



DA CONFESSIO À GUILTY PLEA: A possibilidade descolonial de se ir aquém do mínimo legal^{*}

FROM CONFESSIO TO GUILTY PLEA: The decolonial possibility of going below the legal minimum

Guilherme Roman Borges^{*}

Resumo: O Superior Tribunal de Justiça manifestou recentemente interesse em colocar a súm. 231 em discussão novamente. Embora o entendimento tenha se consolidado há quase 25 anos, sobre a impossibilidade do juiz fixar a pena aquém do mínimo legal, quando ela já estiver no mínimo na análise do art. 59 do CP. Este artigo, refletindo especificamente sobre a “confissão”, procura trazer um argumento parcial pela permissão a esta discricionariedade judicial: o esvaziamento do conteúdo clássico judaico-cristão da confissão (confessio) tradicional do direito penal pelo pragmatismo de seu uso na justiça negocial (guilty plea).

Palavras-chave: aplicação da pena, atenuantes, confissão, súmula 231, descolonização.

Abstract: The Superior Court of Justice recently expressed interest in placing the sum. 231 under discussion again. Although the understanding was consolidated almost 25 years ago, regarding the impossibility of the judge setting the penalty below the legal minimum, when it is already at the minimum in the analysis of art. 59 from Criminal Code. This article, reflecting specifically on “confession”, seeks to bring a partial argument for allowing this judicial discretion: the emptying of the classic Judeo-Christian content of the traditional “confession” (confessio) of criminal law by the pragmatism of its use in adversary justice (guilty plea).

Keywords: penalty, mitigating factors, guilty plea, Court Precedent 231, decolonization.

^{*}Texto elaborado a partir das discussões e atividades do grupo de pesquisa *Decolonizing and Comparing Legal Experiences Network* - DECLEN. Para mais informações, vide: <https://ucb2.catolica.edu.br/portal/declen-decolonizing-and-comparing-legal-experiences-network/>. Acesso: 17.06;2024.

Recebido em: 18.05.2024. Aprovado em: 04.06.2024.

^{*} Professor no Programa de Pós-Graduação em Direito (PPG-DIR) da Universidade Católica de Brasília (UCB). Livre-Docente, Doutor e Mestre em Filosofia e Teoria Geral do Direito na USP. Estágio pós-doutoral em Filosofia e Teoria Geral do Direito na USP e em Teoria do Direito e Direito Comparado na Universidade de Paris I – Panthéon Sorbonne. Estudos de Filosofia Clássica com bolsa anual da CAPES na Faculdade de Filosofia da Universidade de Patras/Grécia. Ex-Pesquisador visitante de Direito Grego e Direito Romano na Biblioteca Universitária de Bolonha Antonio Cicu e na Biblioteca Comunale dell’Archiginnasio/Itália. Ex-Bolsista no Max Planck de História do Direito de Frankfurt. Mestre em Sociologia do Direito e Bacharel em Direito na UFPR. Co-coordenador da DECLEN – Decolonizing and Comparing Legal Experiences Network. Professor na Escola da Magistratura Federal do Paraná. Juiz Federal Substituto. E-mail: guilherme.borges@p.ucb.br.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO – 1. *CONFESSIO*: AS INFLUÊNCIAS DO CRISTIANISMO E DO POSITIVISMO NA CODIFICAÇÃO CRIMINAL BRASILEIRA TRADICIONAL. – 2. *GUILTY PLEA*: AS INFLUÊNCIAS NORTE-AMERICANAS NO RECENTE SISTEMA CRIMINAL BRASILEIRO E O ESVAZIAMENTO DE SENTIDOS DA “CONFISSÃO”. – CONSIDERAÇÕES FINAIS. – REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

Dois fatos aparentemente distantes se entrecruzaram nas origens desta breve reflexão: (i) a lamentável situação vivida pela população do Rio Grande do Sul e a veiculação de diversas notícias (para além das incontáveis e pesarosas *fake news*) de furtos e roubos que estariam acontecendo e (ii) a realização de audiência pública em maio de 2023 pela Terceira Seção do STJ para rediscutir a Súm. 231 (“A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”), datada de 1999.

Em maio de 2023, Ministros da Corte Superior ouviram manifestações de diversas ordens, tanto de instituições públicas, quanto privadas, dedicadas à defesa de pessoas acusadas em processos criminais sobre uma possível revisão da Súm. 231. Nesse sentido os entendimentos, resumidamente, aparentaram ser:¹

(i) *pró revisão* – (a) violação da individualização da pena, (b) incompatibilidade entre a Súm. 231 e a Súm. 545 (“Quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no art. 65, III, d, do Código Penal.”), logo, se a confissão serve à condenação, também deve servir à diminuição; (b) defasagem dos fundamentos originais da súmula em razão de recentes mudanças jurídicas e sociais no país; (c) o critério bifásico anterior à reforma de 1984 considerava que atenuantes eram fixadas

¹ Processos que geraram a discussão e a convocação pelo Ministro Rogerio Schietti Cruz da audiência pública foram: [REsp 2057181](#); [REsp 2052085](#); [REsp 1869764](#). A audiência pública na íntegra, com a participação de 44 exposições, se encontra hospedada no seguinte link: <https://www.youtube.com/watch?v=kn5H7NEahu0>.

junto com a pena básica, diversamente do que passou a ocorrer após a reforma²; (d) a pena zero seria uma falácia punitiva para reforço do “terrorismo penal punitivo” já que zerar a pena é praticamente impossível pela incidência das atenuantes; (e) repercussão desmesurada na liberdade da população negra, em razão da seletividade penal.

(ii) *contra revisão* – (a) observância do princípio da legalidade; (b) segurança como garantia ao acusado e à sociedade; (c) evitar o subjetivismo exacerbado; (d) possibilidade de se zerar a pena com a conseqüente prescrição; (e) a existência de situações que o próprio legislador já permitiu expressamente ir além do mínimo legal, tal qual o Código Eleitoral; (f) se o legislador quisesse, teria previsto direcionamento aritmético dirigido ao julgador; (g) incentivo ao ativismo judicial, com possibilidade de penas díspares no país para situações símiles.

A prévia conclusão a que se pode chegar é que o tema, embora sumulado desde o final dos anos 1990, especificamente em 1999³, parece necessitar uma revisão, e não à toa, de modo salutar e democrático, assim o fez o referido ministro ao convocar a Audiência Pública. Passados 25 anos, e diante de tantas mudanças na vida do povo brasileiro e tantos acontecimentos, quiçá os substratos já se tenham esfacelados no correr dos anos.

Dentre tantas discussões, o tema da atenuante da “confissão” parece sobressair, especialmente nos casos em que julgador fixa a pena base no mínimo legal, uma vez que a confissão é obtida no curso da instrução criminal, facilitando uma eventual condenação quando as demais provas são frágeis, talvez apenas testemunhais, mas que não serve a reduzir a pena final imposta, porque já dentro dos limites legais.

² Para uma boa análise do método Lyra Filho vs o método Hungria, ler: ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Dinâmica histórica da aplicação da pena privativa de liberdade no Brasil: análise crítica*. In.: Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 117, p. 1-14, nov-dez, 2015.

³ https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_17_capSumula231.pdf

Por outro lado, um fato bastante distante noticiado recentemente nos meios de comunicação serviu como ponto de partida também desta reflexão: os roubos que algumas pessoas praticaram durante a inundação ocorrida nas cidades gaúchas. Obviamente não se está a refletir os roubos por estado de necessidade, aqueles que, embora inadequados quando feitos em pequenos comércios, mercearias etc., de propriedade de pessoas também em situação lastimável, acabam por ocorrer, mas sim, aqueles praticados em situação peculiar: pessoas que, fingindo estarem em situação de resgate, ao serem abordadas por voluntários para serem resgatadas, deram voz de assalto e praticaram o roubo de seus barcos e pertences. A frialdade humana, o anseio de obter um benefício associado a uma certa desumanidade, justo nestes momentos, é que chocam e instigam a refletir, especialmente sobre as agravantes do código penal, como aquela do art. 61, II, j: “ter o agente cometido o crime: em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública, ou de desgracia particular do ofendido”.

Estes dois fatos então levam à reflexão: qual a razão de ser no ordenamento jurídico brasileiro das agravantes/atenuantes, e porque estariam elas limitadas ao teto e ao piso legal, diversamente das majorantes/minorantes (causas especiais de aumento e diminuição da pena)? De que modo o entrelaçamento entre o cristianismo, o positivismo e o direito penal brasileiro serviram à construção do fundamento das atenuantes/agravantes historicamente consideradas e se ainda nos dias de hoje este fundamento se encontra hígido diante da assunção lenta e gradativa de uma justiça negocial? De que modo uma revisão do entendimento tradicional consegue levar o raciocínio e a argumentação jurídica para um lugar descolonial⁴, em que os estrangeirismos já não imperam numa “cegueira deliberada”.

⁴ BORGES, Guilherme Roman. *Revistando a teoria do direito: desconstrução das bases colonizadas do discurso jurídico*. São Paulo: Almedina, 2023.

É entorno destas questões que convém refletir e costurar uma argumentação para, quem sabe, ao final, sugerir que os limites legais, exclusivamente pensando a “confissão” como um recorte metodológico, possam ser suprimidos e ao julgador se permitir poder fixar a pena abaixo do mínimo legal quando ela estiver presente, ou, resumidamente: *“a necessidade de se compreender que no fundo, hoje, a “confissão” está topograficamente no campo das “atenuantes”, mas racional, lógica e pragmaticamente no campo das “minorantes”, e, portanto, no quantum, ao “arbítrio justamente do juiz e não do legislador”.*”

1. CONFESSIO: AS INFLUÊNCIAS DO CRISTIANISMO E DO POSITIVISMO NA CODIFICAÇÃO CRIMINAL BRASILEIRA TRADICIONAL

A “confissão”, enquanto instituto positivo no direito brasileiro, naturalmente não é recente, mas o é se pensarmos apenas no último século, quando seus contornos ganharam previsão expressa como uma “atenuante”, e eis aqui o ponto de partida, donde o pensamento positivista e os pressupostos do cristianismo se costuraram de modo evidente no Código Penal de 1940.

As raízes históricas do pensamento moral e da criminalização chegaram juntos com os anseios colonizadores. Os regulamentos pré-republicanos sempre postularam um lugar para a “confissão”, porém vista sempre como “meio de prova”, em torno da própria confirmação do fato delitivo. Ora sob tortura aceita ou não, ora sob espontaneidade ou não, ora como exclusivamente suficiente à condenação ou não, fato é que os regramentos anteriores ao séc. XX trouxeram inúmeros dispositivos tentando assim construir o instituto.

Seja no Brasil Colônia, seja mesmo Império, obviamente com modificações constantes e não lineares, é possível observar que as Ordenações Portuguesas foram modulando o instituto da “confissão” à imagem e semelhança do modelo europeu. As

Ordenações Afonsinas, que pouco aqui vigoraram, desde a invasão portuguesa até 1511, preocuparam-se em abordar o tema especificamente no Livro V, Título III – “Da ordem, que o Julgador deve ter no feito crime contra o preso, ou acusado”. Em poucas palavras afirma que se o réu confessar, deve “julgar segundo o merecimento do feito” e apenas se apresentar “exceções” (“exceções”)⁵ ao “libelo” é que se passará aos artigos do acusador e às testemunhas.⁶ Portanto, havendo confissão, já se lhe poderia dar o julgamento merecido. Esta idéia também da “confissão bastante” fica reforçada pela vinculação indubitável entre o poder régio, eminentemente militar, e a influência da Igreja Católica. Na primeira parte das Ordenações Afonsinas, o texto é literal ao mostrar a redação: “Todo o poderio, e conservação da Republica procede principalmente da raiz, e virtude de duas coisas, a saber, Armas e Leis; e para o vigor delas ambas juntamente com o Império Romano foi nos tempos passados ante todas as Nações, e será com a graça de DEUS ao diante sempre anteposto.”⁷

Esta mesma idéia segue na legislação portuguesa seguinte, as Ordenações Manuelinas, especificamente no Livro V, Título I – “Da ordem que o julgador terá nos feitos criminais”, cujo vigor permaneceu até 1680: “E pronunciando sobre o libelo mande ao acusado, que conteste negando ou confessando e não querendo contestar o juiz, que ele julgue segundo o que lhe vier de justiça.”⁸ E também prossegue no texto subsequente, cujo vigor entra nessa data e permanece até 1844, as Ordenações Filipinas, sobretudo no Título CXXXIV, Livro V, quando expressamente menciona: igualmente o ‘fazer justiça’ e colocando

⁵ Observações: os textos das ordenações aqui citados, naturalmente, foram atualizados em sua redação, sem a modificação de seu conteúdo.

⁶ Ordenações Afonsinas, Título III, Livro V, p. 22-23. Ver volume 5 no link: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/20280#:~:text=As%20Ordena%C3%A7%C3%B5es%20Afonsinas%2C%20como%20a,as%20leis%20promulgadas%20desde%20D>. (13.08.23 às 16h)

⁷ Ordenações Afonsinas, Livro I, p. 3. Ver volume 1 no link: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/20280#:~:text=As%20Ordena%C3%A7%C3%B5es%20Afonsinas%2C%20como%20a,as%20leis%20promulgadas%20desde%20D>. (13.08.23 às 16h30)

⁸ Ordenações Manuelinas, Título I, Livro V, p. 02. Ver volume 1 no link: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/17841> (13.08.23 às 16h30)

numa mesma situação aquele que “o preso que já estiver condenado ou tiver em Juízo confessado o malefício porque já preso”. A vinculação religiosa fica ainda reforçada nestas ordenações à medida que, ao invés de começar, como as outras, pelo procedimento, prefere tipificar os delitos contrários a fé cristã: iniciando pelos Hereges e Apostatas (Título I), em seguida os que “blasfemam a Deus ou aos Santos” (Título II), a seguir os Feiticeiros (Título III), os que “benzem cães” (Título IV), os que “fazem vigílias dentro ou fora das Igrejas” (Título V) ao “crime de lesa majestade” (Título VI).⁹ Também do “infiel que dorme com alguma cristã” (Título XIV) e do que “entra em Mosteiro e dorme com a Freira” (Título XV), ou que “dorme com suas parentas e afins”. (Título XVII)¹⁰

Ainda na vigência do texto filipino, a publicação do Código Criminal do Império de 1830 em nada alterou a essência da confissão, tampouco do Código de Processo Criminal de 1832. Afastou-se, ao menos no texto positivo, a permissão das torturas, mas manteve o lugar de destaque e de inquestionabilidade da manifestação do acusado de auto incriminação. As escolas positivas do início do século procuraram se distanciar do pensamento religioso, mas pouco conseguiram. Não havia mais a declaração ou uma ode expressa na exposição de motivo a Deus, mas também em nada se falou em prol da secularização, o que nos leva naturalmente a imaginar que seus pressupostos estão nas entrelinhas. Nem mesmo nos ares da nova república, com a revista do projeto proposto por José Vieira de Araújo para uma nova codificação no final do século, atualizada e seguindo a experiência de outros “países cultos”¹¹ que já haviam revistos os seus, atenta a toda legislação abolicionista pós-1850, foi capaz de colocar a “confissão” num patamar distinto de sempre. O que houve, especialmente na codificação de 1890 foi reduzir o lugar de prestígio da confissão como

⁹ Ordenações Filipinas, Títulos I-V, Livro V, p. 1147 e 1153. Ver no volume 5 do link: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/22786> (13.08.23 às 16h30)

¹⁰ Idem, p. 1164 e 1667. (13.08.23 às 16h30)

¹¹ SONTAG, Ricardo. *A nova edição oficial do código criminal de 1830*. In.: Revista de Estudos Histórico-Jurídicos, Valparaíso, n. XXXV, p. 499, 2013.

meio de prova, como rainha das provas, ao permitir que o juiz livremente a apreciasse. Já foi um grande avanço em relação à leitura anterior das ordenações, que, embora deslocasse a confissão das figuras típicas, ainda a colocava como “prova suficiente” do delito. Assim expressamente mencionava o art. 94 da codificação de 1832: “A confissão do réu em Juízo competente, sendo livre, coincidindo com as circunstâncias do fato, prova o delito”. A corroborar esta idéia, o art. 18 da codificação de 1830, ao prever as “atenuantes”, não fez qualquer menção à confissão, tampouco o fez o novo Código Criminal do mesmo ano de 1890, que no ar. 42, igualmente elencou as atenuantes, mas nada falou sobre “confissão”.

Portanto, esta análise literal positiva das ordenações portuguesas, dos códigos criminal e processual do Império, assim como dos códigos criminal e processual republicanos do final do séc. XIX, demonstra que não houve uma modificação significativa da concepção que se fazia em torno da ideia de “confissão”. Sempre se esteve vinculado a uma noção de prova do delito, ora “bastante” e impossível de ser avaliada pelo juiz, ora ao menos no último texto normativo de 1890 como mais uma prova a ser apreciada e sopesada em juízo. O grande acréscimo ao fim e ao cabo que se deu nos regramentos criminais do séc. XIX em relação às ordenações foi, na esteira do pensamento europeu, do projeto codificador e toda a sua narrativa científica e positivista que havia como pano de fundo.

A questão religiosa, como dito, não foi expressamente analisada nas exposições de motivos destes códigos, mas como já mencionado, também não foi claramente afastada. Uma apressada inquirição historiográfica poderia conduzir à conclusão de uma superação, sobretudo porque, embora favorável, a laicização proposta na Proclamação da República colocava em xeque o lugar até então habitual da Igreja Católica. A própria extinção do padroado poderia levar a essa conclusão (Dec 119 de 07.01.1890). Não por outra razão, a Carta Pastoral de 1890 de D. Antonio Macedo Costa procura dar conta desta cisão entre Estado e Igreja, fomentando um outro lugar para o pensamento cristão do novo estado

republicano. No entanto, os princípios do cristianismo ainda continuam fortemente arraigados no Estado Brasileiro.¹² A república não foi capaz de afastar a herança eurocêntrica religiosa de nossa matriz cultural. Mesmo no regramento seguinte, o Código Penal de 1940, a idéia de pecado, mal seguem vigentes. Nesse sentido, Nilo Batista: “consequência inexorável do pecado (delito) que cumprida pelo conflitante (réu) constricto o redime perante Deus (a ordem jurídica).”¹³ É nesse elo entre pecado e redenção, que a “confissão” permanece em destaque.

A grande diferença, entretanto, no Código Penal de 1940, é que a confissão permanece presente, porém ganhando uma outra e original topografia, que é o das “atenuantes”. O art. 48, IV, d expôs expressamente a “confissão espontânea” pela primeira vez como atenuante. Esta idéia não foi alterada em sua essência na reforma de 1984 nem mesmos pelos anteprojetos apresentados Nelson Hungria, Aníbal Bruno ou Heleno Fragoso, já que o 65, III, d. propôs quase a mesma redação, retirando apenas os escritos finais, quais sejam, de que haveria a necessidade de a confissão recair sobre uma “autoria ignorada” ou uma “autoria imputada a outrem”. Em termos pragmáticos a mudança veio a permitir a confissão sobre quaisquer situações, e não apenas sobre aquela em que não se sabia quem era o autor do fato ou se se pensava que a autoria era outra pessoa. A abertura da confissão não mudou a sua essência.

Então, desde 1940 e até hoje, obviamente não de maneira linear e tampouco inconteste, a “confissão” se apresenta como uma causa “atenuante”, portanto, como um

¹² Nesse sentido, ver: SOUSA JÚNIOR, José Pereira. *O processo de restauração católica no Brasil na primeira república*. In.: Revista Fato e Versões – Revista de História, v. 7, n. 14, p. 80-103, 2015.; SILVA, Wellington Teodoro da. *Catolicismo militante na primeira metade do século XX brasileiro*. In.: História Revista, Goiânia, v. 13, n. 2, p. 541-563, jul-dez 2008.; AQUINO, Maurício de. *Modernidade republicana e diocesanização do catolicismo no Brasil: as relações entre Estado e Igreja na Primeira República (1889-1930)*. In.: Revista Brasileira de História, v. 32, n. 63, p. 143-170, 2012.

¹³ BATISTA, Nilo. *Matrizes Ibéricas do sistema penal brasileiro*. (Col. Pensamento Criminológico). Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2000, p. 204.

causa que “sempre” atenua a pena. A mudança de topografia não a desvinculou de sua herança religiosa, apenas a deslocou do campo da “prova do delito”, para a “redução da pena”. Em ambos os textos normativos, seja na redação original do Código Penal de 1940, seja pós-reforma de 1984, desde logo se fixou que as atenuantes, e por razão a “confissão”, haveria de ficar dentro dos “limites legais”.

Obviamente que havia uma diferença na fixação da pena naquela época e no modo como se procede hoje. Naquele momento, por força da teoria binária, o juiz, ao aplicar a pena, levaria em consideração desde logo “antecedentes, personalidade do agente, intensidade do dolo ou grau da culpa, motivos, circunstâncias e consequências do crime” (art. 42, caput), bem como circunstâncias agravantes (art. 44-47) e atenuantes (art. 48), mas sempre tudo dentro dos “limites legais” (art. 42, II). Nos dias de hoje e desde 1984, por força da teoria trifásica, o juiz fixa a pena de acordo com “antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias e consequências do crime e comportamento da vítima (art. 59) dentro dos limites legais (art. 59, II), e, apenas numa segunda fase, é que levará em conta as causas “agravantes” (art. 61-64) e as “atenuantes” (art. 65). Nesta nova redação, embora não seja tão expressa quanto no código anterior, igualmente se entende que a fixação deve ser dentro dos limites legais, até porque se leva em conta o que prepondera, e esse é o raciocínio que veio a embasar a súm. 231 do STJ.

A questão então que se coloca é: qual a razão de ser da confissão (atualmente prevista no art. 65, d, no código anterior 48, IV, d) hoje ser uma “causa legal” de redução da pena, e, portanto, uma atenuante, e não ser uma “causa especial” de redução da pena ou mesmo uma questão de “prova de autoria”. Aqui está a questão central sobre a qual este texto quer tentar contribuir ao debate de outro modo.

Sobre ser uma “questão probatória”, creio que já foi acima explicado. Se até os códigos do séc. XIX a “confissão” estava situado nesse campo, ora espontânea, ora

voluntária, ora sob tortura, ora de livre arbítrio, mas sempre com força a permitir ao juiz condenar o réu de modo mais fácil, dentro da lógica de que, ao confessar, ele retira o drama do decidir, na linha de Michel Foucault¹⁴, por outro lado, a inserção da “confissão” entre as circunstâncias “atenuantes” a partir do Código Penal de 1940, coloca o problema noutro campo, que é justamente o que precisa ser refletido. E aqui o pensamento cristão permanece, de algum modo presente, desdobrado em outros termos.

Estes textos normativos que permaneceram vigentes até o início do séc. XIX são contundentes em correlacionar a construção normativa do Estado “Brasileiro”, que se sabe ser ainda apenas um esboço neste momento, dada a sua construção tardia, a ramificação eurocêntrica do pensamento jurídico, bem como a indistinta presença dos princípios do cristianismo. A *confessio* que aparece nestes regramentos, topograficamente vinculada à própria enunciação do fato criminoso como único requisito, uma vez existente, traz consigo não apenas as diversas condutas incriminadas de clara feição protetiva dos preceitos cristãos, mas sobretudo o substrato do “dizer a verdade” como um lugar de “correição da alma”. Confessado, o delito estava devidamente comprovado, pois ela implicava um “protesto solene de arrependimento eficaz”, porque inevitavelmente conduzia o acusado a um “rigoroso exame de conteúdo de sua consciência”. Feita, estava o fato provado e não

¹⁴ Quando o Juiz pede ao acusado que se reconheça culpado, de aceitar o seu erro, (...) o que ele lhe pede, no fundo, é um serviço maravilhoso (...) O Juiz pede ao acusado que de fato lhe diga o seguinte: “Sou propriamente eu, Juiz, e não o senhor, que me julga... é toda a sociedade, a sociedade a qual pertenço (...) E consequentemente, se eu lhe peço uma punição, sou eu mesmo que me puno e não o senhor. Portanto, eu o inocento, senhor Juiz.” [*Quand le Juge demande à l'accusé de se reconnaître coupable, d'accepter sa faute, (...) Il lui demande un formidable service (...) Le Juge demande à l'accusé de lui dire au fond ceci: “Eh bien oui Monsieur le Juge, ce n'est pas tellement vous qui jugez, c'est la société toute entière (...) à laquelle j'appartiens. Et par conséquent si je réclame ma peine, c'est moi qui me punis moi-même et ce n'est pas vous. Je vous inocente, vous, Juge!”*] Ver entrevista dada por Michel Foucault em 1971 no Théâtre du Crochetan. Especificamente, no que aqui nos importa, o trecho no seguinte intervalo: 0'56 e 1'38. <https://www.youtube.com/watch?v=FzllgODvzHw>.

haveria porque se perquirir por mais nada.¹⁵ A vivência interior do homem por sua palavra unia consecução, resultado, comprovação num único instante, um instante de verdadeira “revelação”.

Enquanto atenuante, a persistência do cristianismo permanece, pois se está a buscar intensamente a “bondade” do ser humano. Um exame sistêmico das “agravantes e atenuantes”, bem como das “majorantes e minorantes” do atual código penal, como mesmo naquelas redações originais de 1940 permitem compreender que por trás delas há uma diferença crucial: agravantes e atenuantes precisam ser pensadas numa eminente “racionalidade cristã”, diversamente das majorantes e minorantes, cuja racionalidade é “pragmática e técnica”.

A análise das circunstâncias “agravantes” remete a uma singular “perversidade ou fraqueza” do ser humano, eis porque o legislador reprime aquele que pratica o delito contra genitores, cônjuges e filhos, ou mesmo aquele que por motivo absolutamente irrelevante, como fútil e torpe o faz, ou então se valendo da autoridade que detém sobre alguém, ou contra criança, por traição, meio cruel, uso de veneno, em situações de naufrágio, inundação etc. É possível perceber aqui que o legislador, porque a matriz positivista prevaleceu, entendeu que apenas ao Estado por suas leis é que deve dizer quais são as condutas proibidas (através dos tipos e subtipos qualificados) e portanto, quais os atos que os homens não podem ter em sociedade (eis aqui o rigor do princípio da legalidade), mas também é possível perceber que foi o legislador que entendeu por bem dizer quando alguém haveria de ser punido e em que termos e no *quantum* lhe fosse adequado, quando, para além de cometer o fato, revela sua “perversidade ou fraqueza”. É por isso que as agravantes são fixadas sempre dentro dos limites legais. Cabe ao legislador cuidar do que não se pode fazer,

¹⁵ MELLO, Lydio Machado Bandeira de. *Um código brasileiro que deve ser sempre estudado: o código criminal de 1830*. In.: Revista da Faculdade de Direito da UFMG, n. 11, p. 11, 1978.

e do homem maldoso, cuja perversidade desponta (eis um laço inexorável entre o princípio da legalidade esculpido no “positivismo” novecentista e o princípio cristão tracejado na doutrina católica). Isso fica evidente quando os próprios redatores do anteprojeto, Nelson Hungria e especial Heleno Fragoso, explicam que não se permitiu ao juiz extrapolar os limites legais, para evitar uma arbitrariedade.¹⁶

A marca da “razão cristã” que acima se falou fica evidente. Se na filosofia pagã do maniqueísmo as pessoas eram boas ou más por natureza, a grande invenção da Patrística foi interpretar o homem como uma “fagulha divina”, e, portanto, um ser humano bom, que apenas cede e pratica e age por vezes de maneira boa ou ruim.¹⁷ Sua alma pode ser então reconduzida ao caminho reto, passando naturalmente por algumas penitências. De igual modo então, como toda a presença da racionalidade do cristianismo em nosso código, se o ser humano age de modo a mostrar uma perversidade ou uma bondade, deve ele sofrer uma penitência maior, mas naturalmente posta pelo legislador.¹⁸ O arbítrio do juiz estaria apenas em buscar o mais justo, ou, como quis o legislador, o “que prepondera”.

De modo diversão são as causas “majorantes”, cujas frações legais permitem ao juiz ir além e aquém do mínimo, porque a racionalidade que está por trás é outra. É a racionalidade prática, da pragmática do delito, e não da racionalidade intrínseca do sujeito que pratica. Eis porque há uma liberdade maior em aumentar a pena porque o delito ocorreu, mas de modo transnacional, ou porque o sujeito faz o porte ilegal de arma sendo

¹⁶ FRAGOSO, Heleno Claudio. *A motivação da sentença na aplicação da pena*. In.: Revista Forens, v. 65, n. 227, p. 54, jul-set 1969.

¹⁷ BORGES, Guilherme Roman. *Filosofia e teoria do direito: breves apontamentos*. Curitiba: IFDDH, 2016, p. 242-244.

¹⁸ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 646. “No fundo, a questão situava-se (e situa-se, ainda) no campo da culpa judaico-cristã, em que o réu deve confessar a arrepender-se, para assim buscar a remissão de seus pecados (inclusive com a atenuação da pena, art. 65, III, “d”, do Código Penal). Também é a confissão, para o juiz, a possibilidade de punir sem culpa. É a possibilidade de fazer o mal através da pena, sem culpa, pois o herege confessou seus pecados”.

membro de uma instituição de segurança pública, ou enfim, porque o veículo subtraído no roubo for transportado para outro estado. Em suma, o que está por trás é a necessidade de se punir de modo mais severo em termos circunstanciais a prática do delito, e não porque a conduta na essência e no principal está em questão (tipo e qualificadora) ou porque há por trás uma “perversidade ou fraqueza” do ser humano, na esteira do pensamento cristão.

Eis então porque não se que pode adotar o mesmo raciocínio para “atenuantes” e “minorantes”. Nestas, a racionalidade está no campo da prática do delito ou da penalidade, e, portanto, o arbítrio do juiz seria absolutamente razoável, para poder aplicar o direito de modo mais justo de acordo com estas circunstancias do mundo da vida, como por exemplo, uma indenização do resultado danoso por vontade própria. No entanto, quando a questão de fundo diz respeito à “bondade” do ser humano, e essa é a razão que parece estar por trás das “atenuantes”, cabe ao estado e ao legislador o “controle social” e o reconhecimento do quanto o agir é diverso para aquela pessoa por força de sua aparente melhor alma, ou de sua mais “manifesta bondade”, apesar da prática do delito, e não ao arbítrio de um ser humano exclusivo, o juiz.

Um olhar pelo art. 65 do CP revisado e atualmente em vigor, seja no art. 48 do Código original de 1940, a valorização da “bondade” do agente se impõe a reduzir a pena, seja porque já com certa idade, seja por ser jovem e com pouca compreensão da vida, seja porque ignora a lei, seja porque o fez por relevante valor social, ou, enfim, porque “confessou”. A “confissão” então está neste campo, em que o legislador entendeu por bem, dentro dos limites que assim o quis, valorizar esta “bondade” e lhe aplicar uma pena reduzida.

Portanto, atenuantes na construção do regramento penal brasileiro sempre estiveram imbuídas desta marca do cristianismo, de conduzir os homens ao caminho reto e de valorizar aqueles que assim o desejarem fazer, mesmo quando já cometido o delito, ao

lhes reduzir a pena.¹⁹ Essa presença da religiosidade nos sistemas positivos modernos obviamente não é nova e já foi muito bem vinculada por vários autores. Michel Foucault procurou mostrar a correlação entre os sistemas de provas, o exame, e a confissão em diversos momentos da formação do direito penal moderno europeu (e obviamente as reflexões aqui são de todo oportunas porque estamos falando de um modelo eurocêntrico que é forçadamente implementado no Brasil), mas também mostrou o lugar privilegiado que o cristianismo foi assumindo nesse papel. Portanto, não é possível dissociar a formação do direito penal moderno do pensamento cristão, e nós conseguimos ver exatamente isso quando olhamos o modo como a *confessio* veio sendo trabalhada pelos regramentos jurídicos brasileiros. A vinculação entre a perversidade e o crime, entre o pecado e o crime sempre estiveram presentes: “a Igreja ancora na vontade consciente a raiz do crime, e só reconhece a responsabilidade penal quando presente a responsabilidade moral.”²⁰

Michel Foucault²¹ por diversas vezes esboçou suas argumentações sobre o lugar da “confissão” no pensamento cristão, ora refletindo a sexualidade e sua lida pelas ordenações e pela igreja, ora pela clínica e consequentemente o pensamento científico, ora, enfim, no campo probatório das perseguições criminais. A *confissão* no mundo medieval nasce para além dos muros dos claustros no momento em que a loucura é reclusa nas casas de internação, como as *Workhouses* na Inglaterra ou as *Zuchthäusern* na Alemanha, na lógica do

¹⁹ “As discussões sobre a consubstanciação do crime, da culpabilidade e do pecado, à luz da religião e do Direito canônico, potencializaram a influência do componente subjetivo no conceito de crime e pavimentaram o caminho para o desenvolvimento do conceito de culpabilidade, para além de sua concepção como mero elemento volitivo, expondo a íntima conexão desta categoria dogmática com a noção de reprovabilidade proporcionada pelo pecado.” GOMES, Luís Roberto. *Culpabilidade e constituição: dimensão penal constitucional da culpabilidade*. Londrina: THOTH, 2021, p. 37.

²⁰ GOMES, Luís Roberto; PRADO, Luiz Regis. *Codificação penal brasileira: opúsculo histórico*. Londrina: THOTH, 2024, p. 23.

²¹ Por uma análise mais detalhada, ver: BORGES, Guilherme Roman. Michel Foucault: vida e obra do jusfilósofo. São Paulo: Almedina, 2020, 647p.

Hôpital Général.²² É neste instante que ciência, polícia, administração, moral e justiça se entrelaçam, numa “cumplicidade”, vinculando sangrias, banhos e confissão. A confissão fazia falar, ainda no seio do pensamento religioso, a verdade como a *veritas* cristã. Esta lógica vai lentamente alcançando também os processos criminais fora do direito canônico, mas ainda dentro dos sistemas régios de poder. Ao refletir sobre os “suplícios” e o modo como ferimento físico, qualidade, intensidade, tempo se relacionam com a gravidade do crime, da pessoa do criminoso e o nível social da vítima, um código jurídico da dor aparece e a pena que se abate o faz pelo corpo para alcançar a alma (eis porque era inclusive um espetáculo).²³ Confessar espiava pela a carne o pecado. Esta ideia vai lentamente alcançando o “exame”, o “inquérito”, após a críticas dos humanistas, mas a confissão permanece intacta, como uma “busca pela verdade”, um ritual de discurso onde o sujeito que fala coincide com o sujeito do enunciado, permitindo ao juiz julgar, punir, perdoar, consolar e reconciliar.²⁴ Nesse sentido, para Michel Foucault, entre a confissão da carne da sexualidade, a confissão da desrazão na loucura, ou a confissão do criminoso no inquérito, a busca pela “auto incriminação” sempre levou de algum modo ou à imposição supostamente da interdição da fala, ou, ao fim e ao cabo, ao encontro com as Escrituras.

Nesse sentido, a confissão é um “sacramento da penitência”²⁵ e por isso a sua localização no campo da bondade do acusado que há de ser reconhecida pelo juiz, mas apenas reconhecida nos termos em que o ordenamento jurídico assim o quis fazer, nos “limites legais” que assim se propôs. Se isso está correto ou não, não cumpre a resposta por

²² FOUCAULT, Michel. *Folie et déraison. Histoire de la folie ...*, p. 56

²³ FOUCAULT, Michel. *Surveiller et punir: naissance de la prison*. Paris: Gallimard, 1975, p. 35.

²⁴ FOUCAULT, Michel. *Histoire de la sexualité I. La volonté de Savoir*. Paris: Gallimard, 1976, p. 61

²⁵ “Como se assinala, o Direito canônico objetiva principalmente, por meio do processo e da pena, o bem do criminoso, a salvação de sua alma. Desse modo, ‘o que deveria ser julgamento criminal condenatório, com a aplicação da pena, se transforma numa confissão que compõe o sacramento da penitência’. GOMES, Luís Roberto; PRADO, Luiz Regis. *Codificação penal brasileira: opúsculo histórico*. Londrina: THOTH, 2024, p. 22.

ora agora²⁶, para evitar uma simplicidade, mas a lógica da “racionalidade cristã” que está esculpida na “racionalidade positivista” do art. 65, seguramente nos mostra que os “limites legais” para a análise das atenuantes, que em 1940 estava expresso claramente (art. 42, II) e hoje não, parece imperar. É ao legislador e não ao juiz a quem cumpre dizer o que se pode ou não se pode fazer no mundo da vida em termos criminais, assim como a ele cabe reconhecer balizando ou refutando a bondade ou a perversidade do agente.

2. GUILTY PLEA: AS INFLUÊNCIAS NORTE-AMERICANAS NO RECENTE SISTEMA CRIMINAL BRASILEIRO E O ESAZIAMENTO DE SENTIDOS DA “CONFISSÃO”

Se o raciocínio se interromper aqui, parece que o entendimento da súm 231 continua intacto em sua coerência sistêmica, positivista, cristã e eurocêntrica. Agravantes e atenuantes são um mister legal e não judicial.²⁷ No entanto, a questão desconfortante é: após as reformas legislativas operadas nos últimos trinta anos no país, ao lado da crescente inserção estrutural da justiça negocial, a culminar com o vigor do Pacote Anticrime em Janeiro de 2020, teria a confissão mantido a sua densidade histórica de conteúdo?

²⁶ Aqui uma reflexão indispensável seria sobre tencionar a “legalidade penal” a partir das discussões descoloniais. Parece-me que se o caminho for esse, até mesmo os limites legais hão de ser fraturados se o olhar para o réu e as subjetividades marginalizadas pelo pensamento tipicamente do Norte Global estiverem nos horizontes da reflexão. Para uma mais bem detalhada reflexão neste caminho, ver: BORGES, G. R. *Decolonizing brazilian law: the judiciary and the ‘decolonial filter’*. In.: Armin von Bogdandy (org.) MPIL Research Paper Series, Heidelberg, v. 15, 2020, p. 1-28 e FERRAZ JÚNIOR, T. S.; BORGES, G. R. A superação do direito como norma: uma revisão descolonial da teoria do direito brasileiro. São Paulo: Almedina, 2020. No entanto, para não entrecruzar caminhos por ora, e não conduzir as investigações para outro lugar, convém se restringir ao argumento principal deste artigo: *a necessidade de se compreender que no fundo, hoje, a “confissão” está topograficamente no campo das “atenuantes”, mas racional, lógica e pragmaticamente no campo das “minorantes”, e, portanto, ao “arbitrio justamente do juiz e não do legislador”*.

²⁷ Nesse sentido, mesmo a doutrina de teor mais crítico, historicamente, sempre se posicionou. Ver: FRAGOSO, Heleno C. *Lições de direito penal*. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 355.; SANTOS, Juarez Cirino. *Direito penal – parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 250.; FRANCO, Alberto Silva. *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 1.072.

Barbosa Moreira²⁸, no início deste processo nos anos 2000, vendo naturalmente a inserção operada de maneira original pela legislação dos crimes de menor potencial ofensivo e todo o projeto que já vinha da lógica da despenalização e descriminalização²⁹ discutida ao menos nas duas décadas anteriores, reflete sobre as influências do sistema jurídico norte-americano no direito brasileiro. A expressão vinda dos EUA do capitalismo financeiro, do liberalismo social e econômico, da racionalidade utilitarista, de uma sociedade eminentemente negocial, aqui começou a portar e colocar em cheque as eurocêntricas matrizes do direito brasileiro e da teoria do direito brasileiro. Dentre todas as formas deste neocolonialismo, a aproximação da justiça criminal nacional ao modelo da *plea bargaining* norte-americana parece se destacar. A racionalidade completamente distinta deste modelo colocou em xeque os parâmetros normativos que aqui historicamente existiam.

Esta diferença se releva quando se tenta esboçar os contornos deste modelo de solução de controvérsias jurídicas. Em síntese,³⁰ ele surge diante dos elevados custos que os processos implicam na realidade norte-americana, bem como do extenso lastro temporal, do desgaste subjetivo neles presentes, do temor das severas penas do sistema, além da exposição midiática por vezes presentes. Diante do oferecimento da acusação, abre-se uma “audiência prévia de julgamento”, em que o acusado é chamado a falar sobre o teor da denúncia. Ao pronunciar-se em sua resposta (*plea*), cabe-lhe (i) se declarar *culpado* (*guilty plea*); (ii) declarar-se *não culpado ou apenas silenciar* (*not guilty plea*); (iii) *contestar a acusação*, não admitindo e nem negando a culpa (*nolo contendere* também sinônimo de *no contest plea*); (iv) declarar-se *culpado, com protesto simultâneo de inocência* (*Alford* ou

²⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. O processo penal norte-americano e sua influência. In.: Revista do Ministério Público, Rio de Janeiro, v. 12, p. 89-100, 2000.

²⁹ DOTTI, Rene Ariel. *Reforma penal brasileira*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1988.

³⁰ Síntese feita de modo acrítico a partir de Martin Yant: YANT, Martin. *Presumed Guilty: When Innocent People Are Wrongly Convicted*. New York: Prometheus Books, 1991.

Kennedy plea), pois assume para evitar condenação mais grave; ou, enfim, (v) declarar que o julgamento não pode continuar (*peremptory pleas*), entre tantas hipóteses, o *bis in idem*.³¹

Extraí-se então que, se ele não contesta, ele declara, e se ele declara a sua culpa, ele o deve fazer consciente e voluntariamente³². Esse reconhecimento na *confissão* impede o curso do processo e análise, naturalmente, da culpa. Só é permitido se retornar ao fato, caso o acordo seja descumprido. A barganha (*plea bargaining* ou também *plea agreement*) ocorre neste momento anterior à declaração, exclusivamente diante da acusação (embora já há algum tempo as vítimas têm procurado participar no acordado), quando confessa assumindo sua culpa para obter alguma concessão por parte do órgão acusatório. Trata-se um acordo que a acusação faz com base em provas que sequer o juízo tem acesso, e mesmo ao conteúdo do acordo, este só passa a conhecer quando já formalizado em sede extrajudicial (algo próximo do que o art. 28-A vem claramente se demonstrando no sistema jurídico brasileiro). Nas *Federal Rules of Criminal Procedure*, especialmente na *Rule 11*, esta barganha pode resultar em duas situações formais de submissão, que cumpre ao acusado escolher: (i) uma apenas “opinativa”, em que a acusação opina, mas o Judiciário poder vir a aceitar o acordo (o que impede a discussão), ou não aceitar e aplicar inclusive uma pena mais severa; ou então (ii) acusação efetiva com acordo, situação em que, caso a Corte não aceite, há permissão de retratação da “confissão”.

Esta assunção da culpa operada pela “confissão” (*guilty plea*) pode ser direcionada (i) apenas à uma acusação menos grave (*charge bargaining*), ou então (ii) à parte da acusação (*count bargaining*); (iii) à integralidade (*guilty as charged*), com vistas a pena mais branda; (iv) a tudo, desde que a acusação busque em juízo um determinado benefício (*sentence*

³¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. O processo penal norte-americano e sua influência. In.: Revista do Ministério Público, Rio de Janeiro, v. 12, p. 91, 2000.

³² Houve discussão constitucional em 1970, caso *Brady vs USA*, em que a Suprema Corte estabeleceu estes limites da confissão consciente, voluntária, e irretratável.

bargaining); ou então, (v) à parcial fática, que condiciona o quantum de punição (*fact bargaining*). Em quase todas elas, o juiz ao receber, pode não homologar, não aceitando a recomendação da acusação. No entanto, quando a própria acusação abre mão da denúncia na *plea bargaining*, porque o acusado confessa e aceita fato menos grave (*drop charges*), o controle judicial é impedido. É dentro deste sistema de negociação, que podem ser impostas condições a serem cumpridas num determinado prazo (*probation*), a fim de se perfectibilizar e alcançar o contrato inicial desejado. Também podem assumir a feição de acordos de colaboração (*cooperation agreements*), quando se aceitam, além de requisitos a serem cumpridos, a cooperação em recuperar bens, direitos, valores ou delatar membros de organizações criminosas.

Salvo a hipótese da assunção de fato menos grave, em que não há controle judicial, nas demais, de regra, não há possibilidade de recurso da homologação, a não ser que a adesão ao acordo foi parcial e sob determinadas condições (*conditional plea bargaining*), aí o recurso parcial é permitido.

A lógica dessa negociação já se inicia nos acordos de transação penal, *sursis* processual, delação premiada, acordos de colaboração antitrustes etc.³³, mas naturalmente ganha maior relevância em quase recente alteração legislativa e a criação do Acordo de Não Persecução Penal. Essa influência da lógica da *plea bargaining* apresentada de forma

³³ Obviamente não se tratam de institutos idênticos e tampouco, à exceção do ANPP, exigem a “confissão” como pre-requisitos. Obviamente também não se confundem em sua integralidade com a “atenuante” da confissão, especialmente porque o alcance subjetivo ultrapassa o possível autor do fato etc. O que se está sustentando como um fio condutor é a lógica da implantação gradativa de uma justiça negocial no país, e também do lugar que a confissão (ainda que não obrigatória) assume nestes institutos como elemento de acordo entre as partes. Na grande maioria das vezes a sua presença é tácita, mas logicamente decorrente de suas consequências. A questão então é entender que, quando presente a “confissão” nestes acordos entre defesa e acusação, a “confissão” transita nas entrelinhas, e quase sempre desprovida do sentido judaico-cristão que outrora a fundamentou.

derradeira e clara no Pacote Anticrime³⁴ parece sustentar o argumento que aqui se está tentando refletir, pois a própria ideia da confissão, que outrora já estava consolidada na necessidade de sua repetição em juízo para que seu controle “judicial” pudesse ocorrer, agora recai no arbítrio exclusivo, como não o poderia ser diferente na justiça negocial, do órgão acusatório. Apesar do art. 28-A permitir a não homologação judicial do acordo quando não verificadas a sua voluntariedade de aceitação pelo acusado, a sua ilegalidade ou a presença de condições inadequadas, insuficientes ou abusivas, mitigando em parte a sua realização, fato é que tudo se realiza exclusiva antes do ingresso em juízo propriamente dito, com a supervalorização das circunstâncias da fase inquisitorial.

Nesse sentido, a *confissão* na herança da *guilty plea* que se realiza quase que integralmente pré-processo (ainda que o possa ser no curso do conhecimento em primeiro grau), está marcada por duas questões centrais absolutamente inovadoras da ordem jurídica e da racionalidade jurídica brasileiras: (i) a confissão perante quem tem o poder de acusar e não julgar; e (ii) uma confissão estratégica desvinculada com o princípio de dizer a verdade.

A confissão, como visto acima, em quaisquer dispositivos legais que tenham tido vigência no país, ainda que fosse feita em sedes administrativas oficiais ou inoficiais, religiosas ou laicas, de algum modo precisavam ser rememoradas em juízo. Sua força precisava ser falada, ainda que o magistrado pudesse (de modo mais claro a partir dos códigos criminais dos anos 1890) sopesar no conjunto das demais provas e valorizar a que foi feita, por exemplo, em sede policial. Portanto, o filtro de uma instituição independente parecia ser a chave para que o reconhecimento da autoria do fato fosse levado em questão e atingisse os fins desejados, seja para provar o delito, seja para contribuir na comprovação do

³⁴ Apesar de compreender o tom retórico e sarcástico da expressão usada por Aury Lopes Jr: “A rainha das provas voltou”, parece-me que houve no fundo um deslocamento total do campo das provas, agora por vez. LOPES JR., Aury Celso Lima. Adoção do plea bargaining no projeto “anticrime”: remédio ou veneno? Revista Consultor Jurídico, São Paulo, fev. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-22/limite-penal-adocao-plea-bargaining-projeto-anticrimeremedio-ou-veneno>. Acesso em: 16.12.2023.

delito, fosse enfim, para averiguar a sua “bondade” em juízo com vistas à pena. Do crime à pena, tudo sempre aos auspícios de uma instituição independente ou ao menos não comprometida com obrigações legais institucionais contraditórias.

A inserção da justiça negocial desloca o lugar da confissão para outra instituição, a aquela que pode “eventualmente” buscar em juízo resultados piores a quem confessa. O controle ou a avaliação ou mesmo a “apreciação” judicial não se dá sobre o conteúdo da afirmação feita pelo acusado, mas apenas sobre a “regularidade e a voluntariedade” de sua afirmação. O juiz quase com um “convidado de pedra”.³⁵ O conteúdo não importa, o que importa é o resultado da fala. Em termos pragmáticos, a proposição que se fecha no signo linguístico, como originalmente apresentara ao Brasil na teoria do direito Tercio Sampaio Ferraz Júnior,³⁶ precisa apenas ter “sentido”, para que o ouvinte possa compreender o conjunto de signos do emissor. Se o juiz compreender que houve a “confissão”, porque assim escrita no acordo, ele não tem por esta razão, sendo livre e regular, porque não a validar. Eis aqui a palavra-chave: o juiz “valida” a confissão, não a escuta, não interpreta, não a compreende e nem a julga, pois seu papel é de um “avaliador” da regularidade e da voluntariedade da emissão do: *eu confesso*. Não há, portanto, qualquer disposição e permissão para que algum conteúdo da confissão venha à tona e seja avaliado pelo juiz. Este não interfere na confissão, e isto é absolutamente original na história do direito brasileiro. Se bom ou ruim, como dito, não é o que está em questão aqui, mas sim que isso mudou por completo a lógica do sistema jurídico positivo, e consequentemente tudo aqui que disso decorre: a ponderação do “juiz” sobre a “atenuante” da confissão. Se Hungria queria evitar o arbítrio do juiz ao não ir aquém do mínimo legal na segunda fase, porque a “bondade”

³⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O processo penal norte-americano e sua influência*. In.: Revista do Ministério Público, Rio de Janeiro, v. 12, p. 100, 2000.

³⁶ FERRAZ Júnior, Tercio Sampaio. *Direito, retórica e comunicação: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1997.

cumpre ao ordenamento jurídico e ao Estado limitar, naturalmente não faz mais sentido ficar atrelado a este entendimento, quando se quer o juiz toca na confissão.

Ainda que haja uma atuação ética por parte do órgão acusatório, e aqui não está a pensar no fato da justiça negocial ser boa ou ruim³⁷, ou se os membros do ministério público estão ou não preparados para isso, ou, enfim, se os acordos são uteis e necessários ou não (porque isto seria um juízo de valor, e, obviamente, um outro problema a ser pensado em outro contexto e texto), fato é que a *confissão* se esvazia de qualquer conteúdo reflexivo ou vinculado a uma ascese individual, para se tornar tão somente uma condição, como qualquer outra para que o negócio se perfectibilize. Se outrora a confissão estava vinculava à “bondade” do sujeito ou ao menos à sua remissão no ato de confessar, procurando apagar ou minorar para si e a quem lhe interessa os efeitos danosos da prática do ato ou de sua persecução, agora então ela se torna “oportunidade” de alcançar um resultado mais vantajoso ou que agrade aos seus interesses, independentemente de quais questões éticas ou espirituais. E nisso não há por ora nada a questionar, apenas é preciso esclarecer e compreender a que a confissão se resumiu nos dias de hoje.

Quem confessa, pode de fato, estar confessando como outrora, numa busca interna de “correção d’alma”, mas isso já não está mais nos horizontes do instituto da confissão. Eis porque não me parece adequada o argumento de que ela se tornou a “rainha das provas”, novamente.³⁸ Ela não está mais no campo da prova do delito, como esteve declaradamente

³⁷ Embora concorde com inúmeros processualistas penais, que discutem a importação desta lógica privatista do processo penal norte-americano em países latinos. Por todos, Afrânio da Silva Jardim sintetiza: “De há muito, venho me opondo doutrinariamente à “importação” de institutos processuais peculiares ao sistema processual norte-americano, fundado em bases jurídicas e valores sociais diversos da nossa cultura latina”. JARDIM, Afrânio Silva. A influência norte-americana nos sistemas processuais penais latinos. In.: Revista Eletrônica de Direito Processual, Rio de Janeiro, a. 10, v. 2, p. 6, jul-dez 2016.

³⁸ LOPES JR., Aury Lopes Júnior. *Adoção do plea bargaining no projeto “anticrime”: remédio ou veneno?* In.: Revista Consultor Jurídico, São Paulo, fev. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-22/limite-penal-adocao-plea-bargaining-projeto-anticrimeremedio-ou-veneno>. Acesso em: 16.12.2023.

até o final do séc. XIX, ou ao menos até o Código Penal de 1940, pois a *confissão* não é mais uma prova, e, portanto, não tem porque seguir a teoria geral das provas no processo penal, não ao menos quando a justiça negocial começa a se impor. Prova é aquilo que serve para reconstruir o fato supostamente delituoso de modo a convencer o juiz sobre uma de suas versões provavelmente verdadeira, e isto é de conhecimento manualístico nos cursos de processo penal. A prova é o resultado da interpretação que o juiz ou as partes fazem das evidências ou meios de prova, de modo a conectá-los logicamente aos fatos investigados. E o sistema positivo é claro ao dizer que cumpre ao juiz promover ou não a “admissão” das provas no processo e a ele sempre coube também a sua “valoração” (por diversos sistemas ao longo da história). Nesse sentido, portanto, a isto não serve à confissão na justiça negocial.

Confissão pós-*guilty plea* não é confissão, é “circunstância”, é “disposição”, “requisito”, “imposição”, “quesito”, “encargo”, “deliberação”, “exigência”, “preceito”, quiçá não além de um “artigo”, um “item”, um “capítulo” de um contrato, cuja obrigação não precisa ter conteúdo algum, apenas que seja livre, legal e validamente feita por quem o poderia fazer. Se a confissão outrora implicava uma permissão para auto reconhecer a culpa em juízo, o agora não é senão uma “cláusula” como qualquer outra, uma “contra-prestação”, tal qual se impõe aos contratantes e sobretudo aos devedores, mas também credores. O “acusado/investigado” deve aceitar a “contra-prestação” de se auto declarar culpado, como também deve aceitar outras tantas, de prestação pecuniária ou *in natura* a algum ente público, de serviço em alguma instituição social, de não se ausentar da comarca em que reside etc. Como um comprador que pode aceitar quaisquer condições para fechar o negócio numa boa taxa de juros, desde que estas não seja ilegais, imorais, vexatórias etc., ainda que sem quaisquer correlações com o objeto negociado, também pode o “investigado/acusado”

confessar, se o negócio lhe render uma "boa taxa" de retorno esperado pelo que a ele está sendo imputado.

A lógica utilitarista da *plea bargaining* avançou despudoradamente sobre a racionalidade do direito brasileiro e sem um estudo cuidadoso em termos de direito comparado (um debate quase totalmente desconhecido no Brasil), como bem alerta Deo Campos Dutra.³⁹ Com isso, os fins justificam os meios e todo o “aspecto sacrificial” que há em suas entrelinhas do âmbito interno, subjetivo e ético. Portanto, a confissão está na justiça negocial muito longe de qualquer conteúdo, já que sequer passa pelo juiz avaliar. E em sendo assim, o rigor que o legislador de 1940 fixou ("limites legais") e que foi reinterpretado na reforma de 1984 e nos votos que deram origem à Súm. 231 já talvez não façam mais sentidos, quando o substrato da teoria do direito que os fundou se esfacelou, quando o “mundo da vida” atropelou o “mundo do direito”.

Portanto, toda essa modificação operada no campo do ordenamento jurídico, da racionalidade teórica do direito e das circunstâncias do “direito vivo”, empurra a reflexão para argumentar que não tem mais sentido em se manter a compreensão da “confissão” como uma “atenuante” e sim que ela está obviamente mais próxima de um campo da prática, da consecução dos fins, da instrumentalidade do direito, e, logo, de uma "causa especial de redução da pena", de uma "minorante", que cabe ao juiz apenas comprovar a sua existência ou não. Se o juiz na terceira fase apenas verifica se o fato foi ou não transnacional, se o veículo foi ou não transportado para outro estado, se o dano foi ou não retirado, tudo sempre no campo da tecnologia do direito, de sua eficácia e não de sua essência ou de sua vinculação com as “bondades” ou “perversidades” do sujeito, portanto, a

³⁹ DUTRA, Deo Campos. *Da ortodoxia à crítica: teorias da comparação jurídica*. In.: Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo, v. 14, p. 195, jan-abr 2018.

"confissão" está racional e logicamente dentro deste campo, um campo das vicissitudes da vida material e não das vicissitudes da vida subjetiva, interna e espiritual.

O *eu confesso* deixou de estar próximo dos preceitos da racionalidade judaico-cristã, e, portanto, do *eu me redimo* para estar próximo do *eu aceito*, e, portanto, de um *eu confesso* quase como um verbo intransitivo, porque não há objetividade alguma em seu fundamento, não há complemento a ser feito, tampouco a ser averiguado em sede judicial. Importa a formalidade do *eu confesso*, de sua emissão regular e legalmente aceita, e não de qualquer interior, de qualquer conteúdo, eis porque *nolo contendere*.

Isto ainda se evidencia pelo próprio fato de que, se na interpretação tradicional o "réu" poderia confessar, desconfessar, confessar novamente e se retratar a todo instante enquanto o juízo sobre a autoria está sendo feita (e assim ainda o sistema jurídico positivo se mantém), porque, na esteira da racionalidade judaico-cristã uma pessoa não é boa má por natureza, como dito, mas comete atos bons e maus, e portanto, pode viver numa interna luta constante em busca do entende como o "bem supremo", penitenciando-se, flagelando-se e se redimindo, na confissão pós-guilty plea isto não é permitido. Aquele que descumpre o ANPP, tem por sua confissão perfectibilizada e a ela não lhe é mais dado o direito de desconfessar. Apesar da estranheza e dos rompantes de indignação que o entendimento já basicamente consolidado gerou, fato é que parecer estar absolutamente dentro de uma lógica negocial. A "confissão" neste sentido é uma cláusula para se fechar o negócio, que o credor/devedor aceita ou não, ainda que lhe seja futuramente desfavorável (*pacta sunt servanda*). Ainda que o tema possa realmente gerar dissabores e me parece razoável gerar, fato é que está absolutamente dentro da lógica pragmática dos acordos e não da lógica cristã da prova "confissão".

Nesse sentido, portanto, está a "confissão" na linha hoje da *guilty plea* e não mais da *confessio*, sua essência é de uma "minorante" e não de uma "atenuante", razão pela qual ao

juiz, ao menos por aqui e nesta “cláusula” lhe cabe ir além do mínimo legal, ao menos enquanto ainda ela estiver presente no ordenamento jurídico brasileiro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A alternância do substrato teórico e pragmático da “confissão” no país é, como visto, algo que já vem sendo construída há cerca de vinte anos, ao menos. Houve um claro movimento pendular na doutrina, na legislação e na jurisprudência entre a formação eurocêntrica novecentista do direito brasileiro e da teoria do direito e a importação (diga-se, sem o devido estudo comparativista) da racionalidade do direito norte-americano nestes últimos decênios. De um modo ou de outro, a colonização e a neocolonização se operaram e se reformulam constantemente, a ponto de evidenciar estas incongruências expressas de um ordenamento mosaico, incapaz de entender as idiosincrasias brasileiras.

Certamente um estudo descolonial, que segue hoje em marcha e na vanguarda na teoria do direito e nas disciplinas dogmáticas, haveria de neste tema se concentrar para tentar desvendar estas heranças e influências tortas e incompatíveis com o amálgama cultural brasileiro. A *confissão* seguramente é um destes temas, porque não encontra uma simplicidade de raciocínio com a pluridiversidade sócio-cultural existente no país, cujas raízes afro, indígenas, estrangeiras etc., ao lado da profunda marginalização histórica de subjetividades diversas, demonstram a divergência que há entre os países do Norte Global e do Sul Global.

Nossos valores são diversos, nossa matriz cultural é complexa, nossas contingências são distintas, portanto, se um dia essa imposição a *fórceps* aqui se operou da matriz eurocêntrica na racionalidade ordenamental e teórica do direito brasileiro, hoje o que se vê com inserções “irrefletidas” (ou ao menos com pouco rigor teórico) de uma justiça negocial

vinda do liberalismo norte-americano é uma “revigor” inconsequente deste estrangeirismo. Confessamos porque pecamos, confessamos porque nos redimimos, confessamos porque nos reencontramos, mas também confessamos porque nos interessa, confessamos porque nos é útil, confessamos porque nos é menos custoso, confessamos porque é simplesmente vantajoso.

Essa confusão de sentidos em torno da “confissão” apenas nos revela que a manutenção de entendimentos fechados como o que codificação elaborou e a Súm. 231 consolidou não se sustentam em sua rigidez na argumentação que outrora fez sentido. Superar limites legais, quando o “legal” já não implica em modo algum o temor da “arbitrariedade judicial” predita por Hungria, não leva a uma fraqueza do sistema como se poderia sugerir, mas sim, a uma acomodação descolonial deste retalho, que transita entre um *mosaico* normativo e um *patchwork* jurídico.

A permissão aos processos judiciais de conduzirem as penas aquém do mínimo legal, especialmente na confissão, não apenas é condizente com a individualização da pena, mas é um mecanismo de desconstrução de diversos preconceitos institucionalizados, sobretudo, o projeto racialista que se operou na justiça criminal no Brasil.⁴⁰ Ao permitir que juízes levem em conta a confissão, mesmo quando a pena já está balizada no mínimo, é uma forma de garantir que a seletividade, levada adiante despudoradamente pelo sistema e pela proteção

⁴⁰ Em pesquisa realizada na Justiça Federal de Guarulhos, por mim coordenada, pela análise de todas as sentenças criminais de tráfico de entorpecentes dadas por todos os juízes federais desde 1999 a 2014 (foram 947 sentenças pesquisadas), portanto, num interregno de 15 anos, revelaram-se inúmeros resultados interessantes, porém, um deles, que aqui importa mencionar a sustentar a tese de que o racismo institucional se opera silenciosamente, é o que demonstra estatisticamente que os juízes e as juízas nestes quinze anos deram penas médias de 1 ano e 6 meses a mais para réus africanos do que para réus brasileiros. Obviamente que o preconceito não foi declarado nas sentenças. Não é certo dizer que o racismo foi consciente e mal intencionado. Mas o que é certo é que ele existiu e fundamentou penas mais severas para pessoas em exatas condições: mesma quantidade média de droga (3-4kg), ausência de antecedentes criminais etc. Par tanto, ver: BORGES, Guilherme Roman; HARTMANN, Érica de Oliveira; ARAÚJO, Jorge Alberto Araújo de. *Tráfico internacional de entorpecentes: o fluxo no maior aeroporto internacional do Brasil – Aeroporto de Guarulhos / The Flow in the Largest International Airport in Brazil – Guarulhos Airport*. Curitiba: IFDDH, 2016, p. 35.

jurídica de uma determinado “sujeito de direito”, seja freada diante dos casos concretos, operando um “filtro descolonial”⁴¹ e, conseqüentemente, uma reconfiguração do direito brasileiro em direção à sua própria autonomia cultural.

REFERÊNCIAS

AL RI Júnior, Arno; NUNES, Diego; SONTAG, Ricardo (orgs.). **História do direito penal: confins entre direito penal e política na modernidade jurídica (Brasil e Europa)**. Florianópolis: Habitus, 2020.

AQUINO, Maurício de. **Modernidade republicana e diocesanização do catolicismo no Brasil: as relações entre Estado e Igreja na Primeira República (1889-1930)**. In.: Revista Brasileira de História, v. 32, n. 63, p. 143-170, 2012.

BATISTA, Nilo. **Matrizes Ibéricas do sistema penal brasileiro**. (Col. Pensamento Criminológico). Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2000.

BATISTA, Nilo. *O código criminal de 1830*. In: _____. **Apontamentos para uma história da legislação penal brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 2016. p. 33-58

BORGES, Guilherme Roman. **Decolonizing brazilian law: the judiciary and the ‘decolonial filter’**. In.: Armin von Bogdandy (org.) MPIL Research Paper Series, Heidelberg, v. 15, 2020, p. 1-28.

BORGES, Guilherme Roman. **Filosofia e teoria do direito: breves apontamentos**. Curitiba: IFDDH, 2016, 548p.

BORGES, Guilherme Roman. **Michel Foucault: vida e obra do jusfilósofo**. São Paulo: Almedina, 2020, 647p.

BORGES, Guilherme Roman. **Revistando a teoria do direito: desconstrução das bases colonizadas do discurso jurídico**. São Paulo: Almedina, 2023.

BORGES, Guilherme Roman; HARTMANN, Érica de Oliveira; ARAÚJO, Jorge Alberto Araújo de. **Tráfego internacional de entorpecentes: o fluxo no maior aeroporto intrenacional do Brasil – Aeroporto de Guarulhos / The Flow in the Largest International Airport in Brazil – Guarulhos Airport**. Curitiba: IFDDH, 2016.

⁴¹ BORGES, G. R. *Decolonizing brazilian law: the judiciary and the ‘decolonial filter’*. In.: Armin von Bogdandy (org.) MPIL Research Paper Series, Heidelberg, v. 15, 2020, p. 1-28.

DAL RI Júnior, Arno. La storiografia giuridica brasiliana letta attraverso l'esperienza storiografica penale. In: SORDI, Bernardo (a cura di). **Storia e diritto**: esperienze a confronto. Milano: Giuffrè, 2013.

DOTTI, Rene Ariel. **Reforma penal brasileira**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1988.

DUTRA, Deo Campos. Da ortodoxia à crítica: teorias da comparação jurídica. In.: **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 14, p. 289-211, jan-abr 2018.

FERRAZ Júnior, Tercio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação**: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico. São Paulo: Saraiva, 1997.

FERRAZ Júnior, Tercio Sampaio; BORGES, Guilherme Roman. **A superação do direito como norma: uma revisão descolonial da teoria do direito brasileiro**. São Paulo: Almedina, 2020.

FOUCAULT, Michel. **Folie et déraison**. *Histoire de la folie à l'âge classique*. Paris: Plon, 1962, 309p

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: Nau, 1996, 160p. [trad fr. La vérité et les formes juridiques. (trad. J. W. Prado Jr.) Dits et Écrits (org. Daniel Defert et François Ewald). Paris: Gallimard, v. 2, 1994, p. 538-646.]

FOUCAULT, Michel. **Histoire de la sexualité I. La volonté de Savoir**. Paris: Gallimard, 1976.

FOUCAULT, Michel. **Histoire de la sexualité IV. Les aveux de la chair**. Paris: Gallimard, 2018.

FOUCAULT, Michel. **Surveiller et punir: naissance de la prison**. Paris: Gallimard, 1975,

FRAGOSO, Heleno C. **Lições de direito penal**. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

FRAGOSO, Heleno C. A motivação da sentença na aplicação da pena. In.: **Revista Forense**, v. 65, n. 227, p. 53-63, jul-set 1969.

GARCIA, Fábio Henrique Falcone.; CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da. *O plea bargaining no pacote anticrime: vantagens e desafios da introdução do instituto no sistema jurídico brasileiro*. In.: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 114, p. 157-183, jan-dez. 2019.

GOMES, Luís Roberto. **Culpabilidade e constituição**: dimensão penal constitucional da culpabilidade. Londrina: THOTH, 2021, p. 37.

GOMES, Luís Roberto; PRADO, Luiz Regis. **Codificação penal brasileira: opúsculo histórico**. Londrina: THOTH, 2024, p. 23.

JARDIM, Afranio Silva. A influência norte-americana nos sistemas processuais penais latinos. In.: **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, a. 10, v. 2, p. 2-10, jul-dez 2016.

LOPES JR., Aury Celso Lima. Adoção do plea bargaining no projeto “anticrime”: remédio ou veneno? **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, fev. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-22/limite-penal-adocao-plea-bargaining-projeto-anticrimeremedio-ou-veneno>. Acesso em: 16.12.2023.

LOPES JR., Aury Celso Lima. **Direito Processual Penal**. 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MELLO, Lydio Machado Bandeira de. Um código brasileiro que deve ser sempre estudado: *o código criminal de 1830*. In.: **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, n. 11, p. 11-28, 1978.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O processo penal norte-americano e sua influência*. In.: **Revista do Ministério Público**, Rio de Janeiro, v. 12, p. 89-100, 2000.

MOURA, Sérgio Lobo de e ALMEIDA, José Maria Gouvêa de. A Igreja na primeira República. In: FAUSTO, Boris. **História geral da Civilização Brasileira** – República, V II. São Paulo: DIFEL, 1987.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Dinâmica histórica da aplicação da pena privativa de liberdade no Brasil: análise crítica*. In.: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 117, p. 1-14, nov-dez, 2015.

SANTOS, Juarez Cirino. **Direito penal – parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 250.

FRANCO, Alberto Silva. *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*. 6 ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1997, p. 1.072.

SILVA, Wellington Teodoro da. *Catolicismo militante na primeira metade do século XX brasileiro*. In.: **História Revista**, Goiânia, v. 13, n. 2, p. 541-563, jul-dez 2008.

SONTAG, Ricardo. *“Código criminológico”? Ciência jurídica e codificação penal no Brasil (1888-1899)*. Rio de Janeiro: Renavan, 2014.

SONTAG, Ricardo. *A nova edição oficial do código criminal de 1830*. In.: **Revista de Estudos Histórico-Jurídicos**, Valparaíso, n. XXXV, p. 481-520, 2013.

SOUSA JÚNIOR, José Pereira. *O processo de restauração católica no Brasil na primeira república*. In.: **Revista Fato e Versões – Revista de História**, v. 7, n. 14, p. 80-103, 2015.

STEVENSON, Oscar. **Doutrina católica de direito penal**. Rio de Janeiro, Revista Forense, Abril de 1946.

YANT, Martin. ***Presumed Guilty: When Innocent People Are Wrongly Convicted***. New York: Prometheus Books, 1991.