, de negócio jurídico típico, posto estar previsto especificamente em lei – art. 28-A, CPP – e, minudentemente, descrito.

Quanto à unidade, Marcos Mello explica que é uno, o negócio jurídico, cujas "disposições constituem um todo indissociável, não podendo separá-las em partes distintas sem descaracterizá-lo". Este é o caso do acordo de não persecução penal. Não se divide sem que sua essência não se macule, não há como fazer subsistir uma porção de forma independente das demais. É, portanto, uno.

Trata-se, ainda, de negócio causal, mais especificamente com causa *solvendi*, já que tem como finalidade o adimplemento de obrigações, as quais, se não cumpridas, ocasionam a resolução do acordo, com autorização de oferecimento da denúncia e inauguração da ação penal.

Por fim, é negócio jurídico processual. A obrigação firmada quando das tratativas repercutem diretamente em matérias processuais. A colheita de prova oral

advinda da exigência de confissão formal e circunstancial e o não oferecimento da denúncia por parte do Ministério Público são relevantes demonstrações do intenso impacto processual decorrente do acordo de não persecução penal.

É evidente que o acordo de não persecução penal não se estabelece no bojo do processo penal, mas antes dele, mas isso não importa em considerá-lo extraprocessual, mas, tomando por base as valiosas lições do Professor Pedro Henrique Nogueira, extraprocedimental. O que se constata é que, aqueles que classificam o acordo de não persecução penal como negócio jurídico extraprocessual, não negam os efeitos processuais dele advindos, mas utilizam este termo para identificar que as tratativas ocorrem antes da inauguração do processo penal propriamente dito.

Assim, materialmente não há dissenso entre os que classificam o acordo de não persecução penal como negócio jurídico extraprocedimental e aqueles que o categorizam como negócio jurídico extraprocessual. A discordância reside, tão somente, na denominação das classificações.

Desse modo, considerando o objeto do acordo e seus efeitos, classificá-lo como negócio jurídico processual é manifesto. Note-se que, por essa classificação, privilegiam-se estes elementos – acordo e efeitos – e não o lugar da celebração, se dentro ou fora do procedimento.

3.2.3. A EXIGÊNCIA DA CONFISSÃO FORMAL E CIRCUNSTANCIAL NO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA

A exigência de confissão para a celebração do acordo de não persecução penal constitui uma das principais distinções entre esta ferramenta negocial de solução de conflitos penais e outras, a exemplo da transação penal e da suspensão condicional do processo. É também um dos pontos mais polêmicos deste instituto.

A lei não exige uma confissão, tão somente, mas uma confissão circunstancial[8], que significa relatar de forma pormenorizada a conduta cometida. A confissão para a concretização do acordo de não persecução penal, portanto, deve abranger especificações como tempo, lugar e meio de execução da prática delitiva, não sendo admissível confissões genéricas.

A confissão pode ser parcial em situações em que se discuta mais de um delito, de modo que pode abranger apenas uma ou algumas das infrações, isto é, parte da pretensão acusatória, o que induz que o negócio jurídico se firmará, apenas, em relação aos crimes confessados, continuando a persecução penal em relação aos demais.

[8] Vinicius Gomes de Vasconcellos aponta que a Lei utilizou a expressão "circunstancial" por erro de português, apontando como adequada a expressão "circunstanciada".

Além de circunstancial ou circunstanciada, a confissão deve ser formal, de modo que deve ocorrer na presença do promotor de justiça e do defensor técnico (advogado ou defensor público) e reduzida a termo ou registrada em meio audiovisual.

O intuito do legislador em exigir a confissão no âmbito do acordo de não persecução penal se funda em duas principais razões: ratificar a justa causa já percebida e constituir elemento de vantagem processual, na hipótese de descumprimento do acordo.

No que diz respeito à primeira razão, pertine sobrelevar que a confissão realizada no ambiente negocial não deve ser o substrato de aferição de justa causa para a propositura de eventual ação penal. A verificação da justa causa deve ser feita em momento anterior às tratativas para o acordo de não persecução penal, servindo-se do suporte fático advindo das investigações.

Aliás, os ajustes para a negociação só podem ter início, quando o Ministério Público já estiver convencido da justa causa e, por essa razão, o Código de Processo Penal inicia a redação do dispositivo referente ao instituto – art. 28-A – com a indicação de que "não sendo o caso de arquivamento", o Ministério Público poderá propor o acordo de não persecução penal. Assim, a confissão angariada no ambiente negocial apenas ratifica a justa causa já percebida anteriormente.

Quanto à obtenção de vantagem processual, há quem defenda, a exemplo de Vinicius Gomes Vasconcellos, que a confissão não pode ser utilizada em caso de resolução[9] do acordo, já que este, na visão do autor, não tem finalidade probatória, constituindo, apenas, mecanismo de simplificação processual. O mencionado autor defende, inclusive, que, em caso de resolução, a confissão deve ser desentranhada dos autos.

Esta posição não parece ser a mais coerente. O fato de o acordo de não persecução penal constituir um mecanismo de simplificação processual não obsta que, também, possua finalidade probatória. Não é razoável que o legislador tenha condicionado o acordo a uma exigência tão aguda aos direitos do investigado, para que o promotor de justiça apenas constatasse seu acerto sobre justa causa já observada.

A legitimidade mínima em termos fático-probatórios para a formulação do acordo de não persecução penal, conforme já apontado, deve encontrar seu substrato nos elementos de informação advindos da fase investigativa e não do ambiente negocial, momento em que esta compreensão já deve estar solidificada para o promotor de justiça.

---

[9] Vinicius Gomes Vasconcellos, em sua obra, utiliza a expressão rescisão e não, resolução. É certo que rescisão muitas vezes é utilizada como gênero, da qual a resolução seria a espécie. Contudo, a fim de manter a especificidade terminológica, e seguindo os ensinamentos de civilistas como Marcos Bernardes de Mello e Carlos Roberto Gonçalves, entendendo ser tecnicamente mais adequada a expressão resolução. Por isso, foi feita a adequação do seu pensamento neste ponto. Para tanto, pertine esclarecer que rescisão advém de ato de anulação do contrato, enquanto resolução é o termo utilizado quando o contrato é encerrado pelo descumprimento das obrigações assumidas. Na hipótese em estudo, trata-se do rompimento do contrato decorrente do descumprimento das condições por parte do investigado e, por essa razão, entende-se tecnicamente adequada a utilização da terminologia resolução, em lugar de rescisão.

Outrossim, não parece coerente que o legislador tenha exigido que a confissão fosse formalizada, – o que pode se concretizar por escrito ou através de registro audiovisual – constituindo conteúdo do procedimento do acordo de não persecução penal para que, posteriormente, esse material fosse inutilizado.

Assim, parece mais congruente a compreensão de Rodrigo Leite Ferreira Cabral de que a confissão constitui elemento de vantagem processual ao Ministério Público, em caso de eventual descumprimento do acordo e, por conseguinte, estímulo ao cumprimento das obrigações firmadas, já que, em caso de resolução, a desvantagem processual deve ser sopesada.

Apesar da congruência desta compreensão com o delineamento do acordo de não persecução penal em nosso ordenamento jurídico, é certo que este entendimento concretiza uma consequência bastante sensível aos direitos e garantias fundamentais. O Texto Constitucional de 1988, no art. 5º, LXIII dispõe que *"o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado"*[10].

Este dispositivo, embora concretize o direito ao silêncio em nosso ordenamento jurídico, anuncia a adesão ao princípio do direito de não se autoincriminar. Assim, o direito ao silêncio é um dos desdobramentos mais difundidos no processo penal brasileiro do princípio *nemo tenetur se detegere,* consoante alude Maria Elizabeth Queijo.

Embora haja uma significativa tendencia a equiparar o princípio de que ninguém é obrigado a se autoincriminar com o direito ao silêncio, fazê-lo acarreta uma grande redução do conteúdo do primeiro. Por essa razão, seguindo os ensinamentos de Maria Elizabeth Queijo, tem-se que o direito ao silêncio constitui decorrência do princípio *nemo tenetur se detegere,* mas como este não se confunde.

O direito ao silêncio, como direito fundamental, não possui assento apenas nos inequívocos atos de interrogatório, como o que se estabelece no inquérito policial e no processo penal, mas todas as vezes em que uma pessoa presta depoimento ou declaração perante uma autoridade.

A relevância deste direito se robustece diante do passado inquisitorial em que a regra era que o acusado não apenas deveria falar, mas confessar, pois, a confissão era considerada a mais convincente das provas.

Os contornos processuais atuais classificam o interrogatório[11] como meio de defesa e, portanto, momento em que, ao acusado, é facultado responder às questões

---

[10] Embora a redação do dispositivo trate de direito do preso, o fundamentalismo do direito não permite que este se restrinja a pessoas que se encontram privadas de liberdade, mas a qualquer pessoa. Nesse sentido, o art. 14 do Pacto Internacional sobre Direitos Civil e Políticos e o art. 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos, asseguram o direito de não se autoincriminar indistintamente.

[11] Sobre interrogatório, Helio Tornaghi atenta para sua judicialidade, percebendo que esta terminologia é utilizada no Código de Processo Penal apenas para a oportunidade de fala do réu perante o magistrado. À autoridade policial, a expressão utilizada é "ouvir o indiciado", mesmo advertindo, o legislador, sobre a necessidade de se aplicar os regramentos do interrogatório, naquilo que couber – art. 6º, V, CPP.

que lhe são feitas ou silenciar. Evidente, porém, que, optando por falar e escolhendo confessar, a confissão resulta em meio de prova.

Nesse ponto, Maria Elizabeth Queijo destaca que a natureza da confissão não deve ser confundida com a do interrogatório, já que este constitui meio de defesa e fonte de prova, sendo que, durante o interrogatório, poderá ocorrer a confissão, que é meio de prova.

A confissão, embora não seja suficiente por si só para consubstanciar um convencimento sobre determinado caso, possui uma alta carga valorativa e, por isso, deve ser estabelecida de forma livre e consciente. Assim, é dever do Estado criar um ambiente de liberdade esclarecida para aquele que lhe é submetido e que pode ser incriminado.

A capacidade de compreensão e de discernimento do interrogando deve ser considerada, não sendo admissível, independente de consentimento, o emprego de técnicas ou métodos de coação, intimidação ou ameaça. Nesse contexto, impende refletir se a recompensa advinda de uma negociação em processo penal, a exemplo do acordo de não persecução penal, constitui meio de comprometimento ou enfraquecimento da autodeterminação do investigado.

Ainda seguindo as lições de Maria Elizabeth Queijo, "além de exercer tutela sobre o risco de autoincriminação, o *nemo tenetur se detegere* resguarda também a liberdade de autodeterminação que integra a liberdade moral, assegurando ao acusado a livre escolha do comportamento processual" (QUEIJO, 2012).

Nessa mesma perspectiva ressoa o destaque feito por Geraldo Prado sobre o reconhecimento do acusado como ser dotado de autodeterminação e responsabilidade que, em ocasiões consensuais penais, juntamente com seu defensor, sacrifica uma porção do seu patrimônio jurídico, nos limites que acusado e defensor entenderem razoável.

Assim, evidencia-se que, tão danoso quanto compelir a autoincriminação, é retirar do investigado ou acusado o direito de se autodeterminar e de fazer as escolhas que entender mais convenientes para si. Nesse sentido, a obrigação do Estado é oferecer às pessoas um ambiente de determinação livre e esclarecido e a garantia de julgamento isento e sem propensão condenatória.

Desse modo, é importante assegurar que, no ambiente de negociação sobre a persecução penal, haja efetiva consciência e compreensão por parte do suposto autor do fato sobre os contornos da negociação consubstanciadora da solução do conflito penal em que está envolvido, bem como sobre a presença de um ambiente propício para o exercício consciente desta manifestação de vontade.

Para isso, é preciso consolidar e aperfeiçoar o sistema de garantias dentro da justiça negocial, através de mecanismos de controle, como o estabelecimento efetivo de um ambiente dialógico entre as partes e um cauteloso controle judicial.

4 MECANISMOS DE CONTROLE

4.1. FUNDAMENTOS SOBRE A NECESSIDADE DE CONTROLE NO ÂMBITO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

O consenso no âmbito do processo penal, sob o ponto de vista utilitarista, representa uma valiosa oportunidade para desinflar a máquina judiciária, economizar recursos despendidos para o tramite processual, canalizar a energia de trabalho para demandas mais complexas e proporcionar à sociedade a sensação de celeridade no oferecimento da resposta judicial.

Este impacto utilitarista, embora impressione, deve ser acolhido com cautela, a fim de que não ofusque a necessidade de vigilância, por parte dos sujeitos processuais, sobre o respeito aos direitos e garantias fundamentais, que, com tanto sacrifício, foram conquistados.

Nereu José Giacomolli demonstra grande preocupação com a precificação de tudo, indicando que este perfil da sociedade denota uma patologia. O mencionado autor alerta sobre o perigo de se privilegiar a produção e o lucro, em detrimento do desenvolvimento integral do ser humano, advertindo que "o processo penal não pode correr o risco de se tornar um *locus* onde se dispõe da liberdade das pessoas como se negocia com as coisas no direito privado" (GIACOMOLLI, 2006).

Sobre o utilitarismo no processo penal, faz importante observação:

> "a denominada agilização da aplicação da lei penal com a adoção do consenso pode se referir à rapidez dos processos ou à obtenção de um maior número de baixas processuais, num tempo mais curto. Entretanto a finalidade do processo não é

> unicamente a obtenção de seu término, mas a pacificação jurídica" (GIACOMOLLI, p. 333).

Além disso, é importante atentar que a salvaguarda dos direitos e garantias fundamentais não repercute apenas na específica relação jurídica em que se firma determinado acordo de não persecução penal. Ao contrário, ecoa para todas as outras relações jurídicas de mesma espécie existentes e as que, potencialmente, podem se formar.

Nesse sentido, pertine rememorar as lições de Bobbio, quando afirma que o problema mais grave de nosso tempo, com relação aos direitos do homem, não é mais fundamentá-los, mas o de protegê-los. Por certo, o maior dano que um ordenamento jurídico pode sofrer, conforme leciona Giacomolli, é a violação de direitos humanos positivados ou de índole constitucional, ou seja, dos direitos fundamentais.

Sob esta perspectiva, é importante que o entusiasmo com os vantajosos resultados advindos das soluções dialogadas de conflitos penais seja diretamente proporcional ao resguardo dos direitos e garantias fundamentais, nestes ambientes de consenso no âmbito do processo penal.

Não podemos ser dominados pelo fascínio da celeridade processual e comprometer ou sepultar princípios valiosos, até porque, da mesma forma que um processo de marcha alongada induz uma duração irrazoável, aquele que se finda precoce ou fugazmente padece da mesma nódoa.

Neste sentido preleciona Rubens Casara, quando afirma que "tão arbitrário e ilegal quanto o procedimento que dura mais do que o necessário, é o que, no marco do Estado de Direito, apesar da rapidez na entrega da prestação jurisdicional, não permite o desenvolvimento das faculdades básicas do imputado" (CASARA, 2015).

A partir destas ponderações, é notável o cuidado que se deve ter com as soluções consensuais de conflitos penais, para que as tratativas de consenso não consubstanciem uma involução do nosso sistema, reavivando posturas da época em que prevalecia a inquisitoriedade.

Por essa razão, a atenção, concretização e intensificação de mecanismos de controle sobre os instrumentos de solução consensual de conflitos penais é de inequívoca importância.

Estes mecanismos se consolidam não apenas através dos comandos legais já existentes que dispõem sobre limites de atuação e de aplicação dos institutos de consenso, mas, especialmente, na consciência de cada um dos sujeitos processuais sobre o papel que exerce no processo e na necessidade de atuação destes dentro dos contornos previstos em lei.

4.2. A NECESSÁRIA LIMITAÇÃO DE ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO ANPP

Tradicionalmente, se espera do Ministério Público uma atuação combativa, de viés acusador, cujo objetivo é convencer o julgador sobre a necessidade de aplicação de uma pena àquele que cometeu um ilícito penal. A possibilidade de solução consensual do conflito penal, contudo, promove, ao Ministério Público, a necessidade de adoção de uma postura e de uma atuação diversa da que habitualmente se empregava no âmbito do processo penal.

Especificamente com o acordo de não persecução penal, o Ministério Público, verificando presentes os requisitos legais de aplicação do instituto e, entendendo que a resolução da questão por esta via, é suficiente e necessária para a reprovação e prevenção do crime, pode fazê-lo.

O crivo sobre a aplicabilidade do acordo de não persecução penal à determinada hipótese, incontestavelmente, é do Ministério Público, o que, inclusive, tem sido reconhecido pela jurisprudência dos Tribunais Superiores[12].

---

[12] PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ART. 289, §1º, DO CP. APLICAÇÃO DO ART. 28-A DO CPP. NÃO CABIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 191.464/SC, de relatoria do Ministro ROBERTO BARROSO (DJe 18/9/2020) - que invocou os precedentes do HC n. 186.289/RS, Relatora Ministra CARMEN LÚCIA (DJe 1º/6/2020), e do ARE n. 1.171.894/RS, Relator Ministro MARCO AURÉLIO (DJe 21/2/2020) -, externou a impossibilidade de fazer-se incidir o ANPP quando já existente condenação, conquanto ela ainda esteja suscetível de impugnação. 2. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que a retroatividade do art. 28-A do CPP, introduzido pela Lei n. 13.964/2019, se revela incompatível com o propósito do instituto, quando já recebida a denúncia e já encerrada a prestação jurisdicional nas instâncias ordinárias. Precedentes. In casu, tendo sido recebida a denúncia antes da entrada em vigor da Lei n. 13.964/2019, em 23/1/2020, tendo o Juízo de primeiro grau já proferido sentença condenatória, confirmada pelo Tribunal, não pode se falar na aplicação do art. 28-A do CPP. 3. Ademais, o Tribunal a quo consignou que **o Ministério Público Federal entendeu por bem não ofertar o Acordo, o que obsta qualquer possibilidade de incidência da benesse nesta persecução penal** (e-STJ fls. 739). 4. É entendimento desta Corte Superior que inexiste nulidade na recusa do oferecimento de proposta de acordo de não persecução penal quando o representante do Ministério Público, de forma fundamentada, constata a ausência dos requisitos subjetivos legais necessários à elaboração do acordo, de modo que este não atenderia aos critérios de necessidade e suficiência em face do caso concreto (HC 612.449/SP, DE MINHA RELATORIA, Quinta Turma, julgado em 22/9/2020, DJe 28/9/2020), fundamento que reforça a ausência de ilegalidade no acórdão recorrido. 5. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp n. 1.993.232/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe de 13/5/2022.) PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL - ANPP. DENÚNCIA OFERTADA E RECEBIDA. PLEITO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL E REALIZAÇÃO DO ACORDO. NÃO CABIMENTO. FACULDADE DO PARQUET. RECUSA DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. O acordo de não persecução penal, previsto no art. 28-A do Código Penal, implementado pela Lei n. 13.964/2019, indica a possibilidade de realização de negócio jurídico pré-processual entre a acusação e o investigado. Trata-se de fase prévia e alternativa à propositura de ação penal, que exige, dentre outros requisitos, aqueles previstos no caput do artigo: 1) delito sem violência ou grave ameaça com pena mínima inferior a 4 anos; 2) ter o investigado confessado formal e circunstancialmente a infração; e 3) suficiência e necessidade da medida para reprovação e prevenção do crime. Além disso, extrai-se do §2º, inciso II, que a reincidência ou a conduta criminal habitual, reiterada ou profissional afasta a possibilidade da proposta. 2. No caso, o acordo pretendido deixou de ser ofertado ao recorrente em razão do Ministério Público ter considerado estarem ausentes os requisitos objetivos e subjetivos para a proposição do acordo, tendo sido destacado que ele possui contra si condenação pelo crime de estelionato, a qual, embora não tenha transitado em julgado, aponta, no entendimento do titular da ação penal, para uma reiteração de conduta criminosa. 3. **Esta Corte Superior entende que não há ilegalidade na recusa do oferecimento de proposta de acordo de não persecução penal quando o**

É certo que a liberdade do Ministério Público para a avaliação sobre a aplicabilidade do acordo de não persecução penal a um caso concreto não é ampla, tampouco irrestrita. Nem poderia ser.

A fixação dos requisitos pelo legislador constitui importante restrição à aplicação do instituto, pois elege os crimes, cujo grau de reprovabilidade social aceita o estabelecimento de medidas que, ainda que se assemelhem a penas que, eventualmente, seriam aplicadas, caso adotada a via tradicional, não possuem a mesma repercussão destas.

Isso porque, o cumprimento das condições fixadas não induz reincidência, maus antecedentes, anotações de registros penais ou repercussões em direitos eleitorais, o que constitui efeitos que, naturalmente, se extrai de penas decorrentes de condenações, advindas do procedimento tradicional.

Além dos requisitos estabelecidos, a previsão legal de que a recusa do Ministério Público em propor o acordo de não persecução penal pode ser reexaminada, por provocação do investigado, pelo órgão superior, embora não desloque a decisão sobre a aplicação do acordo de não persecução penal do âmbito do Ministério Público, promove um ambiente de fiscalização e supervisão da atuação do promotor de justiça, além de apresentar a necessidade de motivação do entendimento.

Até porque, como destacado por Giacomolli, não se pode esquecer que não há somente um órgão acusador responsável pelos acordos, são dezenas, centenas, milhares, dependendo do âmbito da atribuição territorial, evidenciando-se que uns são mais propensos aos acordos que outros; uns são mais adeptos a penas maiores e outros de penas menos graves; uns são mais persuasivos que outros. Assim, a possibilidade de apreciação por um órgão de revisão pode mitigar estas diferenças.

Desse modo, a atuação legislativa se apresenta como importante mecanismo de controle do poder conferido ao Ministério Público, no âmbito do acordo de não persecução penal.

Ao órgão promotorial brasileiro, diferentemente do que se observa no direito norte-americano, não é conferida uma disponibilidade ou oportunidade irrestrita sobre a ação penal e sua promoção, mas uma margem de atuação compatível com a legalidade processual[13]. No sistema americano, os acordos

---

representante do Ministério Público, de forma fundamentada, constata a ausência dos requisitos subjetivos legais necessários à elaboração do acordo, de modo que este não atenderia aos critérios de necessidade e suficiência em face do caso concreto. 4. De acordo com entendimento já esposado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, a possibilidade de oferecimento do acordo de não persecução penal é conferida exclusivamente ao Ministério Público, não constituindo direito subjetivo do investigado. 5. Cuidando-se de faculdade do Parquet, a partir da ponderação da discricionariedade da propositura do acordo, mitigada pela devida observância do cumprimento dos requisitos legais, não cabe ao Poder Judiciário determinar ao Ministério Público que oferte o acordo de não persecução penal. 6. Recurso não provido. (RHC n. 159.643/RJ, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe de 26/4/2022.)

[13] "(...) este poder deve ser limitado objetivamente pela lei. Na medida em que este poder seja delimitado, não primará o princípio da oportunidade puro, mas o da legalidade, ainda que se autorize a emissão de certos juízos de oportunidade" (GIACOMOLLI, 2006, p. 104)

propostos têm conteúdo e forma amplos e irrestritos, sendo capaz de repercutir, inclusive, na qualificação jurídica, de modo que um episódio de roubo pode ser tratado, processualmente, sob a tipificação de furto.

É importante destacar que esta liberdade ilimitada oferecida aos espaços de consenso no sistema americano tem sido alvo de importantes críticas, dentre as quais a de potencializar os efeitos de preconceitos e desigualdades sociais.

A limitação objetiva conferida pela lei, portanto, conforme já assentado, confere importante mecanismo de controle à atuação do Ministério Público, contudo, não é suficiente. A atividade da parte adversa, somada ao controle judicial, constituem mecanismos indeléveis para garantir que não ocorra uma hipertrofia dos poderes do acusador.

Ocorre que a efetivação do controle da atuação do Ministério Público, no âmbito do acordo de não persecução penal, por meio da atuação da parte adversa e do magistrado depende da consciência destes sobre a importância de suas atribuições nesse espaço de consenso.

Assim, não basta a lei prever o controle judicial e oferecer paridade de armas entre as partes do acordo, é necessário que esses sujeitos processuais se comportem, no âmbito deste procedimento, certos de que a anemia de suas atuações pode inflar a margem de discricionariedade do Ministério Público, convertendo-o em uma autoridade suprema, o que ocasionaria, conforme bem pontuado por Giacomolli, uma involução do nosso sistema para o modelo inquisitivo, em que as funções acusadora e julgadora se confundiam.

Releva pontuar que não se está aqui a propagar a ideia de que o Ministério Público possui o insano intuito condenatório e que, por isso, se faz necessário o controle, mas que este deve existir em qualquer ambiente em que se estabelecem relações de poder, assegurando seu exercício de forma legitima, democrática e resguardando os direitos e garantias constitucionais.

4.3. A IMPORTÂNCIA DA ATUAÇÃO DA DEFESA TÉCNICA

O acordo de não persecução penal, conforme já aludido, é realizado pelo membro do Ministério Público e pelo investigado, o qual, necessariamente, deve estar assistido por uma defesa técnica. A denominação do instituto nos remete à ideia de negociação, composição e, portanto, de um ambiente dialógico, em que as partes se posicionam em uma relação de horizontalidade.

A efetivação de um acordo depende da ocorrência de um diálogo livre, em que os acordantes dispõem de igual direito comunicativo e, muito mais do que isso, faz-se necessário que a comunicação seja efetivamente realizada, de modo que as partes, especialmente o investigado/acordante, devem compreender aquilo que está sendo transacionado.

Esta perspectiva nos remete às lições de Habermans, quando trata de racionalidade comunicativa e quando dispõe que o consenso só é verdadeiramente alcançado, quando observados elementos de validade que, segundo ele, constituem a compreensibilidade, a verdade, a correção e a sinceridade. O processo comunicativo habermasiano estabelece que seus atores devem ouvir, falar, argumentar de modo racional, propor, entender, negociar, aceitar e acordar, em igualdade de condições e livres de qualquer coação. Desse modo, segundo Habermans, se alcança um entendimento intersubjetivo entre os interlocutores, permitindo, assim, a construção de consensos válidos, em que a compreensibilidade, a verdade, a correção e a sinceridade se fazem presentes.

O processo comunicativo habermasiano é ideal, mas foge da possibilidade de materialização no âmbito do acordo de não persecução penal. Aliás, é justamente sobre a garantia desse ambiente livre, consciente e de igualdade que pairam as dúvidas e os receios sobre a justiça penal consensual, especialmente quando envolve a assunção de culpa. De certo, a solução de avenças pela via consensual é mais comum e visualizável no âmbito privado, onde a horizontalidade entre os acordantes é mais facilmente concretizável.

Há quem alerte, a exemplo Françoise Tulkens, que a relação de desigualdade é invencível na hipótese, pois uma relação em que o Ministério Público se encontra em um lado e o investigado em outro, já remete a uma preponderância do primeiro e a um contexto de pressão, de modo que, assim, a colheita de um consentimento livre e consciente se mostra inviável.

A descrença sobre o estabelecimento real de um ambiente dialógico é constantemente destacada pela doutrina. Rubens Casara, por exemplo, trata o consenso como um mito, afirmando que

> "o caráter mitológico do consenso penal aparece com clareza quando se verifica que não há propriamente composição entre as partes na formulação de um acordo, pois o poder de coerção do Estado-Administração desequilibra a relação processual e compromete a livre manifestação de vontade do réu" (CASARA, 2015).

O descrédito apresentado não é infundado, mas uma diferenciação se faz imperiosa. A dialogicidade necessária para o estabelecimento do acordo de não persecução penal não demanda a igualdade entre os acordantes. Aliás, essa igualdade é inalcançável, pois invencível, ante os contornos do nosso sistema.

Nesse sentido, pertine destacar a lúcida anotação do professor Welton Roberto, na obra Paridade de Armas no Processo Penal. Segundo este autor, no Brasil, a elevação categórica do acusador à esfera de órgão público, o hibridismo sobre a natureza jurídica de sua atuação – parte/custos legis – e a sua fé pública propiciam um desequilíbrio em relação à defesa, que se personifica na figura do

advogado, dentro de padrões privados e, por ser fiel à representação exclusiva dos direitos e garantias de seu constituinte, imbuído de evidente parcialidade.

As peculiaridades dos sujeitos e de suas atuações caracterizam nosso sistema. Infrutífero, pois, assim, pensar na promoção de uma igualdade, o que, a propósito, não teria prestabilidade, pois o que se deve propiciar para a dialogicidade não é a igualdade, mas a paridade de armas.

Neste ponto, convém, mais uma vez, recorrer às lições do professor Welton Roberto, que destaca que paridade de armas não se confunde com igualdade das partes. Aliás, o alcance da paridade de armas prescinde da igualdade das partes, até porque se funda no reconhecimento da diferença entre elas.

Ocorre que o alcance da paridade necessita da consciência dos sujeitos processuais, em especial, da defesa técnica, sobre sua autonomia no ambiente em que se debate a viabilidade de se estabelecer um acordo de não persecução penal. Assim, embora não se espere o ambiente ideal previsto no processo comunicativo habermasiano, o que é necessário é o estabelecimento de um ambiente livre e consciente, em que os contornos da razão prevaleçam.

A presença da defesa técnica na oportunidade do acordo de não persecução penal é a garantia de que, no momento das tratativas, a paridade de armas, a horizontalidade da relação, a liberdade do diálogo e a compreensão de todos os termos do acordo por parte do investigado/acordante estão se concretizando.

Conforme assinala Giacomolli, “a defesa não está obrigada a aceitar a proposta de sanção alternativa, pois o estado de inocência lhe garante o direito de um provimento jurisdicional sobre o mérito” (GIACOMOLLI, 2016).

Desse modo, a defesa técnica deve avaliar, estrategicamente, a viabilidade do acordo, sob a ótica dos interesses de seu assistido/constituinte, mormente diante da necessidade de assunção de culpa, o que, por certo, em caso de descumprimento do acordo, terá implicações de vertente probatória, no caso de inauguração da ação penal.

Por isso, a primeira avaliação que deve ser feita pela defesa técnica é sobre os elementos informativos concretizados durante a investigação, pois estes dão o substrato necessário para eventual oferecimento da denúncia e seu consequente recebimento.

Aliás, a averiguação da existência de elementos informativos suficientes para caracterizar a justa causa se mostra necessário, inclusive, para se debater a possibilidade de oferecimento do acordo, já que esta é uma exigência do artigo 28-A, *caput*, do CPP, quando indica que, dentre outros, o acordo de não persecução penal só pode ser oferecido, se não for caso de arquivamento.

Desse modo, o olhar da defesa técnica sobre os elementos de informação deve ser atento, pois serve, não apenas para exercer o controle sobre a possibilidade de o Ministério Público oferecer o acordo, como também para avaliar

a qualidade e o vigor do material que servirá de base para a construção da prova em eventual ação penal.

Além disso, o sopesamento da economia de tempo e da evitabilidade do constrangimento do investigado em participar de atos do processo penal, bem como da economia financeira advinda de um procedimento abreviado, deve ocorrer em relação a probabilidade e o potencial do investigado de cumprir efetivamente o acordo.

Cabe à defesa, também, questionar o não oferecimento do acordo, quando objetivamente cabível, buscando a revisão do entendimento, quando necessário.

O estabelecimento do acordo com a avaliação prévia destes pontos proporciona uma manifestação de vontade consciente e que, desse modo, jamais pode ser considerada a renúncia a direitos ou garantias constitucionais.

Ao revés, sob estes contornos, a concretização do acordo de não persecução penal denota o exercício da liberdade de autodeterminação e, assim, conforme anotado por Maria Elizabeth Queijo, consubstancia a liberdade moral, assegurando ao acusado a livre escolha do comportamento processual.

Nesse sentido, também se posiciona Giacomolli, quando trata de consenso no processo penal. Para o autor, "a aceitação encontra aderência constitucional quando realizada no exercício do *status libertatis*". Isso porque, conforme aponta, "não há uma renúncia aos princípios constitucionais, mas somente do exercício pleno tópica e casuisticamente, em prol de um interesse inserido no âmbito da ampla defesa (estratégia defensiva)" (GIACOMOLLI, 2016).

Por todas essas razões, a defesa técnica não pode prescindir do diálogo, recebendo a proposta como se fosse um mero contrato de adesão, pois a lei estabelece o debate, o ajuste. Aliás, também incumbe à defesa a avaliação das condições propostas, com o fim de evitar que o investigado seja submetido ao cumprimento de cláusulas desproporcionais ou abusivas.

Assim, a defesa deve se comportar de forma ativa e proativa, consubstanciando mais um mecanismo de controle da aplicação do acordo de não persecução penal.

4.4. CONTROLE JUDICIAL

O magistrado é o guardião e o garantidor dos direitos fundamentais, é figura imparcial, que deve obediência apenas às leis e, sobretudo, à Constituição Federal, de modo que, sob o seu crivo, está a avaliação da legalidade do acordo de não persecução penal, considerando as especificidades de cada caso.

Desse modo, além de avaliar objetivamente o cabimento da aplicação do instituto negocial, considerando as regras postas no Código de Processo Penal, o juiz precisa, com a equidistância que lhe é característica, avaliar a atuação das partes neste espaço de consenso.

Assim, no que diz respeito à avaliação objetiva, com base nas disposições legais, é dado ao juiz analisar: a) se os elementos informativos em que se baseou o Ministério Público para propor o acordo, configurariam justa causa para a propositura de eventual ação penal, inclusive com a atenção voltada para a ocorrência de excludentes de ilicitude, culpabilidade e tipicidade; b) se a infração penal em questão é isenta de violência ou grave ameaça à pessoa e se possui pena mínima inferior a 4 anos, considerando as causas de aumento e diminuição de pena; c) se seria cabível a transação penal, pois nesse caso, inaplicável o acordo de não persecução penal; d) se o investigado é reincidente ou se a conduta criminal praticada é habitual, reiterada ou profissional, pois, também nesta hipótese, o acordo não é aplicável; e) se o agente já foi beneficiado nos 5 anos anteriores pelo mesmo instituto, por transação penal ou suspensão condicional do processo, hipótese em que o acordo também se apresenta inviável; f) se o crime em questão se deu no âmbito de violência doméstica e familiar ou praticados contra a mulher, por razões de gênero, posto inegociável.

É certo que, em tese, se o acordo de não persecução penal foi apresentado para o crivo do Poder Judiciário, é porque todos estes aspectos já foram avaliados pelo promotor de justiça, quando da análise sobre a aplicabilidade do instituto ao caso concreto.

No entanto, o olhar do magistrado sobre estes pontos consubstancia a atividade de controle sobre a observância dos requisitos necessários para o acordo de não persecução penal, legitimando sua aplicação, já que atrai para avaliação estatal isenta, tratativas realizadas por partes, providas de parcialidade.

Além dos requisitos já enunciados, o magistrado deve constatar o respeito à forma, já que esta encontra-se prescrita em lei, art. 28-A, §3º, CPP, bem como a participação de defesa técnica para a consolidação da avença.

Todos estes pontos podem ser analisados pelo magistrado antes da designação da audiência exigida pelo art. 28-A, §4º, do CPP e, caso constatado o desrespeito a qualquer requisito, o juiz não deve homologar o acordo, conforme preleciona o art. 28-A, §7º, do CPP.

No que diz respeito à participação da defesa técnica, o juiz deve voltar, atentamente, sua avaliação, pois, a atividade defensiva no acordo, conforme delineado anteriormente, é garantia de que o investigado manifestou sua vontade de forma livre e, sobretudo, consciente.

É preciso, portanto, que o magistrado averigue se, ao acordante, foi informado sobre em que consiste o acordo de não persecução penal, quais as suas repercussões práticas e quais as opções que lhes são dadas, sempre relevando seu

direito a um provimento judicial de mérito, alcançado, mediante a observância dos vetores do contraditório e da ampla defesa.

Toda essa percepção sobre a voluntariedade e a consciência da expressão de vontade do investigado é alcançada na audiência, que, aliás, foi pensada exatamente com este propósito, conforme se pode inferir da redação dada ao dispositivo que a prevê.[14]

Caso se constate a ausência de voluntariedade e de consciência, por parte do investigado, sobre o negócio a que está se submetendo, não é possível homologar o acordo. Da mesma forma, observando que a defesa técnica não agiu ativamente e não proporcionou um ambiente de livre consentimento ao seu assistido ou constituinte, será necessária a suspensão do ato, proporcionando ao investigado a consulta com outro profissional.

Isso porque, a presença da defesa técnica não pode ser considerada mero atendimento a uma formalidade legal, aceitando-se uma participação, tão somente, figurativa. A atividade da defesa no ambiente negocial representa a segurança de que o debate entre investigado e Ministério Público será parelho e que não se perderá de vista os direitos e garantias constitucionais do primeiro.

Nesta audiência, o magistrado deve, também, aferir a proporcionalidade das condições dispostas no acordo, de modo que se as considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas, deverá proporcionar às partes, a possibilidade de ajuste, conforme disciplina o art. 28-A, §5º, do CPP.

Embora esta seja uma avaliação a ser feita pela defesa técnica, ainda no momento das tratativas do acordo, o olhar do magistrado potencializa a atividade de controle e a proteção e preservação dos direitos da pessoa. Neste sentido, Nereu José Giacomolli pontua que "o juiz, além de verificar a legalidade, é o guardião dos direitos do autor do fato, cabendo-lhe julgar, analisar, decidir acerca do acordo. É o único sujeito processual encarregado da prestação jurisdicional" (GIACOMOLLI, 2016).

Por isso, sem embargo da defesa técnica, o acautelamento das garantias e dos direitos fundamentais no âmbito do acordo de não persecução penal encontra seu arremate na figura do juiz. Cabe ao magistrado, portanto, quando da audiência, expor de maneira simples e inteligível o que é o acordo, a que se presta, as consequências do descumprimento dos seus termos e, principalmente, deixar claro, como bem destaca Flávio da Silva Andrade, que sempre há uma alternativa a ele, qual seja, o julgamento, que pode gerar uma absolvição ou uma condenação e que, neste caso, será aplicada uma pena adequada.

A cautela com este procedimento e a necessidade de um controle assaz se sobreleva em virtude de tratar-se, o acordo de não persecução penal, de um instituto que exige, para a sua consolidação, a confissão formal e circunstancial por

[14] Art. 28-A (...) § 4º Para a homologação do acordo de não persecução penal, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor, e sua legalidade.

parte do suposto autor do fato, pois esta pode repercutir em desfavor deste, na hipótese de descumprimento do acordo e iniciação de uma ação penal.

A confissão formal e circunstancial é uma condição para que o acordo de não persecução penal se estabeleça e, por isso, sua ocorrência também deve ser averiguada pelo juiz para que o acordo seja homologado.

O fato de esta exigência poder implicar na atividade probatória, caso uma ação penal seja inaugurada, reclama bastante cautela, por parte do magistrado, que deve se manter bastante atento à sua atuação, quanto a este ponto. Partindo da compreensão de que a audiência necessária para a homologação do acordo de não persecução penal se presta a verificar a legalidade deste, considerando os aspectos já referidos, penso que a atividade do magistrado deve a ela se ater.

A intelecção do juiz sobre o acordo firmado deve se restringir à observância do cumprimento dos requisitos e aos elementos necessários para averiguar a atuação da defesa técnica, bem como sobre a liberdade e consciência da manifestação de vontade do investigado e a proporcionalidade e adequação das condições estabelecidas.

O juiz deve afastar de sua cognição o conteúdo da confissão, sendo suficiente saber se ela ocorreu nos moldes previstos na lei, isto é, formal e circunstancialmente. O conteúdo da confissão e a forma como ela se concretizou constitui interesse do Ministério Público, apenas. Assim, se o promotor de justiça se satisfez com a afirmação dos fatos realizada pelo investigado e a considerou circunstancial, atendida estará a condição em apreço. Ainda que esta fase se consolide sob os olhos do juiz das garantias, figura prevista pelo art. 3º-B, do CPP, tem-se desnecessário o conhecimento sobre seu conteúdo.

Em caso de ação penal, a confissão formal e circunstancial angariada pelo Ministério Público, em sede de acordo de não persecução penal, constitui elemento que deve ser por ele explorado, a fim de consubstanciar a prova visada, no ambiente instrutório, em que se perfectibiliza o contraditório e a ampla defesa.

Desse modo, qualquer intervenção do magistrado sobre esta confissão pode conferir a ela uma intensificação de sua valia, o que não é adequado, pois, caso necessária sua utilização, cabe ao Ministério Público dispender esforço jurídico e científico para que se torne elemento de prova e componha um acervo suficiente para convencer o magistrado sobre a necessidade de responsabilização criminal.

5 O VALOR PROBATÓRIO DA CONFISSÃO DECORRENTE DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

5.1. O PROCESSO PENAL BRASILEIRO E A DESCOBERTA DA VERDADE

Verdade é um tema intensamente desafiador e, embora sob o viés filosófico, a verdade não precise de adjetivações, seu significado sofreu importantes questionamentos durante o pós-modernismo, conforme destaca Michele Taruffo, na obra Uma simples verdade. Nesta época, segundo o autor, a relativização da verdade ganhou relevo, pois sustentou-se a ideia de verdades múltiplas, colmatadas a realidades sociais, quantidade de pessoas aquiescentes a determinadas narrativas e outras influências.

Assim, tem-se a inexistência de um conceito unívoco de verdade, ainda que sob o viés filosófico, mas este estudo não será desenvolvido no presente trabalho, que se concentrará em analisar a verdade no processo penal. Para tanto, a verdade será analisada sob os contornos de cada sistema experenciado pelo direito processual penal brasileiro.

O Código de Processo Penal Brasileiro, conforme já indicado neste trabalho, foi gestado sob uma atmosfera eminentemente inquisitorial. As influências do fascismo italiano são evidentes e expressas na exposição de motivos do nosso diploma processual.

A razão da influência italiana advém da aproximação entre os regimes políticos das duas nações. No Brasil, em 1941, época da edição do nosso Código de Processo Penal, vivíamos sob a égide do Estado Novo, cuja inauguração foi marcada

pela emblemática Constituição de 1937, elaborada por Francisco Campos e outorgada por Getúlio Vargas.

O espírito da Carta de 1937 expressava a ideologia do novo momento político e, especialmente, do seu idealizador Francisco Campos, que condenava a liberal-democracia, posto entender que esta atendia interesses pessoais, locais e de grupos, estimulando o avanço do comunismo.

As bases inquisitoriais em que foram alicerçados o nosso sistema de processo penal é manifesta no seguinte trecho da já falada exposição de motivos do nosso diploma processual:

> "As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade. **Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum.** O indivíduo, principalmente quando vem de se mostrar rebelde à disciplina jurídico-penal da vida em sociedade, não pode invocar, em face do Estado, outras franquias ou imunidades além daquelas que o assegurem contra o exercício do poder público fora da medida reclamada pelo interesse social. Este o critério que presidiu à elaboração do presente projeto de Código. No seu texto, não são reproduzidas as fórmulas tradicionais de um mal-avisado favorecimento legal aos criminosos".

O sistema inquisitorial é caracterizado pela concentração das atividades de investigação, acusação e julgamento em um mesmo sujeito: o juiz. Além disso, é marcado pelo registro escrito dos atos processuais e pela insana busca pela verdade dos fatos, que autoriza a utilização de meios e metodologias intensamente divorciados de garantias sociais e dos indivíduos, atualmente difundidas.

A verdade perseguida no ambiente inquisitorial é identificada como verdade material, absoluta, histórica, empírica. A busca dessa verdade se apresentava como justificativa plena para práticas abusivas, inclusive atos de tortura, pois a verdade absoluta era alcançada especialmente pela confissão do acusado, que não era um sujeito de direito, mas um objeto do processo. Prestigiava-se, assim, o poder, que, aliás, era ilimitado, e não o saber.

Ocorre que a verdade absoluta, coincidente com os fatos ocorridos, embora ideal, é inatingível. A verdade humana sempre será relativa, pois advém de percepções que são limitadas e, portanto, falíveis. Diante disso, a incessante busca da verdade e a ideia de que os fins justificam os meios apenas reafirmavam o que já

era latente: a prevalência do Estado sobre os indivíduos e a potestade punitiva sobre a ideia de *status libertatis.*

Esta preponderância punitivista pode ser facilmente ilustrada através da expressão "liberdade provisória", presente em diversos artigos do Código de Processo Penal Brasileiro[15]. A ideia de liberdade como algo provisório, fugaz, revela que as normas do longínquo ano de 1941 se alicerçavam na ideia de presunção de culpa.

Apesar de o espírito que reside nesta locução – liberdade provisória – não mais encontrar guarida no espectro da Constituição de 1988, que elegeu a presunção da inocência como norte para o trato das questões relacionadas ao direito sancionador, sua utilização ainda é constante, demonstrando que convivemos com resquícios e forte influência do sistema inquisitorial.

Não obstante estas considerações e sem embargo de subsistirem as mesmas bases normativas há mais de 80 anos, não se pode dizer que nosso Código de Processo Penal é o mesmo de outrora. A democrática Constituição Federal de 1988 introduziu um importante rol de direitos e garantias fundamentais ao indivíduo que subtraiu do nosso ordenamento, ainda que tacitamente, diversos mecanismos afetos ao sistema inquisitorial.

Somado ao novo direcionamento da Carta Magna, diversas alterações legislativas garantiram a evolução do Código de Processo Penal, que passou a adotar o sistema acusatório. É bem verdade, conforme já foi demonstrado, que o processo penal ainda convive com resquícios do sistema inquisitório, não apenas pela presença de comandos normativos que ainda albergam institutos afetos a este sistema, mas pela existência de terminologias e, sobretudo, pela preservação da cultura inquisitorial dentre os operadores do direito.

Não obstante isso, assistimos uma atuação comprometida de importante parte da doutrina e da jurisprudência, no sentido de desvencilhar o processo penal das amarras inquisitoriais, consagrando-o sob o modelo acusatório, que se caracteriza pela divisão de papéis entre os sujeitos processuais, pela oralidade dos atos processuais e, sobretudo, pela busca de uma verdade possível, aproximada da realidade fática.

Com a escolha da Constituição de 1988 pela presunção da inocência e diante da instituição de direitos e garantias fundamentais, foi possível constatar a predileção pela limitação do poder e, por conseguinte, o prestígio do saber. Utilizando estas lentes, não há espaço para a imposição da confissão, embora se observe mecanismos para valorizá-la, a exemplo da atenuante da pena decorrente da assunção da culpa, na hipótese de sentença condenatória.

---

[15] No Código de Processo Penal, o Título IX é denominado "Da prisão, das medidas cautelares e da Liberdade Provisória". Além deste título, os art. 310, III, §1º e §2º trazem essa expressão. O Capítulo VI do Título IX é específico sobre a liberdade provisória e aponta nos art. 321 e 350 esta mesma terminologia. Quando disciplina o procedimento do Tribunal do Júri, o legislador também utilizou esta expressão – liberdade provisória – no art. 413, §2º, o mesmo ocorrendo ao disciplinar o recurso em sentido estrito, no art. 581, V.

Trata-se de uma verdade que também é denominada de formal, processual ou judicial. É uma verdade mais controlada quanto ao método de aquisição e mais reduzida com relação ao seu conteúdo.

A prova se estabelece num ambiente contraditório, com efetiva participação dos sujeitos que representam a acusação e a defesa e, apesar de ter a acusação o ônus de provar a imputação feita, tendo em vista o princípio da presunção da inocência, à defesa são assegurados o direito e os meios de produzir a contraprova, a fim de refutar as hipóteses afirmadas.

Desse modo, a verdade se estabelece por meio daquilo que é apresentado pelas partes e, mesmo admitindo a possibilidade de o juiz produzir prova, esta produção é permitida de forma complementar, tão somente[16].

Neste diapasão, o processo visa a chegar a uma correspondência objetiva com a verdade histórica e a ponte de ligação entre o passado e o presente é, justamente, a prova. Assim, no âmbito do processo penal, o que se estabelece é uma verdade possível e é com base nela que o julgador deve estabelecer, motivadamente, o seu juízo.

Embora essa verdade se distancie da pretensão de reproduzir plenamente o fato histórico passado, não se pode dizer que a verdade processual é totalmente divorciada da verdade material, pois o anseio da maior aproximação possível da verdade construída no processo com a verdade material constitui um dos objetivos do procedimento, que, no âmbito do sistema acusatório, deve observar os limites legais.

Esse, portanto, é o contorno da busca da verdade no âmbito do sistema acusatório e é este, também, o ponto nodal dos importantes embates com os métodos consensuais de solução de conflitos penais, que têm se estabilizado em diversos ordenamentos jurídicos, inclusive no brasileiro.

Um respeitável crítico dos mecanismos consensuais ou conciliatórios de solução de conflito, é Geraldo Prado, que defende que soluções consensuais não estão sob o manto do sistema acusatório, pois visam a estabelecer uma solução de conflito pela via extraprocessual, sem o compromisso de apurar os fatos para, com base nesse exercício, indicar responsabilidades. Segundo as lições deste renomado autor, o consensualismo no âmbito do processo penal se distancia plenamente dos sustentáculos do sistema acusatório.

De fato, como já exposto neste trabalho, não se mostra promissora a tentativa de inserir os mecanismos de solução consensual de conflitos penais nos tradicionais sistemas inquisitório ou acusatório.

---

[16] Nesse sentido, decidiu o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento das ADIs 6.299, 6.300 e 6.305. Ao tratar sobre a constitucionalidade do art. 3ª-A do Código de Processo Penal, incluído pela Lei 13.964/2019, a Suprema Corte brasileira concluiu que o juiz, pontualmente, nos limites legalmente autorizados, pode determinar a realização de diligências suplementares, para o fim de dirimir dúvida sobre questão relevante para o julgamento do mérito.

Temos vivido uma mudança de paradigma, que vem se firmando em nosso ordenamento nas últimas décadas, mais precisamente com a previsão constitucional presente no art. 98, I da possibilidade da busca de soluções dialogadas ou consensuais no processo penal brasileiro.

Se a transição do sistema inquisitorial para o acusatório foi marcada pelo controle da atuação do Estado na busca pela verdade, que passou a ser admitida de forma mais reduzida, a fim de preservar os direitos do indivíduo, agora se procura a eficiência do sistema processual penal. Sem dúvida, entramos em um novo momento do nosso processo.

Estamos diante de uma nova lógica de resolução de casos criminais e, neste novo espaço, a busca da verdade merece especial atenção, pois questionável não apenas a adjetivação dada à verdade neste ambiente de solução de conflito, mas, sobretudo, se o alcance da verdade é, de fato, um objetivo deste novo viés da processualística penal.

A análise sobre a verdade no âmbito do processo penal negocial demanda a avaliação individual de cada um dos institutos consensuais presentes em nosso ordenamento jurídico, especialmente no tocante ao suporte fático exigido para a celebração de cada um deles e sobre a formação de prova no ambiente negocial.

Considerando que este trabalho tem por escopo o aprofundamento do estudo do acordo de não persecução penal, indico, de maneira breve e sintética, que os institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo se lastreiam em suporte fático de considerável fragilidade, pois ainda bastante prematuro.

A inauguração das tratativas no âmbito da transação penal depende de uma investigação simplificada (termo circunstanciado de ocorrência) e que não seja o caso de arquivamento da investigação. Já a suspensão condicional do processo, considerando que sua pactuação só pode ser firmada após o recebimento da denúncia, demanda a justa causa para a admissibilidade da peça acusatória.

Nestas hipóteses pode se dizer que o que se prestigia é a abreviação ou simplificação do procedimento criminal, em detrimento do alcance da verdade, que no estágio em que os acordos são firmados, ainda se apresenta bastante incipiente.

É de se observar também que nem no âmbito da transação penal, nem da suspensão condicional do processo há a formação de prova, pois não se exige para a celebração de qualquer deles a confissão ou assunção de culpa. Assim, pode-se concluir que estes institutos constituem especificamente meios de resolução de conflitos penais.

Idêntica conclusão não pode ser alcançada através da análise do acordo de não persecução penal, pois, além de constituir meio de solução de conflito, também se apresenta como meio de obtenção de prova, pois em seu bojo há uma formação probatória – a confissão circunstanciada – que pode lastrear um processo penal futuro, nos moldes tradicionais.

Quanto ao suporte fático, o acordo de não persecução penal, em semelhança com a transação penal e a suspensão condicional do processo, tem por lastro os elementos de investigação necessários para a formação da *opinio delicti* pelo Ministério Público.

Constata-se, assim, que esses institutos consensuais de solução de conflitos penais se amparam nas conclusões advindas da fase investigativa. Em razão disso, salutar o destaque para a relevância e pertinência da atuação da defesa neste momento, que se revela fértil terreno para sedimentar os ideais da investigação defensiva.

Isso porque pela via tradicional – devido processo legal – há um procedimento em contraditório que permite com maior robustez a averiguação da verdade e a participação efetiva das partes. Já no âmbito do consenso, este espaço é diminuto. Assim, a possibilidade de atuação da defesa de maneira mais ativa na fase investigativa, propicia a formação de um substrato mais vigoroso para a avaliação tanto por parte do Ministério Público, como da própria defesa, sobre a viabilidade de celebração de um acordo e, assim, da solução consensual do conflito penal.

Pelo exposto, é possível verificar que, desde o Código de Processo Penal de 1941, o processo penal brasileiro experimentou os sistemas inquisitoriais, acusatório e, atualmente, o novel modelo consensual de solução de conflitos.

Não se pode dizer que cada sistema ocupou períodos estanques da história processual penal pátria, pois, ainda que o sistema acusatório tenha sido implementado, vestígios do sistema inquisitorial podem ser encontrados não só na legislação, mas na prática forense até os dias atuais, mormente diante da permanência da lei que se fundou sob um eixo eminentemente inquisitorial.

Da mesma forma, não se pode falar de uma superação do sistema acusatório pelo consensualismo, sobretudo porque além de ainda ser embrionário, sua aplicação é restrita, posto inaplicável a crimes de maior gravidade, mas apenas de pequeno e médio grau.

Considerando que cada um destes sistemas trabalha com um tipo de verdade, seguindo a mesma lógica, é possível observar que o processo penal brasileiro suportou a autoritária perseguição da verdade real e vivenciou a democrática busca da verdade possível, tendo, neste momento, experenciado a verdade formada pelas balizas da solução consensual de conflitos penais.

Não se pode dizer que atualmente não há resquícios desta insistente busca da verdade real no processo penal. Entretanto, a perda do aparelhamento necessário para a sua conquista praticamente exterminou esta prática. Em contrapartida, a ideia da verdade possível tem se consolidado e ficado cada vez mais clara na nossa ordem processual, enfrentando, agora, o desafio do convívio com a verdade formada nos espaços de consenso.

Nestes, é perceptível que a formação do contrato não demanda a necessidade prévia do alcance da verdade, pois as partes renunciam a sua busca da

forma como consolidada no sistema acusatório para obter um resultado mais célere do processo.

As partes, a fim de pôr fim à controvérsia penal, resolvem não se submeter ao procedimento estabelecido com mecanismos de contraditório, no qual a verdade se forma a partir do debate e do confronto de provas, perante um sujeito imparcial, preferindo concluir a contenda, que se sustenta em elementos de informação, produzidos distante do debate das partes, sem a produção de prova adversa e, portanto, baseado em substrato menos seguro.

Trata-se de um exercício de sopesamento realizado pelas partes, em que: de um lado, há a opção de submeter uma controvérsia à via mais segura conhecida em nosso ordenamento, cujos mecanismos propiciam maior probabilidade de a conclusão sobre os fatos ser o mais aproximada possível daquela que ocorreu quando da ocorrência do evento objeto da apreciação, garantindo uma decisão proporcional entre evento e pena, em caso de condenação, sendo que esta via possui duração imprecisa; por outro lado, tem-se a precisão do tempo de finalização da controvérsia, sem, contudo, ter a garantia de alcance da conclusão dos fatos aproximada da realidade fática, já que o substrato em que se baseia é construído num ambiente menos seguro, do ponto de vista dos aparatos utilizados para o estabelecimento da base justificadora da atuação estatal.

Por essa razão, superada a fase de aceitação destes institutos em nosso ordenamento jurídico, é imprescindível compreender que o fruto de seu exercício, no caso, de uma ação penal inaugurada, é uma confissão alcançada em um espaço menos protegido e, por isso, mais vulnerável. Assim, não se pode dizer que, do acordo de não persecução penal, assim como de outros ambientes de solução consensual de conflitos penais, há a formação de uma verdade, mas a iniciação de sua construção.

5.2. A CONFISSÃO COMO MEIO DE PROVA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Confessar é a admissão do cometimento de um fato, por parte daquele que figura como suspeito ou acusado de sua prática. No âmbito do processo penal, o fato admitido deve ser normativamente descrito como uma infração penal.

A confissão, durante muito tempo, foi considerada a “rainha das provas”. Não por acaso, o grande objetivo da persecução penal era obter, daquele que era indicado como autor do delito, a confissão do crime praticado. Esse propósito tornava o investigado ou acusado, a mais importante fonte de prova e justificava a utilização dos mais diversos meios para a sua obtenção, inclusive a tortura.

A confissão suplantava qualquer outra prova e, por essa razão, quando alcançada, dispensava a continuidade das atividades investigativas e o gasto de

energia para a descoberta de meios que se prestassem a confirmar ou corroborar a informação trazida pela assunção da culpa por parte do suspeito.

Com a evolução do processo penal, tanto os procedimentos para o alcance da confissão, como o seu valor probatório, sofreram importantes alterações, conforme já delineado em capítulos anteriores.

Sob a ótica do processo penal democrático, a confissão passou a ser uma prova como qualquer outra. Aliás, sua força probante não é suficiente para sustentar uma conclusão condenatória, sendo necessário ser corroborada por outras provas do processo, o que é expressamente previsto pelo art. 197 do Código de Processo Penal[17].

Há situações, ainda, em que a confissão de nada serve. É o que ocorre nas hipóteses de infrações que deixam vestígios. Nesse casos, conforme preceitua o art. 158 do Código de Processo Penal[18], o exame de corpo de delito é imprescindível, não sendo, a confissão, capaz de suprir a sua falta.

A insuficiência da confissão nestas hipóteses repercute de maneira assaz no processo penal, reduzindo a incessante busca pela confissão e trazendo maior potencial epistemológico para a atividade probatória, oferecendo, por conseguinte, maior substrato cognitivo ao julgador e maior segurança sobre as conclusões alcançadas quanto à necessidade de responsabilização criminal do acusado.

Considerando essas transformações, o conceito apresentado por Badaró sobre confissão se amolda aos contornos desta visão. Segundo este autor, no âmbito do processo penal, confessar "é admitir contra si, por quem seja suspeito ou acusado de um crime, voluntária, expressa e pessoalmente, diante da autoridade competente, em ato solene e público, reduzido a termo, a prática de algum fato criminoso" (BADARÓ, 2021, p. 250).

A definição trazida por Badaró é importante, pois não se limita à compreensão da confissão como assunção de culpa, mas como manifestação de vontade que, para gozar da natureza probatória confessional, deve ser voluntária, expressa, pessoal, prestada perante autoridade competente, em ato solene e devidamente registrado.

A voluntariedade da confissão consiste numa manifestação de vontade livre de coação. Quando falamos em meios coercitivos, intuitivamente, lembramos das práticas de tortura, posto ter sido, por longos anos, a prática usual para a obtenção da assunção da culpa por parte do investigado ou acusado.

Apesar disso, é importante atentarmos que, embora esta seja a mais evidente, não é a única forma coercitiva de obtenção da confissão. Interrogatórios

---

[17] CPP, Art. 197. 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.

[18] CPP, Art. 158. Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado.

exaustivos ou demasiadamente alongados e utilização de aparelhos como detector de mentiras também podem comprometer a voluntariedade da confissão, não sendo, por isso, admitidos.

Além disso, a voluntariedade possui íntima relação com as ideias de liberdade e consciência. Por essa razão, uma confissão, para ser assim considerada, sob o ponto de vista probatório, deve ser precedida da comunicação sobre o direito ao silêncio[19]. Desse modo, "conversas informais" ou interrogatórios sub-reptícios não são capazes de concretizar uma confissão.

O processo penal não é ambiente para armadilhas e artimanhas. Por isso, não se admite confissões advindas de interrogatórios clandestinos ou travestidos de entrevistas. O investigado ou acusado deve ter ciência do ato de que participa e deve ser alertado sobre o direito de permanecer em silêncio, desdobramento do princípio *nemo tenetur se detegere* – direito não produzir prova contra si mesmo.

Conversas estabelecidas entre o suspeito ou acusado com policiais, agentes de investigações ou populares podem servir de substrato para os testemunhos por eles prestados, mas não caracterizam confissão.

Outra elementar da confissão é a necessidade de ser uma manifestação expressa. Se em outros ramos do direito, é possível se extrair do silêncio uma concordância com os fatos alegados pela outra parte ou a presunção de veracidade de imputações que lhes são feitas, no processo penal, isso não é possível. Se não for expressa, não pode ser deduzida e, por essa razão, é que não é possível se extrair do silêncio, a confissão, conforme assinala o art. 198, do Código de Processo Penal[20].

Sobre o direito ao silêncio, é importante assinalar que o investigado ou réu pode responder às perguntas que lhe interessar, ou seja, todas, algumas ou nenhuma. Neste ponto, apesar de haver certa resistência por parte de alguns atores do processo, o exercício do silêncio seletivo constitui comportamento legitimo e congruente com a ideia de ampla defesa, não podendo, portanto, ser cerceado. Aliás, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem se consolidado neste sentido[21].

---

[19] Tramita no Supremo Tribunal Federal, Recurso extraordinário nº 1177984, cuja repercussão geral foi reconhecida. A controvérsia estabelecida é sobre a obrigatoriedade de o Estado informar ao preso do direito ao silêncio no momento da abordagem policial, e não somente no interrogatório formal.

[20] CPP, Art. 198. O silêncio do acusado não importará confissão, mas poderá constituir elemento para a formação do convencimento do juiz.

[21] PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. 1. INTERROGATÓRIO JUDICIAL. SILÊNCIO SELETIVO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. 2. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. O fato de o juiz conduzir o interrogatório não significa que o réu está impossibilitado de responder apenas a algumas perguntas, em especial às da defesa, fazendo uso assim do silêncio seletivo. De fato, é cediço que quem pode o mais pode o menos. **Assim, se é possível não responder a nenhuma pergunta, é possível também responder apenas a algumas perguntas**. Anote-se que o direito ao silêncio é consectário do princípio nemo tenetur se detegere, tratando-se, portanto, de garantia à não autoincriminação. Ademais, é assente que o interrogatório não é apenas meio de prova, mas especial instrumento de autodefesa, competindo, dessa forma, à defesa escolher a melhor estratégia defensiva. 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no HC n. 833.704/SC, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 8/8/2023, DJe de 14/8/2023.)

Além disso, a confissão tem que ser pessoal, não podendo ser admitida se realizada por interposta pessoa, ainda que autorizada expressamente pelo réu ou investigado. O ato de confessar não pode ser delegado, devendo ser realizado apenas pela própria pessoa que deseja confessar a autoria de um fato tido por criminoso.

Concluindo os elementos caracterizadores da confissão, exige-se que se realize perante a autoridade competente[22], em ato solene e devidamente registrado. Estes são elementos de grande valia, pois garantem a consciência por parte do investigado ou acusado, a controlabilidade do ato, bem como sua segurança e credibilidade.

No que diz respeito à ideia de autoridade competente, é certo que a confissão pode ser judicial ou extrajudicial. É judicial, quando realizada perante o magistrado e é extrajudicial, quando realizada no curso de inquérito policial, em procedimentos administrativos, de sindicância, em comissões parlamentares de inquérito, perante promotores de justiça ou outras autoridades.

Dessa forma, para se considerar a assunção da culpa pelo investigado ou acusado como uma prova confessional, é preciso observar a presença de todos esses elementos. Isso porque, tendo sido a busca da confissão o motivo de tantas práticas ofensivas à dignidade da pessoa humana, a exigência desses elementos se faz necessária para garantir que a confissão se concretizou com o respeito a direitos e garantias fundamentais. Assim, carente qualquer destes componentes do conceito de confissão, não estaremos diante desta espécie de prova.

Quanto ao conteúdo da confissão, seguindo as lições do Professor Rosmar Rodrigues Alencar e Nestor Távora, que coincidem com as de Badaró e de outros processualistas penais, pode ser classificada como simples, complexa e qualificada. É simples, quando há o reconhecimento puro e simples de uma imputação; é complexa, quando há o reconhecimento de vários fatos delituosos; é

[22] PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. CONFISSÃO INFORMAL E QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. ELEMENTOS INIDÔNEOS. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO PARA APLICAR A CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006 EM SUA FRAÇÃO MÍNIMA.1. A teor do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organizações criminosas. 2. A propósito, como bem pontuou o agravante, a informação de que o réu deixava a casa aberta para os traficante foi trazida aos autos a partir de confissão informal do agente, quando de sua prisão em flagrante. Nesse sentido, não foi produzida durante a instrução criminal nenhum prova que confirmasse o alegado, sendo certo que, já em fase policial, e, posteriormente, em juízo, o agravante não ratificou a suposta confissão. Logo, não restou comprovada a afirmação de que o réu recebia quantia semanal para colaborar com o tráfico. 3. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal tem entendimento de que "a quantidade de droga apreendida, por si só, não justifica o afastamento do redutor do tráfico privilegiado, sendo necessário, para tanto, a indicação de outros elementos ou circunstâncias capazes de demonstrar a dedicação do réu à prática de atividades ilícitas ou a sua participação em organização criminosa" (AgRg no REsp 1.866.691/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 29/5/2020) (AgRg no HC 656.477/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 26/10/2021, DJe 3/11/2021). 4. Agravo regimental provido para aplicar a minorante do art. 33, §4º da Lei 11.343/2006 em sua fração mínima. (AgRg no AREsp n. 2.368.569/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 22/8/2023, DJe de 28/8/2023.)

qualificada, quando há a confissão do fato, com a indicação de algum elemento capaz de afastar a responsabilidade penal, como uma excludente de ilicitude.

Esta classificação possui repercussão direta na avaliação probatória, pois, sendo a confissão um ato divisível, o julgador pode considerar verdadeira, na hipótese de confissão complexa, a assunção da culpa em relação a todos, alguns ou nenhum delito, bem como, na hipótese de confissão qualificada, pode se convencer apenas sobre a confirmação do cometimento da infração penal, mas não da causa excludente apresentada.

Outra característica importante da confissão é a sua retratabilidade, que pode ser total ou parcial. Tratando-se de um ato de vontade, o confidente pode negar, aquilo que, outrora, confirmou. A retratação, porém, não fulmina a possibilidade de o julgador direcionar sua avaliação sobre o ato confessional e o de retratação.

Dessa forma, assim como o juiz pode acatar a retratação e não atribuir valor probante à confissão anteriormente realizada, também pode desconsiderar a retratação e aquilatar a confissão, em confronto com as demais provas do processo, como autoriza o art. 200 do Código de Processo Penal[23] e os entendimentos jurisprudenciais[24].

Situação diversa ocorre quando se alega e demonstra um vício na manifestação de vontade, quando do momento da confissão. Isso porque, nesta hipótese, não há uma retratabilidade por parte do indivíduo, mas a necessidade de anulação do ato. Nesse caso, por óbvio, não se faz possível considerar, quando da avaliação da prova pelo magistrado, aquela maculada por um vício de vontade, não sendo, portanto, prova idônea para a conformação da convicção do julgador.

Apesar de todos esses limites impostos e da releitura feita em relação à figura da confissão, que a colocou em mesmo nível hierárquico dos demais meios de prova, lhe atribuindo um valor relativo, não há como negar a sua relevante importância e o fato de ainda figurar, como anota Nucci, como um dos mais procurados meios de prova.

Em sentido idêntico, Helio Tornaghi, mesmo sob a compreensão de inexistência de superioridade hierárquica da confissão em relação às outras provas, obtemperou, em expressiva passagem de sua obra, que

---

[23] CPP, Art. 200. A confissão será divisível e retratável, sem prejuízo do livre convencimento do juiz, fundado no exame das provas em conjunto

[24] PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. CONDENAÇÃO. DEPOIMENTO EXTRAJUDICIAL DO CORRÉU, RETRATADO EM JUÍZO. RATIFICAÇÃO POR OUTROS ELEMENTOS PROBATÓRIOS, COLHIDOS JUDICIALMENTE. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A retratação de confissão extrajudicial, do corréu, em Juízo, por si só, não tem o condão de retirar o valor de seus depoimentos extrajudiciais, notadamente se estes são compatíveis com depoimentos testemunhais, colhidos à luz do contraditório, como esclarece o acórdão de 2º Grau " (AgRg no AREsp. 277.963/PE, Rel. Min. ASSUSETE MAGALHÃES, Sexta Turma, DJe 7/5/2013) 2. Na espécie, os depoimentos dos policiais foram colhidos sob o crivo do contraditório judicial, o que afasta a alegação de violação ao art. 155 do CPP. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no HC n. 809.895/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 29/5/2023, DJe de 2/6/2023.)

> "Realmente, confissão atendível é um raio de luz que ilumina de jato todos os escaninhos dos crimes mais misteriosos, dissipa as dúvidas, orienta as ulteriores investigações e conforta de um só passo os escrúpulos do juiz e as preocupações de justiça dos homens de bem" (TORNAGHI, 1967).

Tanto é assim, que institutos recentemente integrados ao processo penal brasileiro, a exemplo da colaboração premiada, Lei 12.850/2013 e do acordo de não persecução penal, art.28-A, do Código de Processo Penal, trazem a busca da confissão como importante objetivo a ser, por eles, alcançado.

Não por acaso, também, o legislador penal previu, no art. 65, III, d, do Código Penal, uma espécie de recompensa para aquele que confessa a prática de um crime, atenuando a pena a ser aplicada. Seguindo esta mesma linha abonatória, nos casos de apropriação indébita previdenciária e sonegação de contribuição previdenciária, a punibilidade do agente é extinta, caso declare, confesse e efetue o pagamento das contribuições, importâncias ou valores e preste as informações devidas à previdência social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal, conforme prelecionam os art. 168-A, §2º e art. 334-A, §1º, ambos do Código Penal.

A relevância da confissão para a formação do convencimento do magistrado é inquestionavelmente relevante, contudo, o fato de constituir ato retratável, divisível e de poder ser realizado em distintas fases da persecução penal, promovem a necessidade de uma avaliação bastante esmerada, por parte do julgador.

A partir desse ponto, então, forçoso refletir sobre o aquilatamento do valor probatório da confissão advinda das fases inquisitorial, de consenso e instrutória, considerando seus atributos de divisibilidade e retratabilidade e as peculiaridades desses estágios processuais em que foram estabelecidas.

5.3. RELAÇÃO ENTRE CONFISSÃO E OS MOMENTOS DA PERSECUÇÃO PENAL

Analisando o procedimento de persecução penal, destaco três importantes momentos em que a confissão pode ocorrer: investigação, acordo de não persecução penal e instrução.

A fase investigativa não se restringe à hipótese de inquérito policial, podendo se concretizar de outras formas, como por meio de investigações conduzidas pelo Ministério Público, de ofício pelo Supremo Tribunal Federal, em inquéritos parlamentares, pela polícia militar, por polícia administrativa e outros. Neste trabalho, contudo, direcionaremos nossa apreciação para as investigações realizadas pela polícia judiciária, posto ser a via mais usual de iniciação da persecução penal.

O inquérito policial é um procedimento administrativo, realizado pela polícia judiciária – polícia civil ou polícia federal – que, realizando atos de investigação, visa a apurar a ocorrência de um crime, esclarecendo, principalmente, a materialidade e autoria delitiva. Esse procedimento é presidido por um delegado de polícia, que conduz a ação de agentes, que trabalham com o mister de esclarecer o ilícito penal, oferecendo, ao titular da ação penal, subsídios que contribuam para a formação da sua *opinio delicti.*

O inquérito policial, regra geral, se estabelece fora dos contornos do contraditório e da ampla defesa. Neste momento, ainda que um advogado ou defensor público acompanhe a investigação e o investigado nos atos em que é chamado, não se estabelece a dialogicidade e a oportunidade de atuação típica da fase instrutória, estabelecida no curso de ações penais.

Por essa razão, em regra, o inquérito policial não produz provas, mas elementos de informação. Diz-se, em regra, pois há situações específicas em que, mesmo no bojo da fase inquisitorial, provas são alcançadas, conforme prevê o art. 155 do Código de Processo Penal, que enuncia a possibilidade de produção, na fase inquisitorial, das provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

No que diz respeito às provas cautelares, a exemplo de interceptações telefônicas e quebra de sigilo de dados, estabelece-se um contraditório diferido; já nas provas antecipadas, como o depoimento especial de menores e depoimentos de pessoas em estágio de saúde grave, o contraditório é contemporâneo à produção da prova; no entanto, nos casos de provas irrepetíveis, a exemplo daquelas em que a testemunha falece antes da fase de instrução processual, o contraditório fica comprometido, ante o perecimento da fonte de prova e a impossibilidade de seu estabelecimento, não ocorrendo nem de forma contemporânea, nem diferida.

No inquérito policial, vítimas, testemunhas e o próprio investigado são chamados, a fim de serem ouvidos e contarem aquilo que sabem sobre o evento objeto da investigação. Esses depoimentos, regra geral, são registrados por escrito, mas, há alguns profissionais, que já adotaram a prática de registrá-los por meio audiovisual, o que, destaque-se, não constitui uma exigência da lei. Essa iniciativa decorre, muitas vezes, do intuito da autoridade policial de demonstrar a fidedignidade do elemento de informação colhido e para se proteger de alguma alegação de conduta abusiva e violadora de direitos e garantias constitucionais.

Dentre as pessoas ouvidas, o investigado goza do constitucional direito de permanecer em silêncio, devendo, sobre isso ser alertado pelo delegado de polícia. Caso adote a postura de responder às perguntas que lhes são feitas, é possível que o suspeito opte por admitir a prática do fato criminoso e, até, que minudencie o evento, contando detalhes sobre o ocorrido.

Neste momento, é possível que o investigado esteja acompanhado de defensor, mas esta não é uma exigência legal, de modo que a oitiva do investigado, perante a autoridade policial, prescinde da presença de defesa técnica, a qual, se presente, por certo, agrega valor ao ato.

A confissão alcançada nesta fase do procedimento, portanto, se perfectibiliza por meio de registros escritos, sem a observância do contraditório e da ampla defesa e sem a presença de um defensor técnico.

No âmbito do acordo de não persecução penal, por sua vez, a confissão é uma exigência para a consolidação do negócio jurídico, conforme já amplamente discutido anteriormente. O ato confessional, nesta esfera, ocorre perante o promotor de justiça e a defesa técnica do investigado, devendo ser registrado por escrito.

É certo que neste ambiente, embora a confissão seja um requisito para o acordo, é indispensável a consciência do investigado sobre o seu direito de ficar em silêncio, sendo que, com este comportamento, não se consolida o acordo e o processo pode seguir pela via tradicional. Também nesta fase não há exigência de registro por meio audiovisual da confissão realizada, embora alguns promotores de justiça já tenham implementado esta prática.

Assim, nesse momento da persecução penal, a confissão se estabelece num ambiente que, embora não seja de contraditório, é dialógico e com a necessária presença de uma defesa técnica, sendo reduzida a termo, isto é, registrada por escrito no bojo do instrumento do acordo de não persecução penal, que será submetido à homologação judicial.

Por fim, na fase instrutória, temos a oitiva do acusado realizada em fase específica do procedimento judicial, o interrogatório, que ocorre após toda a colheita da prova oral. Ou seja, a oitiva do acusado ocorre como último ato da produção da prova oral e, portanto, após a oitiva de todas as testemunhas e eventual vítima.

A oitiva do acusado na fase instrutória ocorre perante o juiz que julgará a ação penal e, necessariamente, perante um advogado ou defensor público, em um ambiente de contraditório e ampla defesa, em que, obviamente, antes da realização de perguntas sobre o caso, o réu é alertado de seu direito constitucional de ficar em silêncio.

Diferentemente dos outros dois momentos, o registro dos depoimentos, inclusive do interrogatório do réu deve ser feita por meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive, audiovisual, conforme disciplina o art. 405, §1º, do Código de Processo Penal, para o fim, expressamente disposto no comando normativo, de alcançar maior fidelidade das informações.

Desse modo, a confissão, quando da instrução processual, ocorre num ambiente de contraditório e ampla defesa, perante o juiz que julgará a causa, que alertará o acusado sobre o direito de ficar em silêncio, sendo todo o ato registrado por meio que garanta maior fidedignidade ao depoimento, da forma que foi explicitado.

Avaliando as peculiaridades de cada um destes momentos da persecução criminal – investigação, acordo de não persecução penal e instrução processual -, é possível perceber, com facilidade, que, ao avançar as fases persecutórias, há um incremento nas garantias que circundam o ato confessional,

num ilustrativo movimento de subida de degraus, em que ao alçar um nível mais alto, nos deparamos com maior proteção à confissão realizada, de modo que, na fase investigativa a confissão só é amparada pelo alerta sobre o direito ao silêncio; no estágio do acordo de não persecução penal, além do alerta sobre o direito ao silêncio, há o estabelecimento de um ambiente dialógico, com a necessária presença de uma defesa técnica; e, na instrução processual, alcançamos o ápice, já que a confissão se estabelece perante um sujeito imparcial, que será o julgador da causa, que alerta sobre o direito ao silêncio, garante às partes o exercício do contraditório e da ampla defesa e registra o ato, precipuamente, por meio audiovisual, sendo, ainda, imprescindível a presença da defesa técnica.

Sob esta ótica, é certo que, embora o ato do investigado ou acusado, que assume a culpa de um delito seja, em todos estes momentos, denominado confissão, não é possível que esta seja tratada em todos eles com o mesmo valor probante, justamente em razão das peculiaridades dos momentos processuais em que o ato é concretizado.

5.4. O JULGADOR E A ATIVIDADE DE VALORAÇÃO DA CONFISSÃO EXTRAÍDA DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

O processo penal não tem a ambição de, com suas ferramentas, alcançar o conhecimento dos fatos pretéritos exatamente como ocorreram. O alcance da verdade real, portanto, há muito, é estabelecido como um mito, conforme apontado nas lições de Casara, de modo que a pretensão do processo penal é, alicerçando-se em provas, concluir sobre a confirmação ou negação de um evento anunciado como ilícito penal, bem como sobre o cabimento da responsabilização penal àquele que é apontado como sujeito da prática delitiva.

Desse modo, para o processo penal, "um enunciado que descreve um fato pode ser considerado verdadeiro se racionalmente houver sido confirmado pelas provas produzidas no processo" (TARUFFO, 2016). Daí falar-se que no processo penal prevalece a ideia da verdade provada[25].

Assim, a tarefa do juiz, consoante anotado por Michele Taruffo é produzir certeza[26], que é alcançada com a resolução sobre a veracidade ou falsidade das hipóteses apresentadas sobre os fatos. A certeza é estabelecida na decisão que constitui o resultado de um procedimento racional, que se desenvolve com base em regras e princípios, permitindo, assim, o controle de sua validade.

[25] A ideia de verdade provada é apresentada neste trabalho como sinônimo de verdade formal, verdade objetiva e verdade processual.

[26] Seguindo os ensinamento de Michele Taruffo, certeza é a intensidade do convencimento do sujeito em questão. Certeza possui um status subjetivo. Corresponde ao grau de persuasão que um sujeito tem a respeito da veracidade de um enunciado. Certeza difere de verdade, pois esta é determinada pela realidade.

Sob esta perspectiva, é possível constatar que a atividade de valoração da prova e a correlação desta com a hipótese apresentada pela acusação constituem incumbências precípuas do magistrado, que repercutem no êxito da decisão final. Nesse sentido, conforme ensina Badaró:

> "O contexto da valoração é o ponto culminante da atividade probatória. O juiz deverá analisar todas as provas produzidas para verificar se a hipótese posta em julgamento com a formulação da acusação foi ou não provada. Também deverá verificar se hipóteses fáticas diversas ou contrárias, geralmente alegadas pela defesa, encontram suporte na prova dos autos. Tal operação consiste em julgar o apoio empírico que um conjunto de provas dá a uma hipótese fática, de acordo com critérios gerais da lógica e da racionalidade" (BADARÓ, 2023).

Assim, se o processo penal não pretende alcançar a verdade absoluta, mas a verdade provada, tem-se por objetivo atingir o mais elevado grau de confirmação probatória, a fim de que, mesmo admitindo a possibilidade de compreensão equivocada, esta seja minimizada.

Por essa razão, Badaró ensina que o juiz deve analisar todas as provas produzidas, considerando tanto as que dão suporte à hipótese acusatória apresentada, como aquelas capazes de refutá-la. Para este autor, ignorar um segmento de prova se equipara a eleger uma hipótese como preferível, o que implicaria em grave quebra da imparcialidade, já que a conclusão do julgador não adviria de uma verificação desinteressada da prova, mas de um preconceito cognitivo e, ainda que esta omissão na atividade de verificação fosse desinteressada, incorreria em um erro epistemológico.

A partir desta missão de valoração da prova, pertine questionar sobre a existência de um método racional para a sua realização e, conforme ensina Badaró, "de maneira geral, nos diversos ordenamentos jurídicos, os códigos nada dizem quanto ao conteúdo ou modo de se desenvolver a valoração da prova, limitando-se a se utilizar de expressões como, 'livre apreciação da prova'" (BADARÓ, 2023).

A ideia de livre apreciação da prova se contrapõe à antiga sistemática da prova legal ou tarifada, em que a lei atribuía a cada meio de prova um valor, construindo critérios matemáticos para o estabelecimento da atividade valorativa. Badaró ressalta que "a teoria da prova legal, com sua aritmética classificatória pretensamente cientifica, era bastante adequada a um modelo inquisitório, no qual o juiz decidia isoladamente, como senhor e dono da atividade probatória" (BADARÓ, 2023). No âmbito desta sistemática, impende destacar que a confissão era classificada como uma prova plena, dotada de valor probatório máximo.

Conforme indica Badaró, o sistema da prova legal não considerava o potencial cognitivo de cada meio de prova, a partir do caso concreto. Além disso, a ideia de tarifação se prestava a controlar o arbítrio do julgador, "considerava-se melhor definir previamente e de modo abstrato o que seria necessário para que um

fato fosse considerado verdadeiro, do que deixar a cargo do julgador, em cada caso concreto, realizar tal valoração" (BADARÓ, 2023).

O livre convencimento, então, se apresenta como uma conquista do pensamento iluminista, em substituição ao sistema da prova legal. No entanto, sobre ele faz-se necessário um controle, a fim de que não desemboque em uma anarquia cognitiva. O convencimento é livre, sob o aspecto de não estar vinculado a uma prévia tarifação probatória, mas deve ser regrado e baseado em critérios racionais, o que permite a controlabilidade das decisões.

O professor Fernando Braga Damasceno, em incitante artigo – *A Constituição e a valoração da prova judicial entre a indiferença e um mandamento de redução do risco de erro* – afirma que "em um estado democrático de direito, deve-se admitir que é sempre possível que a autoridade pública esteja errada, compensando essa falibilidade com a instituição de mecanismos de controle, prevenção e/ou reparação", dentre os quais assinala a necessidade de sistematização de métodos de valoração da prova, o que poderia ensejar, inclusive, a formação de uma nova disciplina, apontada pelo autor como "probática" ou "técnica probatória".

A necessidade de desenvolvimento de um método, além de maior segurança, torna mais racional e objetiva a atividade do julgador, minimizando, por certo, o número de decisões judiciais equivocadas. No entanto, conforme já assinalado, nenhum ordenamento prevê um método de valoração da prova no âmbito do livre convencimento, restringindo-se à apresentação de terminologias, que, embora sinalizem para o estabelecimento de balizas, não gozam de precisão, mantendo, assim, a abstração e vagueza e, portanto, uma indefinição de preceitos e a inexistência de um método pré-estabelecido para a valoração racional e objetiva da prova.

A despeito desta indefinição e inexistência de método pré-estabelecido, é inequívoca a necessidade de empenho do julgador para concretizar a atividade de correlação entre a hipótese acusatória e a prova produzida, aferindo se as provas validam ou invalidam a hipótese posta.

Em verdade, juízes em todo país, ainda que de forma intuitiva, desenvolvem uma metodologia de análise e avaliação de provas no contexto do processo, para a formação de seu convencimento sobre os fatos apresentados e desenvolvimento da argumentação jurídica necessária para a fundamentação da sentença a ser proferida.

Assim, sem a pretensão de estabelecer um método de análise e avaliação probatória no âmbito do processo penal, o que demandaria um estudo mais minudente e profundo, mas refletindo de maneira incipiente e baseada na literatura já mencionada e nos ensinamentos de Jordi Ferrer Beltran apresentados, especialmente, na obra Valoração Racional da Prova, passo a apresentar um raciocínio preambular sobre a valoração da prova no processo penal, especificamente sobre a confissão, enquanto elemento de prova.

A valoração se perfaz sobre a prova em si e desta em relação à hipótese acusatória. Sobre a prova em si, se verifica a sua qualidade e, em relação à hipótese, se observa o grau de confirmação. Assim, se a prova é de boa qualidade, isto é, confiável e há um elevado grau de confirmação da hipótese, por meio do número de provas que a corroboram, maior é a probabilidade da veracidade da hipótese.

Não se pode perder de vista, porém, a necessidade de avaliação da contraprova, sobre a qual deve ser estabelecido este mesmo exercício. Assim, para a prevalência da tese acusatória, não pode ocorrer a validação probatória de eventual tese defensiva. E, neste ponto, outro destaque é de suma importância, pois as regras de nosso sistema estabelecem que o aniquilamento da tese acusatória não demanda a plena demonstração da tese defensiva, bastando que se revele uma probabilidade, ainda que baixa, mas razoável, de validade da hipótese apresentada pela defesa.

Isso porque, a hipótese de acusação deve ser segura em um patamar isento de abalo causado por dúvida estabelecida pela hipótese defensiva, o que revela que, ao passo que ao acusador incumbe uma demonstração probatória segura, à defesa basta sedimentar uma dúvida. Esta dúvida, contudo, não se estabelece através de uma alegação vazia, desconexa dos fatos, mas na apresentação de hipótese possível, coerente, que tenha potencial de veracidade. Trata-se daquilo que a doutrina, a jurisprudência e algumas leis denominam de "dúvida razoável".

Sobre esta compreensão pertine transcrever a elucidativa conclusão que Badaró realiza sobre a avaliação probatória:

> O raciocínio probatório indicará, como conclusão, qual enunciado fático que, com base numa probabilidade lógica indutiva, é o mais provável, em comparação com outros enunciados que com ele disputem a prevalência. Para tanto, prevalecerá a hipótese fática que resista aos testes visando falseá-la, por apresentar maior capacidade de resistência, vez que está fundada em uma regra geral de maior solidez" (BADARÓ, 2023)

Além das balizas até aqui delineadas, os princípios, os comandos legais, e a jurisprudência qualificada[27] se apresentam como de grande relevância para a conformação da atividade valorativa.

Um princípio que se apresenta como importante vetor para a atividade valorativa é o da presunção da inocência ou *in dubio pro reo*, que é capaz de orientar o magistrado no sentido de que a dúvida milita em favor do acusado e, sendo observada, não pode ensejar um decreto condenatório.

Quanto aos comandos legais, enumero, de forma não exaustiva, as regras previstas nos art. 62, 155, 156, 157, 158, 186, parágrafo único, todos do CPP. O artigo 62 dispõe que, no caso de morte do acusado, o juiz somente à vista da

[27] Denomina-se jurisprudência qualificada aquela que possui caráter vinculante, a exemplo das decisões proferidas em recursos repetitivos, repercussão geral e enunciados de súmulas vinculantes.

certidão de óbito, e depois de ouvido o Ministério Público, declarará extinta a punibilidade. Esse artigo indica qual a prova se faz suficiente para a emissão do provimento judicial de extinção de punibilidade. Assim, ainda que haja outras, esta é a qualitativamente adequada para tal finalidade. O art. 155, por sua vez, embora enuncie que o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova, aponta que não é suficiente se basear em elementos informativos colhidos na investigação. Este dispositivo, portanto, assinala que o grau de exigência (*standard* probatório) necessário para a emissão de um provimento final não é alcançado por meros elementos informativos. Já o art. 156 enuncia a quem incumbe o ônus da prova, direcionando o julgador para a avaliação das hipóteses, sob a orientação de quem deve demonstrar o alegado. Esse comando normativo norteia a apreciação sobre o grau de confirmação entre a prova e a hipótese apresentada. O art. 157, por seu turno, aponta provas que, por serem ilícitas, não podem ser consideradas para a formação do convencimento, não devendo, portanto, ser valoradas, não gozando, portanto, de qualidade, confiabilidade. O artigo 158 indica hipóteses de crimes que demandam a realização de corpo de delito, sendo esta a prova qualitativamente adequada, sendo insubstituível pela confissão, que, por essa razão, constitui prova de carga valorativa insuficiente para demonstrar o elemento pretendido. O art. 186, por fim, dispõe sobre a ausência de carga probatória advinda do silêncio.

Constata-se que a valoração da prova é uma atividade de intensa complexidade, pois demanda a análise da prova em sua unidade e desta com todo o conjunto probatório, observando a adequação da prova produzida com os contornos principiológicos, normativos e jurisprudenciais, em um permanente exercício de correlação entre ela e a hipótese apresentada, visando a sua validação ou invalidação, o que consubstancia não apenas uma atividade valorativa, mas, também, avaliativa.

A atividade valorativa e avaliativa que se estabelece sobre a prova e a hipótese acusatória, embora tenha por escopo fulcral o alcance da conclusão final sobre a hipótese acusatória, concretizando-se em uma sentença condenatória ou absolutória, ocorre durante todo o processo, se prestando à emissão de provimentos judiciais intermediários, que são demandados no curso do procedimento.

É certo, porém, que, se para uma condenação se faz necessário um grau de confirmação da hipótese pelas provas bastante elevado, para os provimentos intermediários essa exigência não se perfaz e, nem poderia, já que nem todos os elementos a serem avaliados encontram-se consubstanciados ou amadurecidos, o que só ocorre na fase final do procedimento. Dessa forma, para os provimentos intermediários, a exigência de confirmação é inferior em relação ao que se demanda para a decisão final.

Sob esta ótica, agrega-se ao exercício valorativo e avaliativo da prova – que já conta com a necessidade de avaliação da confiabilidade da prova, do grau de confirmação entre a prova e a hipótese, a necessidade de observância sobre a conformação de dúvida razoável, a atenção aos princípios, comandos normativos e teses jurisprudenciais – um outro aspecto, o do *standard* probatório, que pode ser compreendido, como o grau de confirmação exigido para a emissão do provimento

judicial. Note-se que, desta vez, o grau de confirmação exigido não é em relação a prova e a hipótese acusatória, mas entre a conclusão da atividade de valoração da prova e o grau de confirmação exigido para obter o provimento judicial pretendido.

Para alcançar o significado de *standard* probatório, Alexandre Morais da Rosa e Janaina Matida, em artigo intitulado "Para entender *standards* probatórios a partir do salto com vara", utilizaram-se de uma metáfora bastante proveitosa. Os autores compararam o *standard* probatório a um sarrafo colocado como o objetivo a ser superado pelo saltador, na modalidade esportiva salto com vara. O *standard* probatório é, pois, o ponto de satisfação probatória a ser superado para que a hipótese apresentada seja tida como confirmada. A altura que o sarrafo é colocado depende do momento da competição e assim o é com o *standard* probatório, pois há provimentos judiciais que não demandam uma satisfação probatória tão completa, bastando o atingimento de grau mais reduzido. Exemplificativamente, o *standard* probatório a ser alcançado para justificar um decreto de prisão preventiva é bem inferior do que aquele exigido para que se condene alguém.

No âmbito jurisprudencial, o Supremo Tribunal Federal, há mais de duas décadas, utiliza-se da ideia de *standard* probatório[28], integrando-a ao caminho argumentativo aplicado para a tomada de decisão. No mesmo sentido, caminha a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, fazendo referência a *standards* probatórios[29].

Sinteticamente, considerando o que foi delineado até aqui, a valoração da prova possui como balizas a avaliação da confiabilidade da prova, o grau de confirmação entre a prova e a hipótese apresentada, a observância das regras legais, dos princípios e dos entendimentos jurisprudenciais pertinentes à atividade valorativa em específico e a verificação sobre a ocorrência de alguma dúvida razoável. Em seguida, deve-se examinar se a conclusão resultante deste exercício valorativo é suficiente para alcançar o *standard* probatório necessário para o provimento judicial pretendido, considerando o momento ou estágio processual em que se encontra.

---

[28] (HC 80084, Relator(a): CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 09/05/2000, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-242 DIVULG 10-12-2012 PUBLIC 11-12-2012)

[29] HABEAS CORPUS. ROUBO. RECONHECIMENTO DE PESSOAS. INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 226 DO CPP. RÉU QUE PARTICIPOU DO RECONHECIMENTO APENAS COMO DUBLÊ. PROVA INVÁLIDA E INSUFICIENTE PARA A CONDENAÇÃO. AUSÊNCIA DE OUTRAS PROVAS IDÔNEAS. ABSOLVIÇÃO. ORDEM CONCEDIDA. (...) 10. Esses fatores, somados, fragilizam a única prova usada para condenar o paciente, e ainda suscitam razoáveis dúvidas quanto à sua alegada participação no delito, de sorte a atrair a incidência do princípio da presunção de inocência - e de um de seus consectários, a regra do in dubio pro reo - ante a carência de um standard probatório mínimo para a condenação. 11. A condenação de alguém, em um processo penal, não pode ser decorrente de mera convicção íntima do juiz, ou mesmo de uma convicção apoiada em prova que, confrontada por evidências contrárias, suscite razoável dúvida quanto à narrativa acusatória, sob pena de inversão do ônus da prova, que, no âmbito criminal, recai todo sobre a acusação. Na hipótese, houve clara violação à regra de que ninguém pode ser condenado com prova que não supere a dúvida razoável quanto à participação delitiva do acusado. 12. Ordem concedida para absolver o paciente em relação à prática do delito de roubo objeto do Processo n. 1500788-85.2019.8.26.0482, com determinação de imediata expedição de alvará de soltura em seu favor , se por outro motivo não estiver preso. (HC n. 663.710/SP, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 20/6/2023, DJe de 27/6/2023.)

A confissão pode estar presente nesta complexa operação valorativa e avaliativa, como uma unidade probatória, que, portanto, deve ser aquilatada a partir de todas estas compreensões. Especificamente sobre a sua carga valorativa, o art. 197 do Código de Processo Penal Brasileiro enuncia que "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".

A dicção do artigo propõe que o julgador deve ter cautela ao receber a confissão, não podendo considerá-la *de per si*, mas em confrontação com os demais elementos de prova, a fim de averiguar a veracidade de seu conteúdo e alcançar a certeza judicial pretendida.

O processualista Eugenio Pacceli, ao tratar do assunto, ensina que, num sistema guiado pela verdade provada, a confissão deve ser avaliada com prudência, atentando-se, sobretudo, para a natureza do delito e para as condições pessoais do acusado. Aos pontos de atenção destacados por Pacceli, entendo pertinente acrescentar o momento processual em que a confissão se concretiza.

É possível que o magistrado considere a confissão realizada em qualquer fase da persecução criminal como um dos elementos orientador da formação de seu convencimento sobre o caso. Tanto é assim, que a jurisprudência assegura a incidência da atenuante da confissão, ainda que realizada em fase extrajudicial e mesmo tendo ocorrido retratação desta, na fase judicial[30].

Apesar disso, consoante já anotado, é preciso avaliar qual a carga valorativa que possui a assunção da culpa, a depender do momento processual em que acontece e como ela se perfectibiliza. Isso porque a qualidade da confissão se intensifica à medida que a persecução penal avança, pois, com a progressão da marcha persecutória, mais garantias processuais e ao indivíduo, a ela, se soma.

Observando a fase do inquérito policial, tem-se que a confissão nele concretizada, em regra, ocorre sem a presença de um defensor e é reduzida a termo por escrito. Há situações, contudo, em que o investigado presta seu depoimento em companhia de seu defensor e outras em que, além disso, há, por iniciativa do delegado de polícia, o registro audiovisual do ato.

A presença do defensor confere mais segurança ao investigado, minimizando o constrangimento ambiental que pode lhe afetar. Destaco que não se está aqui a descredibilizar o profissionalismo da autoridade policial para a condução do interrogatório, mas é inequívoco, especialmente para quem não é frequentador de um ambiente policial, que a condição de investigado pode lhe causar um abalo capaz

[30] O entendimento consolidado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que o réu fará jus à atenuante do art. 65, III, 'd', do CP quando houver admitido a autoria do crime perante a autoridade, independentemente de a confissão ser utilizada pelo juiz como um dos fundamentos da sentença condenatória, e mesmo que seja ela parcial, qualificada, extrajudicial ou retratada. Apesar disso, o tema, quanto à confissão não utilizada para a formação do convencimento do julgador foi afetado pelo STJ sob o tema 1194. O Resp paradigma é o de nº 2001973/RS e a afetação ocorreu em 03 de maio de 2023, estando pendente de julgamento, quando da finalização deste trabalho.

de comprometer o seu depoimento – daí falar em constrangimento circunstancial ou ambiental[31] – o que fica reduzido, quando a pessoa que será inquirida está em companhia de quem elegeu como seu defensor.

Desse modo, as informações que decorrem do depoimento do investigado prestado na seara policial possuem valor epistêmico maior, quando ocorre na presença de defensor. A qualidade dos frutos deste ato se intensifica ainda mais, quando o registro é realizado por meio audiovisual, pois possibilita a avaliação de aspectos que não são alcançáveis pela reprodução escrita do depoimento prestado.

Assim, é seguro afirmar que mesmo no âmbito da fase investigativa, é possível constatar a possibilidade de fixação de carga valorativa diversa ao mesmo ato, a depender da forma como ele é executado. E, se é assim num mesmo momento persecutório, maior distinção se percebe, quando avançamos para outro estágio da persecução penal, em que os atos se aperfeiçoam com mais garantias.

A confissão obtida no âmbito do acordo de não persecução penal encontra-se amparada por um ambiente de maior proteção, já que a presença de defesa técnica não é facultativa, mas obrigatória, necessária e o ambiente para a sua concretização se apresenta menos hostil do que o da fase inquisitorial. Além disso, a dialogicidade, que não ocorre na fase inquisitorial, ainda que haja a presença de um defensor no ato, promove maior segurança às informações decorrentes desta confissão. Dessa forma, a carga valorativa desta confissão se mostra superior àquela que pode ser extraída da fase inquisitorial, posto ser dotada de maior confiabilidade.

Entretanto, a confissão advinda do acordo de não persecução penal, que se encontra em momento intermediário à fase inquisitorial e judicial, embora colhida perante membro do Ministério Público e, em seguida, submetida a uma análise judicial, não possui valor equivalente à confissão que pode se consubstanciar na fase instrutória.

A confissão que serviu de condicionante para o acordo, não pode possuir o mesmo valor daquela que se evidencia em juízo, nem a substitui, justamente porque não há como garantir que o ambiente da composição, do qual o magistrado não participou, esteve isento de qualquer vício.

Já na fase processual, a confissão é produzida no ambiente mais seguro previsto pelo nosso ordenamento processual penal, pois, protegido pelo contraditório, pela ampla defesa e promovida perante sujeito imparcial, que será o julgador da causa. A presença do acusado perante aquele que irá lhe julgar faz toda diferença, pois a sua fala é direta a ele, o que minimiza a possibilidade de ruídos, garantindo uma interpretação mais precisa sobre o que foi dito pelo réu.

Assim, o escalonamento da carga valorativa da confissão se faz necessário, a fim de garantir uma apreciação mais qualificada da prova e, por

[31] A ideia de constrangimento ambiental ou circunstancial foi tratada pelo Superior Tribunal de Justiça no HC 762.932-sp, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, por unanimidade, julgado em 22/11/2022, DJe 30/11/2022.

consequência, para conferir maior probabilidade de acerto da decisão. Assim, haveria três graus de confiabilidade da confissão.

A primeira, de menor monta, seria a confissão alcançada no procedimento investigatório (inquérito policial ou procedimento investigatório criminal), pois neste âmbito não há a exigência da presença de uma defesa técnica, de modo que os sujeitos necessários para o ato são: aquele que o preside e o investigado.

Num segundo grau, seria alocada a confissão colhida mediante acordo de não persecução penal. Esta confissão goza de um pouco mais de credibilidade que a primeira, pois, nesta hipótese, a presença da defesa técnica constitui uma exigência legal. Assim, presume-se que, nessa circunstância, o investigado encontra-se devidamente assessorado e aconselhado tecnicamente e, assim, menos suscetível a pressões.

Por fim, se alcançaria a confissão de maior credibilidade, qual seja, aquela apresentada perante um juiz, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa. Entretanto, mesmo nesta hipótese, conforme já destacado, a confissão não constitui prova insofismável e irrefutável, devendo ser valorada em conjunto com os demais elementos de prova.

Dessa forma, nenhuma confissão deve ser rechaçada, podendo servir de suporte probatório para a formação do convencimento do magistrado[32]. No entanto, a valoração da confissão é que deve ocorrer de maneira distinta, a depender do momento da persecução em que é obtida, bem como sob a consideração da forma como o ato do qual ela emanou foi executado.

E, por consequência desta distinção sobre a carga probatória da confissão, é possível inferir que, embora a confissão colhida na fase extrajudicial atinja grau de suficiência, juntamente com outros elementos de informação, para consubstanciar a *opinio delicti* do promotor de justiça e, até, para sustentar o grau de convencimento necessário para o recebimento da denúncia, por exemplo, não é capaz de atingir o *standard* probatório para um decreto condenatório, que demanda maior potencial cognitivo da prova, a fim de que se atinja o *status* de verdade provada.

Dessa forma, a confissão constitui um dos elementos de prova capaz de contribuir com a formação do convencimento do julgador, sendo que seu nível de confiabilidade deve ser aferido, considerando o momento e o contexto em que foi alcançada. Outrossim, tratando-se de um elemento de prova, deve somar-se a outros, a fim de aumentar o grau de confirmação da hipótese apresentada.

---

[32] Destaque-se que, apesar de o 3º-C do CPP dispor que os autos que compõem as matérias de competência do juiz das garantias ficarão acautelados na secretaria desse juízo, não sendo apensados aos autos do processo enviados ao juiz da instrução e julgamento, ressalvados os documentos relativos às provas irrepetíveis, medidas de obtenção de provas ou de antecipação e provas, o STF, por unanimidade, no julgamento das ADIs 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, decidiu que os autos que compões as matérias do juiz das garantias serão remetidos ao juiz da instrução e julgamento por completo, de modo que este permanecerá tendo o mesmo acesso de outrora aos elementos de informação constantes na fase investigativa, inclusive, à eventual confissão nela realizada.

Portanto, a confissão colhida em acordo de não persecução penal pode consubstanciar um componente do conjunto probatório objeto de avaliação pelo julgador, que considera confiabilidade da prova, grau de confirmação entre ela e a hipótese apresentada e, se somada aos demais elementos de prova, alcança o *standard* probatório necessário para a fase processual em que o provimento judicial será emitido.

Assim, é possível constatar que o fato de uma ação penal, iniciada em virtude do descumprimento do acordo de não persecução penal e que, por esta razão, já conta com uma confissão formal e circunstancial não é capaz de comprometer o desenvolvimento da atividade probatória em contraditório e a avaliação da prova dentro dos contornos do processo penal democrático, ainda que esta confissão seja utilizada para a formação do convencimento do julgador, pois, conforme detalhado, a atividade de valoração e avaliação da prova se preserva, apesar dessa confissão antecipada, sendo realizada de forma racional e objetiva.

6 CONCLUSÃO

O sistema processual penal brasileiro não pode ser definido como inquisitorial, acusatório ou consensual, mas como um misto de todos eles, embora se identifique a predominância do sistema acusatório. O Código de Processo Penal do Brasil, que resiste ao tempo e a regimes políticos, foi contemplado com alterações legislativas que lhe deram o fôlego necessário para garantir a sua sobrevivência.

Não é possível afirmar que a Lei Processual Penal de hoje é a mesma de 1940, quando foi editada, pois foi submetida a importantes alterações legislativas, que lhe conferiram a atualidade necessária para acompanhar os valores que se estabeleciam na sociedade com o passar do tempo e que, por vezes, se apresentam diversos dos de outrora.

Foi com essa passagem evolutiva que a confissão deixou de ser a "rainha das provas" e o Estado retirou do acusado o papel de principal fonte de prova, conferindo a ele o *status* de sujeito de direitos, que precisam ser acautelados pelo processo penal, que se democratizou com a Constituição Federal de 1988.

O processo penal teve, portanto, que se adaptar a um objetivo menos presunçoso, que é o de alcance da verdade formal, admitindo a impossibilidade de se atingir a verdade real. Assim, a construção da verdade no âmbito do processo penal democrático é mais controlada quanto ao método de aquisição e mais reduzida em relação ao seu conteúdo.

Avançando a marcha evolutiva, o processo penal despertou para outras vias de solução de conflitos penais e, assim, deu vida, em 1995, a uma previsão constitucional existente, desde 1988: a abertura dos espaços de consenso, com a solução dialogada ou negociada das questões penais.

Neste contexto, se estabeleceu com a legislação de 2019, Lei 13.964, o instituto do acordo de não persecução penal, que surpreendeu ao exigir como requisito para a concretização da negociação, a confissão circunstanciada do delito, por parte do investigado.

Os questionamentos sobre a constitucionalidade do instituto, especialmente sob a perspectiva da previsão constitucional do direito ao silêncio, desdobramento do direito de não produzir prova contra si mesmo, inaugurou importante debate. Nesta pesquisa, concluiu-se que a confissão no âmbito do acordo de não persecução penal não constitui uma renúncia a um direito, mas seu exercício casuístico. Aliás, constitui uma das facetas do referido mandado, conforme ensina Maria Elizabeth Queijo.

Assim, não se observa, com a confissão realizada no contexto do acordo de não persecução penal, uma abdicação de um direito constitucional, tampouco a sua violação, mas o exercício da liberdade de, confessando, usufruir de alguns benefícios, dentre os quais o de se autodeterminar no âmbito do processo a que é submetido, optando, no caso, a não se submeter a um processo penal e de não ter registro de antecedentes criminais.

Desse modo, foi possível abrandar a inquietação provocada pelo receio de que o instituto do acordo de não persecução penal representasse uma grave afronta e desobediência a tão importante princípio do nosso ordenamento jurídico: *nemo tenetur se detegere*. Entretanto, percebeu-se a necessidade de estabelecimento de mecanismos de controle, cuja concretização depende da consciente e comprometida atuação e todos os sujeitos processuais.

Assim, foi possível avançar para a avaliação da segunda importante problemática apresentada no início desta pesquisa, qual seja, o valor probatório da confissão, decorrente do acordo de não persecução penal e concluir que esta confissão pode ser utilizada como elemento consubstanciador do convencimento do magistrado sobre a ocorrência do ilícito penal e da necessidade de condenação, porém com uma atribuição de valor reduzida, em relação à confissão que se estabelece na fase judicial.

Desse modo, constatou-se a necessidade de conferir à confissão um escalonamento de sua carga valorativa, a depender do momento da persecução penal de que advém, tendo em vista as peculiaridades de cada uma delas e o impacto que estas distinções causam em sua força probante.

Com isso, foi possível demonstrar a necessidade de conscientização de cada sujeito processual sobre as consequências de um acordo de não persecução penal não adimplido, bem como sobre o fato de que cada um dos sujeitos exerce o controle da execução deste instrumento de resolução de conflitos.

Além disso, despontou a necessidade de reflexão sobre a atuação, sendo capaz de ensejar a mudança de comportamentos, o desenvolvimento de novas práticas e o alcance de um desempenho mais qualificado e proveitoso, no âmbito do acordo de não persecução penal.

É certo que este trabalho não foi suficiente para esgotar o estudo deste assunto, tendo encontrado limitações no tempo e no próprio recorte temático feito. Assim, pertine aprofundar as reflexões e pesquisas sobre o trabalho de valoração da prova e, em sequência, a atividade de fundamentação das decisões judiciais. Além disso, outras questões colaterais a este assunto mostraram-se significativos, como é o caso da atividade investigativa defensiva.

Assim, verificou-se que o estudo, apesar de não exauriente, foi proveitoso e eficiente no sentido de abrandar as inquietações sobre a constitucionalidade do acordo de não persecução penal e de construir a concepção de escalonamento valorativo da confissão, considerando os momentos – extrajudicial e judicial – em que se concretiza, o que se coaduna com a ideia de *standards* probatórios.

Além disso, a edificação de responsabilidades entre os sujeitos do processo, que também figuram como instrumentos de controle da justiça negocial, permite a identificação dos papéis, uma atuação mais qualificada e uma atividade de valoração da prova mais segura, permitindo o alcance de uma conclusão mais justa das ações penais.

7

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Teoria da nulidade no processo penal. 1ª Ed. São Paulo: Noeses, 2016.

ANDRADE, Flávio da Silva. Justiça Penal Consensual: controvérsias e desafios. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2021.

BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. 9ª ed. São Paulo. Thomson Reuters Brasil, 2021.

BADARÓ, Gustavo Henrique. Epistemologia judiciária e prova penal [livro eletrônico]. 2ª ed. São Paulo Thomson Reuters Brasil, 2023. Disponível em https://proview.thomsonreuters.com/lauchapp/title/rt/monografias/205549114/v2. Acesso em 10/09/2023.

BANDALISE, Rodrigo da Silva. Justiça Penal negociada: negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes. Curitiba: Juruá, 2016.

BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARROS, Francisco Dirceu; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira; CUNHA, Rogério Sanches; SOUZA, Renee do Ó. Acordos de não persecução penal e Cível. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 9ª ed. São Paulo: saraiva Educação, 2020.

BEM. Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo. Acordo de não persecução penal. 3ª ed. São Paulo: D´Plácido, 2022.

FERRER-BELTRAN, Jordi. Valoração racional da prova. 3ª ed., ver. e atual. São Paulo: Juspodivm, 2023.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 35ª ed. São Paulo: Malheiros, 2020.

CABRAL, Antonio Passos; NOGUEIRA, Pedro Henrique. Negócios Processuais. 4ª ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Manual do Acordo de Não Persecução Penal. 3ª ed. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022.

CASARA, Rubens R. R. Mitologia Processual Penal. São Paulo: Saraiva, 2015.

DAMASCENO, Fernando Braga. A Constituição e a valoração da prova judicial entre a infiferença e um mandamento de redução de risco de erro. Revista Judicial Brasileira v.1 n.1. ENFAM. Disponível em revistadaenfam.emnuvens.com.br/renfam/article/view/76. Acesso em 29 de setembro de 2023.

DIAS, Marcos Pinheiro. A Colaboração Premiada como negócio jurídico processual: mudança de paradigma e consequências inevitáveis de um novo instituto. In: Justiça Consensual: Acordos Penais, Cíveis e Administrativo. Coordenação: Daniel de Resende Salgado, Luis Felipe Schneider Kircher e Ronaldo Pinheiro de Queiroz. São Paulo: JusPodivm, 2022.

DIDIER Jr, Fredie. Ensaios sobre os negócios jurídicos processuais. 2ª Ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2021.

GIACOMOLLI, Nereu José. O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.

GIACOMOLLI, Nereu José. Legalidade, oportunidade e consenso no Processo Penal na perspectiva das garantias constitucionais: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal, Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, 4ª Ed. Vol. III. São Paulo: Saraiva, 2007.

HABERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional: A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre Souto maior Coutinho de. Direito processual penal: estudos, pareceres e crônicas. 15ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2018.

Kelsen, Hans. Teoria Pura do Direito. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LANGER, M. Dos transplantes jurídicos às traduções jurídicas: a globalização do plea bargaining e a tese da americanização do processo penal: From legal transplants to legal translations: the globalization of plea bargaining and the americanization thesis in criminal procedure. Delictae Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito, [S. l.], v. 2, n. 3, p. 19, 2017. DOI: 10.24861/2526-5180.v2i3.41. Disponível em: https://delictae.com.br/index.php/revista/article/view/41. Acesso em: 28 set. 2023.

LIMA, Alberto Jorge C. de Barros. Direito penal constitucional: a imposição dos princípios penais. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOPES JR. Aury. 80 anos do CPP e a falta de condições de possibilidade de termos um juiz imparcial. *In:* Código de Processo Penal: estudos comemorativos aos 80 anos de vigência: volume 1. Coordenação: Guilherme Madeira, Gustavo Badaró e Rogerio Schietti Cruz. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

MALATESTA, Nicola Framarino dei. A lógica das provas em matéria criminal. Tradução: J. Alves de Sá. Campinas, SP: Servanda Editora, 2013.

MATIDA, Janaina; ROSA, Alexandre Morais da. Para entender standards probatórios a partir do salto com vara. Publicado em 20 de março de 2020. Disponível em https://www.conjur.com.br/2020-mar-20/limite-penal-entender-standards-probatorios-partir-salto-vara. Acesso em 28 de setembro de 2023.

MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do Fato Jurídico: Plano da existência. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MENDONÇA, Andrey B.; DIAS, Fernando L. A renúncia ao direito recursal em acordo de colaboração premiada. *In:* SIDI, Ricardo; LOPES Anderson B. (Org). Temas atuais da investigação preliminar no processo penal. Belo Horizonte: D´Plácido, 2017.

MIRANDA, Francisco Pontes de. Democracia, Liberdade, Igualdade: os três caminhos. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1979.

MIRANDA, Francisco Pontes de. Tratado de direito privado. 60v. Campinas: Bookseller, 2000.

NOGUEIRA, Pedro Henrique. Negócios Jurídicos Processuais. 4ª Ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2020.

NOVAIS, Jorge Reis. Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

NOVAIS, Jorge Reis. Limites dos direitos fundamentais: fundamento, justificação e controlo. Almedina, 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. Provas no processo penal. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

PACELLI, Eugênio. Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2021.

PRADO, GERALDO. Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

QUEIJO. Maria Elizabeth. O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio *nemo tenetur se detegre* e sua decorrências no processo penal. 2ª ed. São Paulo. Saraiva, 2012.

QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de; KIRCHER, Luiz Felipe Schneider; SALGADO, Daniel de Resende. Justiça Consensual: Acordos Penais, Cíveis e Administrativo. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022.

ROBERTO, Welton. Paridade de armas no processo penal. 2ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

ROSA, Alexandre Morais da. Teoria dos Jogos e processo penal: a short introduction. 2ª ed. Florianópolis: Emporio Modara, 2017.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. A constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. Verdade e Consenso. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

TARUFFO, Michele. Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos. Tradução Vitor de Paula Ramos. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2016.

TORNAGHI, Hélio. Compêndio de Processo Penal. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1967.

TULKENS, Françoise. Justiça negociada. In: DELMAS-MARTY, Mireille (Org.). Processos penais da Europa. Trad. De Frauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Barganha e Justiça Criminal Negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. 2ª ed. São Paulo: D´Plácido, 2021.

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

VILANOVA, Lourival. Causalidade e relação no direito. 5ª ed. São Paulo: Noeses, 2015.

ZILLI, Marcos. Tudo que é sólido desmancha no ar. Do processo penal disputado à revolução consensual. Presente, passado e futuro do processo penal brasileiro. In: Código de Processo Penal: estudos comemorativos aos 80 anos de vigência: volume 1. Coordenação: Guilherme Madeira, Gustavo Badaró e Rogerio Schietti Cruz. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

Impresso na Provisual Gráfica e Editora
Ultilizando o papel Triplex 250 g na capa,
papel Offset 75g no miolo.
Usando a fonte TimesNewRoman