

A EXIGÊNCIA DA CONFISSÃO NO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL SOB A ÓPTICA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

THE REQUIREMENT OF CONFESSION IN NON-PROSECUTION AGREEMENT FROM THE PERSPECTIVE OF THE ECONOMIC ANALYSIS OF LAW

LUCAS RAMOS KRAUSE DOS SANTOS ROCHA

Doutorando em Direito da Regulação pela FGV Direito Rio. Mestre em Direito pela UFRJ (2020). Especialista em Ciências Penais pela UCAM (2020). Bacharel em Direito pela UFRJ (2017). Pesquisador da FGV Direito Rio.
Lattes: [<http://lattes.cnpq.br/8323653428260446>].
ORCID: 0000-0003-4329-3504.
lucas.krause@fgv.br

THIAGO BOTTINO DO AMARAL

Pós-Doutor pela *Columbia Law School* (2014). Doutor (2008) e Mestre (2004) em Direito Constitucional pela PUC-Rio. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (1999). Professor do corpo docente permanente do mestrado e do doutorado em Direito e Regulação e Coordenador do curso de graduação em Direito da FGV Direito Rio. Professor associado da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro.
Lattes: [<http://lattes.cnpq.br/3134056986747443>].
ORCID: 0000-0003-0557-5412.
DOI: [<https://doi.org/10.54415/rbccrim.v191in.%20191.131>].
thiago.bottino@fgv.br

Recebido em: 01.02.2022

Aprovado em: 23.04.2022

Última versão dos autores: 28.04.2022

ÁREAS DO DIREITO: Penal; Processual

RESUMO: A implementação do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) no ordenamento jurídico brasileiro é recente e não está livre de controvérsias. Por ser um instrumento de justiça penal consensual, o ANPP está sujeito a alguns princípios norteadores, em especial, os de celeridade e economicidade. A partir dessa premissa, o artigo

ABSTRACT: The implementation of the non-prosecution agreement (NPA) in the Brazilian legal system is recent and is not free from controversies. For being an instrument of consensual criminal justice, the NPA is subject to some guiding principles, in particular, celerity and economicity. From this premise, the article analyzes

analisa a constitucionalidade da confissão figurar como um dos requisitos obrigatórios para a realização do acordo. Com base na metodologia da problematização, são levantados os argumentos favoráveis e contrários à sua manutenção, com reforço da óptica da Análise Econômica do Direito. Ao final, são tecidas considerações acerca da análise documental realizada e indicada a inconstitucionalidade da exigência da confissão para a celebração do acordo.

PALAVRAS-CHAVE: Confissão – Acordo de não persecução penal – Justiça penal consensual – Análise Econômica do Direito – Direito Processual Penal.

the constitutionality of the confession to appear as one of the mandatory requirements for the agreement to be concluded. Based on the methodology of problematization, the arguments for and against its maintenance are raised, with the reinforcement of the perspective of the Economic Analysis of Law. At the end, considerations are made about the documental analysis carried out and it is indicated the unconstitutionality of the confession requirement for the conclusion of the agreement.

KEYWORDS: Confession – Non-Prosecution agreement – Consensual criminal justice – Economic Analysis of Law – Criminal Procedure.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A confissão no sistema jurídico-penal brasileiro e a construção normativa do ANPP. 3. Aplicabilidade da confissão e as contribuições da Análise Econômica do Direito. 3.1. Argumentos favoráveis. 3.2. Argumentos contrários. 4. Considerações finais. 5. Referências. Legislação. Jurisprudência.

Agradecemos aos colegas da disciplina de Reflexos Penais da Regulação Econômica, do Doutorado em Direito da Regulação da FGV Direito Rio, que contribuíram com revisões e comentários ao artigo.

1. INTRODUÇÃO

Dentro de um contexto de superpopulação carcerária,¹ morosidade processual² e alto custo do Poder Judiciário,³ a justiça penal consensual (também

1. O que levou o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF 347, a declarar o estado de coisas inconstitucional da situação prisional do país pela violação massiva dos direitos fundamentais da população prisional (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 347. Brasília, 27.05.2015. Disponível em: [https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665]. Acesso em: 21.11.2021).
2. Dados divulgados pelo CNJ apontam que, atualmente, o tempo médio de tramitação somente dos processos criminais baixados na fase de conhecimento do primeiro grau é de 3 anos e 10 meses (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2021*. Brasília: CNJ, 2021. p. 218. Disponível em: [www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/11/relatorio-justica-em-numeros2021-051121.pdf]. Acesso em: 23.10.2021).
3. Os gastos públicos com o Poder Judiciário foram avaliados em 62,3 bilhões de reais em 2013, o equivalente a 1,3% do PIB nacional do mesmo ano (ROS, Luciano da. O custo da

denominada justiça penal negocial ou, ainda, justiça premial) surge como forma de solucionar o litígio penal de forma não encarceradora, mais célere e menos custosa, orientada pelos princípios da celeridade e da economicidade.

A celeridade remete à noção de que os processos devem ter início, meio e fim, dentro de um prazo mais que razoável, célere.⁴ A principal implicação desse quesito diz respeito à sensação de impunidade que certos crimes podem gerar à luz do pretense argumento de que o excesso de recursos manejados pela defesa pode culminar na prescrição da pretensão punitiva ou executória estatal.

A seu turno, a economicidade trata dos incontáveis gastos que gravitam o processo criminal. Gastos esses que não se restringem aos cofres públicos, mas também ao próprio acusado, que é impingido com custos de defesa (saliente-se, não somente os financeiros), bem como para eventuais particulares atuando no polo acusatório, seja como assistentes de acusação, seja como querelantes.

No Brasil, o Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) é a mais recente espécie do gênero de acordos oferecidos no âmbito penal,⁵ sendo baseado nessa nova modalidade de justiça.

Desde a sua criação, o ANPP atravessou numerosas polêmicas, algumas delas chegando ao Supremo Tribunal Federal (STF).⁶ Enquanto as primeiras discussões, hoje superadas, tratavam da competência do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) para criar o acordo a partir das Resoluções 181/17 e 183/18, atualmente o que mais se discute relativamente ao ANPP são as violações de princípios basilares da Constituição da República Federativa do

Justiça no Brasil: uma análise comparativa exploratória. *The Observatory of Social and Political Elites of Brazil*, [S.l.], v. 2, n. 9, 2015. p. 2-3).

4. Celeridade, em grande medida, também implica redução de custos judiciais, descongestionamento da fila de processos a serem julgados e aumento do tempo útil para a resolução de casos mais graves e complexos que demandam maior atenção (Cf. MARTÍNEZ, Santiago. ¿Confesión en el juicio abreviado? *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, [S.l.], v. 98, n. 5, 1999. p. 397).
5. Alguns dos principais acordos penais presentes na legislação brasileira são: a remissão prevista na Lei 8.069/90; a transação penal e a suspensão condicional do processo, previstas na Lei 9.099/95; o acordo de leniência previsto na Lei 12.846/13; a colaboração premiada prevista na Lei 12.850/13; e o mais recente deles, o acordo de não persecução penal previsto na Lei 13.964/19.
6. Ações Diretas de Inconstitucionalidade 5.790 e 5.793 propostas, respectivamente, pela Associação de Magistrados Brasileiros (AMB) e pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB).

Brasil de 1988 (CRFB/1988) e da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), como segurança jurídica, indisponibilidade da ação penal, impessoalidade, imparcialidade, não autoincriminação, silêncio, ampla defesa, contraditório e devido processo legal. Especificamente sobre a obrigatoriedade do requisito da confissão, além da problemática principiológica, traz para a prática questões prejudiciais frequentemente apontadas pela Análise Econômica do Direito (AED), como o risco de falsas confissões.

De forma que seja possível analisar a hipótese de inconstitucionalidade do requisito obrigatório da confissão, especialmente com reforço da óptica da AED, a pesquisa é desenvolvida, qualitativamente, com caráter jurídico-compreensivo, atravessando as mais diversas fontes bibliográficas, legais e jurisprudenciais. O artigo é permeado pela metodologia da problematização,⁷ que foca em uma análise crítica de tema que se encontra, até certo ponto, pacificado (no caso do requisito da confissão, está consolidado na Lei 13.964/19 e é recorrentemente aplicado no âmbito pré-processual criminal). Para a realização dessa tarefa, a metodologia é guiada por seis princípios norteadores: (i) identificação da área do objeto a ser questionado; (ii) identificação dos seus argumentos; (iii) avaliação dos argumentos articulados; (iv) desenvolvimento de argumentos alternativos; (v) relação dos argumentos com seus respectivos públicos; e (vi) avaliação dos argumentos alternativos.⁸

A estrutura está dividida em duas seções principais. A primeira trata das questões centrais pertinentes para a compreensão do ato da confissão, além de uma breve contextualização da sua relação com o acordo de não persecução penal, criado em 2017 e consolidado em 2019 pela Lei 13.964/19. A segunda seção comporta a análise do direito concernente à confissão, trazendo os principais argumentos favoráveis e contrários à sua manutenção como requisito obrigatório, assim como as contribuições da literatura mais moderna e da AED. Ao final, são reunidos de modo sintetizado os principais pontos analisados no artigo e é tecida uma possível conclusão sobre a inconstitucionalidade do requisito obrigatório da confissão.

7. ALVESSON, Mats; SANDBERG, Jörgen. Generating research questions through problematization. *The Academy of Management Review*, [S.l.], v. 36, n. 2, 2011. Disponível em: [http://crts.bilkent.edu.tr/readings_2015/Alvesson%20Sandberg%20generating%20research%20Qs%20thru%20problematisation%202011.pdf]. Acesso em: 23.10.2021.

8. *Ibidem*, p. 260-266.

2. A CONFISSÃO NO SISTEMA JURÍDICO-PENAL BRASILEIRO E A CONSTRUÇÃO NORMATIVA DO ANPP

A regulação da confissão encontra amparo nos art. 197 a 200 do Código de Processo Penal (CPP).⁹ Trata-se de meio de defesa e resultado eventual do interrogatório,¹⁰ porque dependente da livre manifestação de vontade do acusado, sendo seu conteúdo material restrito tão somente ao reconhecimento da autoria do delito.

A confissão pode ser simples ou qualificada.¹¹ A primeira diz respeito às situações nas quais a declaração do acusado materializa a assunção de culpa pelos tipos penais a ele imputados. A outra, por sua vez, concerne aos casos em que a manifestação é constituída também pela assunção de culpa, entretanto, com elementos a mais que permitem o livramento do sujeito das penalidades previstas, como teses defensivas descriminantes e exculpantes.

Com relação às características, são destacadas: divisibilidade, retratabilidade e relatividade. Quanto à divisibilidade, sublinha-se a noção de que a confissão pode ser separada em partes mais, ou menos, alinhadas com o conjunto probatório, de modo que o magistrado pode conferir valorações diferentes para essas cições.¹² A retratabilidade corresponde à possibilidade de retirada da manifestação realizada, sendo permitido ao juiz se convencer ou não da veracidade da retratação, assim como o faz com a própria confissão.¹³ Por último, a relatividade, que equivale à ideia de que a confissão deve ter correlação lógica com todo o arranjo de provas constituído, de forma que não seja vista isoladamente, sem se correlacionar com o quadro probatório processual, como era feito quando era intitulada rainha das provas.¹⁴

Importa compreender também que a confissão possui função objetiva, ou seja, não deve estar associada a uma necessidade subjetiva de arrependimento

9. BRASIL. Código de Processo Penal (1941). *Decreto-Lei 3.689*, de 03.10.1941. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm]. Acesso em: 28.01.2022.

10. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 447.

11. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

12. GOUVEIA FILHO, Eduardo Correia. O uso perverso da confissão no processo penal brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito Penal & Política Criminal – UFRGS*, [S.l.], v. 4, n. 1, 2016. p. 16.

13. *Ibidem*, p. 15-16.

14. *Ibidem*, p. 16.

do imputado para a concessão dos benefícios dela dependentes. Nesse sentido, justifica-se o posicionamento atual dos tribunais em não aplicar a atenuante do art. 65, III, d, do Código Penal (CP)¹⁵ nos casos em que aparece a forma qualificada do ato, porque não há o desembaraço das complexidades da instrução, nem a colaboração do acusado para alcançar o fim do processo de modo mais célere.¹⁶

Aplica-se diretamente a lógica da eficiência encampada pela Análise Econômica do Direito. Se não há colaboração para reduzir os custos da máquina pública, não há benefícios a se conceder ao acusado, pouco importando haver ou não a presença de uma suposta redenção.

O tempo em que se buscava o arrependimento do imputado na confissão para consagração de benefícios ficou na época do sistema inquisitório, em que a busca da verdade e a expiação de pecados eram a única forma de receber de volta o indivíduo no espaço social e na igreja.¹⁷ Apesar disso, ainda hoje é possível se encontrar traços desse período, a exemplo da fase da investigação policial, na qual vige a lógica da suspeição da presunção de culpa, de modo que os acusados devem se provar inocentes e não os agentes da persecução o oposto.¹⁸

As Constituições presentes nos Estados Democráticos de Direito, bem como os sistemas processuais penais modernos, visam proteger o interesse social na repressão dos delitos, ao mesmo tempo que também garantem os direitos da pessoa imputada.¹⁹ Busca-se, hoje, o equilíbrio entre o interesse coletivo e o direito individual.

A confissão, com todas as suas características e implicações já expostas, pode ainda ser classificada como judicial ou extrajudicial. A primeira é aquela

-
15. “Art. 65 – São circunstâncias que sempre atenuam a pena: [...] III – ter o agente: [...] d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime” (BRASIL. Código Penal (1940). *Decreto-Lei 2.848*, de 07.12.1940. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm]. Acesso em: 29.01.2022).
 16. GOUVEIA FILHO, Eduardo Correia. O uso perverso da confissão no processo penal brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito Penal & Política Criminal – UFRGS*, [S.l.], v. 4, n. 1, 2016. p. 17.
 17. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: *Crítica à teoria geral do direito processual penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
 18. KANT DE LIMA, Roberto. Polícia e exclusão na cultura judiciária. *Tempo Social – USP*, São Paulo, v. 9, n. 1, p. 169-183, maio 1997. Disponível em: [www.revistas.usp.br/ts/article/view/86542]. Acesso em: 27.04.2022.
 19. MARTÍNEZ, Santiago. ¿Confesión en el juicio abreviado? *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, [S.l.], v. 98, n. 5, 1999. p. 380.

produzida sob o crivo do contraditório, perante a autoridade judicial e respeitados os dispositivos constitucionais e legais pertinentes. A outra é declaração de vontade manifestada em qualquer momento, local ou circunstância que não se enquadre no primeiro caso. A confissão extrajudicial é realizada fora do processo e, caso não confirmada posteriormente em juízo, não deve servir como atenuante,²⁰ nem como prova para a decisão final do julgador.²¹

Seja a confissão judicial, seja a confissão extrajudicial, qualquer uma delas servirá para preencher o requisito obrigatório para a consecução do acordo de não persecução penal. Nos termos do art. 28-A, *caput*, do CPP, tem-se que:

“Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente.”²² (Grifo do autor).

A relação da confissão com o ANPP vem desde o surgimento do instrumento, sendo ele formalmente inserido no ordenamento jurídico brasileiro com a publicação da Resolução 181 do CNMP, em 07 de agosto de 2017. O acordo sempre dispôs sobre a necessidade da confissão formal e detalhada, mais precisamente, nos termos do art. 18²³ da referida norma. Todavia, sem justificativa explícita para tanto.

Pouco tempo depois, a citada resolução foi objeto de questionamento nas ADIs 5.790 e 5.793, protocoladas no Supremo Tribunal Federal. Apesar de não ser o objeto central das ações, o requisito da confissão também foi colocado em debate nos seguintes termos “Com efeito, o ‘acordo de não persecução penal’:

20. Ver, por exemplo, os HC 69.188/SP, julgado pelo STF, e o HC 217.687/SP, julgado pelo STJ.

21. GOUVEIA FILHO, Eduardo Correia. O uso perverso da confissão no processo penal brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito Penal & Política Criminal – UFRGS*, [S.l.], v. 4, n. 1, 2016. p. 16.

22. BRASIL. Código de Processo Penal (1941). *Decreto-Lei 3.689*, de 03.10.1941. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm]. Acesso em: 29.01.2021.

23. CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *Resolução 181*, de 07.08.2017. Brasília, DF. Disponível em: [www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-181-1.pdf]. Acesso em: 23.10.2021.

[...] 5. Viola o inciso LVI porque a imposição de confissão para obter o benefício, fora das hipóteses legais, configura obtenção de prova por meio do MP de forma ilícita”.²⁴

Diante dos questionamentos de constitucionalidade da norma pela AMB e pelo CFOAB, o CNMP publicou a Resolução 183/18 com a finalidade de pôr fim às discussões suscitadas.²⁵ Sem sucesso, todavia, já que as alterações promovidas na resolução anterior não foram suficientes para provocar a perda de objeto das ADIs, mantendo-se em cena os debates sobre a sua inconstitucionalidade.

Em 24 de dezembro de 2019, com o advento da Lei 13.964/19 (Pacote Anticrime), as discussões perdem grande parte da sua força, já que a norma põe fim à questão central levantada nas ações – a falta de competência do CNMP –, o que leva a AMB a reconhecer a perda do objeto da ADI 5.790 e o CFOAB a reconhecer a perda parcial do objeto da ADI 5.793.

3. APLICABILIDADE DA CONFISSÃO E AS CONTRIBUIÇÕES DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

A Lei 13.964/19 acrescentou ao Código de Processo Penal o art. 28-A, que dispõe sobre o acordo de não persecução penal. Estipula requisitos que devem ser cumpridos pelo agente, de forma a se tornar apto a participar das negociações como um sujeito racional e livre para fazer escolhas voluntárias, conforme as premissas sustentadas pela justiça penal negocial e pela Análise Econômica do Direito. Entre os requisitos, está a necessidade da confissão, devendo essa ser feita formal e circunstancialmente.

É formal, porque materializa a ideia de que deve estar expressamente estabelecida nas cláusulas do acordo.²⁶ Circunstancialmente, porque todos os fatos descritos nessas cláusulas devem estar vinculados estritamente ao acordo, além de estarem especificados com todos os detalhes possíveis, não havendo brechas ou

24. Supremo Tribunal Federal. ADI 5.790. Repte.(s): Associação dos Magistrados Brasileiros. Intdo.(a/s): Conselho Nacional do Ministério Público. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 06.10.2017. Disponível em: [<https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5283027>]. Acesso em: 23.10.2021.

25. Ressalte-se que, na Resolução 183/18 do CNMP, não há grandes alterações com relação à temática da confissão, havendo apenas uma vocabular, substituindo o termo “detalhadamente” por “circunstanciadamente”.

26. Não foram encontradas controvérsias sobre esse aspecto da confissão.

lacunas que possam obstaculizar o efetivo cumprimento.²⁷ Escritas as cláusulas, é o acordo submetido à apreciação judicial em audiência na qual o magistrado analisa a voluntariedade da parte em formular o acordo, com oitiva do investigado/réu, bem como analisa a legalidade dos requisitos e as condições referentes ao ANPP.

O marco teórico que permeia a AED é o utilitarismo penal. Os fundamentos da teoria se encontram em Cesare Beccaria – que essencialmente pregava a concepção de que as penas deveriam dissuadir criminosos de repetir suas condutas ilícitas e outras pessoas de cometê-las uma primeira vez²⁸ – e Jeremy Bentham – responsável pela tese de que a delinquência só seria praticada pelo homem quando as forças do proveito do crime superassem as forças da dor da punição²⁹ –, sendo posteriormente ampliada por Gary Becker – sustentando a visão de que os agentes criminosos fazem uma escolha racional pelo cometimento dos ilícitos, havendo, para tanto, um cálculo de custo-benefício para a tomada de decisão.³⁰ Busca-se, de modo geral, entender o agente da atividade criminosa como um sujeito racional e as melhores formas de tornar o sistema penal mais eficiente.

Quando se restringe à esfera dos acordos criminais, os principais elementos destacados são: os incentivos e desincentivos à cooperação, as relações de trocas entre as partes e a dissuasão da prática de novos crimes. A lógica é a de que o sujeito racional buscará maximizar os seus interesses e, para tanto, irá oferecer a sua cooperação como permuta por condições melhores na execução, redução da pena ou na própria não persecução penal, ao mesmo tempo que aumentará os custos do cometimento do ilícito ao sujeitar os demais agentes, se existirem, à delação no possível acordo.³¹

Não há, na Análise Econômica do Direito, a busca de uma revolução moral e/ou cívica no comportamento do acusado, a finalidade precípua é levar ao

27. Inclusive, a literatura internacional também caracteriza o termo desta forma. Cf. MARTÍNEZ, Santiago. ¿Confesión en el juicio abreviado? *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, [S.l.], v. 98, n. 5, 1999. p. 382.

28. BECCARIA, Cesare Bonesana. *Dos delitos e das penas*. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2014.

29. BENTHAM, Jeremy. The Works of Jeremy Bentham – William Tait. 1843. v. 1. p. 399-400. *Online Library of Liberty*, n.d. Disponível em: [<https://oll.libertyfund.org/title/bowring-the-works-of-jeremy-bentham-vol-1>].

30. BECKER, Gary. Crime and punishment: an economic approach. *Journal of Political Economy*, [S.l.], v. 76, n. 01, p. 167-217, 1968.

31. BOTTINO, Thiago. *Direito e processo penal: reflexões contemporâneas*. Curitiba: Juruá, 2018. p. 66.

encontro do órgão de persecução penal informações sobre ilícitos que, por seus próprios meios, dificilmente encontraria.³² Em linhas gerais, implica a AED a noção de que, se da cooperação não se extraem benefícios para máquina pública, não há razão para conceder benefícios ao acusado.

Alguns autores criticam a própria ideia de justiça penal consensual e, consequentemente, da possibilidade de realização do ANPP, sob o fundamento de que pode gerar uma suposta flexibilização de direitos e garantias fundamentais, como do direito ao silêncio e da presunção de inocência;³³ apesar disso, o instrumento se mantém válido. A seguir, são analisados os argumentos favoráveis e contrários à manutenção da confissão no art. 28-A do CPP como requisito obrigatório para a realização do acordo de não persecução penal, com algumas contribuições da óptica da Análise Econômica do Direito para ambos os posicionamentos.

3.1. Argumentos favoráveis

Os principais argumentos a favor da confissão como requisito obrigatório para o ANPP são: i) potencial probatório para persuadir racionalmente o magistrado; ii) convicção de que o acordo será realizado com o verdadeiro responsável pelo delito; iii) estabelecimento de um consenso entre as partes para o correto estabelecimento das condições; e iv) contribuição pedagógica e moral na mudança de comportamento do acusado.

i) O potencial probatório da confissão para persuadir racionalmente o magistrado tem relação direta com as funções de garantia e processual da confissão. Enquanto a função de garantia³⁴ age sobre o conteúdo material atinente ao objeto e ao sujeito praticante do ato, a função processual³⁵ trata da vantagem obtida pelo órgão de persecução no caso de eventual necessidade de manejo da ação penal pelo descumprimento do acordo.³⁶

32. Idem.

33. VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e justiça criminal negociada: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. São Paulo: IBCCRIM, 2015.

34. LESCOVITZ, Guilherme; TAPOROSKY FILHO, Paulo Silas. A (in)constitucionalidade dos requisitos do acordo de não persecução penal. *Academia de Direito*, [S. l.], v. 3, 2021. p. 158-160. Disponível em: [www.periodicos.unc.br/index.php/acaddir/article/view/3267]. Acesso em: 26.11.2021.

35. Idem.

36. KALIL, José Lucas Perroni. Sobre a constitucionalidade da confissão no Acordo de Não Persecução Penal. *Revista de Direito Penal e Processo Penal*, [S. l.], v. 2, n. 1, 2020. p. 57.

É um argumento muito presente na Análise Econômica do Direito: faz-se o acordo para dar benefícios ao imputado, mas também para receber outros em contrapartida. No caso, o benefício para o órgão ministerial é o de que a confissão poupa recursos para demonstrar futuramente, em caso de violação do acordo, a responsabilidade penal do indivíduo. Apesar de esse ponto ser importante para a AED, destaca-se que é muito criticado pela literatura norte-americana.

Seguindo essa linha de pensamento, tem-se ainda o Enunciado 27 do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPGE) e do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM), que corrobora a função processual da confissão ao dispor que, “[h]avendo descumprimento dos termos do acordo, a denúncia a ser oferecida poderá utilizar como suporte probatório a confissão formal e circunstanciada do investigado (prestada voluntariamente na celebração do acordo)”.³⁷

Espera-se também que haja uma eventual mudança de paradigma para a possibilidade de previsão expressa, em lei em sentido estrito, da utilização da confissão para os casos de descumprimento do ANPP.

O raciocínio de mudança de paradigma se sustenta em duas perspectivas: uma atual e uma futura. A primeira é a de que não há qualquer regulamentação expressa hoje permitindo a utilização da confissão no caso de quebra das condições do acordo, senão a fundamentada no Enunciado 27 do CNPGE/GNCCRIM.³⁸ A segunda, por sua vez, está no terreno das possibilidades, ou seja, considerando-se a atual obrigatoriedade da confissão, espera-se que no futuro uma lei em sentido estrito regulamente o uso dela no processo penal para os casos de descumprimento, portanto, visando a uma situação por vir.³⁹

Entretanto, ainda que não haja previsão legal, atualmente, há potencial de utilização, sob o ponto de vista argumentativo e de convencimento judicial. A título

Disponível em: [<https://revistas.anchieta.br/index.php/DireitoPenalProcessoPenal/issue/view/204/154>]. Acesso em: 26.11.2021.

37. GRUPO NACIONAL DE COORDENADORES DE CENTRO DE APOIO CRIMINAL (GNCCRIM). *Comissão Especial: enunciados interpretativos da Lei Anticrime*. 2019. Disponível em: [www.cnpge.org.br/images/arquivos/gndh/documentos/enunciados/GNCCRIM_Enunciados.pdf]. Acesso em: 26.11.2021.

38. LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. 8. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. p. 287.

39. LESCOVITZ, Guilherme; TAPOROSKY FILHO, Paulo Silas. A (in)constitucionalidade dos requisitos do acordo de não persecução penal. *Academia de Direito*, [S. l.], v. 3, 2021. p. 158-160. Disponível em: [www.periodicos.unc.br/index.php/acaddir/article/view/3267]. Acesso em: 26.11.2021.

de ilustração, basta lembrar-se dos aspectos práticos da característica da retratabilidade da confissão, desenvolvida na seção anterior: embora prevista em lei, na prática é pouco considerada.

ii) A convicção de que o acordo é realizado com o real responsável pelo delito é refletida na função de garantia incorporada pela confissão. Ao servir como ferramenta de equilíbrio da assimetria informacional, aumenta o grau de convicção que o membro do Ministério Público possui sobre estar conferindo os benefícios ao verdadeiro infrator, ao invés de estar punindo alguém que não cometeu crime algum. Ela reduz, pelo menos em tese, a possibilidade de realização do ANPP com um inocente.

iii) Com relação ao estabelecimento de um consenso entre as partes, a confissão funciona como forma de reduzir a assimetria de informações, nos moldes da AED, entre acusado e órgão de persecução penal, permitindo uma melhor disposição de condições para o acusado. Assim, com a revelação dos fatos praticados pelo agente, presume-se que haveria uma suficiente paridade de informações, o que permitiria ao promotor quantificar corretamente as condições decorrentes do ANPP, beneficiando o indivíduo submetido ao acordo.

Nesse sentido, afirma-se que a “previsão da confissão para celebração do acordo de não persecução tem feição protetiva ao investigado, pois busca assegurar unicamente uma depuração nos elementos de convicção colhidos na fase inquisitiva”.⁴⁰ O consenso corresponde, portanto, ao atingimento do equilíbrio entre a confissão – suprimindo a deficiência cognitiva – e a escolha das condições mais adequadas para o imputado.

iv) O aspecto pedagógico e moral da confissão diz respeito à ideia de que o confitente, ao externar sua conduta delitiva, realiza uma tarefa educativa que orienta sua futura postura para a não repetição do ato.⁴¹ Trata-se, portanto, de uma indução comportamental pela qual se tenta criar no acusado incentivos para o afastamento da repetição do desvio.⁴² Esse, inclusive, era o posicionamento

40. SOUZA, Renee do Ó. A opção político-criminal do acordo de não persecução penal como instrumento de segurança pública. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, [S.l.], v. 74, 2019. p. 184. Disponível em: [www.mprj.mp.br/documents/20184/1506380/Renee+do+O+C3%93+Souza.pdf]. Acesso em: 30.01.2021.

41. CUNHA, Rogério Sanches. *Pacote Anticrime*. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 129.

42. SOUZA, Renee do Ó. A opção político-criminal do acordo de não persecução penal como instrumento de segurança pública. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, [S.l.], v. 74, 2019. p. 184.

do STF até 2003, o qual exigia a combinação da confissão com o arrependimento moral do acusado – requisito subjetivo – para conceder o benefício da atenuante do art. 65, III, d, CP.⁴³

Assim, estão apresentados os principais argumentos encontrados na literatura para justificar a manutenção da obrigatoriedade do requisito da confissão no acordo de não persecução penal. Na próxima subseção, serão enumerados os argumentos contrários com suas respectivas justificativas.

3.2. Argumentos contrários

Do mesmo modo que os argumentos favoráveis, os contrários contam com alegações relevantes, são elas: i) não há valor na confissão para o Estado, visto que é inservível como prova; ii) risco de falsas confissões; iii) ato de vingança social; iv) reconhecimento da falência do Estado na atividade persecutória; v) uso como ferramenta de pressão psicológica com similitudes à prática de tortura.

i) A ausência de valor para o Estado, pelo fato de ser inservível como prova, serve de resposta ao primeiro argumento favorável (potencial probatório para persuadir racionalmente o magistrado). Trata-se de uma linha de pensamento bastante simples e que recorre à legalidade em sentido estrito⁴⁴ (arts. 5º, II e 37, ambos da CRFB/88)⁴⁵ que submete os agentes públicos: se eles só podem agir dentro do que a lei permite (premissa maior), e se não há qualquer lei em sentido estrito permitindo a utilização da confissão obtida no ANPP nos casos de descumprimento ou não homologação (premissa menor), logo, não é possível que o agente público se utilize da confissão nos casos de descumprimento ou não homologação (conclusão lógica do silogismo). Até porque, trata-se de meio de

43. Julgados do STF anteriores a 2003: HC 65.286, HC 69.048, HC 76.938 e HC 84.026 (BOTTINO, Thiago. *Direito e processo penal: reflexões contemporâneas*. Curitiba: Juruá, 2018. p. 76-77).

44. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 28. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015; MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

45. “[...] II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” e “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência” (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm]).

defesa do acusado, não podendo ser utilizada em seu prejuízo, conforme preconizam os arts. art. 5º, LXIII, da CRFB/88⁴⁶ e 8.2, g, da CADH.⁴⁷

A respeito da qualidade circunstancial da confissão determinada pela lei, esse aspecto também impediria a sua utilização em momento posterior à celebração do acordo, ainda que houvesse descumprimento das condições estipuladas. Isso porque, por circunstancial, entende-se o ato vinculado a uma determinada circunstância específica, ou seja, fora do acordo, a confissão não pode ser tida como válida.⁴⁸ A assunção de culpa pelo acusado não passaria de um mero ato pré-processual acidental.⁴⁹ A sua utilização para uma eventual denúncia mostra-se inaplicável dentro do atual quadro normativo, havendo violação do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, da CRFB/88),⁵⁰ além da já mencionada legalidade em sentido estrito, especialmente a partir de uma leitura sistemática do processo penal.⁵¹

Se a informação prestada pelo acusado à autoridade ministerial não pode ser usada em futura denúncia, nos termos da lei, não há que se falar em uma caracterização da confissão nem mesmo como objeto de troca. Isso porque nem o acusado, nem o órgão de persecução penal têm algo a ganhar com a negociação desse termo.⁵² As condições do ANPP não passam a ser mais favoráveis porque o imputado confessou, nem o Ministério Público passa a poder apresentar denúncia em razão da existência da confissão.

46. “[...] LXIII – o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado” (Idem).

47. “[...] g. direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada” (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana de Direitos Humanos* (“Pacto de San José de Costa Rica”). 1969. Disponível em: [www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm]. Acesso em: 26.11.2021).

48. LOVATTO, Aline Correa; LOVATTO, Daniel Correa. Confissão como (des)acordo de não persecução penal. *Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 26, 2020. p. 75. Disponível em: [https://revista.defensoria.rs.def.br/defensoria/article/view/17]. Acesso em: 26.11.2021.

49. Idem.

50. “[...] LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm]).

51. DAVID, Décio Franco. Confissão: rainha destronada? In: DE BEM, Leonardo Schmitt (Org.). *Estudos de Direito Público*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2018. v. 1.

52. LOVATTO, Aline Correa; LOVATTO, Daniel Correa. Confissão como (des)acordo de não persecução penal, cit.

Com relação a esse primeiro ponto, há ainda uma distinção terminológica que deve ser levantada: trata-se da diferenciação entre confissão e cooperação. Enquanto na primeira espera-se tão somente que o acusado assuma a responsabilidade pelos atos que estão lhe imputando, na segunda envolve-se um algo a mais, que se traduz em fornecer subsídios suficientes para que a máquina pública, na sua atividade de persecução penal, possa alcançar outros agentes delitivos ou, ainda, recuperar bens e valores até então não encontrados ou desconhecidos. Busca-se conferir um viés de eficiência para a cooperação, algo que não deveria ser esperado da confissão.⁵³

Se, de um lado, a cooperação faz sentido quando é estipulada como requisito para a realização, por exemplo, da colaboração premiada,⁵⁴ de outro, a confissão não tem nada a oferecer ao órgão ministerial no acordo de não persecução penal, não servindo como incentivo para quaisquer das partes, sob a óptica da AED.

Essa é a linha de raciocínio que melhor se amolda à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que desde 2003⁵⁵ mudou seu entendimento sobre as funções da confissão, restringindo-as à objetiva. Desse modo, posiciona-se o STF no sentido de que, se não implicar resultados úteis ao processo, a negociação da confissão não se justifica na relação custo-benefício. Assim, se a ausência de lei em sentido estrito regulando a utilização da confissão após quebra das cláusulas ou não homologação inviabiliza qualquer utilidade prática que ela possa ter, não seria possível seu aproveitamento sem que houvesse violação do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, bem como da CRFB/88, de modo que fica maculada desde a origem a própria imposição da declaração como requisito obrigatório.

ii) O risco da possibilidade de ocorrer falsas confissões se contrapõe aos segundo e terceiro argumentos apresentados pela literatura favorável à obrigatoriedade do requisito (convicção de que o acordo será realizado com o verdadeiro responsável pelo delito e estabelecimento de um consenso entre as partes para o correto estabelecimento das condições, respectivamente). Em referência clara à Análise Econômica do Direito, trata-se de questão de assimetria informacional.

53. BOTTINO, Thiago. *Direito e processo penal: reflexões contemporâneas*. Curitiba: Juruá, 2018. p. 81-82.

54. Outro instrumento negocial penal brasileiro, com regulamentação disposta na Lei 12.850/13.

55. Cf. os julgados do STF: HC 82.337, HC 99.436, HC 109.928, HC 102.002, HC 101.909 e HC 115.994. (BOTTINO, Thiago. *Direito e processo penal: reflexões contemporâneas*. Curitiba: Juruá, 2018. p.76-77).

É evidente que em boa parte dos casos haverá significativa disparidade de conhecimento das informações sobre os fatos entre acusado e órgão ministerial; portanto, criar formas de reduzir essa lacuna é importante, desde que respeitada a presunção de não culpabilidade disposta no art. 5º, LVII, da CRFB/88.⁵⁶ Todavia, ao se pensar no indivíduo racional que busca a maximização dos seus interesses, se colocado em uma situação em que ele é o detentor das informações e a disparidade é muito grande, o cenário comumente mais vantajoso para ele será o de omitir fatos ou alterá-los de modo que reduza a sua punição ou desvie a atenção do acusador para longe dos acontecimentos. Tratando-se, inclusive, de manifestação evidente do direito ao silêncio (art. 5º, LXIII, da CRFB/88) e, novamente, da não produção de provas contra si mesmo (art. 8.2, g, da CADH).

Dessa forma, o que a realidade mostra é que o sistema de justiça criminal não oferece as condições mínimas necessárias para garantir que as confissões sejam verdadeiras.⁵⁷ Pode-se pensar que esse argumento não passa de especulação teórica,⁵⁸ entretanto, as pesquisas evidenciam o contrário. A título de ilustração, estudo realizado nos EUA aponta que, dos casos em que houve revogação nas condenações, 25% deles apresentam falsas confissões.⁵⁹ Quando se fala em condenações revogadas pelo surgimento dos testes de DNA, a situação se repete, sendo as falsas confissões presentes em 20% dos casos.⁶⁰

Há, portanto, reais riscos para o sistema de justiça penal, que pode ser enganado com relativa facilidade pelo acusado tentando maximizar seus resultados pelas falsas informações alimentadas, haja vista a assimetria existente. Portanto,

56. “[...] LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.html]).

57. KASSIN, Saul M. Inside interrogation: why innocent people confess. *American Journal of Trial Advocacy*, [S.l.], v. 32, n. 3, 2009. p. 537. Disponível em: [https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/amjtrad32&div=33&id=&page=]. Acesso em: 26.11.2021.

58. SPAGNOLO, Giuseppe. Il riconoscimento della propria responsabilità nel diritto vigente e nelle prospettive di riforma. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, [S.l.], v. 23, n. 1, 1980. p. 43.

59. SILVA, Juliana Ferreira da. O *plea bargain* e as falsas confissões: uma discussão necessária no sistema de justiça criminal. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, Edição Especial Pacote Anticrime, ano 27, n. 318, maio 2019. p. 9. Disponível em: [https://arquivo.ibccrim.org.br/boletim_artigo/6331-O-pleabargain-e-as-falsas-confissoes-uma-discussao-necessaria-no-sistema-de-justicacriminal]. Acesso em: 26.11.2021.

60. Idem.

mostra-se incongruente exigir-se a confissão como condição obrigatória, seja da óptica de quem acusa, seja da óptica do acusado.

iii) A aplicação da vingança social pode servir como resposta para o quarto argumento trazido na subseção anterior (contribuição pedagógica e moral na mudança de comportamento do acusado). Pode-se destacar que suas razões se fundam no fato de a confissão, hoje, cumprir um papel inócuo no acordo de não persecução penal. Isso porque se a lei não permite a sua utilização em qualquer outra situação, senão para configuração da quebra do ANPP, a única razão que se pode extrair para sua obrigatoriedade é a necessidade de fazer o acusado sofrer, fundado numa suposta penitência religiosa⁶¹ e, em menor medida, satisfazer os anseios do membro do Ministério Público de saber que a pessoa para a qual está oferecendo o acordo é, de fato, quem ele espera que seja.⁶²

Na negociação do acordo, o réu não confessa esperando expurgar os seus pecados, mas, sim, para evitar a certeza construída pelo órgão ministerial de uma condenação judicial desproporcional pelo suposto ilícito cometido,⁶³ em manifesta violação a não culpabilidade (art. 5º, LVII, da CRFB/88). Nesse sentido, merece novamente ser citada a jurisprudência do STF, que não mais associa os benefícios da confissão objetiva ao arrependimento sentimental – função subjetiva – do agente.

iv) Sobre a admissão de falência do Estado no exercício da atividade de persecução penal, pode-se afirmar que como ele é a parte mais forte no processo, demandar a obrigatoriedade da confissão do acusado equivaleria a reconhecer a insuficiência das suas capacidades. Isso porque, se por si só não está apto a alcançar as provas necessárias para enquadrar o indivíduo nos moldes de autoria e materialidade mínimos para oferecer a denúncia, em respeito a não culpabilidade (art. 5º, LVII, da CRFB/88), não deveria submeter o indivíduo a

61. SARKIS, Jamilla Monteiro. O arrependimento como pressuposto de validade da confissão: moralidade e penitência cristã na aplicação da pena. *Revista de Estudos Criminais*, [S.l.], v. 17, n. 69, p. 123-138, 2018.

62. SILVA, Juliana Ferreira da. O *plea bargain* e as falsas confissões: uma discussão necessária no sistema de justiça criminal. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, Edição Especial Pacote Anticrime, ano 27, n. 318, maio 2019. p. 9. Disponível em: [https://arquivo.ibccrim.org.br/boletim_artigo/6331-O-pleabargain-e-as-falsas-confissoes-uma-discussao-necessaria-no-sistema-de-justicacriminal]. Acesso em: 26.11.2021.

63. GOUVEIA FILHO, Eduardo Correia. O uso perverso da confissão no processo penal brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito Penal & Política Criminal – UFRGS*, [S.l.], v. 4, n. 1, 2016. p. 18.

negociações sobre sua possível e não provada pena, menos ainda requerer para tanto sua confissão.

v) A exigência da confissão possui pontos de contato que a aproximam perigosamente da tortura pela pressão psicológica.⁶⁴ Se o que está em jogo é uma ferramenta que busca o consenso – a partir de trocas entre as partes, para uma conclusão abreviada do processo –, elementos que prejudiquem as plenas capacidades de negociação, de quaisquer dos sujeitos, não podem ser aceitos,⁶⁵ especialmente quando todo o ordenamento jurídico pátrio está permeado pela vedação da tortura constitucionalmente (a exemplo do art. 5º, III, da CRFB/88)⁶⁶ e convencionalmente (a exemplo da Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, entre outras).

A confissão, nesse caso, se apresenta como danosa porque é comumente associada a discursos que afirmam que caso o acusado não opte pela sua realização e pelo acordo, a pena definida na sentença poderá ser desproporcionalmente maior, violando, mais outra vez, o direito ao silêncio (art. 5º, LXIII, da CRFB/88) e de não produção de provas contra si mesmo (art. 8.2, g, da CADH). Ressalte-se, apesar disso, que a superação dos limites objetivos impostos pela hipótese fática delimitada pelo ANPP é mais difícil de ocorrer no sistema brasileiro do que no norte-americano, mas ainda assim é possível. A diferença dos prejuízos causados entre a pressão psicológica e a tortura, portanto, é de grau, não de tipo, vejamos:

“Para ter certeza, nossos meios são muito mais polidos; não usamos cavaletes, nem parafusos de dedo, nem bota espanhola para esmagar suas pernas. Mas, como os europeus de séculos distantes que usaram essas máquinas, tornamos terrivelmente caro para um acusado reivindicar seu direito à salvaguarda constitucional de julgamento. Nós o ameaçamos com uma sanção materialmente aumentada se ele fizer uso de seus direitos e for posteriormente condenado.

64. LANGBEIN, John H. Torture and Plea Bargaining. *University of Chicago Law Review*, [S.l.], v. 46. n. 1, artigo 3, p. 3-22, 1978. Disponível em: [https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol46/iss1/3]. Acesso em: 26.11.2021.

65. LOVATTO, Aline Correa; LOVATTO, Daniel Correa. Confissão como (des)acordo de não persecução penal. *Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 26, 2020. p. 74. Disponível em: [https://revista.defensoria.rs.def.br/defensoria/article/view/17]. Acesso em: 26.11.2021.

66. “[...] III – ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante” (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm]).

Essa diferença na sentença é o que torna a negociação do acordo coercitiva. Há, é claro, uma diferença entre ter seus membros esmagados se você se recusar a confessar, ou sofrer alguns anos extras de prisão se você se recusar a confessar, mas a diferença é de grau, não de tipo. A negociação com confissão, como a tortura, é coercitiva.⁶⁷ (Tradução livre).

Dessa forma, restam expostos os principais argumentos encontrados na literatura que podem subsidiar as posições favoráveis e contrárias à manutenção da confissão no acordo de não persecução penal. Não se buscou esgotar todos os possíveis fundamentos, em razão de este trabalho estar limitado às proporções de um artigo acadêmico. Espera-se, todavia, que o contexto das discussões tenha sido suficientemente ilustrado para proporcionar uma visão geral do que está em debate.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme exposto, pode-se perceber que o acordo de não persecução penal passou por um processo de construção normativa conturbado. Desde sua origem sendo questionado em ações diretas de inconstitucionalidade, seja por questões formais, como a competência do MP para aplicá-lo fundamentando-se em resoluções do próprio CNMP, seja por questões materiais, como a violação de princípios constitucionais e convencionais que o Brasil se comprometeu a salvaguardar. Fato é que, mesmo após a edição de lei em sentido estrito, a Lei 13.964/19, as discussões não desapareceram por completo, sendo uma delas a da constitucionalidade do requisito da confissão, objeto central deste artigo.

Como é um acordo, encontra-se inserido no microssistema da justiça penal consensual e, como tal, busca reforço na Análise Econômica do Direito para justificar suas implicações em resultados eficientes, especialmente quanto à celeridade e à economicidade. Razão pela qual se procura agregar aos argumentos jurídicos desenvolvidos na segunda seção deste artigo singelos apontamentos sob a óptica da AED.

A percepção destes autores, ao final, é no sentido de que, no que toca à Análise Econômica do Direito, a obrigatoriedade do requisito da confissão, de modo global, é uma situação desvantajosa para ambas as partes, não justificando a relação

67. LANGBEIN, John H. Torture and Plea Bargaining. *University of Chicago Law Review*, [S.l.], v. 46. n. 1, artigo 3, 1978. p. 12-13. Disponível em: [https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol46/iss1/3]. Acesso em: 26.11.2021.

de custo-benefício na equação final. Os argumentos contrários à manutenção do requisito no ANPP parecem se resguardar em fundamentos mais robustos e atuais, superando as vantagens oferecidas pela linha de pensamento oposta. Em essência, a confissão é tida como meio de defesa e, portanto, qualquer utilização de seus termos que possa incutir consequências negativas ao indivíduo deve ser contraposta com benefícios que equilibrem a balança negocial, caso contrário, seria apenas o Estado utilizando-se de sua imperatividade para coagir indivíduos a prestarem informações.

No mesmo sentido, a alternativa que parece estar subsidiada de melhores fundamentos de direito é a que sustenta a inconstitucionalidade da confissão para a realização do acordo. Isso porque, conforme demonstrado, há violação de diversos princípios da CRFB/88 e da CADH, em especial, a legalidade, a não culpabilidade, o direito ao silêncio, o contraditório/a ampla defesa e o direito de não produção de provas contra si mesmo.

A leitura sistemática do processo penal dentro do ordenamento jurídico brasileiro permite concluir que qualquer utilidade prática que pudesse ser extraída para a confissão está, atualmente, prejudicada, diante da falta de lei em sentido estrito permitindo e regulando a possibilidade da sua utilização fora do ANPP. Conforme prescreve a própria Lei 13.964/19, a confissão está adstrita à circunstância do acordo e qualquer uso fora dele implicaria violação ao princípio da legalidade em sentido estrito.

Agrega-se a isso o fato de que desde 2003, quando houve mudança de entendimento, o STF tem por pacificado que cabe à confissão tão somente a função objetiva, ou seja, de contribuição para a eficiência da atividade estatal, de modo que qualquer função subjetiva não deve ser levada em consideração para a concessão das benesses. Se, conforme observado, a falta de regulação permitindo a sua utilização fora do ANPP inviabiliza qualquer utilidade prática para a declaração, qualquer movimentação em sentido contrário violaria o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, bem como a CRFB/88, restando por maculada na origem a própria imposição da sua coleta.

Dessa forma, utilizar-se da confissão, como pretende o Enunciado 27 do CNPG e GNCCRIM, para subsidiar novas denúncias em caso de descumprimento ou não homologação do acordo não só desequilibraria a balança negocial – pressuposto-chave da justiça penal consensual – como também violaria frontalmente os princípios constitucionais/convencionais mencionados anteriormente e a própria jurisprudência do STF. Assim, convencionou-se concluir pela inconstitucionalidade do requisito obrigatório da confissão.

5. REFERÊNCIAS

- ALVESSON, Mats; SANDBERG, Jörgen. Generating research questions through problematization. *The Academy of Management Review*, [S.l.], v. 36, n. 2, p. 247-271, 2011. Disponível em: [http://crts.bilkent.edu.tr/readings_2015/Alvesson%20Sandberg%20generating%20research%20Qs%20thru%20problematization%202011.pdf]. Acesso em: 20.10.2021.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2015.
- BECCARIA, Cesare Bonesana. *Dos delitos e das penas*. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2014.
- BECKER, Gary. Crime and punishment: an economic approach. *Journal of Political Economy*, [S.l.], v. 76, n. 01, p. 167-217, 1968.
- BENTHAM, Jeremy. The Works of Jeremy Bentham –William Tait. 1843. v. 1. *Online Library of Liberty*, n.d. Disponível em: [<https://oll.libertyfund.org/title/bowring-the-works-of-jeremy-bentham-vol-1>]. Acesso em: 28.04.2022.
- BOTTINO, Thiago. *Direito e processo penal: reflexões contemporâneas*. Curitiba: Juruá, 2018.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 28. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2021*. Brasília: CNJ, 2021. Disponível em: [www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/11/relatorio-justica-em-numeros2021-051121.pdf]. Acesso em: 21.11.2021.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: *Crítica à teoria geral do direito processual penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- CUNHA, Rogério Sanches. *Pacote Anticrime*. Salvador: JusPodivm, 2020.
- DAVID, Décio Franco. Confissão: rainha destronada? In: DE BEM, Leonardo Schmitt. (Org.). *Estudos de Direito Público*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018. v. 1.
- GOUBEIA FILHO, Eduardo Correia. O uso perverso da confissão no processo penal brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito Penal & Política Criminal – UFRGS*, [S.l.], v. 4, n. 1, p. 11-19, 2016.
- GRUPO NACIONAL DE COORDENADORES DE CENTRO DE APOIO CRIMINAL (GNCCRIM). *Comissão Especial: enunciados interpretativos da Lei Anticrime*. 2019. Disponível em: [www.cnpq.org.br/images/arquivos/gndh/documentos/enunciados/GNCCRIM_Enunciados.pdf]. Acesso em: 26.11.2021.
- KALIL, José Lucas Perroni. Sobre a constitucionalidade da confissão no Acordo de Não Persecução Penal. *Revista de Direito Penal e Processo Penal*, [S.l.], v. 2, n. 1, p. 50-60, 2020. Disponível em: [<https://revistas.anchieta.br/index.php/DireitoPenalProcessoPenal/issue/view/204/154>]. Acesso em: 26.11.2021.

- KANT DE LIMA, Roberto. Polícia e exclusão na cultura judiciária. *Tempo Social – USP*, São Paulo, v. 9, n. 1, p. 169-183, maio 1997. Disponível em: [www.revistas.usp.br/ts/article/view/86542]. Acesso em: 27.04.2022.
- KASSIN, Saul M. Inside interrogation: why innocent people confess. *American Journal of Trial Advocacy*, [S.l.], v. 32, n. 3, p. 525-540, 2009. Disponível em: [https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/amjtradd32&div=33&id=&page=]. Acesso em: 26.11.2021.
- LANGBEIN, John H. Torture and Plea Bargaining. *University of Chicago Law Review*, [S.l.], v. 46, n. 1, artigo 3, p. 3-22, 1978. Disponível em: [https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol46/iss1/3]. Acesso em: 26.11.2021.
- LESCOVITZ, Guilherme; TAPOROSKY FILHO, Paulo Silas. A (in)constitucionalidade dos requisitos do acordo de não persecução penal. *Academia de Direito*, [S.l.], v. 3, p. 143-167, 2021. Disponível em: [www.periodicos.unc.br/index.php/acaddir/article/view/3267]. Acesso em: 26.11.2021.
- LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. 8. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.
- LOVATTO, Aline Correa; LOVATTO, Daniel Correa. Confissão como (des)acordo de não persecução penal. *Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 26, p. 65-84, 2020. Disponível em: [https://revista.defensoria.rs.def.br/defensoria/article/view/17]. Acesso em: 26.11.2021.
- MARTÍNEZ, Santiago. ¿Confesión en el juicio abreviado? *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, [S.l.], v. 98, n. 5, p. 373-398, 1999.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.
- ROS, Luciano da. O custo da Justiça no Brasil: uma análise comparativa exploratória. *The Observatory of Social and Political Elites of Brazil*, [S.l.], v. 2, n. 9, p. 02-15, jul. 2015. Disponível em: [http://observatory-elites.org/wp-content/uploads/2012/06/newsletter-Observatorio-v.-2-n.-9.pdf]. Acesso em: 21.11.2021.
- SARKIS, Jamilla Monteiro. O arrependimento como pressuposto de validade da confissão: moralidade e penitência cristã na aplicação da pena. *Revista de Estudos Criminais*, [S.l.], v. 17, n. 69, p. 123-138, 2018.
- SILVA, Juliana Ferreira da. O *plea bargain* e as falsas confissões: uma discussão necessária no sistema de justiça criminal. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, Edição Especial Pacote Anticrime, ano 27, n. 318, maio 2019. Disponível em: [https://arquivo.ibccrim.org.br/boletim_artigo/6331-O-plea-bargain-e-as-falsas-confissoes-uma-discussao-necessaria-no-sistema-de-justicacriminal]. Acesso em: 26.11.2021.
- SILVA SANCHEZ, Jesus-Maria. *Eficiência e direito penal*. Barueri: Manole, 2004.
- SOUZA, Renee do Ó. A opção político-criminal do acordo de não persecução penal como instrumento de segurança pública. *Revista do Ministério Público do*

Estado do Rio de Janeiro, [S.l.], v. 74, p. 167-191, 2019. Disponível em: [www.mprj.mp.br/documents/20184/1506380/Renee+do+%C3%93+Souza.pdf]. Acesso em: 21.11.2021.

SPAGNOLO, Giuseppe. Il riconoscimento della propria responsabilità nel diritto vigente e nelle prospettive di riforma. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, [S.l.], v. 23, n. 1, p. 43-62, 1980.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e justiça criminal negociada: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. São Paulo: IBCCRIM, 2015.

Legislação

BRASIL. Código de Processo Penal (1941). *Decreto-Lei 3.689*, de 03.10.1941. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm]. Acesso em: 23.10.2021.

BRASIL. Código Penal (1940). *Decreto-Lei 2.848*, de 07.12.1940. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm]. Acesso em: 23.10.2021.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *Resolução 181*, de 07.08.2017. Brasília, DF. Disponível em: [www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-181-1.pdf]. Acesso em: 23.10.2021.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana de Direitos Humanos* ("Pacto de San José de Costa Rica"). 1969. Disponível em: [www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm]. Acesso em: 26.11.2021.

Jurisprudência

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5.790*. Repte.(s): Associação dos Magistrados Brasileiros. Intdo.(a/s): Conselho Nacional do Ministério Público. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 06.10.2017. Disponível em: [http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5283027]. Acesso em: 23.10.2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 347*. Repte.(s): Partido Socialismo e Liberdade – PSOL. Intdo.(a/s): União. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 27.05.2015. Disponível em: [https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665]. Acesso em: 21.11.2021.



PESQUISAS DO EDITORIAL



ÁREAS DO DIREITO: Penal; Processual

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- Acordo de não persecução penal: repressão/prevenção ao crime e confissão do investigado, de Marcondes Pereira de Oliveira – *RBCCrim* 178/311-333;
- Análise econômica do direito e justiça multiportas, de Trícia Navarro Xavier Cabral e Livia Peres Rangel Medeiros – *RAED* 3; e
- Regulação econômica e direito penal econômico: eficácia e desencontro no crime de evasão de divisas, de Thiago Bottino – *RBCCrim* 101/125-153.