

**SOBRE A
CONSTITUCIONALIDADE DA
CONFISSÃO NO ACORDO DE
NÃO PERSECUÇÃO PENAL**

**ABOUT THE CONSTITUTIONALITY
OF THE CONFESSION IN NON
PROSECUTION AGREEMENTS**

*José Lucas Perroni Kalif*⁵³

RESUMO: A partir da premissa de que ao acusado inclusive é lícito mentir em sua defesa, tem-se feito construções doutrinárias no intuito de afastar a constitucionalidade da exigência legal de confissão para o acordo de não persecução penal. O presente artigo possui escopo de discutir a correção ou incorreção dessa premissa.

PALAVRAS-CHAVE: Direito de não se autoincriminar. Limites. Interpretações equivocadas do texto constitucional.

ABSTRACT: From the premise that the defendant could even lie in his own defense, there had been understandings about the unconstitutionality of the demand for a confession on the new Brazilian model for plea bargain. This paper discusses if it's a correct vision.

KEYWORDS: Self-incrimination. Limits. Wrong interpretations from the constitutional text.

**O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO
PENAL**

Primeiramente, necessário destacar que o presente artigo não pretende analisar eventuais vantagens ou desvantagens da existência do acordo de não persecução penal no ordenamento jurídico brasileiro. Queira ou não queira, após sua introdução, pela chamada Lei Anticrime, esse instituto já é uma realidade e, diante disso, não se verifica utilidade prática em criticá-lo.

Também não se pretende se alongar no instituto do acordo de não persecução penal nessas poucas páginas. Falar amiudamente de seus requisitos e condições. Nas próximas linhas, cingir-se-á a apreciar a questão da constitucionalidade da exigência da confissão e o alcance probatório dessa confissão.

Pois bem.

Conforme concluímos em nosso artigo em edição anterior desta revista, há um princípio geral de que o Governo possui o direito à oitiva de toda e qualquer pessoa (*Garner v. United States – 1976*). No direito brasileiro essa afirmação também se mostra verdadeira; tanto que o interrogatório do denunciado é uma fase natural do processo penal, diferentemente do que ocorre no

53 Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo. Procurador da República em São Paulo.

processo civil, onde os interessados devem especificar que pretendem o depoimento pessoal da parte adversa, para que possa se realizar. No processo penal, há naturalmente a fase de interrogatório, compreenda-se ela como meio de defesa ou meio de prova.

No vernáculo, o termo confissão possui não somente um significado jurídico, mas também religioso. Não nos parece coincidência. Embora não pretendamos estudar com profundidade esse ponto específico, nem tampouco as possíveis origens comuns, ou suas evidentes diferenças, é inegável, grosso modo, o paralelismo entre essas duas confissões. O “perdão” não é obtido por esforço solitário do próprio confitente. E, feita a confissão, o sacerdote confessor indica uma penitência ao confitente.

A confissão (não religiosa) como requisito de uma negociação no âmbito criminal não é estranha ao direito comparado. Segundo Monique Cheker:

“A exigência da confissão para a realização de acordos com o MP, de uma forma geral, ocorre em diversos outros ordenamentos jurídicos, como o *Juicio Abreviado*, na Argentina, por meio da Lei Federal nº 24.825 (B.O. 18/6/97), que estabelece a possibilidade de o Parquet, diante da confissão do imputado sobre a existência do fato e da necessária descrição de sua

participação, fazer pedido de aplicação de pena específica.

Também no ordenamento jurídico alemão, a confissão do réu é parte obrigatória de qualquer negociação, mas o juiz deve fiscalizar a sua coerência, bem como a harmonia com as provas existentes (§ 244 Abs 2 do Código de Processo Penal – *Strafprozeßordnung* – StPO).

Já o Código de Processo Penal Italiano, em seus arts. 444 et seq., possui um procedimento especial de aplicação da pena a pedido das partes (*L'applicazione della pena su richiesta delle parti*) chamado *patteggiamento*, que não importa propriamente em confissão de responsabilidade penal, mas sim em uma renúncia à presunção de inocência. A diferença é importante para efeito de eventual responsabilidade cível pela prática criminosa.

O CPP Português, em seu art. 344, dispõe sobre os efeitos da “confissão integral”, quais sejam: (a) renúncia à produção da prova relativa aos fatos imputados e consequente consideração destes como provados; (b) passagem de imediato às alegações orais e, se não houver motivos para absolver o réu por outros motivos, à determinação da sanção aplicável; e (c) redução da taxa judiciária pela metade.”⁵⁴

Somente haveria sentido em entender-se inconstitucional a exigência da confissão para aqueles que leem, em algum ponto da Constituição, que mentir ao Estado-juiz é direito dos réus. Esse entendimento veio, lamentavelmente, já há muitas décadas, a sagrar-se vencedor no âmbito do Supremo Tribunal Federal, o qual viu, na mentira, um

54 CHEKER, Monique. “A CONFISSÃO DO CONCURSO DE AGENTES NO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL” in

“Inovações da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019”, p. 371.

direito natural dos réus (HC 80616-3). Conforme assinalado no já mencionado artigo anterior de nossa autoria, vislumbrar na mentira um direito natural constitui uma contradição com a própria valoração ética ou até mesmo religiosa do direito natural.

A discussão desse tema mostra-se novamente relevante no contexto do acordo de não persecução penal pois, se o STF persistir com suas conclusões, por coerência, será natural que julgue inconstitucional a exigência de confissão para celebração do acordo de não persecução penal.

Note-se, no seguinte aresto HC 687423/STF:

“Ninguém pode ser constrangido a confessar a prática de um ilícito penal. ‘The right to remain silent’ - consoante proclamou a Suprema Corte dos Estados Unidos da América em MIRANDA V. ARIZONA (384 U. S. 436) – insere-se no alcance concreto da cláusula constitucional do devido processo legal. E nesse direito ao silêncio inclui-se, até mesmo por implicitude, a prerrogativa processual de negar, ainda que falsamente, perante a autoridade policial ou judiciária, a prática do ilícito penal.

55 “A expressão adotada possui aparente inspiração nos *deferred prosecution agreements* (DPAs) e *non-prosecution agreements* (NPAs) existentes no ordenamento jurídico norte-americano (DOTTI; SCANDELARI, 2019). Ambos são utilizados na esfera cível ou criminal e exigem que o réu admita “um certo grau de culpa em troca de uma sanção mais branda, com o intuito de melhor atingir os propósitos retributivos da pena” (XIAO, 2013, p. 245, tradução nossa). A diferença reside no momento

Sendo assim, tal circunstância não pode ser considerada por qualquer Juízo ou Tribunal até mesmo por esta Suprema Corte – no processo de fixação de pena.”

Esse julgado possui diversos equívocos. A começar por traduzir o direito de permanecer em silêncio norte-americano como “ninguém pode ser constrangido a confessar a prática de um ilícito penal”. Como se sabe, uma das inspirações para o acordo de não persecução penal foi justamente o direito norte-americano⁵⁵. Em segundo lugar, nossos ministros parecem conhecer apenas o precedente *Miranda v. Arizona*, isoladamente. Não parecem conhecer o relevantíssimo precedente *Salinas v. Texas*. Em terceiro lugar, por passe de mágica, do direito ao silêncio - um “não-fazer” -, entendeu-se existir um direito implícito à mentira - que constitui um “fazer”, induzindo o Estado em erro.

Há uma enorme diferença entre o silêncio e a mentira. O primeiro possui alguma eticidade. É tolerável. A segunda, jamais. Ambos, no entanto, deveriam

de realização dos acordos e na necessidade de apreciação judicial: os NPAs são celebrados antes da propositura da ação, sem que haja homologação judicial, ao passo que os DPAs ocorrem após o início do processo e demandam a aprovação do tribunal.” (TABOSA, Clarissa Villas-Bôas dos Santos. “A PLEA BARGAINING NORTE-AMERICANA” in “Inovações da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019”, pp. 267/268).

desencadear consequências jurídicas, ao contrário do exposto pelo STF.

Urge que o Poder Judiciário reveja esse posicionamento, sob pena de, no acordo de não persecução penal, haver apenas uma parte – o Estado – fazendo concessões, quando, como se sabe, um acordo pressupõe concessões recíprocas.

Caso venha a se entender inconstitucional a exigência de confissão, será totalmente compreensível que o Ministério Público recuse-se a celebrar o acordo, pois não haverá rigorosamente nada de interesse que o indiciado possa oferecer ao Estado a título de acordo (concessões recíprocas).

No que pertine à inspiração norte-americana, necessário lembrar que a opção do indiciado pelo *guilty plea* “representa o reconhecimento da culpabilidade em relação aos fatos imputados, aceitando a imposição imediata de uma pena, renunciando a direitos fundamentais e não impondo a carga probatória ao acusador” (VASCONCELLOS, 2015, p. 63). A declaração de culpa pode ser voluntária ou não influenciada (*voluntary or non influenced*), estruturalmente induzida (*structurally induced plea*) ou negociada (*negotiated plea*), sendo esta última mais comum e decorrente do *plea bargaining* (ANDRADE, 2017). A declaração de culpa voluntária ocorre quando não há influência de

outros atores processuais, mas o lastro probatório é amplamente desfavorável ao réu, de modo que não há vantagem alguma em negá-la (VASCONCELLOS, 2015).”⁵⁶

Portanto, se aceitarmos que a inspiração do instituto é norte-americana, não há qualquer sentido em, a pretexto de se obedecer a alguma faceta do direito ao silêncio exposto na Quinta Emenda, alegar sua inconstitucionalidade.

Superado esse primeiro ponto, há ainda quem defenda que a confissão prestada nessa fase não possa ser usada num posterior processo penal. Nesse sentido, artigo de Aury Lopes Jr:

“4º) Em caso de descumprimento do ANPP, a confissão feita pelo investigado poderá ser usada contra ele durante o curso do processo que a caso venha a surgir? Não. A confissão não poderá ser usada com prova contra o investigado no curso do processo.

A respeito do tema MAZLOUM [2] afirma que “o descumprimento do acordo não valida a confissão como prova porque não há processo ainda, aplicável a regra do artigo 155 do CPP. Ademais, a situação assemelha-se à delação premiada desfeita, em que as provas autoincriminatórias não podem ser utilizadas em desfavor do colaborador”.

Na mesma linha de raciocínio SANCHES [3] aduz que “apesar de pressupor sua confissão, não há reconhecimento expresso de culpa pelo investigado. Há, se tanto, uma

56 TABOSA, Clarissa Villas-Bôas dos Santos. “A PLEA BARGAINING NORTE-

AMERICANA” in “Inovações da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019”, p. 271.

admissão implícita de culpa, de índole puramente moral, sem repercussão jurídica. A culpa, para ser efetivamente reconhecida, demanda o devido processo legal⁵⁷.

No entanto, pergunta-se: qual a utilidade dessa confissão perante o Ministério Público se ela não puder, posteriormente, ser utilizada em eventual processo?

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

E, da mesma forma que criticamos os artificialismos em matéria probatória em nosso já mencionado artigo anterior, é inadmissível que o juiz, sob o princípio da persuasão racional, tenha que esconder parte dos motivos que o levaram a decidir em determinado sentido. Imaginemos a seguinte situação: o Ministério Público – ou a autoridade policial – grava em audiovisual a

confissão. O juiz tem acesso a esse material, verifica que o interrogatório não foi feito mediante meios inadequados. É óbvio que essa confissão pré-processual terá influência em seu convencimento.

Da mesma forma que dissemos n'outro artigo sobre a questão do silêncio, a realidade deve triunfar sobre a utopia. Com isso em mente, e como no direito brasileiro vige o princípio da persuasão racional, ou do livre convencimento, fere o devido processo legal o juiz ter de esconder parte das razões que o convenceram para evitar uma nulidade do processo. E não é o sistema da persuasão racional nem o devido processo legal o alienígena da equação, mas sim a impossibilidade de uso da confissão do art. 28-A do CPP na avaliação da prova.

Repita-se *ad nauseam*: em um acordo, há concessões mútuas. Nesse acordo de não persecução penal, destinado aos crimes de gravidade mediana, não cabendo, portanto, a mera transação penal, o Estado abre mão de obter um decreto condenatório contra o autor do delito e de eventualmente aplicar-se-lhe uma pena privativa de liberdade. Excepciona-se o princípio da obrigatoriedade da ação penal. Em contrapartida, o indivíduo abre mão de seu direito ao silêncio e do momento processual em que o interrogatório ocorreria (ao final da

57 <https://www.conjur.com.br/2020-mar-06/limite-penal-questoes-polemicas-acordo-nao-persecucao-penal>, acessado em 11/6/2020.

instrução processual), bem como da imprescindibilidade de repetir essa prova em sede judicial para que possa ser valorada pelo juízo.

Sobre a menção ao art. 155 do Código de Processo Penal pela doutrina citada, trata-se de afastamento de sua incidência para o caso de acordo de não persecução penal, ante o uso da antiquíssima regra interpretativa de que *lex specialis derogat lex generalis*.

O fenômeno da **excepcional** utilização de provas obtidas em fases anteriores não é estranho ao processo penal. Conforme escólio de Scarance Fernandes *et alli*:

“Há vedação expressa de utilização no julgamento dos elementos de convicção de fases anteriores na Argentina (Código de Buenos Aires); na Costa Rica; no Chile; na Colômbia; em Portugal. Em todos estes países são, contudo, previstas exceções que, com maior ou menor extensão, restringem a proibição referida, permitindo que seja a prova anteriormente incorporada à audiência de julgamento, quase sempre por leitura.

(...)

(No Uruguai) a introdução no julgamento de provas produzidas anteriormente é feita mediante determinação no sentido de que sejam incorporadas à audiência, dando-se notícia às partes dessa determinação, as quais devem,

mediante recurso, invocar violações das garantias do devido processo legal e do contraditório se quiserem resistir à incorporação. Isso tudo faz se incorporar o que foi produzido por policiais e não por juízes. (...) Embora só devesse valer a confissão obtida na presença de defensor, a confissão policial acaba influenciando no julgamento por estar presente nos informes colhidos por policiais que são incorporados na audiência.”⁵⁸

Ou seja: a regra da repetibilidade em juízo das provas (art. 155 do Código de Processo Penal) admite exceções quando a própria lei as estipular. A confissão obtida no âmbito do acordo de não persecução penal é um desses casos excepcionais⁵⁹. Mais do que meramente nos casos em que ocorre à revelia do réu, tornando a confissão uma prova irrepitível, mas também possuindo valor probatório equivalente a eventual interrogatório judicial que venha a ser realizado posteriormente.

Vale lembrar que o membro do Ministério Público é também, *lato sensu*, um magistrado. É também imparcial e fiscal da lei. Tem seu papel no impulsionamento do processo penal, é claro, quando for o caso, mas não se vislumbra absolutamente nada de errado que um ato seja presidido ou convalidado por ele, com participação de defensor a assistir o indiciado e que este ato

58 FERNANDES, Antonio Scarance et alli (coord). *Provas no Processo Penal*, São Paulo, Saraiva, 2011, versão e-book não paginada.

59 Diga-se de passagem: é bastante curioso como alguns autores – conforme sua conveniência – entendam que alguns princípios

admitem exceção (caso da obrigatoriedade da ação penal), mas não admitam que algumas regras – como o art. 155 do Código de Processo Penal – também recebam suas próprias exceções...

tenha validade probatória. As resistências que se têm observado no que pertine às concessões que o indiciado teria de fazer para a obtenção do benefício são da mesma natureza das que presumem má-fé dos agentes públicos.

Quanto à inversão do momento da confissão, também é perfeitamente possível. Hoje, a regra geral no direito brasileiro é que o interrogatório ocorra ao final da fase instrutória. Nem sempre foi assim no país, e nos direitos estrangeiros que valorizam mais o princípio da busca da verdade real, ainda se posiciona o interrogatório como ato inicial da fase instrutória.

O interrogatório, quando ocorria no início da instrução probatória, trazia imensuráveis benefícios ao interesse público. O réu não poderia construir sua narrativa a partir de eventuais omissões do que se perguntaria às testemunhas, até porque não saberia de antemão o que seria dito pelas testemunhas. Permitia-se ao Estado-acusação inquirir as testemunhas já conhecendo a versão do réu, facilitando a busca da verdade real. A probabilidade de o réu faltar com a verdade perante o Estado-juiz era bem menor. Por essa razão, é útil ao Estado que o indivíduo celebre o acordo de não persecução penal e confesse o fato formal e circunstanciadamente antes de

eventualmente serem produzidas outras provas corroboradoras.

Sobre esse ponto, assinale-se que um dos motivos onipresentemente alegados em pareceres e exposições de motivos para introdução do acordo de não persecução penal seria o descongestionamento do Poder Judiciário⁶⁰. Diante disso, uma vez que a confissão pré-processual terá valor probatório equivalente ao feito perante o juízo, não vemos lógica de, em eventual processo penal que se seguir em função de eventual descumprimento dos termos do acordo, haver novo interrogatório, salvo motivo justificado.

E, finalmente, o silêncio do acusado é um direito disponível e deve ser explicitamente clamado por quem de direito (*United States ex rel. Vajtauer v. Commissioner of Immigration – 1927*).

Dito isso, todos os três direitos a que o indiciado renuncia ao celebrar o acordo de não persecução penal – silêncio, interrogatório ao final e desnecessidade de repetição dessa prova em juízo – são perfeitamente renunciáveis. Além dessas renúncias, o indicado assume algumas obrigações, que seriam bastante naturais: reparar o dano, quando o caso, renunciar aos instrumentos, produtos e proveitos do crime e ainda cumprir uma “pena” restritiva de direitos, esta fixada em quantum menor ao

60 Conforme exposição de motivos e relatório do Grupo De Trabalho destinado a analisar e debater as mudanças promovidas na

legislação penal e processual penal pelos projetos de Lei Nº 10.372, de 2018, Nº 10.373, de 2018, e Nº 882, de 2019 – GTPENAL.

mínimo que lhe seria aplicado em caso de condenação. A “pena”, no entanto, não consiste tecnicamente em pena, pois não há imposição, no caso, mas simples confluência de vontades.

Abordemos a questão sob outro prisma: jamais alguma defesa reclamou quando o juiz, ao fixar a pena de uma eventual condenação, reconhecia a atenuante do art. 65, III, d, do Código Penal, quando esta era feita somente extrajudicialmente⁶¹. São até frequentes os recursos para tentar a aplicação da atenuante mesmo quando o juiz

não a utiliza para fundamentar a condenação⁶².

O que pretendemos dizer é que a confissão extrajudicial sempre possuiu algum potencial probatório⁶³. O que a lei alterou, aqui, foram as suas consequências jurídicas, desde que haja acordo entre o Ministério Público e o indiciado, devidamente assistido por defensor habilitado, e desde que homologado judicialmente.

Um recente artigo pretende contrariar a necessidade de confissão para a celebração do acordo:

61 “AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL. RETRATAÇÃO EM JUÍZO. DEPOIMENTO UTILIZADO PARA EMBASAR A CONDENAÇÃO. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE DESCRITA NO ART. 65, III, D, DO CÓDIGO PENAL.” (STJ - AgRg no HC 453724 - Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO - DJe 13/09/2018 - Decisão: 04/09/2018).

62 “EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL. FURTO. CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL NÃO UTILIZADA PARA CONDENAÇÃO. ACLARATÓRIOS ACOLHIDOS COM EFEITOS INFRINGENTES.

1. É firme a jurisprudência deste Sodalício em afastar a incidência da atenuante da confissão espontânea nas hipóteses em que a confissão não concorreu para a condenação do réu.

2. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos infringentes, para negar provimento ao recurso especial, mantendo a sentença condenatória.” (STJ - EDcl no AgRg no REsp 1668315 / RO – Relator: Ministro JOEL ILAN PACIORNIK - Órgão Julgador: QUINTA TURMA - Data do Julgamento: 19/06/2018 - Data da Publicação/Fonte: DJe 29/06/2018)

63 “APELAÇÃO CRIMINAL – Tráfico ilícito de DROGAS – Recurso defensivo –

Absolvição – Impossibilidade – Materialidade delitiva e autoria sobejamente demonstradas nos autos – Confissão extrajudicial corroborada pelo conjunto probatório – Palavra dos policiais às quais se confere relevante valor probatório – Pequenas inconsistências que não têm o condão de invalidar os relatos dos policiais, sobretudo quando, como 'in casu', essencialmente convergentes, entre si e com os demais elementos de prova – Ausência de testemunhas estranhas aos quadros policiais que não enfraquece o acervo probatório – Volume de entorpecentes e circunstâncias da apreensão que evidenciam a destinação à mercancia – Crime de conteúdo variado, que se consuma com a presença de um dos verbos núcleos do tipo penal – Quantidade de pena que impede o perseguido abrandamento do regime prisional – Recurso desprovido. Recurso ministerial – Afastar incidência do redutor inculcado no §4º do art. 33 da Lei de Drogas – Cabimento – Expressiva quantidade de drogas, aliada às demais circunstâncias do caso, que indicam dedicação do réu, declaradamente desempregado à época dos fatos, às atividades criminosas – Recurso provido.” (TJSP - 1517146-14.2019.8.26.0228 - Relator: Camilo Léllis- Comarca: São Paulo - Órgão julgador: 4ª Câmara de Direito Criminal - Data do julgamento: 12/06/2020 - Data de publicação: 12/06/2020). A jurisprudência é bastante rica nesse assunto (vide STJ, REsp 957.796/RS e HC 372309/SC).

“confissão formal e circunstanciada do fato, a qual, no entanto, não equivale ao reconhecimento da culpa. Delicada a condição, que provoca incertezas quanto à sua constitucionalidade. Ora, se o acordo não implica no reconhecimento de culpa, não podendo ser usado em desfavor contra o investigado, por qual motivo exigir-se uma confissão circunstanciada? Para prejudicar, posteriormente, o “beneficiário” da medida, empregando sua confissão para responsabilização extrapenal? Para utilizar-se, em caso de descumprimento do ANPP, essa confissão como elemento de prova no mesmo processo? Pensamos que o detalhamento da confissão não guarda compatibilidade com o *nemo tenetur se detegere*, razão pela qual concordamos com Nucci, para quem o acordo não só pode como deve ‘ser celebrado sem a necessidade de confissão plena e detalhada’”⁶⁴.

É possível concordar apenas em parte com esse texto. A lei nada diz sobre confissão que “não equivale ao reconhecimento de culpa”. Afinal de contas, quem deve reconhecer a culpa, eventualmente, é o juiz, e não o próprio indiciado. A confissão deve cingir-se a narrar os fatos, de forma suficientemente detalhada. Evidentemente, também, que, em eventual processo que venha a ser posteriormente necessário, a confissão deverá ser

corroborada com outras provas, a teor do art. 197 do Código de Processo Penal:

“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.”

Seja como for, não foi aprovada a emenda de Plenário proposta pelo deputado Carlos Sampaio, que trazia um parágrafo estabelecendo que “Para todos os efeitos, o acordo homologado é sentença condenatória”. Significa dizer que do descumprimento do acordo naturalmente haverá um processo⁶⁵, mas não necessariamente uma sentença condenatória. O art. 197 do Código de Processo Penal permanecerá com total aplicabilidade nesse processo, e a confissão que gerou o acordo de não persecução penal não poderá ser o único elemento de prova a justificar eventual condenação.

Por fim, entendemos, a princípio, que não fará jus ao acordo de não persecução penal o indiciado que, ao tempo que confessar a prática do fato, alega excludente de tipicidade, antijuridicidade ou culpabilidade (confissão qualificada). Em tese, nessa situação, o interessado deve buscar

64

<https://pontonacurva.com.br/opiniaio/acordo-de-nao-persecucao-penal-e-suas-relevantes-implicacoes-no-processo-penal-brasileiro/11695>, acessado em 11/6/2020.

65 Até porque, conforme inicia a redação do art. 28-A do CPP, o acordo de não persecução penal será feito, nas hipóteses cabíveis, quando não for caso de arquivamento.

sua absolvição. Nada obstará, no entanto, a aplicação do benefício, com mitigações conforme o caso em concreto permitir, quando a tentativa de justificação for, por exemplo, absolutamente irrelevante⁶⁶.

Como se depreende das diversas visões e interesses, não há dúvidas de que haverá resistência de todos os lados para a correta aplicação do benefício.

Caso realmente mantidas as aplicações hiperestimadas do princípio *nemo tenetur se detegere*, tais como consagradas ao longo das últimas décadas pelo Supremo Tribunal Federal, o instituto legal indubitavelmente será descaracterizado, em detrimento do interesse público, distanciando-se da experiência do direito comparado, sempre sob o pretexto de proteger “direitos fundamentais” do indivíduo, estes, sempre – alegadamente – indisponíveis, sendo certo que alguns desses ditos “direitos fundamentais” muitas vezes

sequer existem. Ou, quando existirem, deverão encontrar seus limites em interesses sociais de maior estatura.

BIBLIOGRAFIA

FERNANDES, Antonio Scarance *et alli* (coord). *Provas no Processo Penal*, São Paulo, Saraiva, 2011.

LOPES Jr., Aury. *Questões polêmicas do acordo de não persecução penal*. (<https://www.conjur.com.br/2020-mar-06/limite-penal-questoes-polemicas-acordo-nao-persecucao-penal> , acessado em 11/6/2020).

MELO, Valber e outro. *Acordo de não persecução penal e suas (relevantes) implicações no processo penal brasileiro*. (<https://pontonacurva.com.br/opiniao/acordo-de-nao-persecucao-penal-e-suas-relevantes-implicacoes-no-processo-penal-brasileiro/11695>, acessado em 11/6/2020).

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*, São Paulo, Saraiva, 1999, 5ª edição.

66 Exemplo: vendedor de cigarros contrabandeados do Paraguai ou operador de rádio clandestina, que aleguem desconhecer a ilicitude de suas condutas. Determinadas categorias possuem especial dever de se informar, conforme clássico escólio de Francisco de Assis Toledo:

“Confinado (...) 'o dever de informar-se' no círculo hoje bastante amplo das atividades regulamentadas – profissões liberais, técnicas, comércio habitual etc. – teremos: onde houver um conjunto de normas jurídicas (legais, regulamentares, costumeiras ou estatutárias) estabelecendo condições e regras para o exercício de certas atividades que não fazem parte, necessariamente, da vida de todos e de cada um, aí existirá um especial dever jurídico de informar-se, pois o Estado e a sociedade, *omnium consensu*, permitem ao indivíduo o desfrute dos

benefícios decorrentes dessas atividades, que fogem ao padrão normal de conduta, mas, ao mesmo tempo, regulamentam a condição do seu exercício. (...)

(...) não aproveita ao agente a falta de consciência da ilicitude quando: a) teria sido fácil para ele, nas circunstâncias, obter essa consciência com algum esforço de inteligência e com os conhecimentos hauridos da vida comunitária de seu próprio meio; b) propositadamente (*ignorantia affectata* do direito canônico), recusa a instruir-se para não ter que evitar uma possível conduta proibida; c) não procura informar-se convenientemente, mesmo sem má intenção, para o exercício de atividades regulamentadas.” (TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*, São Paulo, Saraiva, 1999, 5ª edição, pp. 261/262).

WALMSLEY, Andrea *et alli* (coord).
*Inovações da Lei n.º 13.964, de 24 de
dezembro de 2019 – coletânea de artigos vol.*
7, Brasília, MPF, 2020.