

A TRAGÉDIA IMPORTADA: A CONFISSÃO NO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

IMPORTED TRAGEDY: CONFESSION IN THE CRIMINAL NON-PERSECUTION AGREEMENT

Bruno Nunes Cisco

Pós-Graduado em Direito Penal e Criminologia pela PUCRS.
Pós-Graduando em Direito Tributário pela PUCRS, bolsista PUCRS.
Advogado.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2405924132786470>

ORCID: 0000-0001-6053-1274

brunocisco10@gmail.com

Thales Marques Marros

Mestrando em Ciências Criminais pela PUCRS, bolsista CAPES.
Bacharelado em Filosofia pela UFRGS. Especializando em Direito Penal
Econômico pelo IBCCRIM-COIMBRA. Pós-Graduado em Direito Penal e
Criminologia pela PUCRS. Advogado.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8533383614498333>

ORCID: 0000-0001-9371-1175

tmorros@hotmail.com

Resumo: O presente artigo tem por objetivo analisar o papel da confissão no âmbito do acordo de não persecução penal e de esmiuçar a sua incompatibilidade conceitual e prática com o instituto americano *plea bargaining*. Diante disso, a presente pesquisa tem como desenvolvimento metodológico a análise teórico-bibliográfica. E, com isso, compreendemos à guisa de conclusões, que os fenômenos processuais não criam, *per se*, a sua concepção original. Pelo contrário, geram o efeito inverso e reverberam as facetas inquisitoriais do sistema processual penal brasileiro.

Palavras-chave: Justiça Negocial - Processo Penal - Plea Bargaining - Acordo de Não Persecução Penal.

Abstract: This paper aims to analyze the role of confession in the non-prosecution agreement and examine its conceptual and practical incompatibility with american institute of plea bargaining. Therefore, this research has as its methodology the theoretical-bibliographic analysis. Thereby, it's our understanding that the procedural phenomena do not, *per se*, creates its original conception. Instead, they generate the opposite effect and reverberate the inquisitorial facets of the brazilian criminal procedure system.

Keywords: Negotiation Justice - Criminal Proceedings - Plea Bargaining - Non-Prosecution Agreement.

A ampliação do espaço da justiça negocial no ordenamento jurídico brasileiro não é um fenômeno recente, podendo ser observado pelo menos desde a década de 80 até os dias de hoje. Nesse movimento contínuo da inevitável expansão da cultura de simplificação e celeridade à resposta jurisdicional do Estado, surge a Lei 13.964/19 (com raízes no Pacote Anticrime) que trouxe consigo incisivas alterações que tiveram grande impacto na sistemática processual brasileira, dentre elas, a que interessa para esta reflexão, o artigo 28-A no Código de Processo Penal, ampliando-se, assim, as hipóteses negociais no processo penal pela criação do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) (CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, 2017).¹

Essa expansão segue uma tendência de importação de elementos próprios do ordenamento norte-americano (ALSCHULER, 1979). Em face disso, não raras vezes os institutos negociais comuns, a *common law*, como o *plea bargaining*, foram objeto de confusão teórica e conceitual. Não à toa, o resultado é uma importação às avessas de institutos alienígenas ao Direito brasileiro, sem que haja

adequada reflexão e debate sobre a sua adequação ao ordenamento pátrio. À vista disso, é importantíssimo que se faça uma reflexão sobre a incompatibilidade do ANPP com o *plea bargaining*, pela sua própria contradição no sistema ante a ausência de *guilty plea*, especificamente no que se refere ao papel da confissão nos modelos processuais.

Albert Alschuler (1979) compreende que o *plea bargaining* consiste na troca de concessões oficiais por uma declaração de autoincriminação. Nesse sentido, a benesse pode repercutir na sentença imposta pelo juiz, na recomendação da pena pelo *prosecutor*, na acusação e outras circunstâncias. Igualmente, na leitura de John Langbein (1979), o *plea bargaining* é um procedimento *non jury*, que implica na subversão da previsão constitucional (Direito ao júri) e, com isso, não gozará de defesa e nem terá sua culpa provada (além da dúvida razoável) por um júri.

Nos Estados Unidos da América, tanto o *plea bargaining* quanto o *guilty plea* reverberam valores processuais, tais como a eficiência, a rapidez, os custos, a autonomia, a precisão e a certeza (BIBAS,

2003). Conforme salienta **Frank Easterbrook** (2013), as pessoas são obrigadas a barganhar. Réus são aversos ao risco e almejam a previsibilidade de suas ações – como o caso do *plea bargaining* e a sua delimitação de pena. Em síntese, diante da incerteza da decisão do júri, a antecipação da pena pelo acordo se torna a opção mais atrativa.

A prática do *plea bargaining* pressupõe que o réu lance mão do *guilty plea*, ou seja, o réu só gozará da barganha se houver declaração de culpa. É por isso que **Alschuler** (1979) adverte que as atuações unilaterais da acusação e do juiz estão fora do desenho do *plea bargaining*, tendo em vista que a benesse ofertada implica na declaração de culpa (*guilty plea*), isto é, uma atuação bilateral (acusação e defesa). Importante salientar que existem diferentes *guilty pleas*: o *nolo contendere* e o *Alford plea* – ainda que ambos possuam a mesma função de uma declaração de culpa (BIBAS, 2003).

A partir do breve esclarecimento quanto à natureza do *plea bargaining*, cabe agora traçar algumas considerações acerca do ANPP. Ao estabelecer uma comparação entre os Estados Unidos da América e o Brasil, é importante frisar que as estruturas processuais são distintas. **Maximo Langer** (2017) adverte para construção de sentidos e de significados nas estruturas inquisitoriais e adversariais.² Sob o enfoque adversarial, é possível a harmonia entre os institutos da *guilty plea* e da confissão, porque a declaração de culpa enseja efeitos jurídicos para encerrar a fase processual e de julgamento, e a confissão condiz ao ato em sede policial. Logo, o *guilty plea* reverbera essa noção de disputa entre dois antagonismos (acusação e defesa), tendo em vista que basta uma parte reconhecer a vitória do outro e encerrar a discussão, ou seja, a disputa termina e a fase de sentenciamento começa (LANGER, 2017).

À vista disso, sob o aspecto estadunidense, é importante ressaltar a ideia ilustre de **Brandon Garrett** acerca da diferenciação entre as confissões e os *guilty pleas*. No caso da prática do *plea bargaining*, o réu não faz uma confissão ou uma admissão de culpa, mas sim afirma que ele fez a definição legal do crime determinada pelo *prosecutor*, isto é, não se sabe o que ocorreu realmente. Muito embora a posição de **Garrett** seja importantíssima, a Suprema Corte, desde os anos setenta, regula o *plea bargaining* como confissões. No entanto, existem diferenças entre uma confissão extrajudicial em sede policial e o *guilty plea*, que pressupõe assistência pelo advogado num procedimento público supervisionado pelo juiz. Além disso, um interrogatório policial pode ser coercitivo, já o *plea bargaining*, por sua vez, deve ter voluntariedade – ainda que esse ponto seja extremamente polêmico na jurisprudência da Suprema Corte, vide *Parker v. North Carolina* (1970) e entre outros (GARRET, 2019).

Em que pese a lição de **Brandon Garrett** (2019) ser sob o âmbito estadunidense, essa realidade pode ser reverberada no caso do ANPP, pois a “confissão” realizada pelo acusado possui unicamente o intuito de gozar da possibilidade do acordo, em outras palavras, há apenas um reconhecimento das imputações alegadas pelo Ministério Público para obtenção da benesse prevista em Lei e, com isso, a fase processual de confronto probatório é suprida. Sob outro aspecto, assim como já esperado, os Tribunais Superiores compreendem que o ANPP será guiado pelos regramentos dos institutos da Transação Penal e da Suspensão Condicional do Processo, isto é, não há direito subjetivo para o acusado/réu e o Ministério Público goza de poder-dever (BRASIL, 2020).

Outro ponto nevrálgico do ANPP é o seu controle judicial. Diferentemente do juiz estadunidense, cuja decisão contempla

apenas a análise da voluntariedade e da base fática, o caso brasileiro evidencia uma análise judicial bem mais complexa – o que se afasta do modelo adversarial. Ao analisar o art. 28, § 5º, do CPP, percebe-se, de plano, que o juiz não só contempla um protagonismo protetor do réu (evitar cláusulas abusivas), mas também atua como inquisidor/acusador ao rejeitar acordos insuficientes ou inadequados, abrindo um espaço para uma atuação discricionária. Diante dessa situação, o juiz mandará os autos ao Ministério Público para reformular o acordo, desde que com concordância da defesa. No entanto, o juiz poderá recusar o acordo, uma vez que não foram cumpridas as determinações do parágrafo quinto.

Assim sendo, cabe evidenciar que o controle do juiz no ANPP demonstra um caráter ativo e inquisitorial, tendo em vista que a decisão do magistrado, ao recusar

o acordo, enseja em mais diligências policiais ou o oferecimento da denúncia pelo Ministério Público, com fulcro art. 28-A, § 8º, do CPP. De certo modo, a posição ativa do juiz no cenário brasileiro lembra fortemente o *Absprache* da Alemanha, pois o juiz participa com a defesa e a acusação (LANGER, 2017).

É por isso que, segundo **Ricardo Gloeckner** (2019), a mera expectativa de importação de acordos no Processo Penal Brasileiro não vislumbra a adoção de mecanismos adversariais (até mesmo pelas suas incompatibilidades já ventiladas), mas sim aumentar o caráter autoritário do Processo Penal Brasileiro. Para mais, nos Estados Unidos, o *plea bargaining* é relacionado ao modelo de disputa (acusação x defesa) e as regras probatórias se ligam historicamente ao julgamento bifurcado de júri, isto é, à análise da admissibilidade da introdução das provas no julgamento e, por fim, o júri que decide a condenação/inocência (LANGER, 2017). Portanto, introduzir acordos no cenário brasileiro não contemplará normas probatórias advindas do modelo adversarial.

Diferentemente do *plea bargaining*, o ANPP (art. 28 -A) não possui

AO ANALISAR O ART. 28,
§ 5º, DO CPP, PERCEBE-
SE, DE PLANO, QUE O
JUIZ NÃO SÓ CONTEMPLA
UM PROTAGONISMO
PROTECTOR DO RÉU
(EVITAR CLÁUSULAS
ABUSIVAS), MAS TAMBÉM
ATUA COMO INQUISIDOR/
ACUSADOR AO REJEITAR
ACORDOS INSUFICIENTES
OU INADEQUADOS,
ABRINDO UM ESPAÇO
PARA UMA ATUAÇÃO
DISCRICIONÁRIA.

o condão de vedar permanentemente a fase processual, tendo em vista que a “confissão” não terá força de coibir eventual denúncia, ou seja, descumprindo quaisquer requisitos previstos no acordo, o Ministério Público irá denunciar o réu. Por isso, **Máximo Langer** (2017) acertadamente alerta que, no caso da importação deste instrumento nos moldes aplicados nos sistemas de *common law*, para um sistema inquisitorial, a confissão assume um papel importantíssimo, porquanto vislumbra uma verdade oficial e Estatal, ou seja, a verdade passa pelo controle judicial independente dos critérios da acusação e da defesa.

Nesse contexto, a confissão é novamente elevada à condição de *regina probationum*, dado o seu caráter de evidência (MARTINS, 2010)³ que, atrelado a um sistema inquisitório e autoritário como o brasileiro, satisfaz uma antiga (presente) tara epistemológica (ABELLÁN, 2010)⁴: a crença na possibilidade de conhecer uma suposta verdade real. Trata-se, portanto, de um verdadeiro regresso ao pensamento medieval, no qual se acreditava que o inquisidor poderia extrair a verdade, em sua plena essência, por meio da confissão, sendo esta última a única forma de purgar os pecados cometidos pelo acusado (KRAMER; SPRENGER, 1997).

Sob esse prisma, é necessário refletir sobre a questão da voluntariedade do acusado quando da formalização da negociação. Nesse contexto, a situação é problemática sob o paradigma das medidas cautelares quando, não raras vezes, são usadas como instrumento coercitivo para forçar a confissão do indivíduo (CANÁRIO, 2014). **John Langbein** (1978), ao traçar um paralelo entre o sistema judicial medieval europeu de tortura e o *plea bargaining*, sustenta que a diferença entre o indivíduo ter os seus

membros quebrados (como nas torturas medievais) ou ter que ficar mais tempo preso caso se negue a confessar é de grau, não de gênero. Por isso, o acordo, assim como a tortura, é coercitivo.

Além disso, há que se considerar que não há paridade de armas entre as partes envolvidas num acordo criminal. A investigação preliminar no Brasil é tratada a partir de uma faceta inquisitorial, caracterizando-se por ser um procedimento avesso ao contraditório e à ampla defesa, por não permitir a discussão sobre nulidades e ilegalidades (RIBEIRO, 2019). Não obstante, é neste ponto pré-processual que é produzida a maioria dos elementos probatórios que, em regra, serão usados contra o réu. Como se não bastasse, o acusado ainda tem que renunciar à produção probatória para sua defesa. Assim, é patente que o Ministério Público, num eventual acordo, parte de uma posição privilegiada de alavancagem negocial, colocando em xeque a integridade da voluntariedade e, portanto, da confissão, uma vez que o acusado, na posição de hipossuficiente, vê-se compelido a firmar o acordo.

Dentro desse exercício intelectual, é notório que se trata de uma ferramenta que reforça, mediante a ideia de eficiência, o sistema inquisitório e autoritário (AMARAL; GLOECKNER, 2017) próprio da genealogia do Processo Penal Brasileiro (GLOECKNER, 2018). Assim sendo, a confissão (re)aparece como a rainha das provas, apresentando-se como um elemento indubitável, pois evidente. O devido processo legal é abandonado e a presunção de inocência se transforma em presunção de culpabilidade, transformando o sujeito em objeto de prova, submetendo-o, como ser dócil e obediente, a colaborar com o processo, com o juiz, com a sociedade e com o Estado (GIACOMOLLI, 2015).

Notas

¹ Apesar de só ter sido positivado pela Lei 13.964/19, o referido instrumento já era utilizado na prática jurídica pelo Ministério Público, em razão da Resolução 181, de 7 de agosto de 2017, editada pelo Conselho Nacional do Ministério Público.

² O autor adverte sobre a dicotomia criada entre as palavras “adversarial” e “inquisitorial”, cujas concepções evidenciam conotações políticas e culturais. Dessa forma, Máximo Langer busca modelos comparativos (não suas explicações): modelo de disputa

(adversarial) e modelo de investigação oficial (inquisitorial).

³ Evidência é, nas palavras de Rui Cunha Martins, um simulacro de autoreferencialidade, uma pretensão de uma justificação centrada em si mesmo, que corresponde a uma satisfação demasiado rápida perante indicadores de mera plausibilidade. Evidente, portanto, é o que dispensa prova.

⁴ A expressão é da autora espanhola Maria Gáscón Abellán.

Referências

ABELLÁN, Marina Gáscón. *Los hechos en derecho*. 3. ed. Madrid: Marcial Pons, 2010.

ALSCHULER, Albert. Plea Bargaining and Its History. *Columbia Law Review*, n. 1, v. 79, p. 1-43, 1979. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2005&context=journal_articles. Acesso em: 30 mar. 2021.

AMARAL, Augusto Jobim do; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. A delação nos sistemas punitivos contemporâneos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n.128, p. 65-89, fev. 2017.

BIBAS, Stephanos. Harmonizing Substantive-Criminal-Law Values and Criminal Procedure: The Case of Alford and Nolo Contendere Pleas. *Cornell Law Review*, v. 88, n. 5, p. 1361- 1411, jul. 2003. Disponível em: <http://scholarship.law.cornell.edu/clr/vol88/iss5/3>. Acesso em: 25 mar. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.964 de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em 13 ago. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus n. 610554*. Rel.: Min. Felix Fischer, Brasília, DF, 12 nov. 2020. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos_ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=202002277779. Acesso em: 14 abr. 2020.

CANÁRIO, Pedro. Em parecer, MPF defende prisões preventivas para forçar réus a confessar. *Conjur*, 27 nov. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-nov-27/parecer-mpf-defende-prisoas-preventivas-forcar-confissoes>. Acesso em: 13 abr. 2021.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *Resolução n. 181, de 7 de agosto de 2017*. Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Brasília, DF: CNMP, 7 ago. 2017. Disponível em: <https://www.cnmpp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-181-1.pdf>. Acesso em: 21 jul. 2021.

EASTERBROOK, Frank H. Plea Bargaining is a Shadow Market. *Duquesne Law Review*, v. 51, p. 551-558, 2013. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/234110262.pdf>. Acesso em: 30 mar de 2021.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Parker v. North Carolina*, 397 U.S. 790. United States Supreme Court. Washington DC, 04 maio 1970. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/397/790/#tab-opinion-1948537>. Acesso em: 13 ago 2021.

GARRET, Brandon. Por que Plea Bargains não são Confissões? In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (org.). *Plea Bargaining*. 1. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019.

GIACOMOLLI, Nereu José. Algumas marcas inquisitoriais do Código de Processo Penal brasileiro e as resistências às reformas. *Revista Brasileira de Direito processual Penal*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 143-165, 2015.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e processo penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro*. v.1. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Um “novo” liberalismo processual penal autoritário? In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. (org.). *Plea Bargaining*. 1.ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019.

KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. *O martelo das feiticeiras: malleus maleficarum*. Trad. Paulo Fróes. 12. ed. Rio de Janeiro: Editora Rosa dos Tempos, 1997.

LANGBEIN, John H. Torture and Plea Bargaining. *The University of Chicago Law Review*, v. 46, p. 3-22, 1978. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4154&context=uclrev>. Acesso em: 13 abr. 2021.

LANGBEIN, John. Understanding the Short History of Plea Bargaining. *Faculty Scholarship Series*, v. 544, p. 261-272, 1979. Disponível em: https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/544/. Acesso em: 26 mar. 2021.

LANGER, Máximo. Dos transplantes jurídicos às traduções jurídicas: a globalização do plea bargaining e a tese de americanização do processo penal. *DELICTAE: Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito*, [S.l.], v. 2, n. 3, p. 19-115, dez. 2017.

MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do direito: the brazilian lesson*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

RIBEIRO, Leo Maciel Junqueira. Acordo de não persecução penal: um caso de Direito Penal das consequências levado às últimas consequências. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 27, v. 161, p. 249-276, nov. 2019.

Recebido em: 21.04.2021 - Aprovado em: 27.05.2021 - Versão final: 13.08.2021