

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

NATÁLIA REIS LUCAS DA SILVA

**O “NOVO” ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: ANÁLISE SOB A ÓTICA
DA IMPORTAÇÃO DE MECANISMOS NEGOCIAIS E À LUZ DOS PRINCÍPIOS
CONSTITUCIONAIS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E ESTADO DE
INOCÊNCIA**

São Paulo

2020

NATÁLIA REIS LUCAS DA SILVA

O “NOVO” ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: ANÁLISE SOB A ÓTICA DA
IMPORTAÇÃO DE MECANISMOS NEGOCIAIS E À LUZ DOS PRINCÍPIOS
CONSTITUCIONAIS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E ESTADO DE INOCÊNCIA

Trabalho de Graduação Interdisciplinar apresentado
como requisito para obtenção do título de Bacharel
no Curso de Direito da Universidade Presbiteriana
Mackenzie.

Orientador: Prof. Dr. Alexis Augusto Couto de Brito

São Paulo

2020

NATÁLIA REIS LUCAS DA SILVA

O “NOVO” ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: ANÁLISE SOB A ÓTICA DA
IMPORTAÇÃO DE MECANISMOS NEGOCIAIS E À LUZ DOS PRINCÍPIOS
CONSTITUCIONAIS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E ESTADO DE INOCÊNCIA

Trabalho de Graduação Interdisciplinar apresentado
como requisito para obtenção do título de Bacharel
no Curso de Direito da Universidade Presbiteriana
Mackenzie.

Aprovada em:

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Alexis Augusto Couto de Brito
Universidade Presbiteriana Mackenzie

Examinador(a)

Examinador(a)

O “NOVO” ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: ANÁLISE SOB A ÓTICA DA IMPORTAÇÃO DE MECANISMOS NEGOCIAIS E À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E ESTADO DE INOCÊNCIA

Natália Reis Lucas da Silva

Resumo: O presente artigo tem como objetivo apresentar reflexões acerca do novo acordo de não persecução penal, introduzido por meio da Lei nº 13.964/19, a qual trouxe diversas e significativas modificações legislativas na esfera penal e processual penal. O instituto possui influência do *plea bargain* norte-americano e foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro como um instrumento de consensualidade político-criminal em favor da economia processual e celeridade na realização da justiça criminal no Brasil. Nesse contexto, tanto a importação de institutos da *common law* para a jurisdição *civil law* como a (in)observância aos princípios constitucionais do devido processo legal e estado de inocência suscitam questões que merecem uma análise mais detalhada.

Palavras-chave: Justiça Penal Negociada. *Plea Bargain*. *Common law*. *Civil law*. Acordo de Não Persecução Penal. Devido Processo Legal. Estado de Inocência.

Abstract: The aim of this article is to present reflections on the new non-prosecution agreement. This institute was introduced by Law no. 13.964/19, which brought several significant legislative modifications in both criminal and criminal procedural spheres. The institute was influenced by the north american plea bargain institute and was inserted in the Brazilian legal system as an instrument of political and criminal consensuality in favor of procedural promptness in Brazilian criminal justice. In this context, both the importation of common law institutes into civil law jurisdiction and the (in)observance of the constitutional principles of due process of law and state of innocence raise questions that merit a more detailed analysis.

Keywords: Negotiated Criminal Justice. Plea Bargain. Common law. Civil law. Non-prosecution Agreement. Due Process of Law. State of Innocence.

Sumário: 1. Introdução. 2. Justiça penal negociada no Brasil. 2.1. Lei nº 9.099/1995. 2.2. Lei nº 12.850/2013. 2.3. Lei nº 13.964/2019. 3. *Plea bargain* no direito norte-americano. 3.1.

Definição e contextualização histórica. 3.2. Classes de *plea bargain*. 3.3. Características essenciais do *plea bargain*. 3.4. Influência do *plea bargain* no direito brasileiro. **4.** Sistemas *common law* X *civil law*. 4.1. Características dos modelos processuais penais. 4.2. Importação de institutos do sistema *common law* para a jurisdição *civil law*. **5.** O acordo de não persecução penal à luz das garantias constitucionais. 5.1. Discussões superadas com o advento da Lei nº 13.964/2019. 5.2. O acordo de não persecução penal e o devido processo legal. 5.3. O acordo de não persecução penal e o estado de inocência. **6.** Conclusão. Referências bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

O aumento exponencial do número de processos criminais e a morosidade do Poder Judiciário no julgamento de ações penais têm levado à busca por medidas para solucionar ou amenizar o problema. A justiça negociada já se encontra presente em diversos países e também tem conquistado espaço no Brasil desde a introdução da Lei nº 9.099, no ano de 1995, através dos mecanismos da transação penal e suspensão condicional do processo.

Nesse contexto, tramitou no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 10.372/2018, de autoria do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Alexandre de Moraes, com outros juristas. A partir de então, o Congresso Nacional decidiu avaliar em conjunto os projetos apresentados pelo Ministro do Supremo e pelo ex-Ministro Sérgio Moro (PL 882/2019).

Ambos os projetos tinham em comum a proposta de implementação de mecanismos consensuais no sistema penal, um deles com maior abrangência, que seria o *plea bargain* (art. 395-A do Código de Processo Penal), e outro de alcance mais restritivo, o acordo de não persecução penal, disposto no art. 28-A do mencionado diploma.

Apenas o segundo instituto foi aprovado, o que resultou na promulgação da Lei nº 13.964/19. Em termos gerais, o acordo de não persecução penal, que anteriormente era disciplinado pela Resolução nº 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), está condicionado a situações que envolvem crimes cometidos sem violência ou grave ameaça, cuja pena mínima cominada seja inferior a 4 anos.

Embora não seja uma reprodução do instituto do *plea bargain* estadunidense propriamente dito, o acordo de persecução penal tem grande influência do modelo processual penal norte-americano e apresenta reflexos no ordenamento jurídico pátrio.

Diante disso, o presente artigo pretende analisar os diferentes modelos processuais penais no tocante à introdução de institutos negociais, como o *plea bargain*, em sistemas de

tradição *civil law*, assim como trazer uma discussão acerca do acordo de não persecução penal à luz dos princípios constitucionais do devido processo legal e estado de inocência.

2 JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA NO BRASIL

A grande demanda do Poder Judiciário e sua consequente lentidão para a resolução de processos gerou a necessidade de se buscar maior simplificação e economia processual com vistas à efetividade do processo penal.

Nesse contexto, a justiça consensual é um modelo muito presente nos sistemas penais de diversos países, sendo sua introdução no Brasil decorrente do direito estadunidense, cujas normas são baseadas no regime da *common law*, fundado em precedentes judiciais, diferentemente do sistema aqui adotado, regrado pela legislação (*civil law*).

De acordo com o autor Marllon Sousa, a justiça criminal negocial é definida como

[...] o procedimento criminal em que um acusado, ou suspeito, voluntariamente e conscientemente, negocia com a acusação para chegar a um acordo e abreviar o julgamento, resultando na aplicação imediata de uma punição (que não a prisão) e potencial reparação de danos do crime.¹

Nesse sentido, a premissa da justiça consensual parte da concepção de uma relação de cooperação entre o Juiz, o membro do Ministério Público e o defensor, cada qual com sua participação no processo de negociação do respectivo acordo, de modo a atender as expectativas do Estado, da sociedade e do acusado.

Os principais elementos de um acordo válido para solucionar um processo criminal da forma mais célere possível são o livre arbítrio do réu em negociar os termos da proposta e o completo conhecimento de seus efeitos. As consequências do acordo seriam, portanto, uma resolução mais breve do caso, uma reparação mais rápida dos danos e uma maior eficácia da justiça penal como um todo.²

2.1 Lei n° 9.099/1995

O marco principal do surgimento da justiça penal consensual no ordenamento jurídico brasileiro ocorreu com a Lei Federal n° 9.099/95, a qual passou a regular sobre os Juizados

¹ SOUSA, Marllon. *Plea bargaining no Brasil*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. p. 208.

² Idem, ibidem, p. 211-212.

Especiais Criminais.

Os institutos consensuais precursores trazidos por meio da referida Lei são a composição civil, a transação penal e a suspensão condicional do processo. Trata-se de espaços de consenso restritos às infrações de menor potencial ofensivo, as quais englobam contravenções penais e crimes punidos com pena máxima de até dois anos.

A proposta de **composição civil**, prevista nos artigos 72 a 74 da Lei nº 9.099/95, é formulada pelo membro do *Parquet* no primeiro momento da audiência preliminar, ocasião em que as partes tentam chegar a um acordo sobre uma reparação civil, resultando na suspensão das investigações. Apesar de ter como objeto interesse de natureza cível, tal instituto apresenta elementos consensuais que o insere no âmbito da justiça penal negociada na medida em que visa à solução pactuada entre a vítima e o suposto autor.

Frustrada a tentativa de composição civil, passa-se para a segunda etapa da audiência preliminar, a **transação penal**. Nessa fase, afastada a hipótese de arquivamento, o Promotor poderá propor a aplicação de multa ou pena restritiva de direitos caso estejam presentes os requisitos do artigo 76 da Lei nº 9.099/95. É necessário que o acusado não tenha sido condenado definitivamente pela prática de crime à pena privativa de liberdade, nem tenha efetuado outro acordo semelhante nos cinco anos anteriores, sendo analisados, por fim, os antecedentes, a personalidade e as circunstâncias fáticas da conduta.

Uma vez aceita pelo acusado, o juiz homologará a proposta e aplicará a pena acordada, estando a extinção da punibilidade condicionada ao cumprimento das medidas impostas. Caso não sejam cumpridas as condições, retorna-se ao *status quo ante*, possibilitando que o Ministério Público dê continuidade à persecução penal mediante o oferecimento de denúncia ou requisição de inquérito policial, conforme disposto na Súmula Vinculante nº 35 do Supremo Tribunal Federal.

Trata-se, assim, de acordo realizado entre o autor do fato e o titular da ação penal, no qual, em tese, ambas as partes são beneficiadas, tendo em vista que o primeiro aceita a aplicação imediata de sanção penal, a qual não importará em reincidência ou maus antecedentes, enquanto o interesse do órgão acusatório é favorecido pela imposição da pena de modo mais célere, com redução de gastos de recursos.

Por fim, o terceiro instituto que faz parte da justiça negocial é a **suspensão condicional do processo**, prevista no artigo 89 da Lei nº 9.099/95. O *Parquet*, ao oferecer a denúncia, pode propor a suspensão do processo pelo prazo de 2 a 4 anos nos casos envolvendo crimes cuja pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidos ou não pela referida Lei, uma vez presentes os demais requisitos legais. Firmado o acordo e cumpridas as condições acordadas,

há a extinção da punibilidade do acusado.

Assim, há de se reconhecer que a criação da Lei n° 9.099/95 foi um grande passo dado no sentido de acompanhar o modelo de justiça consensual presente nos sistemas penais dos demais países (Estados Unidos, Alemanha e Espanha, por exemplo), especialmente no tocante aos atos ilícitos de menor relevância.

2.2 Lei n° 12.850/2013

A Lei Federal n° 12.850/13 traz outra forma de justiça consensual nos julgamentos criminais brasileiros, qual seja, a **delação** ou **colaboração premiada**.

A colaboração se trata de acordo mútuo entre os acusados e o Ministério Público, homologado pelo magistrado, que envolve assunção da participação delituosa e cooperação na persecução criminal, com vistas à obtenção de meios de prova pelo órgão acusatório e à concessão de benefícios ao agente colaborador como contrapartida.

Diferentemente dos institutos abordados acima, a colaboração premiada mantém a necessidade de um processo criminal em razão de sua *finalidade probatória*, em que o acusado é incentivado a colaborar na produção de provas para a resolução de crimes complexos. As declarações do colaborador não são por si só suficientes para uma condenação, razão pela qual é mantido o transcurso normal do procedimento penal.

Nos termos da Lei, para a obtenção dos benefícios, a colaboração do acusado deve garantir pelo menos um dos seguintes resultados: (i) identificação de outros participantes da organização criminosa, bem como das infrações por eles praticadas; (ii) descrição da estrutura hierárquica e divisão de tarefas da organização; (iii) auxiliar na prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização; (iv) recuperação total ou parcial do produto das infrações penais praticadas; e (v) localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada, em casos de crimes com vítima identificada e não localizada.³

Pode-se dizer, ainda, que o referido instituto é também classificado como um “negócio jurídico processual”, visto que o acusado, ao se conformar com a pretensão acusatória, recebe um benefício (redução de pena ou até perdão judicial, por exemplo) em troca de sua colaboração ao Estado. Conclui-se, portanto, que, embora apresente características particulares, a colaboração premiada pode ser definida como uma espécie de justiça criminal negocial.

³ BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo Busato. *Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei n. 12.850/2013*. São Paulo: Saraiva, 2014.

2.3 Lei n° 13.964/2019

Uma das principais inovações legislativas advindas do denominado Pacote Anticrime é o instituto do **acordo de não persecução penal**, introduzido pela Lei n° 13.964/2019 no Código de Processo Penal.

O novo artigo 28-A incorporou em lei o acordo de não persecução penal, que já possuía uma regulamentação administrativa através da Resolução n° 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), a qual trazia redação similar em seu artigo 18.

Na prática, o acordo de não persecução penal representa mais um passo dado frente à expansão dos espaços de consenso no sistema penal brasileiro. Tendo em vista que o pressuposto para a formalização do referido acordo é que se trate de infração penal cuja pena mínima seja inferior a 4 (quatro) anos, praticada sem violência ou grave ameaça, permite-se que a medida seja aplicável a uma maior gama de crimes, somando-se àqueles que já eram abrangidos pelo conceito de menor potencial ofensivo da Lei n° 9.099/95.

Outros requisitos previstos para a elaboração da proposta de não persecução penal são: (i) não ser o caso de arquivamento do inquérito policial; (ii) ter o investigado confessado, formal e circunstancialmente, a prática delitiva; e (iii) ser o acordo necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime.

A proposta do acordo representa uma alternativa ao oferecimento da denúncia, quando presentes indícios de autoria (ou participação) e prova da existência da infração penal. Considerando que a investigação preliminar se destina à formação da *opinio delicti* pelo órgão acusatório, uma vez ausentes tais requisitos, o Ministério Público deve determinar o arquivamento do inquérito policial, nos termos do artigo 28, *caput*, do Código de Processo Penal.

A Lei também estabelece que não caberá proposta de acordo de não persecução penal (i) se for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais; (ii) se o investigado for reincidente ou houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas; (iii) caso o agente tenha sido beneficiado nos cinco anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; e (iv) nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor.

As condições impostas pela nova Lei para fins de formalização do acordo de não persecução penal devem ser ajustadas “cumulativa e alternativamente”, sendo elas: (i)

reparação do dano ou restituição da coisa à vítima; (ii) renúncia voluntária a bens e direitos indicados pelo Ministério Público, como instrumentos, produtos ou proveitos de crime; (iii) prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução; (iv) pagamento de prestação pecuniária a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução; e (v) cumprimento, por prazo determinado, de outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

Por fim, para homologação do acordo, será realizada audiência em que a autoridade judicial deverá constatar a voluntariedade da aceitação do acordo pelo investigado, na presença de seu defensor, cabendo ao magistrado verificar a sua legalidade, bem como o preenchimento dos requisitos legais e as condições pactuadas (art. 28-A, §§4º e 5º, CPP).

Portanto, é possível constatar que, em razão da presença dos elementos da autoincriminação e da confissão detalhada em troca da aplicação imediata de uma sanção penal, o acordo de não persecução penal é o instituto que mais se assemelha ao *plea bargain* estadunidense, em comparação às demais formas de justiça consensual presentes no ordenamento jurídico penal brasileiro.

3 PLEA BARGAIN NO DIREITO NORTE-AMERICANO

3.1 Definição e contextualização histórica

O instituto do *plea bargain*, nas palavras de Wálter Fanganiello Maierovitch, consiste em uma

[...] transação, acordo (agreement), que abrevia a solução do processo pela eliminação da colheita da prova e supressão dos debates entre as partes. O imputado, em troca de benefícios, admite sua culpabilidade e declara-se responsável pelo crime cometido (plea of guilty).⁴

Historicamente, o *plea bargain* nem sempre prevaleceu, sendo os processos criminais em geral julgados por *jury trials*. Foi ao final da Guerra Civil (1861-1865) que os tribunais estadunidenses passaram a documentar inúmeras negociações semelhantes à prática moderna,

⁴ MAIEROVITCH, Wálter Fanganiello. Apontamentos sobre política criminal e a "plea bargaining". *A força policial: órgão de informação e doutrina da instituição policial militar*, São Paulo, n. 8, p. 91-99, out./dez. 1995. p. 93.

especialmente a partir do deslocamento de ondas de americanos e imigrantes e a consequente elevação das taxas de criminalidade.

A princípio, os tribunais teriam proibido o oferecimento de benefícios aos acusados em troca de confissões. Por essa razão, o *plea bargain* era empregado de maneira oculta (*under the table*, conforme os críticos) até o ano de 1968.⁵

Durante o referido período de proibição, houve um aumento do número de crimes na legislação penal norte-americana, seguido de um acúmulo de processos nos tribunais, situação que demandava a admissão do *plea bargain* por parte das cortes estadunidenses. Os integrantes do Ministério Público, desse modo, passaram a recorrer cada vez mais à justiça negocial e os acordos se popularizaram em grande escala.⁶

Os tribunais norte-americanos, ainda assim, permaneciam relutantes em admitir o *plea bargain*, por considerarem-no inconstitucional, na maioria dos casos, em razão de as ameaças de penas mais gravosas tornarem involuntária a adesão aos acordos oferecidos pela acusação:

Nenhum tipo de pressão pode ser permitida para levar a parte a abrir mão de qualquer direito ou vantagem por menor que seja. A lei não sofrerá o menor peso para ser colocada na balança contra ele. (*O'Hara v. People*, 1879).

O acordo deve ser inteiramente voluntário por alguém competente para saber as consequências e não deve ser induzido por medo, equívoco, persuasão, promessas, inadvertência ou ignorância. (*Pope v. State*, 1908).⁷ (tradução livre)

Para além das motivações relacionadas à criminalidade em ascensão e os recursos processuais limitados, Malcolm M. Feeley também aborda questões referentes ao aumento dos profissionais das cortes criminais em tempo integral e à expansão da disponibilidade de advogados de defesa.⁸

Segundo o autor, na parte final do século XIX, o processo criminal passava por uma transformação de um sistema administrado por agentes leigos, como promotores policiais e juízes não formados em Direito, para um dominado por profissionais em tempo integral e experientes na área jurídica. Da mesma forma, os advogados de defesa, que antes ocupavam uma posição limitada nos tribunais, passaram a desempenhar um papel mais expandido nos julgamentos criminais.

⁵ Idem, *ibidem*, p. 93.

⁶ RODAS, Sérgio. Nos EUA, *plea bargain* foi instituído para desafogar tribunais. *Consultor Jurídico*, 19 fev. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-19/eua-plea-bargain-foi-instituido-desafogar-tribunais>. Acesso em: 16 ago. 2020.

⁷ ALSCHULER, Albert W. *Plea Bargaining and Its History*. *Columbia Law Review*, v. 79, n. 1, 1979. p. 20

⁸ FEELEY, Malcolm M. *Plea bargaining and the structure of the criminal process*. *The Justice System Journal*, v. 7, n. 3, p. 338-354, 1982. p. 339.

Nesse contexto, tanto procedimentos pré-processuais quanto regras probatórias expandiram em número e complexidade, o que permitiu aos promotores e defensores mais oportunidades e incentivos para disporem de instrumentos pré-processuais como as negociações.

O cenário, assim, passou a mudar a partir de 1967, quando a American Bar Association (ABA) sinalizou a importância do *plea bargain* para o sistema judicial estadunidense, visto que este não possuía recursos suficientes para absorver a extensa quantidade de procedimentos penais existentes à época.

A Suprema Corte, então, enfrentou o tema de forma definitiva no caso *Brady v. United States*, em 1970, no qual o *plea bargain* foi considerado “inerente ao direito criminal e à sua administração”. Um ano depois, no caso *Santobello v. New York*, foi estabelecido que “[...] a disposição de acusações após discussões sobre o acordo não é apenas uma parte essencial do processo [criminal], mas uma parte altamente desejável por inúmeras razões.”⁹

A partir de então, o *plea bargain* tornou-se hegemônico nos Estados Unidos, sendo atualmente um instrumento extremamente comum no sistema de justiça criminal. Um levantamento feito pelo governo norte-americano¹⁰ demonstrou que, durante um período de 12 meses, com término em 30 de junho de 2017, entre os casos que resultaram em condenações, o *plea bargain* foi responsável por 67.320 condenações, ao passo que as condenações por julgamentos por júri foram 1.388 e julgamentos por juízes togados em processos criminais foram apenas 179. Tais números sugerem que o procedimento de *plea bargain* foi responsável por resolver 89,5% de todos os casos criminais nos tribunais federais dos Estados Unidos no período analisado.

3.2 Classes de *plea bargain*

Segundo os autores Milton Heumann, Douglas W. Maynard e Silvia Barona Vilar, são admitidas três formas de *plea bargain* no processo norte-americano: (i) *charge bargaining*; (ii) *sentence bargaining*; e (iii) forma mista.¹¹

⁹ FEELEY, Malcolm M. Plea bargaining and the structure of the criminal process. *The Justice System Journal*, v. 7, n. 3, 1982. p. 353.

¹⁰ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *U.S. District Courts – Criminal Defendants Disposed of, by Type of Disposition and Offense, During the 12-Month Period Ending June 30, 2017*. *US COURTS*, 2017. Disponível em: https://www.uscourts.gov/sites/default/files/data_tables/stfj_d4_630.2017.pdf. Acesso em: 20 ago. 2020.

¹¹ SOUZA, José Alberto Sartório de. Plea bargaining: modelo de aplicação do princípio da disponibilidade. *De Jure*: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, n. 2, p. 245-293, dez. 1998.

Na *charge bargaining*, que ocorre em momento anterior ao oferecimento da acusação, o Ministério Público, em troca da confissão de culpa por parte do acusado, se compromete a abandonar determinadas imputações que originalmente foram feitas ou a substituir o delito original por outro de menor gravidade.

A *sentence bargaining*, por sua vez, consiste em um acordo entre o acusado e o promotor, e, por vezes, conta com a participação do juiz na fase da sentença. Após o reconhecimento da culpabilidade pelo acusado, é feito o acordo de que: (i) será postulada a aplicação de uma pena determinada, dentre variantes estabelecidas; (ii) a acusação fará recomendações benevolentes ao magistrado, que não está obrigado a segui-las; ou (iii) o órgão acusatório não se oporá a pedido de moderação de pena feito pela defesa.

A terceira forma, mista, combina benefícios das duas classes anteriores. Mediante a confissão do acusado, há a diminuição das imputações, no caso de mais de um crime cometido, e a aplicação de uma pena atenuada. Há, igualmente, formas de negociação em que o acusado pode devolver objetos subtraídos, comprometer-se a indenizar a vítima, fornecer informações à autoridade policial ou testemunhar em desfavor de outras pessoas.

3.3 Características essenciais do *plea bargain*

A Suprema Corte, no emblemático caso *Brady v. United States*, estabeleceu algumas condições para a validade do *plea bargain*, quais sejam:

- a) o acusado deve estar plenamente consciente das consequências diretas do acordo, incluindo o valor real de todos os compromissos assumidos (*McCarthy v. USA*, 1969); b) a declaração do acusado não pode ser induzida por ameaças, nem por falsas promessas ou promessas irrealizáveis; c) o acordo não pode ser posteriormente desfeito simplesmente porque o acusado resolveu reconsiderar sua decisão; d) os tribunais devem se certificar de que as declarações de culpa são voluntárias e estrategicamente orientadas por defensores competentes e que não haja nenhuma dúvida sobre seu rigor e fidelidade às admissões do acusado.¹²

Em razão da multiplicidade de jurisdições e os mais de 50 modelos de processo penal nos Estados Unidos, o autor Marllon Sousa realizou um estudo de metodologia comparativa para avaliar o *plea bargain* e obter seus traços centrais, através da análise das Regras Federais de Procedimento Penal e demais normas definidas nos regimentos das cortes criminais norte-americanas.

¹² MASI, Carlo Velho. A plea bargaining no sistema processual penal norte-americano. *Canal Ciências Criminais*, 29 jun. 2016. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/a-plea-bargaining-no-sistema-processual-penal-norte-americano/>. Acesso em: 21 ago. 2020.

Ao todo, foram identificadas 7 características essenciais ao *plea bargain*:¹³

- a. É um procedimento pré-processual;
- b. Tipos de declaração possíveis perante o juízo: culpado, não culpado ou nolo contendere;
- c. Há regra para se aconselhar o réu sobre seus direitos e as consequências diretas de se declarar culpado;
- d. A barganha processual é aceitável se o réu concordar com seus termos voluntariamente e conscientemente;
- e. Juiz deve verificar a base fática para aceitar antes de se aceitar um acordo de confissão;
- f. Previsão de deveres judiciais mínimos em procedimentos de barganha;
- g. Considera-se inadmissível o uso da confissão feita no procedimento de barganha como evidência.

De acordo com o mencionado autor, o primeiro elemento central do *plea bargain* nos Estados Unidos é a natureza do procedimento, sendo as negociações consideradas pré-processuais. Contudo, uma vez alcançado um acordo entre acusação e defesa, seguido de uma declaração de confissão de culpa em audiência pública, este possui as mesmas consequências que um veredito de culpado após um julgamento em contraditório completo.

O segundo traço essencial da barganha norte-americana é referente aos tipos distintos de declarações em juízo que o acusado pode realizar após a proposição do acordo. Segundo a Regra 11 do modelo Federal de Processo Penal, é possível declarar-se culpado, inocente ou simplesmente não contestar a acusação (*nolo contendere*). Uma vez declarada a culpa, o acusado estará confessando as acusações apresentadas no *plea bargain*, sendo condenado e aplicada a pena pelo juiz. De acordo com a Suprema Corte, a confissão é mais do que uma admissão da culpa, representando uma renúncia do direito do acusado a um julgamento perante um júri ou juiz.

A terceira característica principal do *plea bargain* é a previsão de que o acusado seja informado sobre as consequências diretas da confissão de culpa. Ou seja, o indivíduo deve ter conhecimento acerca dos fatos do caso e estar ciente das consequências e condições estabelecidas no acordo, para assim tomar a decisão voluntária de se declarar ou não culpado. O papel do juiz, aqui, é o de assegurar que o acusado tenha sido devidamente orientado pela defesa sobre esses pontos antes da aceitação ou rejeição do acordo.

O quarto aspecto central é a voluntariedade e consciência da confissão e aceitação do acordo pelo acusado. Fato é que qualquer confissão que possa resultar na condenação e punição de um indivíduo somente será válida se estiver plenamente demonstrado que o acusado anuiu,

¹³ SOUSA, Marllon. *Plea bargaining no Brasil*. 2 ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. p. 121-128.

de forma voluntária e consciente, ao acordo proposto pela acusação. Esse requisito é, inclusive, considerado um padrão constitucional para a validade do *plea bargain*.

O quinto traço fundamental da barganha norte-americana refere-se à exigência de que o acordo deve refletir os fatos do caso, no que a maioria dos regulamentos define como a verificação de base fática (*factual basis*) para uma confissão, devendo estar notadamente relacionada com os elementos declarados na acusação.

A sexta característica essencial é a necessidade de considerações judiciais sobre o acordo apresentado pelas partes. Muito embora os juízes, em regra, não se envolvam nas negociações, a mencionada Regra 11 determina que os magistrados aceitem, rejeitem ou adiem a decisão sobre os termos do acordo, se necessária uma avaliação adicional. Assim, o juiz deve agir como uma autoridade imparcial no processo de negociação, sendo responsável pela verificação da equidade do acordo apresentado pela acusação e defesa.

Por fim, ainda segundo Marllon Sousa, o sétimo elemento principal do *plea bargain* assinala que as discussões realizadas no âmbito das negociações não podem ser utilizadas ou admitidas como prova em julgamento, na hipótese de não haver um acordo. Esse requisito é essencial para assegurar a imparcialidade do julgamento em caso de não concordância entre o acusado e a promotoria.

3.4 Influência do *plea bargain* no direito brasileiro

No Brasil, o projeto de lei apresentado pelo ex-Ministro Sérgio Moro, o qual deu origem à Lei nº 13.964/2019, previa a criação do instituto do *plea bargain* em seu art. 395-A, sendo suas características principais muito similares àquelas do *plea bargain* norte-americano. No entanto, a Câmara dos Deputados rejeitou a proposta de criação do referido instituto, sob a alegação de que a medida desrespeitava o preceito constitucional da presunção de inocência, previsto na legislação brasileira.¹⁴

Não obstante, o grupo aprovou a proposta do acordo de não persecução penal, atualmente previsto no art. 28-A da Lei nº 13.964/2019. Como já mencionado, o referido acordo é o instituto presente no ordenamento jurídico penal brasileiro que mais se assemelha ao *plea bargain* norte-americano. Apesar de apresentar particularidades, como o fato de estar restrito à prática de infrações penais sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 anos,

¹⁴ GONÇALVES, Eduardo. Deputados rejeitam 'plea bargain' e Moro sofre mais uma derrota. *Veja*, 7 ago. 2019. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/politica/deputados-rejeitam-plea-bargain-e-moro-sofre-mais-uma-derrota/>. Acesso em: 04 out. 2020.

o acordo preserva algumas das características essenciais do *plea bargain*, quais sejam (i) confissão formal e circunstanciada da prática da infração penal; (ii) aplicação imediata de uma sanção penal como contrapartida, diversa da pena privativa de liberdade; e (iii) homologação do acordo através de audiência na qual o juiz verifica sua legalidade e voluntariedade.

Assim, considerando a influência do *plea bargain* no acordo de não persecução penal, cabe, agora, uma breve digressão acerca dos diferentes modelos processuais contemporâneos e da importação dos institutos da *common law* para o sistema *civil law*.

4 SISTEMAS COMMON LAW X CIVIL LAW

4.1 Características dos modelos processuais penais

Em relação ao sistema processual penal adversarial norte-americano, Marcella Mascarenhas Nardelli traça seus contornos acerca do modelo *common law*, cujas características remontam ao *fair trial*, relacionado às regras de um processo justo e que assegure a segurança jurídica. A tradição *civil law*, por sua vez, delimita a importância às regras de provas (*rules of evidence*), demonstrando maior preocupação com o método de obtenção da verdade do que com a descoberta da verdade propriamente dita.¹⁵

Os países que adotam o sistema *civil law* remontam suas origens à tradição romano-germânica, em que o método inquisitivo se aperfeiçoou no bojo das jurisdições eclesiásticas, influenciado pelo direito canônico. O sistema inquisitorial, portanto, tinha como premissa a obtenção da verdade a qualquer custo, destacando-se o protagonismo do juiz na colheita do material probatório.

Nesse sentido, o autor Máximo Langer desenvolve um estudo acerca da introdução de mecanismos negociais em sistemas *civil law* (Alemanha, Itália, Argentina e França). De início, busca explicar a diferença histórica entre o processo penal adversarial estadunidense e os processos penais inquisitoriais da tradição *civil law*.¹⁶

De acordo com o referido autor, os sistemas adversarial e inquisitorial podem ser entendidos não apenas como duas formas de distribuição de poderes e responsabilidades entre

¹⁵ 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*. UERJ, v. 14, 2014. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/14542/15863>. Acesso em: 03 out. 2020

¹⁶ LANGER, Maximo. From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure. *Harvard International Law Journal*. v. 45. n. 01, 2004. Tradução de Ricardo Jacobsen Gloeckner e Frederico C. M. Faria.

os diversos atores jurídicos – o julgador (juiz ou júri), o acusador e a defesa –, mas também como culturas processuais distintas. A principal diferença traçada entre ambas está no fato de que o sistema adversarial concebe o processo penal como uma disputa entre duas partes (acusação e defesa) diante de um julgador passivo, enquanto o sistema inquisitorial compreende o processo penal como uma investigação oficial a fim de determinar a verdade.

O autor ainda continua no sentido de que os modelos adversarial e inquisitorial não são apenas duas formas de estruturar os procedimentos criminais, mas também dois modos de entender e representar o processo penal. Exemplificativamente, os juízes do sistema *civil law* participam mais ativamente nas oitivas das testemunhas em comparação aos da jurisdição *common law*. Isso se deve tanto em razão das regras processuais, como da compreensão do papel do juiz no sistema *common law*. Enquanto o juiz do sistema inquisitorial é concebido como um investigador ativo, o magistrado do sistema adversarial é geralmente visto como um árbitro passivo que se presume não ter participação ativa na tomada de depoimentos de testemunhas.

Por fim, Máximo Langer também aborda a questão da “dimensão dos poderes processuais” como ponto de diferenciação entre os modelos adversarial e inquisitorial, no sentido de que os principais atores no processo penal possuem diferentes extensões de poderes processuais e responsabilidades em cada modelo. Exemplificando, o magistrado no sistema adversarial possui menos poderes processuais do que o magistrado no modelo inquisitorial (papel de investigador ativo), o que significa que tanto a acusação quanto a defesa no modelo adversarial têm mais poderes em comparação ao modelo inquisitorial.

Dito isso, não há como negar a existência da influência do modelo norte-americano nos mais diversos ordenamentos jurídicos estrangeiros. Há autores, como Robert Bohm,¹⁷ que descrevem uma “McDonaldização” do sistema de justiça criminal, a partir de processos e de julgamentos *fast-food*, enquanto há outros que afastam a hipótese de “americanização”, como o já mencionado Máximo Langer, o que será abordado mais adiante.

Nesse sentido, o autor Bernd Schünemann é categórico ao atestar a marcha triunfal do modelo processual penal estadunidense sobre o mundo desde o início da década de 90. De fato, essa tendência pode ser confirmada, tendo em vista que tanto o instituto mais importante do sistema norte-americano, o *plea bargain*, teve uma expansão cada vez maior no continente

¹⁷ BOHM, Robert M. “McJustice”: On the McDonaldization of Criminal Justice. *Justice Quarterly*, v. 23, n. 1, p. 127-146, mar. 2006.

européu, como também as diversas reformas processuais na América Latina se pautaram por fortes influências daquele modelo.¹⁸

4.2 Importação de institutos do sistema *common law* para a jurisdição *civil law*

É inegável a influência do modelo processual da *common law* sobre as jurisdições *civil law*, especialmente no tocante à justiça negocial. Em razão das marcantes diferenças entre ambos os sistemas, grande parte dos doutrinadores entende que, ao serem importados, os institutos consensuais trazem consigo os alicerces culturais do campo jurídico original, o que importaria uma falsa tentativa de normalização de suas premissas, entrando, assim, em conflito com os pressupostos do processo penal continental.¹⁹

Por outro lado, Máximo Langer expõe que, apesar de tal influência, a importação do *plea bargain* não é suscetível de reproduzir, na íntegra, um modelo estadunidense de processo criminal. Isso porque cada uma das jurisdições que adotou uma forma do referido instituto contém diferenças – em geral, substanciais – do modelo norte-americano, seja em razão das decisões dos reformadores jurídicos em cada uma das jurisdições, seja devido às divergências estruturais entre o processo penal estadunidense e os processos penais da tradição *civil law*.

O mencionado autor propõe, desse modo, a definição de “traduções legais” para a importação de institutos advindos da *common law*, em uma crítica ao termo “transplantes jurídicos”, empregado predominantemente por outros autores em artigos sobre a temática em questão. Considera que os modelos processuais inquisitorial e adversarial representam diferentes culturas processuais, com sistemas de produção de significados ímpares, de forma que a transferência de institutos deve ser analisada diante da linguagem e da tradição de cada campo importador.

Máximo Langer, assim, conclui que as influências adversariais não representam uma “americanização” da *civil law*, mas sim sua fragmentação. Isso se deve ao fato de que “[...] em suas interações com o processo penal receptor, cada mecanismo traduzido tem o potencial de transformar e ser transformado pelo sistema inquisitorial de formas diferentes.”²⁰

¹⁸ SCHÜNEMANN, Bernd. Um olhar crítico ao modelo processual penal norte-americano. In: SCHÜNEMANN, Bernd; GRECO, Luís (coord.). *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 240.

¹⁹ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *As tendências de expansão da justiça criminal negocial em âmbito internacional: a barganha como instituto importado em convergências entre sistemas*. Direito penal, processo penal e criminologia. Florianópolis: CONPEDI, 2020; Valência: Tirant lo blanch, 2020. p. 166.

²⁰ LANGER, Maximo. From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure. *Harvard International Law Journal*, v. 45. n. 01, 2004. Tradução de Ricardo Jacobsen Gloeckner e Frederico C. M. Faria.

Alinhada com a tese da fragmentação do sistema *civil law* diante da importação de institutos adversariais, a autora Teresa Armenta Deu possui semelhante posicionamento:

[...] nem as reformas nem as importações comportam efeitos taumatúrgicos como se poderia deduzir da leitura de algum texto jurídico introdutório. Incorporar determinadas instituições que representam ou se adequam melhor a um sistema adverso, pense-se no *plea bargaining*, por exemplo, não converte o sistema que o adota em mais adverso.

A explicação é bem simples, cada ordenamento acolhe a figura de uma maneira específica, própria, conduzindo no seu conjunto, mais do que a uma "americanização" ou "adversarialização", a uma fragmentação.

A incorporação das formas de negociação nos ordenamentos europeus não implicou uma conversão do processo num "processo de partes", algo essencial ao sistema adversarial, mas forçou uma revisão das teorias sobre a busca da verdade em matéria probatória.

Transferir uma instituição não se faz "no vazio", mas num conjunto de instituições e de práticas jurídicas que modificam frequentemente o resultado, à margem da capacidade transformativa no tempo que tal translação comporte.²¹ (tradução livre)

Por fim, o autor Renato Stanzola Vieira traz uma abordagem relacionada ao que vem “depois” da efetiva importação de determinado instituto para um sistema processual diverso. Nessa esteira, argumenta que, em termos de aderência social, é relevante a análise do “cabimento” da nova regra, “[...] na medida em que – justamente por haver dessintonia com frequência entre lei e sociedade – o novo modelo jurídico pode significar uma desejada alteração social, política ou econômica.”²²

Não há, contudo, uma necessária vinculação entre o “cabimento” no país de destino e o “sucesso” ou a “falha” do instituto importado, uma vez que tal equacionamento

[...] distorce a realidade, é pautado por generalizações que (por serem generalizações) deixam de analisar o próprio transplante efetuado e, inclusive, desconsideram os atores (e, assim, também os próprios interesses) que participam do procedimento de transplante.²³

Assim, pode-se afirmar que é somente através do exame das consequências da importação de um novo modelo, no sentido da verificação de sua adequação ao sistema pátrio, sobretudo a partir da reação dos atores do processo penal, que se pode delinear a abrangência do instituto importado e seus reflexos na prática jurídica do país em questão.

²¹ ARMENTA DEU, Teresa. Debido proceso, sistemas y reforma del proceso penal. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, 2015. p. 137.

²² VIEIRA, Stanzola Renato. O que vem depois dos “legal transplants”? Uma análise do processo penal brasileiro atual à luz de direito comparado. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 4, n. 2, maio/ago., 2018. p. 787.

²³ Idem, *ibidem*, p. 787.

5 O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL À LUZ DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

5.1 Discussões superadas com o advento da Lei nº 13.964/2019

Conforme mencionado, o instituto do acordo de não persecução penal foi inicialmente regulamentado no ano de 2017, através da Resolução nº 181 do Conselho Nacional do Ministério Público, em seu artigo 18.

Na época, as discussões se acirraram quanto à constitucionalidade do acordo de não persecução penal, especialmente no tocante aos princípios da legalidade e da indisponibilidade da ação penal.

Segundo o entendimento de grande parte dos doutrinadores, a mencionada resolução do Ministério Público violava o princípio constitucional da reserva legal na medida em que, ao inovar em matéria processual penal, usurpava a competência privativa da União, estabelecida no art. 22, I, da Constituição Federal.

A justificativa tinha como base o fato de que somente a lei poderia disciplinar sobre o tema, de modo que o órgão ministerial teria extrapolado de seu poder regulamentar conferido constitucionalmente pelo art. 130-A, §2º, I, da Constituição Federal, que lhe permite a expedição de atos regulamentares para zelar pela autonomia funcional e administrativa da instituição.

Ademais, também se sustentava que o dispositivo que previa o acordo não se alinhava ao princípio da indisponibilidade da ação penal, previsto no artigo 129, inciso I, da Constituição Federal. Tendo em vista que o Ministério Público detém a titularidade da ação penal pública e a propositura do acordo envolve uma negociação acerca do ajuizamento desta, não caberia ao *Parquet* renunciar ao exercício dessa prerrogativa sem que houvesse previsão legal expressa nesse sentido.

Havia, ainda, discussão no sentido de que o acordo de não persecução penal comprometia a garantia da imparcialidade do juiz, sob a ótica da função jurisdicional de homologação de acordos. A mencionada resolução do Conselho Nacional do Ministério Público não previa a homologação do acordo por parte do Poder Judiciário, sendo o ato somente submetido ao julgador no momento do arquivamento, fase em que o colaborador já teria se submetido às sanções impostas, de modo que restaria prejudicada a análise judicial dos termos avençados sob o viés da legalidade e constitucionalidade.

Todos esses questionamentos em torno da Resolução nº 181/2017 foram objeto de ações declaratórias de inconstitucionalidade ajuizadas pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), os quais buscavam a declaração da inconstitucionalidade do dispositivo que regulamentava o acordo de não persecução penal (ADIs 5793 e 5790, respectivamente).

Atualmente, no entanto, os autores de ambas as ações se manifestaram no sentido da perda superveniente do objeto em razão do advento da Lei nº 13.964/2019, que disciplinou o acordo de não persecução penal no artigo 28-A do Código de Processo Penal, o qual foi inserido no ordenamento jurídico pátrio em observância ao devido processo legislativo.

O novo dispositivo disciplinou o acordo de maneira significativamente distinta daquela prevista na resolução, com destaque para a exigência de homologação judicial, a qual tinha sido motivo de grande discussão jurídica, como visto. A referida previsão legal, sendo não apenas posterior no tempo, como também de hierarquia normativa superior, acarretou a revogação do art. 18 da Resolução nº 181/2017.

Assim, superadas as anteriores violações a princípios constitucionais, cabe agora analisar o “novo” acordo de não persecução penal e suas particularidades à luz dos principais pilares da Constituição Federal de 1988, quais sejam, o devido processo legal e o estado de inocência.

5.2 O acordo de não persecução penal e o devido processo legal

O due process of law é originário da Magna Carta inglesa de 1215, a qual estabelecia que

[...] nenhum homem livre será detido ou sujeito à prisão, ou privado dos seus bens, ou colocado fora da lei, ou exilado, ou de qualquer modo molestado, e nós não procederemos nem mandaremos proceder contra ele senão mediante um julgamento regular pelos seus pares ou de harmonia com a lei do país.

No Brasil, encontra-se disposto na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso LIV (“ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”). Pode-se dizer que o devido processo legal subdivide-se em dois aspectos: formal e material.²⁴

²⁴ BRITO, Alexis Couto de; FABRETTI, Humberto Barrionuevo; LIMA, Marco Antônio Ferreira. *Processo Penal Brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 16-18.

O devido processo legal formal se restringe ao desenvolvimento de atos processuais a observância de regras de um processo específico, legalmente previsto. Ou seja, a privação do direito de um indivíduo deve ser feita por meio de um processo especificado em lei, havendo o cumprimento das diversas prerrogativas inerentes ao processo criado para a aplicação da medida privativa.

O devido processo legal material, por sua vez, significa a garantia do indivíduo contra qualquer forma de atividade arbitrária ou intervenção estatal. Em outras palavras, essa vertente do devido processo corresponde à vedação do Estado no que diz respeito ao desrespeito a procedimentos que privem os direitos fundamentais de modo arbitrário, desproporcional ou irrazoável.

Em síntese, o princípio em questão visa à adequação dos meios aos fins ao estabelecer um procedimento fundado no tratamento isonômico das partes e uma solução justa da demanda, isto é, proferida em conformidade com os padrões éticos e normas jurídicas de determinada nação.

No âmbito da justiça penal negociada, existem divergências doutrinárias no que se refere à compatibilidade entre um mecanismo consensual e a garantia do devido processo legal. Aury Lopes Jr. desenvolveu um estudo acerca do sistema negocial quando da sua introdução no Brasil por meio da Lei nº 9.099/95 e, posteriormente, dos Juizados Especiais Criminais Federais (Lei nº 10.259/01).

O autor tece diversas críticas ao modelo negocial, especialmente no tocante à ofensa a princípios do garantismo processual, como o da “nulla poena, nulla culpa sine iudicio”, que aduz a necessidade do processo penal e de um poder jurisdicional para a aplicação de determinada sanção. Aury Lopes Jr. conclui que este sistema afrontaria o pilar mais importante de todos: o direito a um processo judicial justo.²⁵

Na mesma linha, Vinícius Vasconcellos desenvolveu um dos estudos mais completos no qual o autor critica ferrenhamente os modelos de justiça consensual. Em suma, sustenta que os mecanismos negociais suscitam violações às premissas democráticas que impõem a necessidade de observância às regras do devido processo penal como requisito para uma condenação criminal, tendo em vista que inviabilizam o exercício da defesa, distorcem os

²⁵ LOPES JR., Aury. Justiça Negociada: Utilitarismo Processual e Eficiência Antiguarantista. In: *Diálogos sobre a Justiça Dialogal: Teses e Antíteses sobre os Processos de Informalização e Privatização da Justiça Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 99-128.

papéis dos atores do sistema jurídico penal, aumentam a possibilidade de condenações de inocentes, entre outras críticas.²⁶

Dentre seus argumentos, Vinícius Vasconcellos defende que os mecanismos de consenso significam uma expansão do Direito Penal e um obstáculo ao devido processo legal, na medida em que há uma “mercantilização” do processo motivada pela autorização de acordos entre as partes e a consequente relativização de garantias fundamentais. Tais fenômenos estariam estreitamente relacionados à instrumentalização do processo penal como meio célere de concretização antecipada do poder punitivo.

O autor Marllon Sousa, por sua vez, tece argumentos contrários, alegando que a introdução de institutos negociais no ordenamento jurídico não significa a expansão do Direito Penal ou a quebra do devido processo legal, uma vez que o procedimento não se destina a criar novos delitos, mas consiste em uma alternativa com o objetivo de se evitar um julgamento demorado.²⁷

Segundo o referido autor, os mecanismos consensuais não eliminam necessariamente o respeito ao devido processo legal, visto que não são mais do que outra modalidade de procedimento criminal no Brasil. Sustenta que se trata, na verdade, de um processo legal, mas com a possibilidade de adotar um procedimento simplificado e mais célere, baseado em um acordo assinado após a confissão do acusado.

Argumenta, ainda, que a Constituição Federal de 1988, embora tenha estabelecido o direito ao devido processo como uma garantia fundamental, deixou o poder de regulamentar o processo para a legislação específica. Não se trataria, portanto, de uma afronta constitucional, mas uma mera alternativa ao rito ordinário, assim como ocorre com os institutos da transação penal e suspensão condicional do processo, já devidamente inseridos no ordenamento jurídico brasileiro.²⁸

Ademais, no que se refere especificamente ao acordo de não persecução penal, não seria constitucionalmente aceitável, diante da garantia ao devido processo legal, a imposição de sanções penais com base na discricionariedade do Ministério Público. Aqui, portanto, é essencial compreender o papel do juiz diante da homologação de um acordo.²⁹

²⁶ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e Justiça Criminal Negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. 2. ed. Belo Horizonte/São Paulo: D'Plácido, 2020. p. 205.

²⁷ SOUSA, Marllon. *Plea bargaining no Brasil*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. p. 201-202.

²⁸ Idem, *ibidem*, p. 206.

²⁹ FRANCO, José Henrique Kaster. O papel do juiz no acordo de não persecução penal. In: BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo Orsini (orgs.). *Acordo de não persecução penal*. 1. ed. Belo Horizonte/São Paulo: D'Plácido, 2020. p. 287-300.

A Lei n° 13.964/2019 não tem a intenção de que o magistrado desenvolva uma função meramente homologatória, razão pela qual atribui ao juiz o poder-dever de analisar a voluntariedade e legalidade do acordo, o que envolve um controle de seus requisitos, da existência de elementos convincentes de autoria e materialidade delitiva e da intensidade das sanções penais. Essa exigência legal de base razoável foi, de fato, uma medida efetivamente acertada da lei, a fim de se assegurar um contexto processual *mínimo* no âmbito do acordo de não persecução penal.

5.3 O acordo de não persecução penal e a presunção de inocência

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), em seu artigo 11, acolheu o princípio da presunção de inocência como uma garantia do devido processo, ao dispor que

[...] toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada, de acordo com a lei, em julgamento público, no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

No Brasil, a incorporação expressa do estado de inocência foi estabelecida na Constituição Federal de 1988, no art. 5º, LVII (“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”).³⁰

O princípio em questão implica a observância de duas regras básicas referentes (i) à instrução probatória, sendo atribuição da acusação o ônus de comprovar cabalmente a existência do crime e autoria e (ii) ao tratamento conferido ao acusado no curso processual, de modo que não pode receber punições antecipadas com fundamento na sua provável condenação.³¹

De início, cumpre salientar que o acordo de não persecução penal só poderá ser realizado se não for caso de arquivamento do procedimento criminal, uma vez que, se não houver justa causa ou faltarem pressupostos ou condições para o exercício da ação penal, o órgão ministerial deverá promover o arquivamento.

Portanto, é necessário notar a importância da garantia da presunção de inocência inclusive em sede de investigação, notadamente em razão de os elementos probatórios colhidos

³⁰ GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p. 110.

³¹ BRITO, Alexis Couto de; FABRETTI, Humberto Barrionuevo; LIMA, Marco Antônio Ferreira. *Processo Penal Brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 16.

nessa fase servirem de base para que o Ministério Público, vislumbrando justa causa para a ação penal, deixe de oferecer a denúncia e proponha o acordo de não persecução penal.

Nessa esteira, o princípio da presunção de inocência se manifesta em duas dimensões. Na perspectiva interna, corresponde a um dever de tratamento atribuído ao juiz, estabelecendo que a carga probatória seja integralmente da acusação. Externamente, o mencionado princípio exige uma proteção contra a publicidade abusiva e a estigmatização precoce do acusado.³²

A não observância do estado de inocência, portanto, ainda que de um meramente investigado, contribui para o aumento do temor das pessoas em face de toda a persecução penal, abrindo margem ao receio do indivíduo em responder a um processo e à vulnerabilidade em lidar com a inocência e liberdade. Tais fatores, ao fim, são geradores de insegurança e instabilidade social.³³

Nesse sentido, o autor Vinícius Vasconcellos argumenta que a presunção de inocência, no campo jurídico dos mecanismos negociais, “[...] acaba distorcida com a consagração de uma presunção de culpa ou até de um ‘dever de confissão.’”³⁴

Dito isso, é necessária uma breve reflexão acerca da questão central e mais polêmica do acordo de não persecução penal: a confissão do acusado. Partindo da premissa de que o referido acordo se encontra em um estágio pré-processual e envolve casos em que há, de fato, elementos probatórios aptos a comprovar a autoria e materialidade delitivas, seria a admissão formal da culpa realmente necessária para a homologação do acordo de modo posterior pelo juízo competente?

É evidente que a confissão, como um requisito para formalização do acordo, não possui nenhuma utilidade legalmente constituída, uma vez que, no momento da homologação, o magistrado não irá analisar e valorar o *mérito* da confissão, devendo apenas fazer um exame da voluntariedade e formalidade legal do termo avençado entre as partes.³⁵ Essa condição, inclusive, foge à tradição jurídica brasileira, a exemplo da conhecida transação penal, que sobrevive há mais de 20 anos sem a necessária admissão dos fatos.

³² LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 123-124.

³³ STEIN, Ana Carolina Filippon. Acordo de não persecução penal e presunção de inocência: a (im)possibilidade da presença do direito fundamental à presunção de inocência em ambiente extraprocessual negocial. In: BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo Orsini (orgs.). *Acordo de não persecução penal*. 1. ed. Belo Horizonte/São Paulo: D’Plácido, 2020. p. 34.

³⁴ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e Justiça Criminal Negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. 2. ed. Belo Horizonte/São Paulo: D’Plácido, 2020. p. 147.

³⁵ MONTEIRO, Pedro. A confissão no acordo de não persecução penal. *Consultor Jurídico*, 14 set. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-14/pedro-monteiro-confissao-acordo-nao-persecucao-penal>. Acesso em: 16 out. 2020.

Tal exigência, na realidade, transmite a impressão de que o seu propósito, ainda que implícito, seja o de possibilitar, em caso de eventual descumprimento do acordo, que a confissão possa vir a ser utilizada pelo representante do *Parquet* em desfavor do próprio indivíduo.

O argumento de que a confissão teria a função de servir como meio para a busca de novas fontes de provas no curso processual e como elemento de confronto com o interrogatório judicial do acusado não é convincente.³⁶ Nesse cenário, o indivíduo se veria diante de uma situação de evidente desvantagem processual, em patente prejuízo à paridade de armas, à ampla defesa e ao devido processo legal.

Desse modo, resta claro que, em caso de não cumprimento das condições estabelecidas no acordo, a confissão jamais poderia ser utilizada como prova no curso do processo, tendo em vista que não se trata de um reconhecimento expresso de culpa pelo acusado, mas sim uma admissão implícita de culpa, de índole puramente moral, sem qualquer repercussão jurídica.³⁷

Nesse sentido e à luz da presunção de inocência, a autora Ana Carolina Stein pontua a preocupação decorrente da utilização da confissão com carga probatória pelo órgão ministerial:

[...] a observância da garantia da presunção de inocência, em sua versão probatória, deveria estar presente e agir como o filtro que é, para que o órgão de acusação superasse as circunstâncias narradas na confissão e focasse na viabilidade da justa causa carreada aos autos da investigação por outros meios de coleta indiciária.³⁸

Assim, em observância à dogmática processual penal constitucional no âmbito do acordo de não persecução penal, o ideal seria que, não havendo indícios de autoria e materialidade delitivas, a possibilidade de confissão não seja sequer cogitada e, nos casos de descumprimento da avença, a confissão formalizada do acusado seja completamente esquecida, devendo o Ministério Público reunir, sob o crivo do contraditório, todas as provas necessárias para o prosseguimento da persecução penal.

³⁶ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. A confissão circunstanciada dos fatos como condição para a celebração do acordo de não persecução penal. In: BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo Orsini (orgs.). *Acordo de não persecução penal*. 1. ed. Belo Horizonte/São Paulo: D'Plácido, 2020. p. 218-220.

³⁷ LOPES JR., Aury. Questões polêmicas do acordo de não persecução penal. *Consultor Jurídico*, 6 mar. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-06/limite-penal-questoes-polemicas-acordo-nao-persecucao-penal#ftn2>. Acesso em: 15 out. 2020.

³⁸ STEIN, Ana Carolina Filippou. Acordo de não persecução penal e presunção de inocência: a (im)possibilidade da presença do direito fundamental à presunção de inocência em ambiente extraprocessual negocial. In: BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo Orsini (orgs.). *Acordo de não persecução penal*. 1. ed. Belo Horizonte/São Paulo: D'Plácido, 2020. p. 46.

6 CONCLUSÃO

Como visto, apesar de ainda haver resistências em nosso meio jurídico, o acordo de não persecução penal tende a ser aceito por nossa comunidade jurídica, na esteira de outros mecanismos de política criminal adotados para “desafogar” o judiciário brasileiro. Não obstante, é necessário agir com cautela no investimento de uma justiça negocial em âmbito penal para que não haja o desrespeito aos direitos fundamentais sob o manto da eficiência e celeridade processual.

A efetiva implementação do acordo de não persecução penal no ordenamento jurídico pátrio está sujeita ao enfrentamento de diversos obstáculos resultantes de questões controvertidas ainda presentes na legislação, especialmente pelo fato da inserção do mencionado instituto, de origem da tradição *common law*, trazer significativas mudanças ao processo penal brasileiro.

De todo modo, não se pode fechar os olhos para o fato de que a realidade de expansão do alcance dos espaços de consenso é um fenômeno contemporâneo e mundial e que chegou ao Brasil para ficar. Apesar das incertezas e discussões que ainda acompanham os acordos de não persecução penal, é certo que eventuais entraves de cunho prático demandarão avaliação e pacificação pelos Tribunais Superiores, a fim de se estabelecer balizas para sua implementação mais segura.

Para que venha a se consolidar como uma proposta legalmente efetiva, é incontestável que o acordo de não persecução penal deve ser utilizado com a devida prudência pelos profissionais do direito, de maneira a proporcionar ao acusado, de fato, uma posição mais favorável, sob pena de desvio da real finalidade do instituto.

Nesse sentido, a participação ativa da defesa é, sem dúvida alguma, de suma importância no que se refere à negociação de condições e elaboração de tais acordos, notadamente para assegurar, diante da possível atuação discricionária por parte do Ministério Público, a observância aos direitos fundamentais e garantias constitucionais básicas dos acusados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALSCHULER, Albert W. Plea Bargaining and Its History. *Columbia Law Review*, v. 79, n. 1, 1979.
- ARMENTA DEU, Teresa. Debido proceso, sistemas y reforma del proceso penal. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, 2015.
- BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo Orsini (orgs.). *Acordo de não persecução penal*. 1. ed. Belo Horizonte/São Paulo: D'Plácido, 2020.
- BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo Busato. *Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei n. 12.850/2013*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BOHM, Robert M. “McJustice”: On the McDonaldization of Criminal Justice. *Justice Quarterly*, v. 23, n. 1, p. 127-146, mar. 2006.
- BRITO, Alexis Couto de; FABRETTI, Humberto Barrionuevo; LIMA, Marco Antônio Ferreira. *Processo Penal Brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- DEZEM, Guilherme Madeira; SOUZA, Luciano Anderson de. *Comentários ao Pacote Anticrime: Lei 13.964/2019*. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *U.S. District Courts – Criminal Defendants Disposed of, by Type of Disposition and Offense, During the 12-Month Period Ending June 30, 2017*. *US COURTS*, 2017. Disponível em: https://www.uscourts.gov/sites/default/files/data_tables/stfj_d4_630.2017.pdf. Acesso em: 20 ago. 2020.
- FEELEY, Malcolm M. Plea bargaining and the structure of the criminal process. *The Justice System Journal*, v. 7, n. 3, 1982.
- GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.
- GONÇALVES, Eduardo. Deputados rejeitam ‘plea bargain’ e Moro sofre mais uma derrota. *Veja*, 7 ago. 2019. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/politica/deputados-rejeitam-plea-bargain-e-moro-sofre-mais-uma-derrota/>. Acesso em: 04 out. 2020.
- JUNQUEIRA, Gustavo [et. al.]. *Lei anticrime comentada artigo por artigo: inclui a decisão liminar proferida nas ADIs 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305*. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.
- LANGBEIN, John H. Understanding the Short History of Plea Bargaining. *Law & Society Review*, v. 13, n. 2, 1979, p. 261-272.
- LANGER, Maximo. From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure. *Harvard International Law Journal*, v. 45. n. 01, 2004, p. 01-65. Tradução de Ricardo Jacobsen Gloeckner e Frederico C. M. Faria.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LOPES JR., Aury. Justiça Negociada: Utilitarismo Processual e Eficiência Antiguarantista. In: *Diálogos sobre a Justiça Dialogal: Teses e Antíteses sobre os Processos de Informalização e Privatização da Justiça Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

LOPES JR., Aury. Questões polêmicas do acordo de não persecução penal. *Consultor Jurídico*, 6 mar. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-06/limite-penal-questoes-polemicas-acordo-nao-persecucao-penal#ftn2>. Acesso em: 15 out. 2020.

MAIEROVITCH, Wálter Fanganiello. Apontamentos sobre política criminal e a "plea bargaining". *A força policial: órgão de informação e doutrina da instituição policial militar*, São Paulo, n. 8, p. 91-99, out./dez. 1995.

MASI, Carlo Velho. A plea bargaining no sistema processual penal norte-americano. *Canal Ciências Criminais*, 29 jun. 2016. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/a-plea-bargaining-no-sistema-processual-penal-norte-americano/>. Acesso em: 21 ago. 2020.

MONTEIRO, Pedro. A confissão no acordo de não persecução penal. *Consultor Jurídico*, 14 set. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-14/pedro-monteiro-confissao-acordo-nao-persecucao-penal>. Acesso em: 16 out. 2020.

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*. UERJ, v. 14, 2014. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/14542/15863>. Acesso em: 03 out. 2020.

RODAS, Sérgio. Nos EUA, plea bargain foi instituído para desafogar tribunais. *Consultor Jurídico*, 19 fev. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-19/eua-plea-bargain-foi-instituido-desafogar-tribunais>. Acesso em: 16 ago. 2020.

SCHÜNEMANN, Bernd. Um olhar crítico ao modelo processual penal norte-americano. In: SCHÜNEMANN, Bernd; GRECO, Luís (coord.). *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SOUSA, Marllon. *Plea bargaining no Brasil*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

SOUZA, José Alberto Sartório de. Plea bargaining: modelo de aplicação do princípio da disponibilidade. *De Jure: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 2, p. 245-293, dez. 1998.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *As tendências de expansão da justiça criminal negocial em âmbito internacional: a barganha como instituto importado em convergências entre sistemas*. In: *Direito penal, processo penal e criminologia*. Florianópolis: CONPEDI, 2020; Valência: Tirant lo blanch, 2020.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e Justiça Criminal Negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. 2. ed. Belo Horizonte/São Paulo: D'Plácido, 2020.

VIEIRA, Stanziola Renato. O que vem depois dos “legal transplants”? Uma análise do processo penal brasileiro atual à luz de direito comparado. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 4, n. 2, maio/ago. 2018.

WALSH, Dylan. Por que os tribunais criminais dos Estados Unidos são tão dependentes da plea bargaining? *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 15, n. 89, p. 76-81, abr./maio. 2019.



TERMO DE AUTENTICIDADE DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Eu, Natália Reis Lucas da Silva,

Aluno(a), regularmente matriculado(a), no Curso de Direito, na disciplina do TCC da 10ª etapa, matrícula nº 31612288, Período Matutino, Turma A,

tendo realizado o TCC com o título: *O “novo” acordo de não persecução penal: análise sob a ótica da importação de mecanismos negociais e à luz dos princípios constitucionais do devido processo legal e estado de inocência,*

sob a orientação do(a) professor(a): Dr. Alexis Augusto Couto de Brito,

declaro para os devidos fins que tenho pleno conhecimento das regras metodológicas para confecção do Trabalho de Conclusão de Curso (TCC), informando que o realizei sem plágio de obras literárias ou a utilização de qualquer meio irregular.

Declaro ainda que, estou ciente que caso sejam detectadas irregularidades referentes às citações das fontes e/ou desrespeito às normas técnicas próprias relativas aos direitos autorais de obras utilizadas na confecção do trabalho, serão aplicáveis as sanções legais de natureza civil, penal e administrativa, além da reprovação automática, impedindo a conclusão do curso.

São Paulo, 10 de novembro de 2020.

Natália Reis Lucas da Silva

Assinatura do discente