

# RISCOS EPISTÊMICOS ASSOCIADOS À ADMISSÃO JUDICIAL DE CONFISSÕES EM ACORDOS DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: UMA ANÁLISE À LUZ DA TEORIA DA DISSONÂNCIA COGNITIVA

## EPISTEMIC RISKS ASSOCIATED WITH THE JUDICIAL ADMISSION OF CONFESSIONS IN CRIMINAL NON-PROSECUTION AGREEMENTS: AN ANALYSIS IN LIGHT OF COGNITIVE DISSONANCE THEORY

Recebimento: 29 nov. 2022

Aceitação: 29 maio 2023

**Edgard de Carvalho Roland**

Mestre em Direito e Inovação

Afiliação institucional: Universidade Federal de Juiz de Fora – UFJF – (Juiz de Fora, MG, Brasil)

Lattes iD: <http://lattes.cnpq.br/4340920777033533>

Email: [edgard\\_roland@hotmail.com](mailto:edgard_roland@hotmail.com)

**Clarissa Diniz Guedes**

Doutora em Direito Processual

Afiliação institucional: Universidade Federal de Juiz de Fora – UFJF – (Juiz de Fora, MG, Brasil)

Lattes iD: <http://lattes.cnpq.br/8610496793555570>

Email: [clarissadinizguedes@gmail.com](mailto:clarissadinizguedes@gmail.com)

**Marcella Alves Mascarenhas Nardelli**

Doutora em Direito Processual

Afiliação institucional: Universidade Federal de Juiz de Fora – UFJF – (Juiz de Fora, MG, Brasil)

Lattes iD: <http://lattes.cnpq.br/8197471261339030>

Email: [marcellamascarenhas@hotmail.com](mailto:marcellamascarenhas@hotmail.com)

**Como citar este artigo / How to cite this article (informe a data atual de acesso / inform the current date of access):**

ROLAND, Edgard de Carvalho; GUEDES, Clarissa Diniz; NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas. Riscos epistêmicos associados à admissão judicial de confissões em acordos de não persecução penal: uma análise à luz da teoria da dissonância cognitiva. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, v. 69, n. 2, p. 29-58, maio/ago. 2024. ISSN 2236-7284. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v69i2.88804>. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/88804>. Acesso em: 31 ago. 2024.

### RESUMO

O acordo de não persecução penal trouxe uma nova disciplina aos mecanismos de justiça penal negociada no Brasil. Para que seja celebrado, o acordo impõe que o imputado confesse a prática de infração penal. Como todo negócio jurídico, o acordo de não persecução pode não prosperar, tendo como consequência uma provável ação penal. Diante disso, a questão-problema a ser analisada neste artigo diz respeito à admissibilidade, no processo criminal, da confissão realizada visando à celebração do pacto. Trabalha-se com a hipótese de que a acusação não poderá se valer judicialmente de tal confissão. Visando ao aprimoramento do sistema de justiça criminal, com amparo na noção de se garantir uma fiabilidade dos meios de prova e de informação, bem como na teoria da dissonância cognitiva, de Leon Festinger, conclui-se, por meio de uma análise crítico-propositiva, pela

necessidade de se evitar que o julgador de eventual ação penal seja psicologicamente contaminado por uma confissão de baixa confiabilidade e produzida de forma irritual, externa ao processo, e desprovida de contraditório.

### **PALAVRAS-CHAVE**

Confissão. Acordo de não persecução penal. Epistemologia jurídica. Fiabilidade probatória. Teoria da dissonância cognitiva.

### **ABSTRACT**

The implementation of non-prosecution agreements has introduced a novel framework to negotiated plea in criminal justice in Brazil. To finalize such agreements, defendants are required to confess to committing a criminal offense. However, as with any legal arrangement, non-prosecution agreements may not come to fruition, potentially leading to criminal proceedings. Given this context, the issue to be examined in this article pertains to the admissibility of confessions made for the purpose of reaching such agreements within criminal proceedings. The hypothesis posits that the prosecution cannot judicially rely on such confessions. With the aim of enhancing the criminal justice system and drawing from the notion of ensuring the reliability of evidence and information, alongside Leon Festinger's theory of cognitive dissonance, this article concludes, through a critical and propositional analysis, that it is imperative to prevent judges presiding over criminal actions from being psychologically influenced by confessions of questionable reliability, which are produced in a non-ritualistic manner, external to the judicial process, and lacking adversarial scrutiny.

### **KEYWORDS**

Confession. Non-prosecution agreement. Legal epistemology. Probative reliability. Cognitive dissonance theory.

## **INTRODUÇÃO**

Não obstante a larga utilização de mecanismos negociais no direito processual penal brasileiro, a Lei nº 13.964/2019 promoveu o ingresso de um novo instituto negocial no ordenamento jurídico pátrio: o acordo de não persecução penal<sup>1</sup>, que passou a integrar o Código de Processo Penal (CPP) (Brasil, 1941, art. 28-A).

O acordo de não persecução penal, como o próprio nome indica, consiste em uma nova forma de pactuação entre a defesa e o órgão acusador, na qual o Ministério Público se compromete a não deflagrar a ação penal, enquanto o imputado se submete voluntariamente a condições sancionatórias. Nos moldes em que foi concebido no Brasil, o acordo somente pode ser aplicado a delitos com pena mínima inferior a quatro anos.

Em contraste com os mecanismos da transação penal e da suspensão condicional do

<sup>1</sup> O acordo de não persecução penal já era previsto em dispositivo não legislativo, a saber, no art. 18 da Resolução nº 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), o que motivava o argumento de inconstitucionalidade, à luz do art. 22, I, da Constituição Federal (Lopes Jr.; Paczek, 2019, p. 150).

processo, que também mitigam os princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade da ação penal (Nardelli, 2014, p. 356), a celebração do acordo de não persecução penal pressupõe que o investigado confesse, “formal e circunstancialmente”, a prática do delito (Brasil, 1941, art. 28-A, *caput*).

Após a celebração da avença, esta deverá ser homologada pelo juiz competente. Feita a homologação e iniciada a execução do acordo, o descumprimento das condições anteriormente pactuadas ocasionará sua rescisão, com o consequente prosseguimento da respectiva ação penal, na forma do art. 28.-A, § 10, do CPP.

Exposto de forma breve o cenário inicial, a questão-problema que motivou a elaboração do presente artigo diz respeito aos desdobramentos da confissão feita pelo investigado ao celebrar o acordo de não persecução penal ou na fase das respectivas tratativas. Em caso de não homologação da pactuação ou de descumprimento do acordo, poderá o Ministério Público valer-se, na fase processual, da confissão outrora realizada pelo investigado?

A hipótese formulada é a de que, como a confissão ocorreu pré-processualmente e com o intuito de celebrar o acordo, o órgão acusador não poderá invocá-la no curso do processo, devido ao questionável valor epistêmico de que se reveste e, pois, da baixa fiabilidade. Como será exposto, apesar da fragilidade epistêmica que, de modo geral, permeia a confissão, trata-se de elemento de informação que exerce grande influência na cognição dos magistrados. Além disso, a confissão obtida nas tratativas do acordo de não persecução não se caracteriza como elemento probatório obtido mediante prova produzida em juízo, com o devido contraditório.

Por consistir em instituto de recente implementação no ordenamento brasileiro, e por visar também à redução de processos penais, o acordo de não persecução certamente terá larga utilização. Aplicável a delitos com pena mínima inferior a quatro anos, o acordo possui uma abrangência muito maior do que aquela relacionada à suspensão condicional do processo e à transação penal. É o caso, a título ilustrativo, de hipóteses de furto qualificado, de estelionato majorado e de crimes de contrabando.

O problema a ser enfrentado possui especial relevância na realidade atual, na qual, no momento de produção deste artigo, o instituto do juiz das garantias, também positivado pela Lei nº 13.964/2019, encontra-se com a eficácia suspensa por decisão do Supremo Tribunal Federal (STF)<sup>2</sup>. A consequência principal, ao se pensar sobre o acordo de não persecução penal, é que o mesmo

<sup>2</sup> A eficácia dos dispositivos que disciplinam o juiz das garantias no CPP foi suspensa liminarmente no âmbito das ADIs 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305 (ADI 6298 MC/DF, Rel. Min. Luiz Fux, j. 22.01.2020, DJe 03.02.2020, acesso em: 9 maio 2023). No momento de elaboração deste artigo, o STF pautou o julgamento das referidas ADIs para 29 de maio de 2023.

magistrado que, no momento de homologação do negócio jurídico, entrou em contato com a confissão do investigado, será o juiz competente para uma eventual ação penal, deflagrada na hipótese em que o acordo não venha a prosperar.

Nesse cenário, a possibilidade de utilização da confissão pré-processual do acordo de não persecução nas ações penais certamente demandará reflexões acadêmicas e jurisprudenciais, o que justifica a relevância da pesquisa empreendida, especialmente pelo fato de o juiz das garantias se encontrar ainda suspenso.

Posta a questão-problema e sua consequente hipótese, este trabalho possui como objetivo geral a análise dos principais argumentos à impossibilidade de utilização, por parte da acusação e no curso da ação penal, da confissão realizada com o intuito de celebração de um acordo penal. Como já foi esclarecido, o tema será analisado sob a luz específica da ideia de fiabilidade probatória, que não exclui outros argumentos dignos de fundamentar a mesma conclusão<sup>3</sup>.

A confissão como premissa para colaboração premiada não será alvo de análise nesta sede, por entender-se que este instituto possui finalidade diversa da do acordo de não persecução: o acordo visa propiciar o cumprimento voluntário da pena (abrandada) pelo acusado; já a colaboração premiada tem como objetivo principal a obtenção de fontes de prova.

Os objetivos específicos, por sua vez, são: a) examinar o funcionamento e as principais características do acordo de não persecução penal, com amparo em revisão bibliográfica sobre o tema; b) analisar os possíveis vieses que permeiam a obtenção e utilização de confissões nas investigações e nos processos penais; c) compreender as características e as condições da confissão realizada pelo investigado que celebra ou pretende celebrar o acordo; e d) compreender os riscos de sobrevalorização da confissão celebrada nesse contexto.

A técnica metodológica utilizada no desenvolvimento desta pesquisa compreende a revisão bibliográfica sobre os temas da justiça penal negociada, do acordo de não persecução penal e da confissão no processo penal, bem como de sua relação com os vieses cognitivos. O intuito é o de realizar uma análise crítico-propositiva sobre a temática, possibilitando uma interpretação do sistema que contribua para o aprimoramento do sistema de justiça criminal. Serão feitas, assim, inferências descritivas, pois, mediante o conhecimento das informações obtidas, serão produzidas conclusões sobre fatos ainda desconhecidos (Epstein; King, 2013, p. 23).

Como ponto de partida para a análise da questão-problema, o trabalho se utiliza do

<sup>3</sup> Um argumento de peso, que não será analisado nesta sede, consiste no princípio da não autoincriminação, cuja violação pode ser observada a partir do desvio finalístico da confissão para outro fim, que não o acordo, de natureza incriminatória e punitiva.

referencial teórico consistente na noção de se garantir, processualmente, apenas a utilização de elementos informativos e probatórios dotados de fiabilidade, ou de confiabilidade. Em observância aos estudos de Geraldo Prado (2021, p. 144), a fiabilidade probatória diz respeito “ao esquema de ingresso dos elementos probatórios no procedimento em cujo âmbito, posteriormente, estes elementos poderão ser objeto de avaliação”. Trata-se, nas palavras do autor, de uma forma de “controle epistêmico” dos elementos de prova (Prado, 2021, p. 144). No caso em estudo, esse controle pode evitar que uma prova excessivamente frágil sirva como respaldo para a tese acusatória no curso da ação penal.

Desse modo, este artigo pretende questionar até que ponto o julgador de ação penal superveniente ao não prosseguimento de um acordo de não persecução penal estaria psicologicamente comprometido por uma confissão de baixa confiabilidade, feita extrajudicialmente pelo réu, no âmbito das negociações para a pactuação que restou frustrada.

Nessas circunstâncias, o objetivo central deste questionamento é analisar se o comprometimento psicológico do juiz é de tal grau que determine a inadmissibilidade da confissão realizada nessas circunstâncias, tendo em vista se tratar de um elemento informativo de baixa fiabilidade, conforme se pretende demonstrar.

Para alcançar o objetivo, o artigo está estruturado em três seções. Na primeira, é exposta, em linhas gerais, a estrutura de funcionamento do acordo de não persecução penal, a partir da análise do texto legal e das principais produções a respeito da temática na literatura jurídica. A segunda seção dedica-se à análise dos contextos culturais e dos vieses cognitivos que influenciam o tratamento dado pelos investigadores e pelos magistrados às confissões. Posteriormente, enfrenta-se a questão-problema referente à confissão em sede de acordo de não persecução penal e à possibilidade (ou não) de utilização de tal confissão em eventual processo criminal, no caso de a avença não prosperar. Ao término do trabalho, serão fornecidas as conclusões extraídas.

## **1 PRINCIPAIS ASPECTOS DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL**

O acordo de não persecução penal, previsto no artigo 28-A do CPP, consiste em uma pactuação feita entre a acusação e o investigado para que, nos casos em que houver justa causa para a deflagração da ação penal, o Ministério Público se abstenha de oferecer denúncia e o imputado proceda com o cumprimento de condições sancionatórias.

A lógica do acordo, em teoria, é semelhante à de outros mecanismos consensuais penais: acusação e defesa obterão vantagens estratégicas por meio da prática de concessões mútuas. Para o

órgão acusador e, conseqüentemente, para o Estado, a principal vantagem será a possibilidade de responsabilização penal por meio que dispense o transcurso de uma ação penal, que demanda tempo e recursos estatais. Com isso, a acusação poderá canalizar melhor seus recursos, membros e servidores, para a atuação em processos de maior complexidade e que envolvam crimes com penas mais elevadas.

Em relação à defesa, não se pretende, nesta sede, debater sobre o real proveito do acordo para o imputado. Por certo, o contexto em que o acordo for celebrado pode gerar dúvidas quanto à justiça e à isonomia da posição do acusado. Aqui, expõem-se apenas as premissas que justificaram, na perspectiva do imputado, a inserção legal do instituto, bem como os benefícios que, teoricamente, o levariam a confessar, já que o foco do trabalho diz respeito à confissão celebrada no âmbito das tratativas para o acordo de não persecução penal. Mas é sempre importante destacar que aquilo que se trata como “vantagens” ou “benefícios” do acusado pressupõe um juízo comparativo entre uma situação de possível condenação – risco inerente à ação penal – e a celebração do acordo, o que, é preciso admitir, despreza, em grande medida, o ideal garantista de um devido processo penal que não poderia, em hipótese alguma, levar à condenação de inocentes<sup>4</sup>.

Feita a advertência, pode-se dizer que haverá, em tese, a vantagem de liberar o acusado do desgaste psicológico, social e financeiro do enfrentamento de um processo criminal, além da liberação dos riscos da imposição de pena privativa de liberdade e das consequências desta – caso do registro de antecedentes criminais, por exemplo. Por outro lado, o imputado também renuncia à possibilidade de ser absolvido após o julgamento do processo, o que é uma concessão considerável.

Após a positivação do instituto, foi inevitável o surgimento de debates e vertentes sobre a natureza jurídica do acordo de não persecução penal. Questiona-se, principalmente, se o mecanismo consubstanciaria direito subjetivo do imputado, como sustenta Aury Lopes Jr. (2021, p. 88). Em caso afirmativo, uma vez preenchidos os requisitos legais, o Ministério Público estaria vinculado ao oferecimento do acordo. Esse entendimento encontra posições dissonantes na doutrina e nos tribunais superiores.

Filia-se, aqui, ao posicionamento de Gustavo Badaró (2021, p. 191), que entende o acordo de não persecução penal como um negócio jurídico processual<sup>5</sup> entre o investigado e a acusação,

<sup>4</sup> São dignas de nota as opiniões que se opuseram ideologicamente à positivação deste mecanismo, ao argumento, entre outros, da inexistência de autonomia do acusado. De acordo com Gustavo Badaró (2021, p. 188), trata-se de mecanismo de justiça penal consensual que visa à eficiência na solução dos conflitos, “com menos custo e mais rapidamente, mas inevitavelmente comprometendo a qualidade da justiça”.

<sup>5</sup> A caracterização de negócio jurídico é também refutada por quem considera impossível a obtenção de verdadeiro consenso no processo penal, devido à fragilidade estrutural da situação do acusado, coagido a renunciar ao devido processo legal (Schünemann, 2009, p. 403-412).

esclarecendo tratar-se, substancialmente, de um acordo sobre pena. Fica clara a opção do legislador pela efetividade, no sentido de ser preferível “punir mais” vezes a “punir melhor” – punir melhor, aqui, no sentido de se aplicar penas somente após o devido processo legal (Badaró, 2021, p. 189).

Quanto a não constituir um direito subjetivo público do acusado, argumenta, o autor, com acerto, que não se pode, mesmo diante da presença dos pressupostos legais, impor ao órgão acusador a celebração do acordo<sup>6</sup>, e que, da mesma forma, não cabe ao juiz formular a proposta (Badaró, 2021, p. 191). Todavia, ainda na visão de Badaró, a qual se reputa correta, se, sem justificativa para tanto, a recusa do Ministério Público em formular a proposta persistir, ainda que observado o disposto no § 14 do art. 28-A, eventual denúncia oferecida deverá ser rejeitada “por falta de uma condição, que é a prévia proposta de acordo de não persecução penal, ou a justificativa para não o propor” (Badaró, 2021, p. 192, nota 116). Esse entendimento tem se mostrado dominante também no STF<sup>7</sup> e no Superior Tribunal de Justiça (STJ)<sup>8</sup>.

Discussão igualmente importante refere-se à possibilidade (ou não) de celebração de acordo de não persecução nas ações penais já em curso quando da entrada em vigor do artigo 28-A do CPP<sup>9</sup>. Têm sido observadas correntes favoráveis e desfavoráveis à retroatividade do negócio para casos anteriores à vigência da Lei nº 13.969/2019<sup>10</sup>.

Há quem defenda que a aplicação do acordo somente poderia ocorrer em relação aos casos em que ainda não houve o recebimento da denúncia<sup>11</sup>. Não parece ser a interpretação mais acertada. Embora inserida no CPP, a norma que disciplina o negócio jurídico também é dotada de conteúdo de direito penal material, razão pela qual deve ser considerada como uma norma penal de conteúdo misto. Assim, sua face de norma de direito penal deve prevalecer no que diz respeito à ampla retroatividade do instituto.

<sup>6</sup> Na mesma linha de raciocínio está Rodrigo Cabral (2021, p. 86-89), segundo o qual o acordo consiste em negócio jurídico que veicula política criminal. Tal posicionamento estaria respaldado no artigo 28-A, § 14, do CPP, ao determinar a possibilidade de o investigado requerer a remessa ao órgão superior do Ministério Público, na mesma forma do artigo 28, § 1º, do CPP, caso a acusação se recuse a oferecer o acordo.

<sup>7</sup> AgRg no HC 191.124, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Primeira Turma, j. 08.04.2021, DJe 13.04.2021, acesso em: 13 set. 2022.

<sup>8</sup> AgRg no HC 130.587/SP, Rel. Min. Felix Fischer, j. 17.11.2020, DJe 23.11.2020, acesso em: 13 set. 2022.

<sup>9</sup> No STF, a questão foi afetada ao Plenário por meio do HC 185.913, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 15.03.2022, DJe 21.03.2022, acesso em: 22 set 2022.

<sup>10</sup> Como registram Leonardo de Bem e João Paulo Martinelli (2021, p. 128), (i) existe o entendimento favorável à limitação da retroatividade às ações ainda não sentenciadas; (ii) há também quem defenda a retroação para ações ainda pendentes de recurso; e, finalmente, (iii) existe a corrente que sustenta a ausência de limite temporal para a norma retroagir, alcançando, inclusive, ações já transitadas em julgado e cuja execução já esteja em andamento.

<sup>11</sup> Nesse sentido entendeu o STJ, no AgRg no HC 628.647/SC, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, Rel. p/ Acórdão Min. Laurita Vaz, j. 09.03.2021, DJe 07.06.2021, acesso em: 13 set. 2022. Assim também tem entendido o Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPGE) e o Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM), na forma do Enunciado 20 (CNPGE; GNCCRIM, 2020, p. 6).



Os possíveis benefícios ao agente imputado são bastante claros: ao celebrar o acordo, o indivíduo, em vez de correr o risco de se submeter a uma pena e de ser taxado como detentor de antecedentes criminais – sem falar na própria adversidade do enfrentamento de uma ação penal –, poderá negociar com a acusação o cumprimento de restrições que, após satisfeitas, implicarão a extinção da punibilidade, evitando-se o registro de maus antecedentes, salvo para a obtenção de um novo acordo no prazo de cinco anos, como preveem o § 2º, III, e os §§ 12 e 13, todos do art. 28-A do CPP.

Ante os notórios benefícios extraídos da celebração do acordo de não persecução, dúvidas não devem restar quanto à possibilidade de retroação irrestrita do instituto, ressalvada a anuência do órgão acusador e o preenchimento dos requisitos legais, que serão discutidos a seguir, à exceção da confissão do investigado, que será analisada posteriormente, de forma destacada.

### 1.1 REQUISITOS LEGAIS PARA A PACTUAÇÃO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

O primeiro requisito apontado no *caput* do art. 28-A consiste na verificação de impossibilidade de arquivamento da investigação pré-processual, seja ela realizada pela polícia judiciária ou pelo Ministério Público. Nessa previsão legal fica claro que, para fins de celebração do acordo de não persecução penal, a investigação deverá ter sido conduzida e concluída a ponto de estarem preenchidas as condições para a deflagração da ação<sup>12</sup> pelo órgão acusatório (Cabral, 2021, p. 116).

Conclui-se, então, que o acordo de não persecução somente poderá ser negociado e realizado em caso da obtenção, por meio de procedimento investigatório, de elementos informativos que demonstrem, de maneira satisfatória, indícios de autoria e materialidade para o ajuizamento da ação penal.

Nesse ponto, conforme se discorrerá oportunamente, o requisito da confissão parece exercer um papel de destaque, valendo-se da histórica – e questionável, do ponto de vista epistêmico – tradição de se sobrevalorar a confissão do acusado. Alude-se, aqui, conforme se demonstrará nas linhas a seguir, à cultura jurídica que enaltece a confissão e não, propriamente, a opção legislativa, visto que claramente o legislador atribuiu à confissão o *status* de prova insatisfatória, quando

<sup>12</sup> “Não obstante, para a admissão de uma ação penal [...] deve existir um juízo de probabilidade, uma predominância das razões positivas. Se a possibilidade basta para a imputação, não pode bastar para a acusação, pois o peso do processo agrava-se notavelmente sobre as costas do imputado” (Lopes Jr.; Gloeckner, 2014, p. 123).



analisada isoladamente<sup>13</sup>.

Apesar da acertada escolha legislativa, constata-se uma tendência generalizada à análise enviesada da confissão, no sentido de, a partir dela e com as lentes obliteradas pela assunção de culpa, proceder-se à análise dos demais elementos de informação. Esse aspecto será retomado oportunamente. Por ora, é suficiente dizer que não há de se pactuar um acordo com um investigado cujos indícios de autoria ainda não estejam minimamente extraídos da investigação, muito menos quando estiver demonstrada sua negativa de participação ou quando verificada a inexistência da materialidade do delito investigado.

Outra exigência feita pelo dispositivo legal diz respeito aos tipos de crimes passíveis de negociação em sede de acordo de não persecução. Conforme se extrai do art. 28-A, só será possível celebrar acordo para crimes cometidos sem violência<sup>14</sup> ou grave ameaça, cuja pena mínima seja inferior a quatro anos<sup>15</sup>. Aqui, o objetivo legislativo foi bem claro: buscou-se proporcionar os acordos apenas aos crimes cuja pena privativa de liberdade seja suscetível, como regra, à substituição por penas restritivas de direitos<sup>16</sup>.

Ainda entre os requisitos impostos pelo *caput* do art. 28-A, foi definido que o acordo, caso celebrado, deve ser “necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime”. Para tais crimes, busca-se analisar a gravidade objetiva da infração e a culpabilidade do agente (Cabral, 2021, p. 100-101)<sup>17</sup>. A título de exemplo, Eugênio Pacelli (2020, p. 815) cita o crime de promover, constituir, financiar ou integrar organização criminosa, previsto no art. 2º da Lei nº 12.850/2013, cuja pena mínima possibilitaria a pactuação de uma avença, mas, possivelmente, o acordo não seria suficiente para alcançar os critérios de retribuição e prevenção escolhidos pelo legislador.

Observadas as exigências dispostas no *caput* do dispositivo que disciplina o acordo de não

<sup>13</sup> A propósito, art. 158, *caput*, parte final, do CPP (Brasil, 1941).

<sup>14</sup> O art. 28-A silenciou sobre os crimes culposos violentos. Apesar de opiniões divergentes (Cabral, 2021, p. 97), um crime doloso não é equiparável a um crime cometido com culpa, ainda que também violento. Sendo assim, defende-se a extensão do acordo aos delitos culposos (de Bem, 2021, p. 229). Nesse sentido, o Enunciado 23 do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União e do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (CNPAG; GNCCRIM, 2020, p. 7).

<sup>15</sup> O art. 28-A, § 1º, do CPP dispõe que para a “aferição da pena mínima cominada ao delito a que se refere o *caput* deste artigo, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto” (Brasil, 1941). Verificando-se uma majorante, esta deverá ser calculada em seu valor mínimo. No caso de uma causa de diminuição, o cálculo deverá levar em conta a diminuição máxima prevista. Havendo concurso de crimes, aplicam-se, por analogia, as súmulas 723 do STF e 243 do STJ (de Bem, 2021, p. 228).

<sup>16</sup> Causou estranheza o fato de o Legislativo, a despeito da iniciativa em sentido diverso do Ministério da Justiça e Segurança Pública (de Bem, 2021, p. 223), ter adotado como limite penas inferiores a quatro anos, excluindo penas iguais a quatro. O Código Penal, ao dispor sobre a substituição por penas restritivas de direitos, é bem claro ao fixar como teto penas não superiores a quatro anos (Brasil, 1940, art. 44, I).

<sup>17</sup> “Relembre-se que há previsão de impossibilidade do acordo para investigados reincidentes ou em conduta criminal habitual, reiterada ou profissional (art. 28-A, § 2º, II)” (Pacelli, 2020, p. 816).

persecução, o legislador estabeleceu outros requisitos nos incisos do § 2º do art. 28-A. No entanto, devido à proposta e à limitação de objeto às quais deve se ater este artigo, tais requisitos não serão aqui discutidos, passando-se à análise da homologação e rescisão do negócio jurídico.

## 1.2 HOMOLOGAÇÃO E DESCUMPRIMENTO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Após o acerto das condições entre o investigado e a acusação, o acordo de não persecução será analisado pelo magistrado, para fins de homologação. A recusa à homologação ocorrerá caso o juiz entenda estar ausente algum dos requisitos do *caput* e do § 2º do art. 28-A do CPP, já descritos anteriormente. Também não será homologado o acordo quando o juiz considerar inadequadas, abusivas ou insuficientes as condições pactuadas entre as partes, caso em que remeterá os autos ao Ministério Público<sup>18</sup>.

Homologado o pacto, os autos serão encaminhados ao juízo de execução criminal, para início do cumprimento, pelo imputado, das condições acordadas. Ocorrendo o descumprimento dessas condições, o negócio será rescindido e, provavelmente, será oferecida denúncia pelo órgão ministerial<sup>19</sup>, visto que o inadimplemento do que foi negociado garante à acusação o direito de não oferecer possível suspensão condicional do processo, conforme prevê o art. 28-A, § 11, do CPP.

A celebração do acordo de não persecução tem promovido debate sobre a possibilidade de a defesa, após aceitar o acordo, impetrar *habeas corpus* com vistas ao trancamento dos autos. Como exemplos de situações que admitiriam a impetração, Franklyn Roger Silva (2021) refere-se à mudança jurisprudencial que assegure um resultado mais favorável do que o acordo, ao surgimento de elementos de formação do convencimento que alterem as circunstâncias fáticas, à ocorrência de alteração legislativa que implique tratamento mais favorável ou mesmo a *abolitio criminis* e, ainda, à presença de “onerosidade excessiva nas cláusulas do acordo que impeçam o seu cumprimento por circunstâncias alheias a [sic] vontade do acordante”.

A propósito do tema, o STJ já se manifestou de forma contrária. Em *habeas corpus* no qual buscava-se a declaração da insignificância de delito após a celebração de acordo de não persecução penal, o ministro Felix Fischer denegou a ordem, por meio de decisão monocrática, sob dois principais argumentos: inexistência de risco à liberdade de locomoção, uma vez que o rito processual

<sup>18</sup> Art. 28-A, § 7º, do CPP: “o juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais ou quando não for realizada a adequação a que se refere o § 5º deste artigo” (Brasil, 1941). Art. 28-A, § 8º, do CPP: “recusada a homologação, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para a análise da necessidade de complementação das investigações ou o oferecimento da denúncia” (Brasil, 1941).

<sup>19</sup> Ou dar-se-á continuidade à ação penal ou à execução da pena anterior, caso entenda-se pelo posicionamento favorável à ampla admissão de acordo de não persecução para processos em curso e transitados em julgado.

somente se iniciaria caso houvesse o descumprimento das condições pactuadas, e descumprimento, pela defesa, dos deveres de lealdade processual e boa-fé objetiva<sup>20</sup>. A discussão, que ainda está em momento inicial, certamente passará por análises mais detidas no STJ e no STF, bem como na doutrina.

De qualquer modo, para fins deste artigo, a mera existência do debate chama a atenção para o fato de que, diante de novas circunstâncias, a confissão celebrada no âmbito das tratativas para o acordo não é suficiente para afastar a possibilidade de sua revogação, com trancamento dos autos. Assim, a confissão não é elemento suficiente para ensejar, por si, a justa causa para o acordo<sup>21</sup> e a consequente deflagração da ação penal, em caso de descumprimento.

## **2 A CONFISSÃO E SEU PARADOXO: TENDÊNCIA DE SOBREVALORIZAÇÃO DE UM ELEMENTO PROBATÓRIO EPISTEMICAMENTE FRÁGIL E DE QUESTIONÁVEL FIABILIDADE**

Como já é notoriamente conhecido, a confissão consiste na “admissão, por uma das partes, da verdade de um enunciado de fato que lhe é juridicamente desfavorável”<sup>22</sup>. Previamente à análise específica da confissão no acordo de não persecução penal, tema pertinente à questão-problema deste artigo, faz-se necessário examinar brevemente a tendência histórica e cultural de sobrevalorização deste instituto no âmbito das condenações criminais.

Mirjan Damaška (2019, p. 69) expõe que, desde o direito romano, as confissões eram muitas vezes admitidas pelos julgadores sem que houvesse uma investigação mais apurada dos fatos<sup>23</sup>. De acordo com a lógica do pensamento da época, não haveria motivos para que uma confissão celebrada sem tortura estivesse em desacordo com a verdade dos fatos (Damaška, 2019, p. 69).

Este peso cultural dado à confissão também carrega uma influência decisiva do cristianismo. O sistema romano-canônico, vigente no período medieval e no início da Idade Moderna, reverberou a importância da “salvação da alma dos pecadores” (Damaška, 2019, p. 24), superestimando admissões de culpa, em reforço à ideia de que a confissão possibilitava a purificação do infrator, com

<sup>20</sup> AgRg no HC 619.751/SP, Rel. Min. Felix Fischer, j. 11.12.2020, DJe 15.12.2020, acesso em: 20 maio 2021.

<sup>21</sup> Nesse sentido: Vasconcellos, 2022, p. 84-85, 94-98; Vasconcellos; Reis, 2021, p. 273-274, que negam, inclusive, o caráter probatório da confissão realizada para a finalidade do acordo de não persecução. É defendida, com acerto, a necessidade de observância de lastro probatório idêntico àquele necessário à instauração do processo – assim, por exemplo, no caso de delitos que deixem vestígios, a celebração do acordo pressupõe a realização do exame de corpo de delito, na forma do art. 158 do CPP.

<sup>22</sup> Trata-se de conceito universalmente aceito, conforme trazido por Michele Taruffo (2014, p. 69), bem como pela redação análoga do disposto no art. 389 do Código de Processo Civil (CPC) vigente (Brasil, 2015), na linha do que já dispunha o CPC de 1973 (art. 348).

<sup>23</sup> “[...] Some passages in Justinian’s codification went so far as to treat confessions as dispositive acts of self-condemnation” (Damaška, 2019, p. 24).

a expiação advinda da condenação recebida.

Nessa época, de modo geral, a confissão constituía um pressuposto mínimo de condenação às penas consideradas mais graves – penas capitais e mutilações. O julgador, por sua vez, isentava-se de cometer eventual pecado de condenar um inocente, a partir da transferência da responsabilidade da imposição do castigo ao próprio infrator, por ser confesso (Damaška, 2019, p. 24).

Para Damaška (2019, p. 49-50, 85), o sistema de provas legais não era tão absoluto como assinala a maior parte da doutrina<sup>24</sup>. Ainda assim, a tendência a se atribuir eficácia probatória extrema à confissão é inafastável, a ponto de se legitimar a prática da tortura para sua obtenção<sup>25</sup>. Logo, não há como negar que se atribuía valor superlativo à confissão na grande maioria dos casos<sup>26</sup>, o que também é atribuído à angústia pessoal do julgador ao impor penas corporais ou de morte sem o preenchimento das exigências probatórias mínimas então vigentes (duas testemunhas oculares ou confissão do acusado)<sup>27</sup>.

Em que pese o longo período transcorrido desde o direito romano-germânico, a prática de sobrevalorizar as confissões ainda é marcante nos ordenamentos jurídicos contemporâneos. Mesmo em um contexto em que está consagrado o direito à não autoincriminação, com todos os seus consectários – sobretudo o direito ao silêncio e a proibição de valorar negativamente os comportamentos omissivos do acusado –, são inevitáveis os paralelos entre as práticas utilizadas para se obter a confissão no denominado sistema de provas legais e aquelas vigentes na atualidade<sup>28</sup>.

John Langbein (2021, p. 172) anota que a disciplina do *plea bargaining*<sup>29</sup> norte-americano

<sup>24</sup> Ver, especialmente, Damaška, 2019, p. 49, e notas de rodapé nºs 7, 8 e 9, em que são enumeradas as posições sobre o tema.

<sup>25</sup> Nesse sentido, assinala John Langbein (2021, p. 174): “os arquitetos europeus das regras sobre a tortura procuravam aumentar a confiabilidade da tortura indutora da confissão com outras garantias elaboradas para justificar sua base fática [...] eles exigiam a determinação da causa provável da investigação sob tortura e [...] demandavam que o tribunal tomasse medidas para verificar a correção da confissão, investigando alguns dos detalhes. [...] Estas medidas eram inadequadas para proteger muitos dos suspeitos inocentes da tortura, confissão e condenação”.

<sup>26</sup> “A verificação, mesmo que realizada de boa-fé, poderia facilmente falhar como garantia, seja porque algumas questões confessadas não eram suscetíveis de corroboração física ou testemunhal, seja pelo fato de que o acusado poderia saber o suficiente sobre o crime para emprestar verossimilhança à sua confissão, apesar de na realidade ele não ser o verdadeiro culpado” (Langbein, 2021, p. 174).

<sup>27</sup> “To comprehend why judges were reluctant to impose irreparable corporal punishment on less than full Roman-canon legal proof even when they were permitted to do so, one must conjure again the mental anguish of medieval and early modern judges who believed that their afterlives could be imperiled if their assessment of circumstantial evidence was mistaken and they caused the death and mutilation of an innocent person” (Damaška, 2019, p. 90-91).

<sup>28</sup> Esse paralelo é feito por Damaška (2019, p. 91), que anota a preocupação dos julgadores nos sistemas criminais modernos que adotam a pena de morte. Acredita-se que o argumento possa ser estendido a outros sistemas que, apesar de não adotarem penas de morte, impõem penas severas a determinados crimes e possuem sistemas carcerários em estado de precariedade.

<sup>29</sup> O *plea bargaining* pode ser brevemente definido como o mecanismo em que a defesa renuncia ao seu direito de obter um julgamento, com o intuito de ganhar uma redução em suas imputações e/ou na pena a ser cumprida (Heumann, 1981, p. 1). Diferentemente dos mecanismos brasileiros, o *plea bargaining* pode ser aplicado para quaisquer crimes e pode promover a aplicação de penas privativas de liberdade.

estabelece uma garantia ilusória ao acusado ao estabelecer a confissão como pressuposto à celebração do acordo, à semelhança do que ocorreu na experiência europeia medieval. A comparação é pertinente aos fins do presente artigo, na medida em que o cerne do argumento do autor consiste na natureza coercitiva da confissão, porquanto extraída a partir da perspectiva de uma pena mais branda, desde que o acusado renuncie ao devido processo legal (Langbein, 2021, p. 172). A coerção consiste, pois, em ameaçar o acusado com uma sanção substancialmente aumentada caso ele opte por se beneficiar de seu direito a um julgamento<sup>30</sup>, algo que, como explicado no trabalho, também ocorre no acordo de não persecução penal.

Embora não se identifique completamente com o *plea bargaining* – instituto que, inclusive, não foi acolhido no ordenamento brasileiro –, o acordo de não persecução penal dele se aproxima no tocante à exigência de confissão do acusado. E, se no contexto dessas técnicas ditas consensuais a exigência de confissão se justificaria diante da perspectiva do abrandamento das sanções<sup>31</sup>, não há como negar que a alternativa – de ausência de confissão e eventual condenação a penas mais severas – desvirtua ou enfraquece a finalidade epistêmica deste elemento probatório.

Mas a dúvida sobre a credibilidade da confissão e a sua paradoxal condição de elemento probatório indispensável não está limitada aos confins dos mecanismos consensuais de justiça penal.

Como já se antecipou, a sobrevalorização da confissão não é uma tendência apenas dos magistrados, no decorrer dos processos penais; nos próprios atos de investigação já se nota, por parte da polícia judiciária, uma necessidade de obter uma confissão pré-processual e, com base nesta, buscar elementos que a confirmem ou ignorar elementos que entrem em conflito com aquela admissão de culpa<sup>32</sup>.

Nos Estados Unidos (EUA), é bastante marcante a utilização policial do denominado método Reid de interrogatório, por meio do qual os investigadores são “ensinados” a distinguir entre “entrevistas” e “interrogatórios”. Enquanto nas “entrevistas” o objetivo é a obtenção de informações

<sup>30</sup> “[...] Nós coagimos o acusado contra quem encontramos uma causa provável a confessar a sua culpa. [...] Mas, como os europeus de séculos atrás, que empregavam estas máquinas [de tortura], nós fazemos o acusado pagar caro pelo seu direito à garantia constitucional do direito a um julgamento. Nós o tratamos com uma sanção substancialmente aumentada se ele se beneficia de seu direito e é posteriormente condenado. [...] É o que torna o *plea bargaining* coercitivo” (Langbein, 2021, p. 172).

<sup>31</sup> Diversamente, a autorização de tortura para fins de extrair a confissão no caso de crimes mais graves, no período pré-moderno, destinava-se a justificar a imposição de penas mais gravosas. Mas isso não afasta o argumento de que em ambos os casos a voluntariedade da manifestação do acusado é de questionável credibilidade.

<sup>32</sup> Não se trata de dizer que os órgãos policiais estejam necessariamente mal-intencionados. Pelo contrário. A crítica é feita justamente no sentido do aprimoramento da atuação investigativa, de forma a não serem descartadas outras fontes de informação que possam levar a investigação a outros resultados (Findley; Scott, 2006, p. 305).

sobre o possível crime, nos interrogatórios<sup>33</sup> a polícia trabalha para provocar uma confissão (Findley; Scott, 2006, p. 334)<sup>34</sup>. Essa prática pode induzir à obtenção de falsas confissões, notadamente porque o interrogatório é pautado por objetivo previamente estabelecido, que denota, por si só, o viés do investigador. Tal viés, associado à qualificação dos profissionais e às técnicas de manipulação psicológica inerentes ao método, reforça a possibilidade de confissão de inocentes.

É importante ressaltar que a admissão do crime por pessoas inocentes pode ocorrer por múltiplas razões, relacionadas ou não à prática de violência psicológica no interrogatório<sup>35</sup>. Logo, a inquirição do acusado deveria se guiar por objetivo diverso daquele utilizado no método Reid, a saber: deveria ser orientada à obtenção de informações verídicas e à menor contaminação possível do depoente.

O pensamento de que o referido método de obtenção de confissões seria uma realidade distinta da do Brasil é enganoso. A menção explícita ao método Reid é observada em publicações no *site* da Polícia Civil do Mato Grosso do Sul e em manuais empregados pela Academia de Polícia do Estado da Paraíba (Moscatelli, 2020, p. 374).

A utilização de práticas policiais que buscam elementos para confirmar as confissões é demonstrada em pesquisa empírica conduzida por Michel Misse (2010). Ao analisar diversos inquéritos policiais em capitais brasileiras, o autor concluiu que, em 80% das investigações, a confissão pré-processual do investigado foi utilizada como principal elemento para guiar o trabalho das polícias, sendo sobrevalorizada em detrimento da utilização de perícias científicas e outras diligências investigativas (Misse, 2010). Ou seja, diante da presença de uma confissão extrajudicial, dá-se pouco peso à prática de meios distintos de coleta de informações.

Na esfera judicial, é possível também detectar semelhantes práticas de sobrevalorização das confissões por parte dos julgadores, especialmente quando tal confissão surge já na etapa de investigação – confissão cuja fiabilidade é questionável, tendo em vista o contexto discutido anteriormente.

A dificuldade de então eliminar a contaminação adquirida pelo magistrado após entrar em

<sup>33</sup> A palavra “interrogatório”, neste momento, possui um sentido diferente do habitualmente utilizado no processo penal brasileiro. Não se trata apenas da oitiva do investigado, mas sim de uma oitiva direcionada à obtenção de uma confissão, nos termos do método Reid.

<sup>34</sup> Uma explicação mais aprofundada sobre o método Reid, que fugiria aos objetivos deste trabalho, está presente em artigo produzido por Livia Moscatelli (2020).

<sup>35</sup> Menciona-se, por exemplo: a) a inobservância da advertência sobre os direitos do réu, na fase extraprocessual; b) a falta de assistência de um defensor; c) a vulnerabilidade dos interrogados; d) as falsas memórias; e) o uso de entorpecentes e álcool; f) os distúrbios mentais e cognitivos, bem como a necessidade inconsciente de autopunição; e g) técnicas persuasivas de interrogatórios, aumentando a suscetibilidade dos interrogados a admitirem fatos inverídicos (Moscatelli, 2020, p. 372).

contato com a primeira confissão do réu é satisfatoriamente explicada por meio da teoria da dissonância cognitiva, formulada por Leon Festinger (1975), estudioso do campo da psicologia social. De acordo com o autor, há uma tendência humana que leva os indivíduos a rejeitarem, desconsiderarem ou desacreditarem informações que contrastam com as crenças e comportamentos já estabelecidos para si<sup>36</sup>.

A hipótese traçada por Festinger é de que há uma preferência humana em manter conhecimentos e comportamentos coerentes, não dissonantes<sup>37</sup>. Nota-se, então, um esforço individual para que ocorra a manutenção dessa consistência cognitiva (Morvan; O'Connor, 2017, p. 35). Logo, na medida em que uma pessoa possui opiniões e crenças dissonantes, haverá uma tensão, um desconforto, que levará o indivíduo a ajustar seu pensamento a fim de reduzir o embate contraditório<sup>38</sup> (Andrade, 2019, p. 1.654-1.655).

Com amparo nessa premissa, “a existência de dissonância, ao ser psicologicamente incômoda, motivará a pessoa para tentar reduzi-la e realizar a consonância” (Festinger, 1975, p. 12). Ao analisar os métodos utilizados pelas pessoas visando à eliminação das dissonâncias, Festinger elenca três possibilidades: pode-se alterar um ou alguns conhecimentos/comportamentos (i); pode-se acrescentar novos conhecimentos que alterarão a magnitude da dissonância (ii); ou (iii) pode-se reduzir a importância dos conhecimentos provocadores da inconsistência (Morvan; O'Connor, 2017, p. 36-36).

À luz desse raciocínio, é provável que o magistrado que se depara, primeiramente, com uma confissão feita pelo réu, esteja propenso a descredibilizar uma eventual retratação do imputado, bem como outros elementos probatórios que possam ser dissonantes com a confissão, a fim de manter sua consistência cognitiva.

Havendo uma retratação da confissão, o julgador, visando à restauração de sua consonância cognitiva, tende a ser dominado pelo chamado “efeito inércia” ou “efeito perseverança”, explicado por Bernd Schünemann (2013, p. 208): o sujeito passa a superestimar as informações que confirmam sua hipótese inicial e, ao mesmo tempo, subestima as informações que lhe são adversas<sup>39</sup>.

<sup>36</sup> Para exemplificar essa situação de informações que geram contrastes com conhecimentos, crenças e hábitos que as pessoas possuem, Festinger se utiliza do caso de um fumante habitual que recebe a informação de que a nicotina é nociva à saúde, mas permanece consumindo cigarros, apesar de não desejar adoecer (Festinger, 1975, p. 15-16).

<sup>37</sup> “In ‘A Theory of Cognitive Dissonance’, Leon Festinger notes that any pair of cognitions can have three relationships. They may be consonant (in harmony), dissonant (unharmonious), or irrelevant [...] Festinger details the human preference to hold cognitions and behaviors that are consonant (that is, consistent) rather than dissonant (that is, inconsistent)” (Morvan; O'Connor, 2017, p. 35).

<sup>38</sup> A presença de inconsistências é “psicologicamente desconfortável”, e irá motivar o indivíduo a tentar reduzir a dissonância, visando ao alcance da consistência (Festinger, 1975, p. 3).

<sup>39</sup> O “efeito perseverança” descrito por Schünemann retrata, perfeitamente, o terceiro método descrito por Festinger.



Desvaloriza-se o elemento cognitivo dissonante<sup>40</sup>, retomando-se a consonância a partir do momento em que a dissonância começa a possuir um valor mínimo (Ritter, 2016, p. 92)<sup>41</sup>.

Keith Findley e Michael Scott (2006) exemplificam muito bem a questão com uma ocorrência que ficou conhecida nos EUA como o “caso da corredora do Central Park”. Em brevíssimo resumo, no ano de 1989, uma mulher que praticava corrida no Central Park foi vítima de agressões e violência sexual. Na mesma noite do fato, a polícia havia apreendido adolescentes que supostamente haviam cometido outras infrações no parque. Ao estabelecer um nexos enviesado entre as distintas situações, os agentes de investigação passaram a “interrogar” os jovens e extraíram confissões de cinco deles. Tais confissões, posteriormente, foram admitidas e utilizadas em juízo para amparar as condenações. A tendência dos policiais a confirmar a tese da culpabilidade dos acusados, posteriormente reforçada em sede judicial, é demonstrada no texto: são desprezadas as contradições entre os depoimentos, as ausências de detalhes e as possibilidades de teorias alternativas. Em 2002, um outro indivíduo admitiu espontaneamente o crime, o que foi comprovado também por exames de DNA (Findley; Scott, 2006, p. 305-307).

Observe-se que a busca por consonância pode ter início quando, no âmbito da investigação policial, é estabelecida a hipótese do crime; isto é, quando a polícia judiciária estabelece a tese inicial a ser investigada, de que alguns suspeitos provavelmente teriam praticado um suposto crime. A partir dessa premissa, e tendo em vista a cultura de sobrevalorização da confissão, os interrogatórios dos suspeitos são conduzidos com o objetivo de extrair as respectivas confissões, mas muitas vezes sem as cautelas necessárias à apuração de hipóteses dissonantes; outros elementos de investigação são menosprezados ou ignorados; buscam-se elementos direcionados a confirmar as confissões obtidas. Esta forma de atuação é reproduzida no âmbito judicial, reforçando-se, sempre, que os vieses incidem independentemente da consciência dos agentes.

Trata-se de um movimento circular: na medida em que as confissões são geralmente valorizadas em juízo, a polícia judiciária direciona esforços investigativos visando à sua obtenção. A partir daí, buscam-se, na fase do inquérito e do processo judicial, elementos que corroboram o crime e a autoria do réu que confessou, desprezando-se argumentos e informações dissonantes – inclusive

<sup>40</sup> “O segundo (*desvalorização de elementos cognitivos dissonantes*), igualmente pode ser entendido a partir da experiência da pessoa que tem o hábito de fumar; todavia, a mudança, desta vez, não será na ação, e sim no grau de importância e credibilidade dado aos elementos dissonantes a ela” (Ritter, 2016, p. 92).

<sup>41</sup> “Com efeito, poder-se-ia supor, *exempli gratia*, que os estudos acerca das implicações da nicotina no corpo são frágeis e mal fundamentados ou que não se podem evitar todos os eventos perigosos da vida. Ou, pode-se dar enfoque na crença de que na verdade fuma-se pouco, cigarros de baixo teor de nicotina, nunca em jejum, etc., circunstâncias que também diminuem a importância do comportamento dissonante” (Ritter, 2016, p. 92).

a retratação da confissão<sup>42</sup>.

Se, no âmbito do processo penal tradicional, com todas as garantias que permeiam a instrução probatória, já é difícil afastar os atrativos e o impacto da confissão como ponto de partida para confirmar a hipótese condenatória, deve-se analisar, então, a questão-problema que motivou a elaboração deste trabalho. Como será possível trabalhar para que o magistrado não se contamine por uma confissão dotada de discutível fiabilidade, realizada para celebrar um acordo de não persecução penal?

### 3 AS FRAGILIDADES ESPECÍFICAS DA CONFISSÃO DO INVESTIGADO NO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Das exigências impostas pelo legislador à celebração de acordo de não persecução penal, a confissão é certamente a mais impactante: para pactuar o acordo com o órgão acusatório, o investigado deverá admitir a prática do delito que lhe foi imputado.

A imposição desse requisito contrasta com a falta de previsão análoga para outros institutos negociais no ordenamento brasileiro – caso da transação penal e da suspensão condicional do processo. Além disso, suscitam-se possíveis inconstitucionalidades e inconveniências<sup>43</sup> da exigência, sob a ótica da violação dos direitos ao silêncio e à não autoincriminação.

Como já sinalizado, parece evidente ter o legislador se inspirado no *guilty plea* estadunidense<sup>44</sup>, que deixou sua “tradução jurídica”<sup>45</sup> registrada no ordenamento brasileiro por meio da necessidade de confissão para celebrar um acordo de não persecução penal. Em convergência ao que ocorre no *guilty plea*, o *caput* do art. 28-A do CPP estabelece que o imputado deverá ter “confessado formal e circunstancialmente” a prática de infração penal para que o acordo seja pactuado

<sup>42</sup> Outro exemplo desse círculo vicioso é narrado por Nardelli (2019). Trata-se da história do sueco Thomas Quick, que permaneceu preso por dezesseis anos após confessar diversos homicídios que não cometeu. O artigo demonstra como outras hipóteses foram obscurecidas pelo entusiasmo dos investigadores com as “memórias” do suposto *serial killer*. A farsa foi desvendada após jornalistas concluírem que os crimes confessados dificilmente consistiriam em assassinatos em série, dada a ausência de padrões.

<sup>43</sup> De acordo a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: [...] direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada” (OEA, 1969, art. 8.2.g).

<sup>44</sup> O *guilty plea* compõe o instituto estadunidense do *plea bargaining*, cujo conceito já foi apresentado anteriormente. No *guilty plea*, a celebração do acordo dependerá da admissão, pelo imputado, das acusações realizadas sobre ele. É o que está previsto na Rule 11 of Federal Rules of Criminal Procedure (The National Court Rules Committee, 1944).

<sup>45</sup> Parte-se da premissa de que não há, no processo de migração de dispositivos legais, um simples “copiar e colar” (Vieira, 2018, p. 774). Por mais que seja negável a influência do sistema estadunidense, em especial do *plea bargaining*, as escolhas legislativas e a estrutura do ordenamento pátrio irão ocasionar o surgimento de institutos diferentes daquele que os inspirou (Langer, 2004, p. 63).

(Brasil, 1941).

O uso dos advérbios “formalmente” e “circunstancialmente” demonstra o objetivo de que a confissão seja devidamente documentada e que detalhe, de forma integral e com riqueza de informações, a infração penal praticada, abrangendo a tipicidade, a ilicitude e a culpabilidade do delito (Vasconcellos, 2022, p. 88).

Está óbvio que a expressão “circunstancialmente” foi utilizada de maneira equivocada. Evidentemente, não se pretendeu a obtenção de uma confissão circunstancial, mas que a admissão de culpa fosse efetuada circunstanciadamente, como dispunha, de forma acertada, a Resolução nº 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público (Guaragni, 2021, p. 291). O advérbio, em sua utilização correta, demonstra que a confissão deve ocorrer de forma minuciosa e detalhada<sup>46</sup>.

Sob essa ótica, a utilização dessas expressões pelo dispositivo legal sugere que a confissão merece ser submetida a um controle epistêmico, para efeitos de celebração de acordo de não persecução penal. Não é suficiente, portanto, para integrar a justa causa que autorizaria a ação penal – e, por decorrência, o acordo de não persecução –, uma confissão pobre em detalhamento, claramente extraída com vistas à imposição consensual de sanções restritivas num contexto que nem sequer justificaria o recebimento da denúncia<sup>47</sup>.

Nesse ponto, para melhor compreensão dos argumentos que serão desenvolvidos na sequência, é preciso ressaltar que, mesmo quando realizada de forma circunstanciada e ainda que associada a outros elementos de informação, a confissão direcionada à celebração de acordo possui grau de corroboração análogo àquele exigido para ajuizamento da ação penal, o que não corresponde ao *standard* probatório exigido para a prolação de uma sentença condenatória<sup>48</sup>.

Em suma, a inclusão da confissão como requisito ao acordo de não persecução tem por objetivo aumentar os elementos informativos que a acusação possui para caracterizar a justa causa, necessária ao oferecimento do negócio jurídico (Cabral, 2021, p. 125; Vasconcellos, 2022, p. 93). Conforme já ressaltado, o acordo somente poderá ser proposto caso a investigação já esteja “madura” para o oferecimento da inicial acusatória. Sendo assim, havendo a confissão, tratar-se-ia, em tese, de mais um fundamento para evitar que o aparato de persecução penal recaia sobre uma pessoa inocente.

Na verdade, a confissão, apesar de sua baixa confiabilidade como elemento de informação, deve ser encarada como uma garantia epistêmica *mínima* ao acusado. Logo, não se trata de elemento

<sup>46</sup> Sob perspectiva diversa, o termo “circunstancial” poderia ser interpretado como o próprio contexto em que a confissão é realizada, referente a uma determinada circunstância (Rosa; Rosa; Bermudez, 2021, p. 57).

<sup>47</sup> No sentido de que a base fática que justifica o ajuizamento da ação penal seria insuficiente para o controle epistêmico da confissão no *plea bargaining*, argumento que é aplicável ao instituto sob análise, cf. Langbein, 2021, p. 173-174.

<sup>48</sup> De forma semelhante: Salgado, 2022, p. 478.

suficiente a configurar a justa causa para a celebração de acordo.

Por se tratar de garantia do acusado, não há de se concordar com a vertente segundo a qual buscou-se, com a inserção do requisito da confissão, a concessão de uma “vantagem processual” para o Ministério Público, para o caso de o acordo ser descumprido pelo imputado (Cabral, 2021, p. 125).

Discorda-se dessa tese que admite a utilização processual da confissão realizada em sede de acordo de não persecução penal, pois tal situação iria de encontro à lógica contemporânea de um processo penal orientado por formas de controle epistêmicas<sup>49</sup>, guiado por elementos probatórios dotados de fiabilidade e produzidos em contraditório judicial, e presidido por um magistrado imparcial.

Isso porque, apesar da necessidade de um controle da veracidade da confissão pelo órgão acusador – e, no momento da homologação, pelo órgão judicial competente –, é preciso ter presente o quanto foi dito sobre as circunstâncias dessa confissão, bem como o porquê de se questionar sua fiabilidade: trata-se de um contexto não processual, em que há a perspectiva de afastar os riscos de um processo e de uma condenação penal, com todos os efeitos daí decorrentes. Em geral, afastam-se a possibilidade de privação de liberdade – ainda que substituível por outras medidas restritivas de direito –, a *via crucis* da ação penal, enquanto pendente, o registro de antecedentes criminais, etc.<sup>50</sup>

A partir da mencionada avaliação sobre a fiabilidade da confissão pré-processual como elemento informativo, defende-se a inadmissibilidade das provas e informações dotadas de questionável credibilidade para demonstrar a verdade dos fatos (Prado, 2021, p. 149).

Paralelamente, a lealdade negocial também figura como fundamento da inviabilidade da utilização da confissão em juízo, em caso de não homologação judicial de acordo de não persecução penal, independentemente de qualquer postura do imputado. A propósito, mesmo aqueles que defendem o ingresso da confissão no processo em caso de descumprimento do acordo entendem que, caso o acordo não prospere em razão de entendimento proferido pelo magistrado, a confissão não poderá ser utilizada em momento processual posterior (Cabral, 2021, p. 129).

Logo, a controvérsia reside na hipótese em que o imputado venha a descumprir as condições

<sup>49</sup> Para Larry Laudan (2006, p. 3, tradução nossa), a “epistemologia jurídica” diz respeito à propositura de mudanças para eliminar ou modificar as estruturas que, no direito, acabam por obstaculizar a descoberta da verdade. De forma mais ampla, Susan Haack (2014, p. 6) refere-se à epistemologia jurídica não como um gênero específico de epistemologia, mas simplesmente como os estudos neste campo que sejam relevantes às questões do direito.

<sup>50</sup> Mesmo no contexto de tratativas para autocomposição civil, não seria ética a utilização, como elementos probatórios em juízo, dos subsídios utilizados na negociação. Nesse sentido, o CPC/2015 estabelece a observância do princípio da confidencialidade (Brasil, 2015, art. 166), inerente às formas de autocomposição. Seria, no mínimo, incoerente, atribuir maior força epistêmica à confissão obtida com o propósito de afastar uma ação penal condenatória que àquela extraída com vistas a evitar um litígio de natureza não penal.

do negócio e este venha a ser rescindido<sup>51</sup>.

Como já foi antecipado, a principal razão contrária à utilização processual de confissão feita para celebrar acordo de não persecução penal refere-se à possibilidade – ou, até mesmo, à probabilidade – de a confissão estar maculada, sob uma visão epistêmica. Embora já seja indesejável para efeitos de celebração do pacto, o ingresso processual de uma confissão em desacordo com a verdade dos fatos é ainda mais grave e certamente viola os critérios de distribuição de riscos de erro fático no processo penal condenatório, em que vigoram o *in dubio pro reo* e o *standard* probatório mais elevado (“além da dúvida razoável”) para a condenação.

Ainda que as consequências do acordo de não persecução sejam distintas das repercussões do já mencionado *guilty plea* – pois para aquele não há previsão de cumprimento de pena privativa de liberdade –, o risco de se forjar uma confissão permanece evidente, o que já diminui a força epistêmica da confissão, pois não há garantia efetiva de que a declaração do investigado, por si só, guarnecerá o caso de uma justa causa mais robusta.

Entra em cena, no ponto, a preocupação, que apenas recentemente ganhou maior atenção dos processualistas, sob forte influência dos estudos da epistemologia (Badaró, 2019; Laudan, 2006) e da psicologia cognitiva (Ávila, 2013; Cecconello; Stein, 2020; Wells; Memon; Penrod, 2006), concernente às cautelas imprescindíveis ao desenvolvimento das hipóteses investigativas<sup>52</sup>.

Em um procedimento desatento a outras linhas investigativas – diferentes da hipótese pré-estabelecida da culpa de determinado suspeito pela prática de um fato típico pressuposto – e carente de diligências, o investigado certamente terá maior receio de enfrentar a carga e as angústias de um processo penal, de ser punido com penas (ainda que não sejam privativas de liberdade) e de ter registro de antecedentes criminais. Todos esses fatores aumentariam o risco de o imputado ver-se pressionado a confessar um delito que não cometeu, sobretudo se o cenário for de uma investigação que não foi totalmente eficaz à consolidação da justa causa necessária à denúncia. A ocorrência de falsas

<sup>51</sup> Em entendimento que se assemelha à conclusão deste trabalho, ainda que sob justificativa diversa, Vinicius Vasconcellos (2022, p. 95) destaca a impossibilidade de utilização da confissão em caso de rescisão do acordo de não persecução penal, pois o negócio jurídico não apresenta finalidade “probatória”, ou seja, a confissão exigida não é uma finalidade do acordo, mas um requisito para garantir uma mínima legitimidade fático-probatória (Vasconcellos; Reis, 2021, p. 273-274).

<sup>52</sup> “Hipóteses são descartadas, cadeia de custódia das provas não são preservadas [sic], outros suspeitos do crime não são ouvidos, perícias não são requeridas [...] busca-se a todo custo a justificativa de uma única suposição, a partir das declarações extraídas que sustentem esta conclusão previamente já formulada em desfavor do suspeito [...]” (Moscatelli, 2020, p. 368). Ao partir de uma conclusão para buscar evidências, em vez de partir das evidências para a obtenção de uma conclusão, não se está investigando (Haack, 2020, p. 138).

confissões é amplamente constatada no ordenamento dos EUA<sup>53</sup> e, certamente, é uma situação que não pode ser tratada como incomum na realidade investigativa brasileira.

Confirma-se, portanto, a hipótese de que a fragilidade epistêmica da confissão é potencializada quando esta é realizada com vistas à celebração de acordo de não persecução penal.

Ainda, todo este contexto corrobora a impossibilidade de se utilizar como prova, na fase judicial, a confissão proferida pelo (até então) investigado visando exclusivamente à pactuação do acordo de não persecução penal e, por isso, de qualidade questionável no que diz respeito à sua análise epistêmica.

Na linha do que foi exposto sobre a teoria da dissonância cognitiva de Festinger, as informações extraídas pela polícia judiciária na fase de inquérito – principalmente aquelas voltadas à consecução do acordo, como é o caso da confissão – poderiam reforçar a crença na hipótese acusatória antes mesmo que as fontes de prova fossem submetidas à judicialidade e ao contraditório<sup>54</sup>.

Em conformidade com o já demonstrado, à luz da teoria da dissonância cognitiva, a confissão exerce um papel persuasivo considerável. Seja por parte dos atores de investigação ou por parte do magistrado que julgará a ação penal, o contato com uma confissão prévia possuirá grande potencial de contaminar o pensamento de tais indivíduos, levando-os a descredibilizar informações e provas dissonantes da hipótese que adotaram, em consequência daquela confissão, como verdadeira.

A fim de impedir a série de vieses cognitivos tendentes a confirmar a confissão realizada nas tratativas do acordo de não persecução penal – assim como ocorre com os demais meios de investigação –, seria necessário desvencilhar, de qualquer contaminação psicológica, o magistrado competente para o julgamento da causa.

Como já exposto, além de epistemologicamente questionável, a utilização, em juízo, de confissão direcionada a acordo de não persecução viola os direitos fundamentais, ao contraditório e à ampla defesa, do acusado, na medida em que a admissão de culpa teria sido produzida em um contexto e com objetivos totalmente diversos daqueles que permeiam a persecução penal tradicional.

Logo, a ruptura da busca de consonância com o fato confessado extrajudicialmente é a única forma de assegurar o *status* de inocência do acusado cujo acordo de não persecução, ao final das tratativas, tenha malogrado, seja em razão da não homologação, da rescisão por descumprimento das

<sup>53</sup> De acordo com o National Registry of Exonerations, projeto da University of California Irvine em conjunto com a University of Michigan Law School e com a Michigan State University College of Law, 12% dos acusados que foram absolvidos após condenações equivocadas proferiram falsas confissões, estatística esta que não engloba os casos envolvendo *guilty pleas* (The National Registry of Exonerations, 2023).

<sup>54</sup> Aury Lopes Jr. (2021, p. 165) conceitua o contraditório como “um método de confrontação da prova e comprovação da verdade, fundando-se não mais sobre um juízo potestativo, mas sobre o conflito, disciplinado e ritualizado entre partes contrapostas [...]. É imprescindível para a própria existência da estrutura dialética do processo”.

condições ou da não celebração do negócio jurídico.

A melhor forma de se efetuar essa ruptura é dissociar, da pessoa do julgador, quaisquer atividades tendentes à celebração de acordo de não persecução, bem como restringir-lhe o acesso às informações obtidas nessa fase – com ênfase para o conteúdo da confissão.

Em conformidade com este raciocínio, o mesmo processo legislativo que aprovou o nascimento do acordo de não persecução penal estabeleceu a previsão do instituto do juiz das garantias, cuja proposta de implementação é bastante salutar aos processos criminais que tramitam no Brasil<sup>55</sup>. O mecanismo determinou que haverá uma separação de magistrados, cabendo ao juiz das garantias atuar na fase de investigação, cessando tal atuação com o recebimento da denúncia (Brasil, 1941, art. 3º-C, *caput*). Com isso, ficará o juiz das garantias impedido de atuar na instrução e julgamento da ação penal, atribuições que serão designadas a outro julgador (Brasil, 1941, art. 3º-C, § 1º, e art. 3º-D, *caput*).

A despeito da já mencionada suspensão do instituto por decisão do STF, o artigo 3º-C, § 3º, do CPP, traz a previsão de que os elementos contidos nos autos de competência do juiz das garantias não constarão dos autos de competência do magistrado responsável pela instrução e julgamento, “ressalvados os documentos relativos às provas irrepetíveis, medidas de obtenção de provas ou de antecipação de provas” (Brasil, 1941).

Diante disso, de acordo com o funcionamento do juiz das garantias, a confissão do investigado para fins de celebração de acordo de não persecução certamente constaria nos autos de responsabilidade do juiz das garantias, uma vez que caberia a este homologar ou não o acordo de não persecução penal. Com isso, tal confissão não figuraria no processo criminal a cargo do magistrado responsável pela instrução e julgamento na hipótese de o acordo ser rescindido ou não homologado, uma vez que a confissão não consiste em uma prova irrepetível. Muito pelo contrário, a retratabilidade da confissão é pacífica na doutrina e garantida legalmente no artigo 200 do CPP<sup>56</sup>.

Contudo, no momento de elaboração deste trabalho, os dispositivos que disciplinam o instituto do juiz das garantias ainda se encontram com a vigência suspensa, sem que esteja definida uma previsão para que sejam implementados na prática dos tribunais. Mas esse cenário atual não pode ser utilizado para permitir que, nos casos em que o acordo de não persecução penal não seja homologado ou seja rescindido por eventuais descumprimentos, o Ministério Público se valha, no

<sup>55</sup> A figura do juiz das garantias já é presente em países como Chile (Carvalho; Milanez, 2020), Itália, Portugal, Paraguai e Uruguai (Lopes Jr., 2021, p. 51).

<sup>56</sup> “Art. 200. A confissão será divisível e retratável, sem prejuízo do livre convencimento do juiz, fundado no exame das provas em conjunto” (Brasil, 1941).



âmbito de ação penal, de uma confissão extrajudicial, produzida somente com o intuito de que o acordo fosse sacramentado. Certamente, até a suspensão ser revogada, essa problemática surgirá em muitos processos.

Mesmo que o réu, em seu interrogatório, venha a se retratar quanto à confissão feita anteriormente, exercendo o direito que lhe é assegurado pelo CPP, sua estratégia defensiva teria grandes chances de ser prejudicada caso a confissão extrajudicial continue figurando nos autos do processo. Nesse caso, o magistrado, em momento anterior à retratação do imputado, já teria tido contato com sua primeira confissão, situação que teria potencial para formar um primeiro convencimento no juiz. Ainda que haja uma retratação, não se tem dúvidas de que é uma informação difícil de o julgador “apagar” da memória. Não há nenhuma disposição legal ou orientação jurisprudencial que determine o desentranhamento da confissão dos autos ou a sua ineficácia pelo simples fato de ter havido a retratação; em geral, ela permanece como elemento de informação e, não raro, é sobreposta à retratação em juízo<sup>57</sup>.

Ou seja, diante da probabilidade de se contaminar cognitivamente, o ideal seria evitar que o juiz responsável por sentenciar o acusado tivesse contato com a admissão feita em fase anterior ao processo, o que é um acerto da proposta do juiz das garantias. Até porque não há óbice à possibilidade de que o réu confesse novamente a prática do delito no curso da ação penal, confissão esta que poderá ser levada em consideração na sentença, inclusive com o reconhecimento da atenuante do art. 65, III, d, do CP (Brasil, 1940), na forma da Súmula 545 do STJ<sup>58</sup>.

É importante destacar que a construção teórica aqui utilizada para defender a inutilização da confissão pré-processual no âmbito de eventual ação criminal vale e deve ser utilizada para todos os elementos informativos colhidos em fase de inquérito policial, ou em outra espécie de investigação preliminar, ressalvados aqueles de natureza irrepetível.

No caso da confissão em acordo de não persecução penal, objeto deste estudo, restou bem claro, apesar de a jurisprudência dos tribunais superiores ainda não ter enfrentado o tema, que, enquanto não se der início ao juiz das garantias, a confissão feita pelo investigado, com o objetivo exclusivo de celebrar um acordo com o Ministério Público, não deve ser levada aos autos da ação penal, a fim de evitar a contaminação e a formação de vieses cognitivos por parte do juiz que irá

<sup>57</sup> A propósito, inclusive, tem se pronunciado o STJ sobre a insuficiência da retratação para afastar a confissão extrajudicial: “[...] Esta Corte firmou entendimento no sentido que a retratação da confissão extrajudicial não é suficiente para elidir sua validade para o convencimento acerca da autoria, quando for corroborada por elementos produzidos sob o crivo do contraditório [...]” (HC 471.082/SP, 5ª T., Rel. Min. Felix Fischer, j. 23/10/2018, DJe 30/10/2018).

<sup>58</sup> “Quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no artigo 65, III, d, do Código Penal” (STJ, Súmula 545, Terceira Seção, julgado em 14/10/2015, DJe 19/10/2015).

proferir a sentença naquele processo.

Ainda que o juiz das garantias, em teoria, impeça a acusação de se valer de tais informações após o recebimento da inicial, não é possível assegurar que a utilização desses elementos informativos não será tentada. Caso ocorra essa tentativa, deverá ser inadmitido o ingresso da confissão em juízo, sob pena de se eivar o psicológico do magistrado com um elemento que não foi produzido mediante contraditório judicial e que, consoante já detalhado, carece de maior valor epistêmico, uma vez que produzido como elemento necessário à materialização de acordo de não persecução penal.

Já se a confissão for indevidamente admitida e utilizada como fundamento da sentença condenatória, deverá ser decretada a nulidade da referida decisão. Mesmo nos casos em que não se trate de fundamento probatório exclusivo da sentença, a nulidade se justifica, à luz do referencial teórico adotado, diante da clara tendência do ser humano – e, em específico, dos magistrados – de buscar argumentos consoantes à tese pré-fixada – no caso, a culpabilidade, estabelecida na confissão extrajudicial realizada nas tratativas do ANPP – e desconsiderar os argumentos eventualmente dissonantes. Esse argumento se afigura suficiente para sustentar a violação ao *status* de inocência do acusado, sendo ônus argumentativo da acusação a demonstração de que a confissão *não* teria sugestionado os órgãos da persecução penal à busca de elementos de corroboração da tese acusatória.

Para finalizar, o ideal seria que o julgador responsável pela elaboração da sentença não tivesse nem sequer conhecimento da ocorrência prévia de um acordo de não persecução penal. Com a presença efetiva do juiz das garantias, é possível sonhar com isso. Lamentavelmente, a despeito da previsão legislativa, ainda não se pode contar com o instituto na prática. Entretanto, isso não pode servir de justificativa à utilização da confissão pré-processual nos vários casos que certamente surgirão em razão de acordos de não persecução que deixaram de prosperar. A ausência de um magistrado responsável pela investigação preliminar e pela homologação da avença não pode validar o acesso do juiz que julgará a ação penal à confissão feita exclusivamente para a celebração de um acordo de não persecução penal.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito processual penal brasileiro vivencia um movimento de ampliação considerável dos mecanismos negociais, que promovem sanções alternativas ao imputado, sem que ocorra o regular transcurso processual.

Explicado o contexto e as influências para o nascimento do acordo de não persecução penal, este artigo passou a discorrer sobre a estrutura e as características do instituto, passando por

importantes questões doutrinárias e jurisprudenciais.

Após toda essa discussão, necessária à melhor compreensão do novo instituto negocial, ingressou-se no âmbito da questão-problema que motivou a elaboração do trabalho: a possibilidade (ou não) de a acusação se utilizar da confissão em uma eventual ação penal, caso o acordo prévio não venha a prosperar.

A hipótese traçada, com amparo teórico na ideia de fiabilidade probatória, foi de que tal utilização seria inadmissível, ferindo a lógica contemporânea de um processo penal orientado por parâmetros epistêmicos e por provas dotadas de confiabilidade, produzidas em contraditório judicial, e julgado por um magistrado imparcial.

A necessidade de se aprimorar o controle epistêmico dos elementos probatórios por meio da análise da fiabilidade foi demonstrada, neste trabalho, pela teoria da dissonância cognitiva, de Leon Festinger (1975). De acordo com tal construção teórica, os seres humanos, no tocante às suas crenças, opiniões e atitudes, buscam sempre um estado de coerência, de consonância. Então, a partir do momento em que o indivíduo se depara com uma informação que provoque uma dissonância, um conflito entre os conhecimentos já internalizados, haverá um estado de desconforto mental, no qual a pessoa buscará, a todo instante, mitigar, ou até mesmo eliminar, esse conflito que se instaurou (Festinger, 1975, p. 11).

Desse modo, a partir do momento em que o magistrado tomar conhecimento de tal confissão, estará “contaminado” por essa cognição inicial, estando vulnerável a subestimar elementos que vão de encontro à admissão feita pelo investigado, até mesmo uma possível retratação daquela confissão.

Tal vulnerabilidade é agravada pela propensão histórica de sobrevalorização da confissão no processo penal. Há uma crença equivocada, incutida na mentalidade judicial desde os tempos do direito canônico-medieval, de que a admissão do fato incriminador pelo acusado transfere para este a responsabilidade pela condenação, eximindo o julgador de examinar de forma autônoma e detida as informações trazidas por outras fontes. Essa cultura de sobrevalorização da confissão reforça os riscos epistêmicos de se considerá-la como informação suscetível a fundamentar a condenação criminal.

Além disso, no cenário brasileiro, ainda carente de investigações defensivas atuantes e efetivas, em que há diversas investigações policiais precárias e que, muitas vezes, ignoram outras linhas e hipóteses investigativas, o investigado/indiciado pode se ver “pressionado” a confessar para, celebrando o negócio jurídico, livrar-se dos ônus advindos do transcurso de uma ação penal e das consequências advindas de possível condenação. A experiência estadunidense do *guilty plea* demonstra que a prática de falsas confissões não é possibilidade cogitada apenas em textos doutrinários, como bem observado da destacada porcentagem de exonerações advindas de falsas

confissões naquele país.

A atuação do juiz das garantias poderá, certamente, mitigar os riscos de contaminação psicológica do juiz que tiver contato com a confissão realizada para fins de celebração do acordo. Não parece lógico pensar que dois institutos positivados pelo mesmo diploma legal (acordo de não persecução penal e juiz das garantias) tenham sido implementados de modo que um vigore sem a eficácia do outro.

Não houve neste trabalho, e nem seria razoável haver, a pretensão de esgotar o tema. A situação deve progredir com a implementação prática do juiz das garantias, mas ainda não há previsão para que isso ocorra. Mesmo com o início da vigência do instituto que ora está suspenso, a importância da questão não irá se esvaziar, visto que, além do juiz das garantias, o ordenamento necessita de uma mudança de mentalidade de boa parte dos protagonistas das ações penais.

Sendo assim, é importante que as balizas aqui apresentadas sejam trabalhadas pela doutrina e postas em prática pelos atores do sistema de justiça penal.

À luz de tudo o que se concluiu sobre a fragilidade epistêmica do instituto da confissão e, mais especificamente, da confissão obtida nas tratativas de acordo de não persecução, bem como sobre os vieses concernentes à confissão no processo judicial, a primeira baliza diz respeito à inadmissibilidade desse instituto nos autos da ação penal. Ou seja, diante da frustração, por qualquer razão, do acordo de não persecução, o correto é que a confissão realizada para este efeito não seja nem sequer anexada aos autos do processo penal subsequente.

Não havendo acordo, os elementos informativos decorrentes dessa confissão deverão ser inadmitidos ou desentranhados, de imediato, dos autos. Por não se tratar de elemento probatório produzido em contraditório, em condições de plena igualdade e com efetiva possibilidade de influenciar o juízo, a prova deve ser considerada irritual. Sendo a confissão indevidamente admitida e utilizada como fundamento – ainda que não exclusivo – da sentença condenatória, deverá ser decretada a nulidade da decisão, pois, nesse caso, e à luz da teoria da dissonância cognitiva, acredita-se que, como regra, a confissão terá o efeito de contaminar os demais elementos de informação e de prova, com grave violação ao princípio da presunção da inocência.

## REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Flávio da Silva. A dissonância cognitiva e seus reflexos na tomada da decisão judicial criminal. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 5, n. 3, p. 1.651-1.677, set./dez. 2019. Disponível em: <http://tinyurl.com/2p8xaa7d>. Acesso em: 18 ago. 2022.
- ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Falsas memórias e sistema penal**: a prova testemunhal em xeque. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia judiciária e prova penal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.
- BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <http://tinyurl.com/rzjs99ma>. Acesso em: 5 set. 2022.
- BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://tinyurl.com/nyfut939>. Acesso em: 5 set. 2022.
- BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://tinyurl.com/5t3kxjwp>. Acesso em: 5 set. 2022.
- CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Manual do acordo de não persecução penal**. À luz da Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime). 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2021.
- CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de; MILANEZ, Bruno Augusto Vigo. O juiz de garantias no Brasil e no Chile: breve olhar comparativo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 28, n. 168, p. 93-123, jun. 2020.
- CECCONELLO, William Weber; STEIN, Lilian Milnitsky. Prevenindo injustiças: como a psicologia do testemunho pode ajudar a compreender e prevenir o falso reconhecimento de suspeitos. **Avances en Psicología Latinoamericana**, [s. l.], v. 38, n. 1, p. 172-188, 2020. Disponível em: <http://tinyurl.com/mr2ujpva>. Acesso em: 15 ago. 2022.
- CONSELHO NACIONAL DE PROCURADORES-GERAIS DOS MINISTÉRIOS PÚBLICOS DOS ESTADOS E DA UNIÃO (CNPJ); GRUPO NACIONAL DE COORDENADORES DE CENTRO DE APOIO CRIMINAL (GNCCRIM). Comissão Especial: Enunciados interpretativos da Lei Anticrime (Lei nº 13.964/2019). [S. l.]: CNPJ: GNCCRIM, 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/47h9hyz8>. Acesso em: 18 ago. 2022.
- DAMAŠKA, Mirjan. **Evaluation of Evidence**: Pre-Modern and Modern Approaches. New York: Cambridge University Press, 2019.
- DE BEM, Leonardo Schmitt. Os requisitos do acordo de não persecução penal. In: DE BEM, Leonardo Schmitt; MARTINELLI, João Paulo (org.). **Acordo de não persecução penal**. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021. p. 219-264.
- DE BEM, Leonardo Schmitt; MARTINELLI, João Paulo. O respeito à Constituição Federal na

aplicação retroativa do ANPP. In: DE BEM, Leonardo Schmitt; MARTINELLI, João Paulo (org.). **Acordo de não persecução penal**. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021. p. 127-144.

EPSTEIN, Lee; KING, Gary. **Pesquisa empírica em Direito**: as regras de inferência. São Paulo: Direito GV, 2013.

FESTINGER, Leon. **Teoria da dissonância cognitiva**. Trad. Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar, 1975.

FINDLEY, Keith A.; SCOTT, Michael S. The Multiple Dimensions of Tunnel Vision In Criminal Cases. **Wisconsin Law Review**, [s. l.], v. 2, p. 291-397, jun. 2006. Disponível em: <http://tinyurl.com/yjxtatsd>. Acesso em: 18 ago. 2022.

GUARAGNI, Fábio André. Acordo de não persecução penal: os contornos da confissão exigida pelo art. 28-A do CPP. In: DE BEM, Leonardo Schmitt; MARTINELLI, João Paulo (org.). **Acordo de não persecução penal**. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021. p. 281-302.

HAACK, Susan. **Evidence Matters**: Science, Proof, and Truth in the Law. New York: Cambridge University Press, 2014.

HAACK, Susan. **Filosofía del derecho y de la prueba**. Perspectivas pragmatistas. Trad. de Carmen Vázquez. Madrid: Marcial Pons, 2020.

HEUMANN, Milton. **Plea Bargaining**. The Experiences of Prosecutors, Judges, and Defense Attorneys. Chicago: The University of Chicago Press, 1981.

LANGBEIN, John H. Tortura e plea bargaining. In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (org.). **Sistemas processuais penais**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021. p. 162-182.

LANGER, Máximo. From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure. **Harvard International Law Journal**, [s. l.], v. 45, n. 1, p. 1-64, 2004. Disponível em: <http://tinyurl.com/ycxbwy28>. Acesso em: 11 set. 2022.

LAUDAN, Larry. **Truth, Error, and Criminal Law**: An Essay in Legal Epistemology. New York: Cambridge University Press, 2006.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva jur, 2021.

LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOPES JR., Aury; PACZEK, Vitor. O plea bargaining no projeto “anticrime”: remédio ou veneno? In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (org.). **Plea bargaining**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 149-174.

MISSE, Michel. **O inquérito policial no Brasil**: uma pesquisa empírica. Rio de Janeiro: Booklink: Fenapef: Necvu, 2010.

MORVAN, Camille; O'CONNOR, Alexander. **An Analysis of Leon Festinger's A Theory of Cognitive Dissonance**. London: Macat Library, 2017.

MOSCATELLI, Livia Yuen Ngan. Considerações sobre a confissão e o método Reid aplicado na investigação criminal. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 6, n. 1, p. 361-694, jan./abr. 2020. Disponível em: <http://tinyurl.com/3xt69eh3>. Acesso em: 15 out. 2022.

NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas. A expansão da justiça negociada e as perspectivas para o processo justo: a *plea bargaining* norte-americana e suas traduções no âmbito da *civil law*. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, [s. l.], v. 14, n. 1, p. 331-365, jul./dez. 2014. Disponível em: <http://tinyurl.com/3xddzn56>. Acesso em: 13 out. 2022.

NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas. Vieses cognitivos e o problema das condenações errôneas: ou o incrível caso do serial killer que nunca matou ninguém. **Trincheira democrática**, [s. l.], a. 2, n. 5, p. 24-27, out. 2019.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://tinyurl.com/ythuhpm3>. Acesso em: 15 out. 2022.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

PRADO, Geraldo. **A cadeia de custódia da prova no processo penal**. 2. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2021.

RITTER, Ruiz. **Imparcialidade no processo penal**: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. 2016. 195 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2016. Disponível em: <http://tinyurl.com/yey3pe32>. Acesso em: 7 out. 2022.

ROSA, Alexandre Moraes da; ROSA, Luísa Walter da; BERMUDEZ, André Luiz. **Como negociar o acordo de não persecução penal**: limites e possibilidades. Florianópolis: Emais, 2021.

SALGADO, Daniel de Resende. A horizontalização do acordo de não persecução penal. In: SALGADO, Daniel de Resende; KIRCHER, Luis Felipe Schneider; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (coord.). **Justiça Consensual**. Acordos criminais, cíveis e administrativos. Salvador: JusPodivm, 2022. p. 449-486.

SCHÜNEMANN, Bernd. Cuestiones básicas de la estructura y reforma del procedimiento penal bajo una perspectiva global. In: SCHÜNEMANN, Bernd. **Obras**. Tomo II. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2009.

SCHÜNEMANN, Bernd. O Juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e aliança. Tradução de Luís Greco. In: GRECO, Luís (coord.). **Estudos de Direito Penal, Direito Processual Penal e Filosofia do Direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 205-221.

SILVA, Franklyn Roger Alves. A postura da defesa nos acordos de não persecução penal.



**Consultor Jurídico**, [s. l.], 12 jan. 2021. Disponível em: <http://tinyurl.com/bdwwexb>. Acesso em: 15 out. 2022.

TARUFFO, Michele. **A prova**. Trad. João Gabriel Couto. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

THE NATIONAL COURT RULES COMMITTEE (United States). Federal Rules of Criminal Procedure. **Rule 11**. Pleas. Originally promulgated in 1944. Disponível em: <http://tinyurl.com/583u8dfj>. Acesso em: 11 out. 2022.

THE NATIONAL REGISTRY OF EXONERATIONS. A Project of the University of California Irvine Newkirk Center for Science & Society, University of Michigan Law School & Michigan State University College of Law. **Browse Case: Detailed View**. 2023. Disponível em: <http://tinyurl.com/mtbtytbr>. Acesso em: 12 out. 2022.

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

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de; REIS, Dimas Antônio Gonçalves Fagundes. Limites à utilização da confissão do imputado realizada como requisito ao acordo de não persecução penal. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 20, n. 80, p. 264-279, jan./mar. 2021.

VIEIRA, Renato Stanziola. O que vem depois dos “legal transplants”? Uma análise do processo penal brasileiro à luz do direito comparado. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 767-806, maio-ago. 2018. Disponível em: <http://tinyurl.com/mr2tjs9d>. Acesso em: 15 ago. 2022.

WELLS, Gary L.; MEMON, Amina; PENROD, Steven D. Eyewitness Evidence: Improving Its Probative Value. **Psychological Science in the Public Interest**, [s. l.], v. 7, n. 2, p. 45-75, nov. 2006. DOI: <https://doi.org/10.1111/j.1529-1006.2006.00027.x>.