

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO

**ACORDO PENAL E ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL:
ANÁLISE DA ADEQUAÇÃO AO SISTEMA ACUSATÓRIO
BRASILEIRO**

GIOVANNA ABREU EDELENYI PINTO

Rio de Janeiro
2020/Período Letivo Excepcional

GIOVANNA ABREU EDELENYI PINTO

**ACORDO PENAL E ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL:
ANÁLISE DA ADEQUAÇÃO AO SISTEMA ACUSATÓRIO
BRASILEIRO**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Dr. Nilo Cesar Martins Pompilio da Hora

RIO DE JANEIRO – RJ
2020/Período Letivo Excepcional

CIP - Catalogação na Publicação

P162a Pinto, Giovanna Abreu Edelenyi
Acordo penal e Acordo de não persecução penal:
análise da adequação ao Sistema Acusatório Brasileiro
/ Giovanna Abreu Edelenyi Pinto. -- Rio de Janeiro,
2020.
108 f.

Orientador: Nilo Cesar Martins Pompilio da Hora.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2020.

1. Acordo de Não Persecução Penal. 2. Acordo
Penal. 3. Justiça penal negocial. 4. Sistema
Acusatório. I. da Hora, Nilo Cesar Martins Pompilio,
orient. II. Título.

GIOVANNA ABREU EDELENYI PINTO

ACORDO PENAL E ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: ANÁLISE DA
ADEQUAÇÃO AO SISTEMA ACUSATÓRIO BRASILEIRO

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Dr. Nilo Cesar Martins Pompilio da Hora

Data da Aprovação: 11/ 11/2020.

Banca Examinadora: Francisco Ramalho Ortigão Farias, Cezar Augusto Rodrigues Costa, Nilo Cesar Martins Pompilio da Hora, Cristina Leite Lopes Cardoso

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

Rio de Janeiro
2020/PERÍODO LETIVO EXCEPCIONAL

RESUMO

PINTO, Giovanna Abreu Edelenyi. “Acordo Penal e Acordo de Não Persecução Penal: Análise da Adequação ao Sistema Acusatório Brasileiro”. 110f. Monografia (Graduação/Bacharelado em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2020.

O presente trabalho propõe reflexões acerca da adequação do acordo penal e do acordo de não persecução penal ao sistema acusatório brasileiro. Diante dessa problemática, esta pesquisa tem como objetivo analisar se esses negócios processuais penais estão de acordo com as principais características do sistema acusatório brasileiro. Para isso, realizou-se pesquisa exploratória a partir do procedimento de revisão bibliográfica, notadamente a análise de artigos acadêmicos, manuais de direito processual penal, leis, jurisprudência e exposições em eventos. Ao final, foi possível concluir que, de maneira geral, os consensos referidos, sobretudo o acordo penal, não se adequam ao sistema acusatório do Brasil. No ponto, identificou-se deficiência na separação das funções de acusar e julgar, com a hipertrofia da acusação e certa parcialidade do magistrado, disparidade de armas entre acusação e defesa, violação ao contraditório, ao direito de defesa e à presunção de inocência.

Palavras-chave: Acordo de não persecução penal; acordo penal; sistema acusatório; pacote anticrime.

ABSTRACT

PINTO, Giovanna Abreu Edelenyi. “‘Acordo Penal’ and ‘Acordo de Não Persecução Penal’: an analysis of their compatibility with the brazilian accusatorial system”. 110f. Monografia (Law Graduation) – Federal University of Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2020.

This paper discusses the compatibility of “acordo penal” and “acordo de não persecução penal”, two brazilian plea bargains institutes, with the brazilian accusatorial system. The research intends to analyze if these institutes are compatible with the essencial characteristics of brazilian accusatorial system by conducting a literature review of academic papers, doctrinal books, laws, codes, judicial decisions and law events. The conclusion is that, mostly, the referred bargains don't adhere to Brazil's accusatorial system. There were identified confusion of judge's and prosecutor's roles, concentration of power in the prosecutor's figure, partial judges, inequality of parties and violation of the contradictory principle and the innocence presumption.

Key words Acordo de não persecução penal; acordo penal; accusatorial system; pacote anticrime; plea bargain.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1. PREMISSAS NECESSÁRIAS À ANÁLISE DO TEMA	13
1.1. Sistema Acusatório	13
1.2. Sistema Inquisitório.....	16
1.3. Common law e acusatoriedade x Civil law e inquisitoriedade	18
1.4.. Sistema Processual Penal Brasileiro	23
1.4.1. Justiça Criminal Negocial Brasileira	30
1.5. Sistema Processual Penal Norteamericano.....	36
1.6. Diferenças relevantes entre os dois sistemas.....	44
2. ACORDO PENAL DO PROJETO DE LEI Nº 882/2019 E O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL APROVADO NA LEI Nº 13.964/2019	46
2.1. Contexto social.....	50
2.2. Acordo de não persecução penal	53
2.2.1. Requisitos.....	53
2.2.2. Condições.....	59
2.2.3. Aspectos procedimentais	60
2.2.3. Paralelo com a transação penal	65
2.3. Acordo penal	67
2.3.1. Requisitos.....	67
2.3.2. Condições ou benefícios	69
2.3.3. Aspectos procedimentais	70
3. ACORDOS PENAL E DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: ANÁLISE DA ADEQUAÇÃO AO SISTEMA ACUSATÓRIO BRASILEIRO	74
3.1. Separação de funções	74
3.1.1. Papel do juiz	74
3.1.2. Papel da acusação.....	82
3.2. (Des)igualdade das partes	85
3.3. Presunção de Inocência.....	89
3.4. Contraditório e Ampla Defesa.....	92
3.5.Oralidade e Publicidade.....	95
CONCLUSÃO.....	98
REFERÊNCIAS	101

INTRODUÇÃO

O estudo dos negócios processuais criminais é extremamente relevante hodiernamente, tendo em vista a expansão da justiça negocial criminal ao redor do mundo, inclusive no Brasil. A magnitude do tema pode ser verificada na quantidade tanto de propostas legislativas nos últimos anos sobre a matéria¹ quanto de trabalhos acadêmicos que se propõem a analisá-la. O crescimento dos mecanismos alternativos de resolução de conflitos é uma tendência inegável no Brasil, que se dá, dentre outros motivos, pela grande quantidade de processos, pela descrença da população nos procedimentos regulares e pela busca por mais celeridade.

Além disso, esses consensos impactam milhares de réus, bem como o maquinário público. Por exemplo, desde 23 de janeiro de 2020, quando entrou em vigor a Lei 13.964/19, que inseriu o acordo de não persecução penal no Código de Processo Penal, até 16 de março de 2020, já haviam sido realizados 1.043 (mil e quarenta e três) acordos de não persecução penal.² O número de acordos durante esse interregno de 3 (três) meses é praticamente o mesmo do que os firmados de 2018 a 2020, sob a égide da Resolução nº 183 do Conselho Nacional do Ministério Público, que somavam 1.187 (mil, cento e oitenta e sete). Esse dado indica que a previsão do instituto em lei no sentido formal pode contribuir para o aumento da sua aplicação, o que torna ainda mais necessário se debruçar sobre o assunto.

O Projeto de lei nº 882/2019, elaborado pelo então ministro da justiça e segurança pública Sergio Moro, propôs diversas alterações no Código de Processo Penal, dentre as quais interessa a essa pesquisa a proposta de inclusão dos artigos 28-A e 395-A, correspondentes aos acordos de não persecução penal e acordo penal.

Esse projeto de lei foi parcialmente aprovado, publicando-se, em dezembro de 2019, a Lei nº 13.964, em que consta, dentre outros institutos, o acordo de não persecução penal - com algumas modificações com relação à redação original. O acordo penal, contudo, não foi

¹ A título de exemplo, citam-se o PLS 236/12 e o PLS 156/09.

² MPF celebra mais de 2 mil acordos de não persecução penal. Notícias. Procuradoria Geral da República, Distrito Federal, 16 de março de 2020. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/mpf-celebra-mais-de-2-mil-acordos-de-nao-persecucao-penal>. Acesso em 12 out. 2020.

aprovado pelo Congresso Nacional. Crê-se, ainda assim, que o estudo da redação proposta do art. 395-A é importante, tendo em vista a recorrência de projetos legislativos de inserção de institutos com os mesmos contornos no ordenamento jurídico brasileiro.

A análise desses dois acordos dentro do sistema acusatório e do ordenamento jurídico brasileiro, de forma a verificar se são adequados a esses, é muito importante para tentar garantir que os direitos fundamentais e as particularidades do processo penal brasileiro sejam respeitados, não sendo feita uma importação acrítica de institutos estrangeiros. Para isso, é interessante fazer uma comparação com os consensos realizados na seara criminal nos Estados Unidos da América, onde a prática é antiga e mais frequente que a resolução após o curso do processo regular, além de o ordenamento pertencer à tradição *common law*.

Visando a cumprir esse objetivo, o trabalho foi dividido em três capítulos, cujos aspectos abordados serão explicitados a seguir.

O primeiro capítulo trata do sistema acusatório brasileiro. Nele, busca-se conceituar os modelos históricos acusatório e inquisitivo, relacioná-los aos ordenamentos jurídicos das famílias *common law* e *civil law* - a fim de identificar se há uma equivalência ou predominância entre eles, em outras palavras, se a dicotomia acusatório-inquisitivo equivale ou se aproxima do par tradição anglo saxônica/tradição romano-germânica -, explicar como o sistema acusatório se configura no ordenamento brasileiro e identificar as semelhanças e diferenças entre esse e o processo penal de outro país (optou-se pelos Estados Unidos da América). Em suma, busca-se identificar as características acusatórias do processo penal brasileiro e as particularidades desse em comparação a outros sistemas processuais penais.

O segundo capítulo, por sua vez, analisa o acordo penal contido no Projeto de Lei nº 882 de 2019 e o acordo de não persecução penal, instituído pela Lei 13.964/19. Identificam-se o âmbito de aplicação dos consensos, os requisitos positivos e negativos, seus efeitos, as formalidades e os procedimentos a serem observados.

Por fim, o último capítulo aborda a (in)adequação dos acordos - esmiuçados no capítulo anterior - ao sistema acusatório vigente no Brasil - cujos contornos e principais características foram definidos no primeiro capítulo. Essa análise foi feita de maneira individualizada para cada uma dessas características identificadas. Ou seja, estudou-se se os

acordos se adequam ao sistema acusatório brasileiro quanto a: (i) separação das funções de acusar e julgar; (ii) paridade de armas; (iii) presunção de inocência; (iv) oralidade e publicidade; (v) contraditório e à ampla defesa.

Quanto à metodologia, trata-se de pesquisa exploratória realizada a partir do procedimento de revisão bibliográfica, notadamente a análise de artigos acadêmicos, manuais de direito processual penal, lei (*stricto sensu e lato sensu*), jurisprudência, e exposições em eventos do ramo jurídico.

Após o desenvolvimento da pesquisa, foi possível concluir que, de maneira geral, o acordo de não persecução penal e o acordo penal não se adequam ao sistema acusatório do Brasil, sobretudo o acordo penal, havendo, entretanto, diferenças quanto ao grau de disparidade de cada característica com o sistema acusatório.

De maneira geral, em ambos os acordos, predomina o caráter inquisitivo, pois há exagerada concentração de poder na acusação, que acumula funções geralmente atribuídas ao julgador, bem como alguns aspectos de parcialidade do magistrado. Destaca-se, ainda, a coercibilidade das medidas negociadas e a violação à presunção de inocência devido à distorção da distribuição da carga probatória e da necessidade do processo penal. O contraditório e a ampla defesa também são largamente desrespeitados, vez que há aplicação de sanções com base somente em elementos informativos e confissão, destacando-se, ainda, no acordo penal, a renúncia dos direitos à produção de provas e ao recurso. No que concerne à oralidade e à publicidade, entretanto, o afastamento dos consensos do acusatório não restou tão evidente.

Recomenda-se a realização de novos estudos, inclusive com outras metodologias, para acompanhar o impacto da introdução do acordo de não persecução penal no ordenamento jurídico brasileiro, notadamente quanto à sua adequação na prática ao sistema acusatório brasileiro. A continuidade dessa pesquisa é de suma importância, sobretudo por se tratar de instituto recente, cuja aplicação por parte dos operadores de direito pode acarretar resultados inesperados e divergentes dos resultados teóricos aqui expostos.

1. PREMISSAS NECESSÁRIAS À ANÁLISE DO TEMA

Primeiramente, cabe defender brevemente a subsistência da utilidade da dicotomia acusatório/inquisitivo para o estudo dos sistemas processuais penais, o que justifica seu uso no presente trabalho. Há certa divergência na doutrina sobre esses modelos estarem ultrapassados. Sobre isso, LANGER³ analisa que, por esses modelos terem se tornado tão centrais ao direito internacional comparado, muitas vezes outros aspectos deixam de ser analisados ou simplesmente não são considerados pelos estudiosos do tema (o autor chama esses fenômenos de *'blinding'* e *'distracting'*). Além disso, a dicotomia inquisitório-acusatório implicaria uma redução a algumas categorias/dimensões na análise dos processos penais, ignorando outras, e, às vezes, chegando a conclusões erradas, como a atribuição de causas a algum fenômeno dentro dessas categorias, quando poderiam estar relacionadas a outras (a isso chama de *'blurring'*). Esses seriam os pontos negativos da dicotomia acusatório/inquisitivo. Entretanto, para o autor, ela ainda pode ser muito proveitosa, vez que: (i) permite analisar várias jurisdições ao mesmo tempo, tendo uma visão global sobre certos aspectos; (ii) permite gerar hipóteses para explicar diferenças nas leis processuais penais de diferentes jurisdições; (iii) o *'acusatório'* e o *'inquisitório'* funcionam como modelos teóricos que ajudam a analisar os processos penais de diferentes jurisdições em suas convergências e divergências. Enfim, LANGER conclui que a dicotomia é útil, mas os estudiosos do direito processual penal comparado devem estar cientes dos referidos problemas na sua utilização para que ela se dê da melhor forma possível.

Passe-se, em seguida, à análise desses modelos processuais penais.

1.1. Sistema Acusatório

Diferentes autores tentam definir o sistema acusatório, todos eles de forma bastante semelhante, com apenas algumas diferenciações, concernentes principalmente à relação entre princípio e sistema e à prejudicialidade da iniciativa probatória do juiz, como será exposto a seguir.

³ LANGER, Máximo. International criminal procedure: “adversarial”, “inquisitorial” or mixed? International Criminal Law Review (p. 1-37). [s.l.]. Disponível em: <https://sci-hub.tw/10.4337/9781781007198.00028>. Acesso em 06 jun. 2020.

Em sua dissertação de mestrado, Geraldo Prado separa sistema acusatório de princípio acusatório, afirmando que aquele seria o continente e esse, parte de seu conteúdo. Aduz, ainda, que “*o princípio acusatório, avaliado estaticamente, consiste na distribuição do direito de ação, do direito de defesa e do poder jurisdicional, entre autor, réu (e seu defensor) e juiz*”⁴, enquanto o sistema acusatório seria composto pelo princípio de mesma alcunha e por normas relativas ao processo em si (sua forma, maneira como é apresentado à sociedade como solução de conflitos etc.), notadamente aquelas atinentes à oralidade e à publicidade.

Com isso, afirma que o princípio acusatório, apesar de possuir extrema importância para a configuração de um sistema acusatório, não é suficiente para tanto, pois esse tipo de modelo processual penal não sobreviveria com toda a burocracia gerada pela escrituração, tampouco com processos correndo sigilosamente.

Segundo Aury Lopes Jr.⁵, grande parte da doutrina divide os sistemas processuais penais em acusatório e inquisitório, consoante a separação inicial das funções de julgar e acusar, presente no primeiro modelo e ausente no segundo. Haveria, ainda, os que atestam a existência de um sistema misto, em que vigoraria o sistema inquisitório na primeira fase de procedimento criminal, a investigação preliminar, e o acusatório na segunda, referente ao processo penal em si. Entretanto, esse raciocínio é criticado pelo autor, para quem não há sistemas processuais penais inteiramente acusatórios ou inquisitórios, sendo necessário, portanto, identificar o princípio fundante de um sistema para poder classificá-lo como acusatório ou inquisitório. No ponto, os princípios dispositivo (ou acusatório) e inquisitivo dizem respeito, basicamente, ao papel do juiz no processo, sobretudo no que concerne à distribuição ou concentração da iniciativa probatória entre os sujeitos do processo.

Gustavo Henrique Badaró aponta como características do sistema acusatório, além da separação das funções de acusar, julgar e defender - com a decorrência lógica da verificação do direito ao contraditório -, a presunção de inocência, o réu como sujeito processual com direito

⁴ PRADO, Geraldo. Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional Das Leis Processuais Penais. 3ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005. Disponível em: https://www.academia.edu/8507492/Sistema_Acusatorio_A_Conformidade_Constitucional_3a_ed. Acesso em: 04 ago. 2020

⁵ LOPES JÚNIOR, Aury. Direito processual penal. 16 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 42.

a defesa, a oralidade e a publicidade, afirmando serem suprimíveis essas duas últimas características⁶.

O autor, contudo, diferentemente do advogado gaúcho, defende que os poderes instrutórios do juiz “*não representam um perigo à sua imparcialidade*” e são “*algo que não diz respeito à essência do sistema*”. Nesse sentido, diferencia as figuras do juiz pesquisador de fontes de provas, ofertante de risco ao sistema acusatório, e do juiz que somente determina a produção de determinado meio de prova a partir da notícia de certa fonte de prova, sem buscá-la ativamente, guardando esse correspondência com o modelo acusatório.⁷

Nesse ponto, Geraldo Prado discorda do posicionamento do referido autor, com base não só na decorrência do direito à prova dos direitos de ação e de defesa, aos quais o juiz não faria jus, como também na posição ativa e parcial em que o magistrado se coloca quando determina a produção de uma prova, ainda que a fonte probatória tenha chegado ao seu conhecimento de forma passiva, pois “*quem procura sabe ao certo o que pretende encontrar e isso, em termos de processo penal condenatório, representa uma inclinação ou tendência perigosamente comprometedora da imparcialidade do julgador*”⁸. Aponta, por fim, que os poderes instrutórios conferidos ao juiz não podem ser interpretados como uma evolução, sob a forma de um sistema acusatório contemporâneo ao qual estaria oposto o sistema acusatório adversarial, mas, pelo contrário, devem ser enxergados como a permanência no ordenamento jurídico brasileiro de aspectos autoritários do regime do Estado Novo.

Para além da determinação dos contornos do modelo acusatório, é possível identificar algumas características dos processos criminais inseridos em sistemas desse tipo, como resume NUCCI⁹:

nítida separação entre o órgão acusador e o julgador; há liberdade de acusação, reconhecido o direito ao ofendido e a qualquer cidadão; predomina a liberdade de defesa e a isonomia entre as partes no processo; vigora a publicidade do

⁶ Sobre isso, Geraldo Prado explica que “*Nem sempre foi, ou ainda é, predominantemente oral e público o processo acusatório, nem, necessariamente só será acusatório pelo fato do próprio povo, ou segmentos numericamente significativos dele, julgar.*”

⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. 5 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. E-book. (RB-1.14 - RB-1.16). Itens 1.14 – 1.14.3. do sumário.

⁸ PRADO, Geraldo. Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional Das Leis Processuais Penais. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005. Disponível em: https://www.academia.edu/8507492/Sistema_Acusatorio_A_Conformidade_Constitucional_3a_ed. Acesso em: 04 ago. 2020

⁹ NUCCI, Manual de Processo Penal e Execução Penal. 14 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017, p. 50 – 80.

procedimento; o contraditório está presente; existe a possibilidade de recusa do julgador; há livre sistema de produção de provas; predomina maior participação popular na justiça penal e a liberdade do réu é a regra.

Para essa pesquisa, a fim de verificar a compatibilidade dos mecanismos de justiça negociada em estudo com o sistema acusatório, serão consideradas as seguintes características, dentre aquelas *supra* expostas pelos diversos autores: (i) separação das funções de acusar, defender e julgar; (ii) igualdade entre as partes (iii) presunção de inocência; (iv) contraditório e ampla defesa; (v) oralidade e publicidade.

A compreensão desses e outros aspectos é extremamente importante para que se verifique a adequação acusatória dos acordos em tela, e isso será analisado ao longo do trabalho, em especial nos dois próximos capítulos.

1.2. Sistema Inquisitório

De forma bastante concisa, Nucci explica o sistema inquisitório:

é caracterizado pela concentração de poder nas mãos do julgador, que exerce, também, a função de acusador; a confissão do réu é considerada a rainha das provas; não há debates orais, predominando procedimentos exclusivamente escritos; os julgadores não estão sujeitos à recusa; o procedimento é sigiloso; há ausência de contraditório e a defesa é meramente decorativa.¹⁰

Aury Lopes Jr., de maneira análoga a sua explicação para o sistema acusatório, afirma que “*é da essência do sistema inquisitório a aglutinação de funções na mão do juiz e atribuição de poderes instrutórios ao julgador*”¹¹, complementando que nele não há contraditório, estrutura dialética ou imparcialidade.

Para o autor, as principais características desse modelo seriam a gestão e iniciativa da prova nas mãos do juiz, inexistência de separação das funções de acusar e julgar, violação do princípio *ne procedat iudex officio*, parcialidade do magistrado, ausência de contraditório pleno e desigualdade de armas e oportunidades.

¹⁰ NUCCI, Manual de Processo Penal e Execução Penal. 14 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017, p. 71

¹¹ LOPES JÚNIOR, Aury. Direito processual penal. 16 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 44

Como se vê, para ele, a identificação dos sistemas jurídicos está relacionada sobretudo à atuação das partes no processo e à divisão de funções entre essas, deixando de mencionar como aspectos característicos do modelo o sigilo, a escrituração e a tarificação das provas, por exemplo.

Tourinho Filho¹², a seu turno, além dos elementos citados por Aury Lopes Jr., aponta o segredo e a forma escrita dos processos, a confissão como rainha das provas, a tortura, a ausência de garantias e de liberdade pessoal ao réu e sua condição de objeto do processo, ao invés de sujeito de direitos.

Badaró¹³ explica que essa condição do acusado de objeto do processo, e não de parte, se dá em razão da ausência de relação processual e de dialética entre acusação e defesa. O autor aponta ainda que, nesse modelo, em regra, o réu permanece preso durante o processo e a ação se inicia *ex officio* pelo inquisidor, havendo o raciocínio de que quanto mais poderes atribuídos ao juiz, mais se aproxima da verdade real.

Confirmando essa relação entre acúmulo de poderes pelo julgador e suposta cognição dos fatos ocorridos, Geraldo Prado leciona que, durante a inquisição, buscava-se a “verdade real”, acreditava-se que essa poderia ser obtida por tormentos, tais como a tortura, e que essa seria um procedimento de investigação pautado pelo conhecimento e, portanto, pela racionalidade, permitindo chegar aos fatos ocorridos mais facilmente. Assim, métodos absurdos se utilizavam do pensamento renascentista de primazia da verdade a fim de obter credibilidade, contrapondo-se a mentalidades e procedimentos anteriores, tais como as ordálias¹⁴. Veja-se:

Embora hoje a Inquisição seja vista com todas as reservas, cumpre remarcar que na sua época o discurso dominante a apresentava como produto da racionalidade, confrontada com a suposta irracionalidade das ordálias ou juízos de Deus, que substituiu, enquanto sistema de perseguição da verdade, pela busca da reconstituição histórica.¹⁵

¹² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal – Vol. 1. 33ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011, p.121.

¹³ BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. 5 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. E-book. (RB – 1.14.) Item 1.14.1. do sumário.

¹⁴ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**: A Conformidade Constitucional Das Leis Processuais Penais. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005. E-book. Item 3.1.2. do sumário. Disponível em: https://www.academia.edu/8507492/Sistema_Acusatorio_A_Conformidade_Constitucional_3a_ed. Acesso em: 04 ago. 2020.

¹⁵ *Ibid.*, [n.p.]

Essa roupagem “racional” da qual muitos sistemas inquisitórios se revestem, além de extremamente perigosa, pode ser vista ainda nos dias atuais, como em propostas legislativas de implementação de medidas negociadas no processo penal brasileiro sob justificativas economicistas e utilitaristas, violando diversos direitos fundamentais do acusado.

1.3. *Common law* e acusatoriedade x *Civil law* e inquisitoriedade

Tendo-se em conta a influência de ordenamentos jurídicos da família do *common law* sobre as medidas negociadas objeto dessa pesquisa, é pertinente também abordar a relação entre as tradições *common law* e *civil law* e os sistemas acusatório e inquisitário, o que se fará na continuação.

Inicialmente, cabe conceituar essas diferentes famílias de tradição do direito.

O ‘*common law*’, de origem inglesa, é um conjunto normativo formado por regras e princípios que derivam de decisões proferidas em juízo, cujo conjunto se denomina jurisprudência. Essas decisões se tornam precedentes que vinculam as decisões posteriores. Em outras palavras, as normas de direito são extraídas a partir das decisões de cada caso, sendo aplicadas, através de um processo indutivo, aos casos idênticos no futuro.¹⁶¹⁷ Países como Inglaterra e Estados Unidos da América são de tradição ‘*common law*’.

O “*civil law*” se apresenta como um conjunto de normas de um ordenamento jurídico - a partir de um direito elaborado por legisladores - que tem como principal fonte a lei. O nome vem do “Corpus Juris Civilis”, conjunto de leis compilado pelo imperador romano Justiniano que havia sido perdido e foi reencontrado na Idade Média, passando, então, a vigor em praticamente toda a Europa continental¹⁸. Nesse sistema, há uma certeza relativa quanto à

¹⁶ CAMPOS, Fernando Teófilo. **Sistemas de Common Law e de Civil Law: conceitos, diferenças e aplicações**. jun. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/62799/sistemas-de-common-law-e-de-civil-law-conceitos-diferencas-e-aplicacoes>. Acesso em 01 out 2020.

¹⁷ FIGUEIRÊDO, Laila. Modelos de justiça negociada no âmbito do processo penal nos Estados Unidos da América, Inglaterra, França e Alemanha. mar. 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/72655/modelos-de-justica-negociada-no-ambito-do-processo-penal-nos-estados-unidos-da-america-inglaterra-franca-e-alemanha>. Acesso em 01 out 2020.

¹⁸ UNIVERSITY OF CALIFORNIA, Berkeley School of Law. The Common Law and Civil Law Traditions. The Robbins Collection and Research Center. 2010. Disponível em: https://www.academia.edu/18096090/Common_Law_Civil_Law_Traditions. Acesso em: 05 out. 2020.

aplicação da norma pelo julgador, podendo-se dizer que a sua interpretação e a jurisprudência teriam um valor secundário. É o sistema adotado por diversos países, como Alemanha, Itália, França e Brasil.

Grande parte da doutrina, quando se debruça sobre o tema do sistema acusatório, realiza abordagem histórica atribuindo as origens do dado modelo à Inglaterra e, em um segundo momento, aos Estados Unidos, aproximando a definição do modelo acusatório dos sistemas processuais penais vigentes nesses dois países. O mesmo se dá com o sistema inquisitório e os ordenamentos jurídicos continentais.

Para muitos autores, as expressões “acusatório” e “inquisitório” são usadas como sinônimos de “anglossaxônico” e “continental”, havendo uma equiparação dos sistemas anglossaxônicos com o princípio acusatório e dos sistemas continentais com o princípio inquisitório.

Há quem questione essa equiparação¹⁹, sob o fundamento de que o termo inquisitório deveria se referir somente à “Santa Inquisição” do século XIV, uma vez que procedimentos inquisitórios, nesse sentido, foram extintos na revolução francesa de 1789 e na reforma do processo criminal germânica conhecida como “revolução de 1848”. Nesse raciocínio, ambos os sistemas seriam inquisitórios no sentido de serem iniciados e conduzidos, durante a fase preliminar, pelo Estado, e ambos seriam acusatórios no sentido de haver autoridades responsáveis diferentes para as fases preliminar e processual.

Ainda sobre essa equiparação, de acordo com Máximo Langer²⁰, os estudiosos do direito comparado e do processo penal comparado tradicionalmente separam as categorias teóricas “adversarial” e “inquisitorial” de acordo com duas perspectivas primárias: a do mínimo denominador comum e a do tipo ideal.

¹⁹ NEGOTIATIONS “On Evidence” and Negotiations “On Sentence”: Adversarial Experiments on the Italian Criminal Procedure. *Journal of International Criminal Justice*. (p.1050–1069). [s.l.]. Disponível em: <https://scihub.tw/10.1163/156753603767877084>. Acesso em 07/07/2020.

²⁰ LANGER, Máximo. DOS TRANSPLANTES JURÍDICOS ÀS TRADUÇÕES JURÍDICAS: A GLOBALIZAÇÃO DO PLEA BARGAINING E A TESE DA AMERICANIZAÇÃO DO PROCESSO PENAL. *DELICTAE: Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito*, [S.l.], v. 2, n. 3, p. 19 - 115, dez. 2017. DOI: <https://doi.org/10.24861/2526-5180.v2i3.41>. Disponível em: <http://delictae.com.br/index.php/revista/article/view/41>. Acesso em: 05 ago. 2020.

A primeira equipara as tradições da *common law* e da *civil law* aos sistemas adversarial e inquisitorial respectivamente. Nesse sentido, um elemento somente seria uma característica do sistema adversarial se todas as jurisdições *common law* o incluíssem em um determinado momento²¹ e o mesmo se daria para o sistema inquisitorial e os ordenamentos jurídicos de tradição romano-germânica.

A outra perspectiva, a do tipo-ideal, conceitualiza os sistemas adversarial e inquisitorial como tipos-ideais weberianos. Ideais pois “*não existem exatamente em quaisquer sistemas jurídicos históricos*”²², não sendo possível igualá-los às tradições jurídicas como pretende a outra perspectiva. A proposição dessa abordagem é, portanto, de que, “*assim como as jurisdições common law se aproximariam do tipo adversarial, as jurisdições civil law se aproximariam do tipo inquisitório*”²³, não sendo necessário, entretanto, que guardassem identidade entre si.

Após apontar diversos problemas na utilização da primeira perspectiva, o autor opta pela segunda, “tipo-ideal”, do que se conclui que, para ele, os processos penais anglossaxônicos se assemelham ao modelo acusatório e os romano-germânicos, ao inquisitório.

Nesse mesmo sentido, no que tange ao sistema inglês, Geraldo Prado, com a didática que lhe é peculiar, explica que²⁴:

Com efeito, a Inglaterra integrou o Império Romano do século I ao V, porém o processo de aculturação foi pouco intenso, principalmente no tocante à assimilação do direito e das instituições jurídicas.

Do século VI em diante, conseqüentemente às invasões dos anglos, dos saxões e dos dinamarqueses, têm lugar reinos germânicos que, tal como no continente, em que pese a incontestável força e o prestígio dos costumes, adotam também leis bárbaras, geralmente redigidas em língua germânica. Já no século XII, a partir da conquista normanda, os costumes parecem ser a única ou mais importante fonte do direito, dividindo-se em costumes locais anglo-saxônicos, costumes das novas cidades e costumes dos mercadores, denominados, de um modo geral, *lex mercatoria*. Neste

²¹ LANGER, Máximo. DOS TRANSPLANTES JURÍDICOS ÀS TRADUÇÕES JURÍDICAS: A GLOBALIZAÇÃO DO PLEA BARGAINING E A TESE DA AMERICANIZAÇÃO DO PROCESSO PENAL. DELICTAE: Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito, [S.l.], v. 2, n. 3, p. 19 - 115, dez. 2017. DOI: <https://doi.org/10.24861/2526-5180.v2i3.41>. Disponível em: <http://delictae.com.br/index.php/revista/article/view/41>. Acesso em: 05 ago. 2020., p. 30.

²² *Ibid.*, p. 32.

²³ *Ibid.*, p. 32.

²⁴ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional Das Leis Processuais Penais**. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005. E-book. Item 3.1.3. do sumário. Disponível em: https://www.academia.edu/8507492/Sistema_Acusatorio_A_Conformidade_Constitucional_3a_ed. Acesso em: 10 ago. 2020.

Século, portanto mais cedo que na Europa Continental, os reis da Inglaterra conseguem impor sua autoridade sobre o conjunto do território, desenvolvendo a competência da sua própria jurisdição em prejuízo das jurisdições senhoriais locais, que perdem progressivamente, ao longo dos séculos XII e XIII, a maior parte das suas atribuições. Para isso, especialmente em matéria criminal, os reis se serviram de juízes que percorriam todo o território, reunia as cortes locais e julgavam os casos em pauta, conferindo unidade ao Common Law.

A forma de atuação dos mecanismos de resolução dos conflitos de interesses adotados na Inglaterra, como consectário lógico da técnica usada para requerer as jurisdições reais, afastou o direito inglês do modelo romano-canônico imperante no resto da Europa e possibilitou aos juízes profissionais, com formação prática, a introdução de um mecanismo de recurso a precedentes (cases) a rigor condensados nos Years Books, escritos em francês (Law French).

No século XV, no entanto, a técnica dos precedentes judiciais começou a não atender à evolução das relações econômicas e sociais, de sorte que surgiram as designadas jurisdições de equidade (equity), que desprezavam o common law e aplicavam um processo escrito inspirado pelo Direito Canônico e conforme ao desenvolvimento do poder real, em direção ao absolutismo. É bem verdade que mais tarde a equity se integrou ao common law, depois de um período de conflito entre realza e parlamento, no século XVII, especialmente porque se admitiu uma dualidade jurisdicional, fundada apenas posteriormente, na Idade Contemporânea, em 1873 e 1875. No campo específico do processo penal, desde o século XII assoma em importância o júri, que substituiu os juízes de Deus, proscritos por Inocêncio III.

O Júri inicialmente foi disposto não só para julgar a causa mas, antes, para denunciar os crimes mais graves (Grand Jury), não se entregando a acusação pública, em matéria criminal, a um específico funcionário, juiz ou membro do Ministério Público, como no continente. Cabia ao Grand Jury, composto por vinte e três jurados de cada condado, denunciar os crimes mais graves aos juízes (júri de acusação), enquanto o Petty Jury, composto geralmente por doze jurados, ocupava-se com as provas, de que cada jurado podia ter ciência própria, isso se o réu desde logo não confessasse (guilty plea), situação que gerava a isenção de julgamento.

É imperioso ressaltar, na história dos sistemas processuais penais, que nos séculos XV e XVI o petty jury reforma-se para tornar-se exclusivamente uma instituição de julgamento, confiando-se a acusação a qualquer habitante do reino, pois que, por ficção, admite-se que toda conduta criminal atinge a figura do rei, o que perdura até os dias de hoje.

Destarte, a instituição dessa exclusiva ação penal popular, e a postura de imparcialidade e equidistância do júri (passividade), comungam para que se aceite que o processo anglo-saxão tenha conservado um sistema tipicamente acusatório. (grifei).

Dessa forma, a partir de uma análise histórica, o autor compartilha da opinião de que a Inglaterra, pertencente à família jurídica do *common law*, possui um sistema tipicamente acusatório.

De modo análogo, Afrânio Silva Jardim, mais especificamente sobre os princípios da obrigatoriedade e da oportunidade²⁵, afirma que “*dos países latinos, o único que adota os princípios da discricionariedade para o exercício da ação penal pública, de forma ampla, é a*

²⁵ JARDIM, Afrânio Silva. Ação Penal Pública: Princípio da obrigatoriedade. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1994, p.80.

França”, acrescentando que “*encontramos o princípio da oportunidade como regra geral em alguns outros países, principalmente naqueles pertencentes à ‘família da common law’*”.

Prossegue, resumindo posicionamentos de outros autores, segundo os quais as legislações belga, holandesa, israelense, inglesa e as dos países nórdicos, assim como as dos Estados Unidos da América do Norte, da Inglaterra, Grécia, Japão e Egito, consagrarão o princípio da oportunidade, ainda que em amplitudes diferentes.

Importante reiterar que, inobstante as opiniões supracitadas, de autores de renome, há também quem questione a dicotomia entre os sistemas acusatório e inquisitório, assim como o discurso de que a história dos direitos processuais penais inglês e norte americano é a mesma do surgimento do modelo acusatório. Esse é o posicionamento de Rodrigo Régner Chemim Guimarães, que aponta diversos aspectos inquisitórios do direito processual penal inglês ao longo da história, tais como: a composição dos júris no reinado de Henrique II por vizinhos do autor do delito ou da vítima²⁶, sendo, portanto, julgadores e testemunhas; as prisões preventivas realizadas pelos *sheriffs* para com os suspeitos de crimes mais graves enquanto se esperava o julgamento das *Eyres Courts*²⁷; o caráter primordialmente patrimonial da Magna Carta em detrimento da natureza libertária a ela atribuída e o seu descumprimento por parte do Rei “João Sem Terra”²⁸; a postura ativa dos Juizes de Paz criados pelo Rei Eduardo III²⁹; a concentração das funções de gestão de prova e acusação nos denominados *equity* no governo de Henrique VIII e a recorrente ocorrência de torturas perante os mesmos³⁰; o prevalecimento de julgamentos de maneira sumária nos séculos XVIII e XIV³¹; até o final do século XX, a insuficiência de organização do Ministério Público e a falta de orientações à atuação da polícia, que concentrava as investigações e a persecução penal, conduzindo-as de forma abusiva³².

²⁶ RÉGNIER, Rogério. A Reforma do Processo Penal Brasileiro e o Paradigma “Acusatório” do Processo Penal Anglo-Americano: Revisitação Histórica. Revista do Instituto do Direito Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa: RIDB, Ano 2 (2013), nº 14. p. 17007-17047, 2013. Disponível em: http://www.cidp.pt/revistas/ridb/2013/14/2013_14_17007_17047.pdf. Acesso em: 05 ago. 2020. p. 9

²⁷ *Ibid.*, p. 20.

²⁸ *Ibid.*, p. 15-18.

²⁹ *Ibid.*, p. 20.

³⁰ *Ibid.*, p. 22-23.

³¹ *Ibid.*, p. 30.

³² *Ibid.*, p. 31.

No que tange ao processo penal norte-americano, o autor ressalta a não obrigatoriedade do seguimento da *Bill of Rights* pelos Estados-Membro até a edição da Décima Quarta Emenda, em 1866, e a demora em ser efetivamente aplicada em todo o território estadunidense³³.

Por todo o exposto, deixa-se desde já registrado que, no presente trabalho, os termos “acusatório” e “acusatoriedade” serão usados no sentido de processos mais justos, que reúnam as características expostas no ‘item 1.1.’ (separação das funções de acusar e julgar, contraditório, ampla defesa, presunção de inocência, paridade de armas e oralidade e publicidade), e não como sinônimos dos ordenamentos da *common law*.

Entretanto, também será feita breve análise do processo penal em um país de jurisdição da família *common law* (Estados Unidos) em comparação com o ordenamento brasileiro (da família *civil law*), por acreditar ser proveitoso para o estabelecimento de algumas comparações.

1.4.. Sistema Processual Penal Brasileiro

Grande parte da doutrina costumava classificar o sistema processual criminal do Brasil como misto, o que corresponderia a ser composto por uma fase inquisitória, qual seja, a investigação preliminar, e outra acusatória, notadamente o processo judicial.

Outros autores, por sua vez, criticavam que a inquisitoriedade não havia sido superada. Era o caso de Aury Lopes Jr., que, em livro publicado antes da edição da Lei 13.964/19, afirmou que “*processo penal brasileiro é essencialmente inquisitório, ou neoinquisitório se preferirem, para descolar do modelo histórico medieval. Ainda que se diga que o sistema brasileiro é misto, a fase processual não é acusatória, mas inquisitória ou neoinquisitória*”.³⁴

O advogado explicou que isso se dá em razão dos poderes investigatórios atribuídos ao juiz, aduzindo que, de nada adianta haver uma separação “inicial” entre as funções de acusar e julgar se, na prática, o magistrado tem poderes de investigar, instruir e determinar medidas

³³ RÉGNIER, Rogério. A Reforma do Processo Penal Brasileiro e o Paradigma “Acusatório” do Processo Penal Anglo-Americano: Revisitação Histórica. Revista do Instituto do Direito Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa: RIDB, Ano 2 (2013), nº 14. p. 17007-17047, 2013. Disponível em: http://www.cidp.pt/revistas/ridb/2013/14/2013_14_17007_17047.pdf. Acesso em: 05 ago. 2020. p. 34-35.

³⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. Direito processual penal. 16 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 50

cautelares de ofício, tais como a conversão da prisão em flagrante em preventiva ou a busca e apreensão, por exemplo.

Ocorre que a Lei 13.964/19, advinda do Pacote Anticrime, incluiu o art. 3º-A no Código de Processo Penal, dispondo que: “*O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.*”³⁵

Dessa forma, houve uma mudança no Sistema Processual Penal Brasileiro, ao menos na letra da lei.

Para Guilherme Madeira Dezem, o “*novo artigo positiva, de maneira indiscutível, o sistema acusatório*”³⁶, havendo certa dúvida, contudo, com relação à extensão da proibição ao juiz de investigar, devido à incerteza sobre o significado atribuído à expressão “fase de investigação” - se restrita a investigação preliminar ou a qualquer ato investigativo ao longo do processo.

Para Aury Lopes Jr. e Alexandre Morais de Rosa³⁷, inobstante a inserção do dispositivo ter deixado claro a opção do legislador pelo Sistema Acusatório, há alguns aspectos que acarretam certa dificuldade à plena eficácia da escolha, como a redação problemática do artigo, a cultura jurídica e a não revogação expressa de dispositivos do Código de Processo Penal que contêm traços inquisitórios, como os art. 156, I, art. 385 e art. 212 do Código de Processo Penal.

Sobre o art. 156, I do CPP, partilham da opinião de que estaria revogado tacitamente, pois incompatível com o art. 3º-A, e advertem que o “Movimento de Sabotagem Inquisitória” tentará argumentar a subsistência da possibilidade de produção de prova de ofício quando presentes a urgência, a relevância, a proporcionalidade, a adequação e a necessidade. Criticam, contudo, que a vagueza dessas expressões atribui grande discricionariedade ao julgador,

³⁵ BRASIL, Código de Processo Penal. Decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 12 out. 2020.

³⁶ DEZEM, Guilherme Madeira; DE SOUZA, Luciano Anderson. Comentários ao Pacote Anticrime: Lei 13.964/2019. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. E-book. (RB-3.1.) Item 3.1. do sumário.

³⁷ LOPES JÚNIOR, Aury; DA ROSA, Alexandre Morais. A "estrutura acusatória" atacada pelo MSI - Movimento Sabotagem Inquisitória. Revista Consultor Jurídico. 03 jan. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-03/limite-penal-estrutura-acusatoria-atacada-msi-movimento-sabotagem-inquisitoria>. Acesso em: 05 out. 2020.

característica do sistema inquisitivo, culminando na circularidade inquisitória, da qual se pretende fugir.

No mais, afirmam que a vedação à “*substituição do juiz na atuação probatória do órgão acusador*”³⁸, além de permitir que o magistrado passe a produzir provas para a condenação “*fingindo que age em prol da defesa*”, deveria impedir a aplicação do art. 212, vez que, perguntando, o juiz estaria substituindo as partes.

Com relação ao “Movimento de Sabotagem Inquisitório” e aos entraves impostos pela cultura jurídica, mencionados pelo autor, cabe comentar conceitos propostos por Máximo Langer³⁹, a saber, as dimensões das estruturas de interpretação e significado e das disposições individuais.

Em complemento aos tipos ideais weberianos, explicados no item ‘1.1.2,’ Langer apresenta as: (i) estruturas de interpretação e significado, “*através das quais os atores de um determinado sistema de justiça criminal compreendem tanto o processo penal quanto o seu papel dentro dele*”; (ii) disposições individuais, “*adquiridas pela internalização de estruturas processuais de interpretação e significado, mediante um número de processos de socialização (i.e escolas de direito, escolas da magistratura, escritórios da promotoria, treinamento de escritórios de advocacia, interação com os tribunais, etc)*”.

Dessarte, para o autor, o significado e função atribuídos a certos institutos, temas e sistemas, tanto pela coletividade de um sistema processual concreto, quanto pelos atores processuais individualmente, influenciam muito na forma como são aplicadas as leis, sobretudo aquelas traduzidas de outros ordenamentos. Essas dimensões podem, inclusive, fazer com que se altere o significado original de um instituto ao inseri-lo em novo sistema, fazendo surgir uma terceira versão, diferente daquela de onde o instituto foi importado e da estrutura preexistente no sistema para o qual foi traduzido.

³⁸ LOPES JÚNIOR, Aury; DA ROSA, Alexandre Morais. A "estrutura acusatória" atacada pelo MSI - Movimento Sabotagem Inquisitória. Revista Consultor Jurídico. 03 jan. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-03/limite-penal-estrutura-acusatoria-atacada-msi-movimento-sabotagem-inquisitoria> . Acesso em: 05 out. 2020.

³⁹ LANGER, Máximo. DOS TRANSPLANTES JURÍDICOS ÀS TRADUÇÕES JURÍDICAS: A GLOBALIZAÇÃO DO PLEA BARGAINING E A TESE DA AMERICANIZAÇÃO DO PROCESSO PENAL. **DELICTAE: Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito**, [S.l.], v. 2, n. 3, p. 19 - 115, dez. 2017. DOI: <https://doi.org/10.24861/2526-5180.v2i3.41>. Disponível em: <http://delictae.com.br/index.php/revista/article/view/41>. Acesso em: 05 ago. 2020. p. 34

A teoria é perfeitamente aplicável ao tema em comento, vez que pode haver resistência à implementação do sistema acusatório no Brasil por parte daqueles operadores do direito mais afetos ou simplesmente acostumados a um direito processual penal inquisitório por razões de ordem ideológica ou comodista. São esses operadores ou estudiosos do direito a que Aury Lopes Jr. e Alexandre Morais de Rosa se referiam com a expressão “Movimento de Sabotagem Inquisitória”.

Ressalte-se que, no julgamento de Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº 6.298 do Distrito Federal, em 21 de janeiro de 2020⁴⁰, o Relator Min. Luiz Fux revogou decisão monocrática concedida anteriormente para suspender *sine die* a eficácia da implantação do juiz das garantias e seus consectários (Artigos 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E, 3º-F, do Código de Processo Penal), bem como de outros dispositivos constantes da Lei nº 13.964/19.

Assim, o dispositivo *supra* comentado, que reconheceu o sistema acusatório, e outros necessários à sua efetivação encontram-se com efeitos suspensos até nova decisão.

Considerando todo o exposto, percebe-se que a inovação legislativa determinou expressamente a acusatoriedade do Sistema Processual Penal Brasileiro, porém sua eficácia pode ser mitigada pela interpretação em desarmonia com a CRFB/88, o prosseguimento da aplicação de dispositivos incompatíveis com a reforma e as estruturas de interpretação e significado, assim como as disposições individuais.

Desse modo, passa-se a breve análise de algumas características e princípios do direito processual penal brasileiro, em sua perspectiva acusatória, todos fundamentados na Constituição, e que serão confrontados, mais adiante, com os institutos de justiça negocial que a Lei 13.946/19 e o Projeto de Lei 882/2019 inseriram e pretendiam inserir, respectivamente, no ordenamento brasileiro.

⁴⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Direta De Inconstitucionalidade 6.298**. Decisão Interlocutória. ADIN 6.298. Requerentes: Associação dos Magistrados Brasileiros e outros. Relator Min. Luiz Fux, 22 de janeiro de 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6298.pdf> Acesso em 05 de abril de 2020.

Frise-se, novamente, que, a aplicação desses aspectos, apesar de encontrarem base constitucional, é desafiada constantemente, assim como o é todo o modelo acusatório, pela permanência de diversos traços inquisitórios no processo penal brasileiro, sobretudo na legislação ordinária.

A primeira das características a ser analisada é a imparcialidade do juiz.

O direito a um julgador imparcial não está previsto expressamente na Constituição, porém nela constam diversas prerrogativas e vedações ao Poder Judiciário, tais como as previstas no art. 95 da CRFB/88, visando à independência interna e externa desse Poder, o que é essencial para uma atuação imparcial do juiz. Além dessas previsões, pode-se citar também a garantia do juiz natural, intimamente ligada à imparcialidade e inserida no rol de direitos fundamentais, notadamente nos incisos XXXVII e LIII do art. 5º da Carta Magna.

É preciso lembrar, entretanto, que, embora haja legitimação e base constitucional para tanto, o Código de Processo Penal ainda possui diversos artigos que comprometem a imparcialidade do juiz e a acusatoriedade do sistema, pois atribuem ao julgador poderes de gestão/iniciativa probatória. Dentre eles, destacam-se os art. 156, 310, 127, 242, 209, 385 do CPP, dentre outros. A revogação desses ou a interpretação dada a eles após a edição da Lei 13.946/19 ainda deve ser acompanhada, como supramencionado, tendo em vista que é tema recente.

Repise-se que o juiz imparcial é imprescindível em um processo penal acusatório, vez que, consoante Badaró⁴¹, *“a ideia de jurisdição está indissociavelmente ligada à de juiz imparcial, na medida em que, se o processo é um meio de heterocomposição de conflitos, é fundamental que o terceiro, no caso, o juiz, seja imparcial, isto é, não parte”*.

Ademais, é possível identificar dois tipos de imparcialidade: a subjetiva e a objetiva⁴². A primeira diz respeito à relação do magistrado com as partes e a segunda, a sua relação com o

⁴¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. 5 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. E-book . (RB-1.3.) Item 1.3. do sumário.

⁴² Pode-se dizer que a diferenciação vem sendo feita desde o julgamento do caso Piersack vs. Bélgica pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, do qual se cita o seguinte trecho: *“Se a imparcialidade se define ordinariamente pela ausência de pré-juízos ou parcialidades, sua existência pode ser apreciada, especialmente conforme o art. 6.1 da Convenção, de diversas maneiras. Pode se distinguir entre um aspecto subjetivo, que trata de verificar a*

objeto do processo, sendo o julgador parcial quando forma pré-juízos quanto aos fatos e alegações. Interessante comentar que esses pré-julgamentos podem se dar tanto devido a aspectos individuais do juiz, atinentes às suas opiniões, história pessoal, ideologias etc., que o tornam propenso a julgar o caso de determinada forma, quanto a seu contato prévio com o processo na fase de investigação preliminar, por exemplo.

Assim, torna-se bastante evidente a importância da aprovação dos dispositivos relativos à figura do juiz de garantias na Lei 13.964/19 para a eficácia da imparcialidade do juiz.

Outra característica sînsita ao sistema processual penal brasileiro é a presunção de inocência.

Gustavo Badaró⁴³ explica que a Constituição da República previu a presunção de inocência ou presunção de não culpabilidade como direito e garantia individual no art. 5º, LVII, *in verbis*:

Art. 5º:
 (...)
 LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

O autor prossegue, destringindo o princípio em três aspectos: “(1) *garantia política*; (2) *regra de tratamento do acusado*; (3) *regra probatória*”⁴⁴. O primeiro estaria diretamente ligado ao sistema acusatório adotado no Brasil e a um viés ideológico, de respeito aos direitos da pessoa humana. Já o segundo, equivaleria à vedação de alguns atos pelas autoridades no decorrer do processo, quando esses pudessem equiparar o acusado ao culpado, como por exemplo, a execução provisória da pena e prisões processuais automáticas e obrigatórias. Por fim, a regra probatória corresponderia ao *in dubio pro reo*, à necessidade de haver provas, e não só uma dúvida razoável, sobre a prática do delito pelo imputado.

convicção de um juiz determinado em um caso concreto, e um aspecto objetivo, que se refere a se este oferece garantias suficientes para excluir qualquer dúvida razoável ao respeito” (INSERIR DADOS DO JULGADO)

⁴³ BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. 5 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. E-book. (RB-1.7). Item 1.7. do sumário.

⁴⁴ *Ibid.*, Item 1.7. do sumário.

Da mesma forma, LOPES JR.⁴⁵ critica qualquer previsão legal de inversão do ônus da prova e explica que o princípio também se traduziria na garantia de ser julgado com base em prova lícita, “buscada, produzida e valorada dentro dos padrões constitucionais e legais”, e não somente em elementos informativos ou convicções do julgador.

Nessa toada, com relação à inerência do princípio ao sistema acusatório, Badaró⁴⁶:

Não se pode imaginar um Estado de Direito que não adote um processo penal acusatório e, como seu consectário necessário, o *in dubio pro reo*. A presunção de não culpabilidade é um fundamento sistemático e estrutural do processo acusatório.

O princípio também tem previsão expressa no artigo 8.2 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, recepcionado pelo Brasil.

Além desses, o processo penal brasileiro reconhece o direito ao contraditório e o direito de defesa, ambos com papel fundamental no sistema acusatório. Previstos como direitos fundamentais no art. 5º, LV da CRFB/88, o contraditório se refere (conforme Aury Lopes Jr.): (i) ao direito à informação ou ao conhecimento de todas as provas e alegações da outra parte para oportunizar a defesa diante dessas; (ii) à participação efetiva e igualitária no processo. O direito de defesa, técnica e pessoal – positiva e negativa – permite a resistência do sujeito passivo da relação processual ao poder do Estado de investigá-lo. Interessante comentar que a defesa técnica é considerada indisponível, enquanto a autodefesa, renunciável.⁴⁷

Assim, a ampla defesa e o contraditório, apesar de diferentes, são interdependentes, na medida em que a defesa não se efetiva sem o contraditório e que esse advém daquela. Além disso, evidencia-se que o princípio da igualdade, traduzido no processo penal como a paridade de armas, é pressuposto para a efetivação do contraditório e da ampla defesa, vez que não é possível participar do processo e se defender em igualdade de condições se não houver as mesmas oportunidades a acusação e defesa.⁴⁸

⁴⁵ LOPES JÚNIOR, Aury. Direito processual penal. 17 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. E-book. Item 12 do Capítulo IV

⁴⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. 6 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. E-book. (RB-1.7). Item 1.7. do sumário.

⁴⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. Direito processual penal. 17 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. E-book.

⁴⁸ PEREIRA, Mayra Peres. A disparidade de armas no processo penal. jul. 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/24843/a-disparidade-de-armas-no-processo-penal#:~:text=A%20paridade%20de%20armas%20dentro,garantida%20a%20ambas%20as%20partes.&text=Em>

Destacam-se, ainda, os princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade da ação penal pública, que, embora não sejam essenciais ao sistema acusatório, compõem o sistema processual penal brasileiro. Sobre o primeiro, Renato Brasileiro⁴⁹ leciona:

“De acordo com o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, também denominado de legalidade processual, aos órgãos persecutórios criminais não se reserva qualquer critério político ou de utilidade social para decidir se atuarão ou não. Assim é que, diante da notícia de uma infração penal, da mesma forma que as autoridades policiais têm a obrigação de proceder à apuração do fato delituoso, ao órgão do Ministério Público se impõe o dever de oferecer denúncia caso visualize elementos de informação quanto à existência de fato típico, ilícito e culpável, além da presença das condições da ação penal e de justa causa para a deflagração do processo criminal.”

A indisponibilidade, por sua vez, diz respeito à desistência do processo, uma vez oferecida a denúncia, por parte do Ministério Público.

A análise desses dois princípios e de sua eventual mitigação é muito importante para o estudo da justiça penal negocial, uma vez que os negócios processuais penais exigem certo juízo de conveniência e oportunidade por parte do *parquet* que originariamente não lhe seria permitido em sua atuação como autor da ação penal. Todavia, uma vez que o objetivo deste trabalho é verificar a adequação ao sistema acusatório e que os referidos princípios não são indispensáveis a ele, não serão objeto de estudo.

1.4.1. Justiça Criminal Negocial Brasileira

Cada vez mais, há uma expansão dos espaços de consenso no direito processual penal seja por meio da criação ou tradução jurídica de institutos, seja por meio da ampliação do âmbito de aplicação daqueles já inseridos no ordenamento brasileiro. Grande parte desse fenômeno se justifica pela percepção negativa da população acerca da duração de um processo e da

[%20um%20sistema%20acusat%C3%B3rio%20a,processual%20entre%20acusa%C3%A7%C3%A3o%20e%20defesa](#) . Acesso em: 05 out. 2020.

⁴⁹ BRASILEIRO, Renato, Manual de Direito Processual Penal, Salvador-Editora Jus Podivm- 3ª Edição 2015. [n p.]

impunidade, bem como pela crença de que os mecanismos negociais seriam a panaceia desses problemas, baseada em uma mentalidade economicista e em uma comparação superficial com outras jurisdições que adotam a justiça criminal negocial.

Sobre o tema, cabe destacar as palavras de Vasconcellos:

Em meio ao cenário contemporâneo de intensos questionamentos acerca da generalizada morosidade judicial, inúmeras são as propostas de transformação do processo penal em instrumento eficaz de concretização do poder punitivo estatal, fundamentalmente a partir de relativizações a direitos e garantias fundamentais que permeiam a pretensão de proteção das liberdades públicas. Uma das principais concepções projetadas nesse sentido diz respeito às ideias de aceleração e simplificação procedimental, que almejam abreviar o caminho necessário para a imposição de uma sanção penal, cujo maior expoente é a justiça negocial, essencialmente caracterizada pelo instituto da barganha. Tal fenômeno representa tendência contemporânea de reconhecimento estatal da necessidade de colaboração do acusado com a persecução penal por meio de seu reconhecimento de culpabilidade e/ou da incriminação de terceiros, visando a facilitar a atividade acusatória ao afastar o imperativo de comprovação integral dos fatos incriminatórios – a partir de provas lícitamente produzidas pelo acusador público – e anular a postura defensiva de resistência à denúncia.

Essa justiça criminal negocial referida pode ser conceituada como a:

possibilidade de haver uma negociação direta do Ministério Público com o investigado/acusado, devidamente acompanhado de um Advogado criminalista e, posteriormente, essa negociação é analisada e homologada pelo juiz.

É possível afirmar que a justiça consensual foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro inicialmente por meio da Constituição da República Federativa do Brasil no seu art. 98, I, *in verbis*:

Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;

O dispositivo, além de determinar a criação de juizados especiais, legitimou a transação no direito nacional⁵⁰. A partir dele, algumas legislações ordinárias começaram a prever

⁵⁰ VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Barganha e Justiça Criminal Negocial: Análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro**. 2ª edição. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019. p. 100

mecanismos consensuais de resolução de conflito, chegando-se, com o decorrer do tempo, no cenário atual.

Hodiernamente, a justiça negocial criminal pode se dar em diversas formas, cada uma delas com diferentes âmbitos de aplicação e efeitos. São elas: colaborações premiadas, composição civil no âmbito dos juizados especiais criminais (nos casos de ação penal pública condicionada e ação penal privada), suspensão condicional do processo, transação penal e acordos de não persecução penal. Há, ainda, consensos que, embora não sejam criminais, possuem reflexos penais, tal como o acordo de leniência.

Uma das leis editadas a partir da previsão constitucional referida foi a Lei nº 9.099/95, que instituiu os juizados especiais cíveis e criminais, “*criando um “microsistema” em meio ao ordenamento jurídico brasileiro*”⁵¹. Nela, foi previsto o procedimento comum de rito sumaríssimo, além de alguns institutos de negociação, a saber, a composição civil dos danos, a transação penal e a suspensão condicional do processo.

Como bem resumido por Vasconcellos⁵²:

Trata-se de espaços de consenso limitados, restritos a transgressões de pouca gravidade, intituladas infrações de menor potencial ofensivo, que inicialmente, se restringiam às contravenções e crimes punidos com pena máxima de até um ano, alargando-se, posteriormente, para o limite abstrato de dois anos.

Veja-se, pois, as principais características desses três institutos.

A composição civil, prevista nos art. 72 a 74 da Lei 9.099/95, consiste na conciliação ou autocomposição, intermediada pelo juiz ou por conciliador, entre o pretense autor do fato e a vítima, ambos devidamente acompanhados de seus advogados. É acordada certa prestação do suposto agressor para com a vítima que, após o acordo, poderá ser executada na esfera cível.

Apesar de seu objeto ser civil e a cobrança de eventual inadimplemento ou mora se dar na esfera cível, o acordo tem efeitos consideráveis sobre o processo penal. Em crimes de ação

⁵¹ VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Barganha e Justiça Criminal Negocial**: Análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. 2ª edição. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019. p. 100

⁵² *Ibid.*, p. 101.

penal pública condicionada a representação ou de ação penal privada, a homologação do acordo – considerada sentença irrecurável – acarreta a renúncia ao direito de representação e de queixa, respectivamente, restando excluída a punibilidade. Se realizado em processo que trata de crime de ação penal pública incondicionada, apesar de não pôr fim ao processo, pode ser utilizado em momento posterior como causa especial de redução da pena.

O momento de proposição deve ser o início da audiência preliminar ou, em novas tentativas, o início da audiência de instrução e julgamento⁵³.

A transação penal, a seu turno, é firmada entre a acusação e a defesa – a vítima aqui não possui mais papel de opinar ou decidir - devendo o investigado estar assistido por advogado. Conforme prevê o art. 76 da Lei 9.099/95, após a frustração da composição civil (ou mesmo após sua realização nas hipóteses de ação penal pública incondicionada), o Ministério Público deve, estando presentes os requisitos legais, apresentar proposta de transação penal. O acordo prevê, em síntese, a aceitação da aplicação imediata de penas restritivas de direito ou multa por parte do suposto autor do fato sem o reconhecimento de culpabilidade pelo mesmo e sem o transcorrer regular do processo.

Sobre a sentença que homologa o acordo, interessantes dois aspectos. O primeiro deles é que, consoante é expresso no art. 76, não gera antecedentes ou reincidência. O segundo é referente a sua mutabilidade. A decisão é recorrível somente no que tange a “*vícios no consentimento do acusado ou se houver abuso com a modificação dos termos pactuados pelo magistrado*”.⁵⁴ Contudo, a Súmula Vinculante nº 35 do Supremo Tribunal Federal prevê que a sentença homologatória não faz coisa julgada material e que, se houver o descumprimento das condições acordadas, “*retoma-se o status quo ante, possibilitando ao Ministério Público a continuidade da persecução penal mediante oferecimento de denúncia ou requisição de inquérito policial.*”

Dentre os mecanismos de negociação previstos na Lei 9.099/95, tem-se, por fim, a suspensão condicional do processo. Sua regulamentação está no art. 89 do referido diploma e,

⁵³ VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Barganha e Justiça Criminal Negocial**: Análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. 2ª edição. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019. p. 103.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 105.

não realizada a transação penal, oferecida e recebida a denúncia, a acusação e o agora acusado podem acordar em suspender o andamento do processo penal, bem como o prazo prescricional, por um período determinado – de dois a quatro anos – durante o qual o réu terá de cumprir certas condições. Passado esse período de prova e tendo sido cumpridas as condições, há a extinção do processo, bem como da punibilidade, sem o reconhecimento de culpabilidade. Descumpridas as condições, o acordo poderá ser revogado e retomada a persecução penal.

Destaque-se que esse último instituto não está restrito às infrações de menor potencial ofensivo, vez que aplicável a delitos de pena mínima cominada igual ou inferior a 1 (um) ano.

Por sua vez, a colaboração premiada, uma das principais espécies de negócios processuais criminais, foi prevista inicialmente em 1990 na “lei de crimes hediondos” (Lei nº 8.072/90), em seu art. 7º, que inseria uma minorante “*em favor do coautor ou partícipe do crime de extorsão mediante sequestro praticado por quadrilha ou bando que denunciasse o crime à autoridade, facilitando, assim, a libertação do sequestrado*”⁵⁵. Com a Lei 9.269/96, o mecanismo passou a poder ser utilizado também em casos de concurso de agentes, dispensando a anterior exigência de que o crime tivesse sido praticado por quadrilha ou bando. No decorrer dos anos seguintes, como detalhadamente explicado por Bittencourt⁵⁶, o instituto:

se proliferou em nossa legislação esparsa, atingindo níveis de vulgaridade. Assim, passou a integrar as leis de crimes contra o sistema financeiro (artigo 25, parágrafo 2º, da Lei 7.492/86), crimes contra o sistema tributário (artigo 16, parágrafo único, da Lei 8.137/90), crimes praticados por organização criminosa (artigo 6º da Lei 9.034/95), crimes de lavagem de dinheiro (artigo 1º, parágrafo 5º, da Lei 9.613/98), a Lei de Proteção a Vítimas e Testemunhas (artigo 13 da Lei 9.807/99) e, finalmente, a Lei 12.850/2013, a qual regulamentou o instituto de forma mais abrangente.

O conceito de delação premiada – que consiste em uma das espécies de colaboração premiada – pode ser o de “*instituto de Direito Penal que garante ao investigado, indiciado, acusado ou condenado, um prêmio, redução podendo chegar até a liberação da pena, pela sua confissão e ajuda nos procedimentos persecutórios, prestada de forma voluntária*”⁵⁷ ou o de

⁵⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. Delação premiada é favor legal, mas antiético. Revista Consultor Jurídico. 10 jun. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jun-10/cezar-bitencourt-delacao-premiada-favor-legal-antiatico#:~:text=Dela%C3%A7%C3%A3o%20premiada%2C%20segundo%20sua%20primeira,que%20sejam%20satisfeitos%20os%20requisitos>. Acesso em: 05 out 2020.

⁵⁶ *Ibid.*, [n.p.]

⁵⁷ Bittar, Walter Barbosa. *Delação Premiada*. Direito estrangeiro, Doutrina e Jurisprudência. (p. 5. **apud**. VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de, 2019. p. 112)

“*técnica de investigação sustentada na cooperação de pessoa suspeita*”⁵⁸ a depender da perspectiva pela qual se enxerga o instituto.

Outro mecanismo negocial criminal é o acordo de não persecução penal, um dos objetos do presente estudo. O tratamento conferido pela Lei 13.964/19 não será abordado nesse tópico pois será melhor detalhado na sequência. Impõe comentar, noutro giro, que o instituto já era comumente aplicado na prática forense devido a sua previsão no art. 18 da Resolução de nº 181 do Conselho Nacional do Ministério Público, modificada pela Resolução de nº 183 da mesma instituição.

O acordo de não persecução penal contido nessas Resoluções era bem similar ao que foi aprovado dentro do Pacote Anticrime, prevendo aplicação de pena restritiva de direito - ainda que não seja assim denominada expressamente -, tais como prestação pecuniária, prestação de serviços à comunidade, renúncia a bens e direitos e restituição da coisa à vítima, antes do oferecimento da denúncia, mediante confissão formal e circunstanciada da prática do delito.

Já no acordo de leniência, pessoas físicas ou jurídicas participantes de atos fraudulentos de ordem econômica concedem informações importantes para a “*descoberta dos esquemas fraudulentos ou que culminem na captura de outros criminosos*”⁵⁹ e, em troca, recebem benefícios tais como redução das penas de multa, pena imposta pelo CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) ou extinção da ação punitiva da Administração Pública. Relacionam-se ao direito administrativo sancionador e, embora não sejam propriamente mecanismos de consenso na esfera penal, sua celebração pode ter efeitos no direito criminal.

Cabe comentar que há diferentes tipos de acordo de leniência (Lei 12.529/11, Lei 12.846/13 e Lei 8.429/92) e que a Lei 13.964/19, objeto de estudo do presente trabalho, normatizou a ocorrência dessas conciliações no âmbito da Improbidade Administrativa – o que já era previsto na Resolução nº 179 do CNMP, de forma similar ao acordo de não persecução penal.

⁵⁸ Pereira, Frederico Valdez. *Delação Premiada*. (p. 35. **apud**. VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de, 2019. p. 112)

⁵⁹ Eduçq OAB, Entenda o que é acordo de leniência. 2016. Disponível em: <https://examedaoab.jusbrasil.com.br/artigos/398315524/entenda-o-que-e-acordo-de-leniencia>. Acesso em: 05 out. 2020

Traçados os principais aspectos dos mecanismos de justiça negocial penal presentes no ordenamento jurídico brasileiro, cabe comentar a adequação da justiça consensual ao sistema acusatório. No ponto, Aury Lopes Jr.⁶⁰ afirma que diversos são os argumentos apresentados para defender essa justiça consensual, dentre eles: o viés economicista; a conformidade com os princípios do modelo acusatório; celeridade na administração da justiça; o fato de que resultaria de um processo penal “de partes”. Após explicar brevemente as teses, as nega veementemente, referenciando Ferrajoli:

As teses (...) totalmente ideológica e mistificadora, como qualificou Ferrajoli, para quem esse sistema é fruto de uma confusão entre o modelo teórico acusatório – que consiste unicamente na separação entre juiz e acusação, na igualdade entre acusação e defesa, na oralidade e publicidade do juízo – e as características concretas do sistema acusatório americano, algumas das quais, como a discricionariedade da ação penal e o acordo, não têm relação alguma com o modelo teórico.

Muito importante essa consideração ao presente trabalho, demonstrando, novamente, que há uma confusão recorrente entre o processo penal norteamericano e o modelo acusatório.

O autor prossegue, afirmando que o pacto pode funcionar como instrumento de pressão, gerando “*autoacusações falsas, testemunhos caluniosos por conveniência, obstrucionismo ou prevaricações sobre a defesa, desigualdade de tratamento e insegurança*”.⁶¹ de forma que, para ele, “*a justiça negociada não faz parte do modelo acusatório e tampouco pode ser considerada uma exigência do processo penal de partes.*”⁶²

1.5. Sistema Processual Penal Norteamericano

Os Estados Unidos da América, com forte cultura negocial na esfera penal, exercem grande influência nos ordenamentos jurídicos de outros países, pelo que é interessante comentar brevemente seu sistema processual penal.

Primeiramente, interessante comentar que, para Marta Saad, “*as principais críticas feitas ao modelo estadunidense são as críticas que são feitas hoje ao nosso modelo contencioso (Brasil): de massificação, de pouca atenção ao caso em si*”, pelo que é preciso “*redobrar a*

⁶⁰ LOPES JÚNIOR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal**: Introdução Crítica. 5 ed. São Paulo. Saraiva Educação, 2019. Item 3.3.5. do sumário.

⁶¹ *Ibid.*, Item 3.3.5 do Sumário.

⁶² *Ibid.*, Item 3.3.5 do Sumário.

atenção para não incorrer nos mesmos erros”, tanto os da justiça consensual norteamericana quanto os do processo penal tradicional brasileiro.

Todavia, “*não se sustenta que as críticas ao plea bargaining estadunidense possam ser automaticamente transplantadas aos acordos na justiça criminal brasileira*”⁶³. Pelo contrário, a intenção do presente trabalho, ao abordar o sistema norte americano, é justamente estabelecer algumas distinções com relação ao sistema brasileiro – conforme será desenvolvido no subtópico seguinte - que implicam diferenças na adequação acusatória e ‘aceitabilidade’ dos mecanismos negociais nos dois países. De maneira análoga, não se despreza a complexidade do direito comparado, tampouco os cuidados que esse estudo exige, de forma que não se tem a pretensão de se aprofundar na comparação entre os ordenamentos ou esgotar o tema. Entretanto, tendo-se em conta a possibilidade de aprender com a experiência norte americana e, conseqüentemente, evitar que os mesmos erros sejam repetidos, a análise, com as devidas ressalvas, é bastante relevante.⁶⁴

Ressalte-se, outrossim, que a forma como está desenhado o sistema federalista dos Estados Unidos da América confere ampla autonomia aos estados-membros, tal como competência para legislar sobre diversas matérias, como penal e processo penal, razão pela qual é difícil identificar um conjunto de regras processuais penais aplicáveis a todas as unidades de federação.

Nesse sentido:

Em síntese, a base estrutural que estabelece certa unidade ao sistema jurídico dos Estados Unidos está na Constituição daquele País, que é sintética e congrega princípios gerais, mas que preserva a ampla autonomia entre os entes que integram o federalismo norte-americano. **Cada Estado norte-americano possui o seu próprio sistema jurídico, composto, geralmente, por normas próprias sobre direito processual, sobre direito civil etc.** Por exemplo, a adoção da Federal Rules of Civil Procedure, que tem função de um Código de Processo Civil, não é obrigatória para os Estados. Cerca de 35 (trinta e cinco) Estados da federação americana, entre os 50, opcionalmente adotam a Federal Rules of Civil Procedure. Alguns Estados preferem sua própria estrutura de normas de direito processual civil. (grifei)⁶⁵

⁶³ VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. Colaboração Premiada no Processo Penal. 3ª edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. (RB-1.4). Item 1.2. do sumário.

⁶⁴ *Ibid.*, Item 1.2. do sumário.

⁶⁵ DE ALMEIDA, Gregório Assagra. O Sistema Jurídico nos Estados Unidos - Common Law e Carreiras Jurídicas (Judges, Prosecutors E Lawyers): O que poderia ser útil para a reforma do Sistema Processual Brasileiro? Revista de Processo. vol. 251. Jan de 2016. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.251.19.PDF. Acesso em 12 out. 2020, pag 8.

Com efeito, há 50 (cinquenta) jurisdições estaduais e 1 (uma) jurisdição federal, totalizando, de certa forma, 51 (cinquenta e um) sistemas processuais penais.

Desse modo, a fim de viabilizar o estudo do tema, ao longo deste trabalho será utilizado como exemplo o sistema processual criminal adotado na jurisdição federal, com exceção de quando se mencionar estado-membro específico.

Um processo penal nos Estados Unidos da América se inicia formalmente com a acusação formal do cometimento de um crime por parte do acusado, instrumentalizada por meio do *indictment* ou da *information*.

O *indictment* é obtido a partir da apresentação, por parte do *prosecutor*, de um conjunto de evidências ao *Grand Jury*, composto por 16 a 23 (dezesesseis a vinte e três) cidadãos dentre a população local⁶⁶, ocasião em que esses decidem se há provas suficientes para que a acusação seja formalizada (o que dará origem ao *indictment*) ou não.

A *information*, por sua vez, tem lugar em situações nas quais o *defendant* está sendo acusado de infrações penais menos sérias (*misdemeanor*) ou nas quais ele dispensa a formação do *Grand Jury*⁶⁷.

Com a acusação formal, passa-se ao *arraignment*, audiência perante o juiz em que o acusado “*será indagado como ele se declara, culpado ou inocente (plea of guilty or not guilty), além de advertido sobre as acusações*”⁶⁸. Declarando-se culpado, poderá ocorrer o *plea bargain*, o que acontece na maioria dos casos, ou ser designada data para que seja sentenciado.

⁶⁶ DOS ANJOS, Beatriz da Mata Ribeiro. A Inaplicabilidade do Instituto da Barganha no Tribunal do Júri Brasileiro. 2017. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Universidade Federal de Juiz de Fora. Disponível em: <http://repositorio.ufjf.br:8080/jspui/bitstream/ufjf/6240/1/beatrizdamataribeirodosanjos.pdf>. Acesso em 12 out. 2020, p. 17

⁶⁷ FEDERAL JUDICIAL CENTER. Inside the Federal Courts. Disponível em: <https://www.fjc.gov/education/inside-federal-courts>. (Part 3, Criminal Cases, ‘Starting the case’). Acesso em 11 out. 2020.

⁶⁸ CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. *Plea Bargaining e Justiça Criminal Consensual*: entre os ideais de funcionalidade e garantismo. Revista Custos Legis. vol. 4. 2012. Disponível em: http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista/2012_Penal_Processo_Penal_Campos_Plea_Bargaining.pdf. Acesso em: 05 out. 2020, p. 4

Declarando-se inocente (*not guilty*), o caso irá a julgamento pelo *Petit Jury* com data então designada.⁶⁹

O referido julgamento é chamado de *Jury Trial* e é um procedimento mais demorado e formal, quando comparado a um processo encerrado pelo *plea bargain*, sendo dividido em diversas etapas.

Sítio eletrônico informativo da Justiça Federal norte americana inclui também a fase de *initial appearance* ou *detention hearing*, em que o acusado seria informado de seus direitos e em que seria designado defensor ou advogado (*defense attorney*), no caso de ainda não haver, bem como eventualmente determinadas prisões. Inobstante nesse sítio conste que a fase ocorre entre *indictment* ou *information* e o *arraignment*, há autores que afirmam que ela precederia a análise do *Grand Jury*⁷⁰.

Ao presente trabalho, interessam principalmente as negociações sobre processo e pena, pelo que se passa à análise do *plea bargain*.

As medidas negociadas têm grande protagonismo na resolução dos processos criminais estadunidenses. Para ser mais precisa, 97% dos casos na justiça criminal federal são resolvidos pela realização de barganhas⁷¹ e 95% das condenações nos sistemas federal e estaduais advém de *plea bargains*⁷².

⁶⁹ FEDERAL JUDICIAL CENTER. Inside the Federal Courts. Disponível em: <https://www.fjc.gov/education/inside-federal-courts>. (Part 3, Criminal Cases, 'Starting the case'). Acesso em 11 out. 2020.

⁷⁰ CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. *Plea Bargaining e Justiça Criminal Consensual*: entre os ideais de funcionalidade e garantismo. Revista Custos Legis. vol. 4. 2012. Disponível em: http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista/2012_Penal_Processo_Penal_Campos_Plea_Bargaining.pdf. Acesso em: 05 out. 2020, p. 3

⁷¹ LOPES JÚNIOR, Aury. Por que os tribunais criminais dos EUA são tão dependentes do plea bargaining? Revista Consultor Jurídico. 15. fev. 2019. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-fev-15/limite-penal-tribunais-eua-sao-tao-dependentes-plea-bargain?fbclid=IwAR30OwiE4hr2_9FfV6_GVXom1jkdHDRJDa-Go-tDMYMXGxsqJcfobGFq9iY#_ftn5 Acesso em: 05 out. 2020

⁷² TURNER, Jenia Iontcheva, Plea Bargaining (March 9, 2017). Academy For Justice, A Report on Scholarship and Criminal Justice Reform, Erik Luna ed., 2017, Forthcoming, SMU Dedman School of Law Legal Studies Research Paper No. 348, Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2930521> Acesso em 10 out. 2020.

Dessa forma, em que pese o direito a um *Jury Trial* ser garantido constitucionalmente na Sexta Emenda, em seu Art. III⁷³, na prática, esse direito, além de pouco exercido, é praticamente um mito⁷⁴, pois os *defendants* são induzidos e pressionados a aceitar os acordos e a opção pelo julgamento é mal vista e punida, o que alguns autores chamam de “preço do julgamento”⁷⁵. Assim, tem-se no país, majoritariamente, uma justiça criminal negocial, em substituição ao julgamento por parte do júri após o decorrer do processo.

Para Vinícius Vasconcellos⁷⁶, o contexto que permite a existência desses acordos da maneira supramencionada pode ser resumido em dois aspectos: a grande discricionariedade da acusação e “as delimitações do *due process of law*”.

O *due process of law*, consoante o autor, apesar de muitas vezes ser comparado com o devido processo legal do direito brasileiro, consiste, na verdade, no direito do acusado de obter um julgamento caso se declare inocente. Esse direito, nos Estados Unidos, é considerado renunciável, o que permite a realização dos *plea bargains*.

Conforme explica, devido aos contornos do *due process of law* e às regras de início do processo, na primeira oportunidade que tem de se manifestar no processo, o *defendant* se posiciona sobre os fatos imputados, podendo se declarar inocente (*not guilty*) ou culpado (*guilty plea*) ou ainda não contestar as imputações (*nolo contendere*).

No primeiro caso, haverá o julgamento pelo júri com averiguação dos fatos em juízo e publicidade. No segundo, há o reconhecimento da culpabilidade por parte do acusado e a aceitação “*da imposição imediata de uma pena, renunciando direitos fundamentais e não*

⁷³ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Constituição (1787). Sexta Emenda. Federal Constitution. Disponível em: <http://www.uel.br/pessoal/jneto/gradua/historia/recdida/ConstituicaoEUARecDidaPESSOALJNETO.pdf>. Acesso em 12 out. 2020, p. 8

⁷⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. Por que os tribunais criminais dos EUA são tão dependentes do plea bargaining? Revista Consultor Jurídico. 15. fev. 2019. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-fev-15/limite-penal-tribunais-eua-sao-tao-dependentes-plea-bargain?fbclid=IwAR30OwiE4hr2_9FfV6_GVXom1jkdHDRJDa-Go-tDMYMXGxsqJcfobGFq9iY#_ftn5. Acesso em: 05 out. 2020

⁷⁵ McCoy, Candace. *Plea bargaining as coercion*. (p. 21. **apud**. VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de, 2019. p. 164)

⁷⁶ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e Justiça Criminal Negocial: Análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro**. 2ª edição. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, p. 62

impondo a carga probatória ao acusador”⁷⁷, pelo que, após, pode ser realizado acordo entre as partes. No terceiro caso, a seu turno, o *defendant* nem se insurge contra as acusações nem reconhece sua culpabilidade, havendo a aceitação de pena sem produção de efeitos na esfera civil. Destaca-se que essa última possibilidade é criticada, além de ser mais rara, só sendo aceita em algumas das jurisdições estaduais e na jurisdição federal.

Interessante comentar que nesse país vigora o princípio da oportunidade “sob a forma de discricionariedade pura”⁷⁸, o que permite maior flexibilização na aplicação das normas pelos juízes e *prosecutors*.

Para o mesmo autor, as barganhas na justiça criminal norte americana poderiam ser classificadas de diversas formas, destacando-se as classificações quanto ao objeto e quanto ao proponente do acordo.

Com relação ao objeto, os consensos seriam divididos entre *sentence bargaining*, *charge bargaining* e *fact bargaining*.

O primeiro corresponde à influência do acordo sobre a sentença. Nesse caso, a acusação faz recomendações ao juiz quanto ao conteúdo da sentença, tais como pena com redução, determinação da *probation*, cumprimento da pena em determinado estabelecimento ou outro “benefício”, ou simplesmente não se opõe ao pedido do réu de moderação na pena. Segundo o autor, apesar de os magistrados norte americanos terem grande discricionariedade para decidir, na prática, a maior parte deles acaba seguindo as recomendações dos *prosecutors*.

O segundo tipo, qual seja, as *charge bargaining*, se refere à alteração das imputações, “*seja substituindo o delito originalmente capitulado por outro menos grave, retirando alguma*

⁷⁷ VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Barganha e Justiça Criminal Negocial**: Análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. 2ª edição. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019, p. 63

⁷⁸ CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. **Plea Bargaining e Justiça Criminal Consensual**: entre os ideais de funcionalidade e garantismo. Revista Custos Legis. vol. 4. 2012. Disponível em: http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista/2012_Penal_Processo_Penal_Campos_Plea_Bargaining.pdf . Acesso em: 05 out. 2020

das acusações em caso de concurso de crimes ou ambas as medidas”⁷⁹. Explica que, muitas vezes, os *prosecutors* oferecem arquivar acusações das quais teriam provas suficientes para formar a convicção do juiz e dos jurados no sentido da condenação, em troca do reconhecimento da culpabilidade por parte do acusado com relação a outras imputações.

Acrescenta que: (i) segundo a doutrina, a nova imputação deveria ter alguma relação com o fato ocorrido, o que não acontece na prática, havendo, na realidade, imputações claramente ilógicas⁸⁰; (ii) os juízes consideram a imputação original no momento da decisão, o que torna o acordo inócuo no que tange aos benefícios obtidos pelos réus; (iii) a possibilidade dessa modalidade de barganha advém da discricionariedade que os órgãos acusatórios possuem, diferentemente do que ocorre em países continentais, em que vigora a obrigatoriedade da ação penal.

A última espécie com relação ao conteúdo da barganha seria a *fact bargaining*, situação em que os acordos se referem aos fatos capitulados criminalmente.

Vasconcellos apresenta ainda a classificação quanto ao proponente, a partir da qual poderiam ser observados *prosecutorial bargains* e *judicial bargains*.

Os primeiros dizem respeito aqueles “*em que o acusador assume com exclusividade a iniciativa e a determinação do acordo, restando o julgador em posição passiva para o controle dos requisitos formais da barganha*”⁸¹. Acrescenta-se, aqui, observação de que esse tipo se aproxima do sistema acusatório devido à imparcialidade do julgador característica desse sistema.

Já os *judicial bargains* são aqueles em que o juiz negocia diretamente com as partes, implicando mais transparência e previsibilidade ao mesmo tempo em que parcialidade do julgador. Aponta, ainda, que, apesar de esses tipos de acordo serem autorizados só em alguns estados-membros dos Estados Unidos, é comum sua realização no país⁸².

⁷⁹ VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Barganha e Justiça Criminal Negocial: Análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro**. 2ª edição. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019, p. 94.

⁸⁰ *Ibid.*, p. 94.

⁸¹ *Ibid.*, p. 95.

⁸² ALSCHULER, Albert W. *The Trial’s Judge’s Role in Plea Bargaining*, Part I (p. 1059-1154, p. 1061 **apud**. VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de, 2019. p. 95)

Sobre o tema, Jenia Turner⁸³ afirma que, em quase todas as jurisdições dos Estados Unidos, os *prosecutors* são autorizados a barganhar as imputações criminais sem qualquer necessidade de correlação entre os fatos ocorridos e aqueles narrados na imputação negociada. Ademais, para a autora, poucas jurisdições tentaram proibir ou limitar as *charge bargains*, sem sucesso, o que também se deu a nível federal na tentativa de limitar as *fact bargaining*.

Ante o exposto, pode-se concluir que o sistema processual norteamericano se caracteriza pela adversariedade, “*que consiste em uma variação do modelo acusatório, em que prevalece a disputa entre as partes frente a um julgador que se posiciona mais próximo de um árbitro durante a persecução*”⁸⁴. Isso se dá em razão da imparcialidade do juiz, do “modelo de disputa⁸⁵”, do direito ao contraditório e ampla defesa e da separação das funções de acusar e julgar.

Todavia, a predominância das barganhas na resolução de processos criminais no país acabou por gerar forte presença de traços inquisitivos, vez que “*a justiça negociada não faz parte do modelo acusatório e tampouco pode ser considerada uma exigência de processo penal de partes*”⁸⁶.

⁸³ TURNER, Jenia Iontcheva, Prosecutors and Bargaining in Weak Cases: A Comparative View (August 31, 2011). THE PROSECUTOR IN TRANSNATIONAL PERSPECTIVE, Erik Luna, Marianne Wade, eds., Oxford University Press, 2012, SMU Dedman School of Law Legal Studies Research Paper No. 87, Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1862161> Acesso em 10 out. 2020., p. 2

⁸⁴ BRASILIENSE, Rodrigo da Silva. Sobre a Atividade Probatória Judicial em Processo Penal. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro nº 55, jan./mar. 2015. Disponível em: http://www.mprj.mp.br/documents/20184/1238340/Rodrigo_da_Silva_Brandalise.pdf . Acesso em: 05 out. 2020, p. 169

⁸⁵ LANGER, Máximo. DOS TRANSPLANTES JURÍDICOS ÀS TRADUÇÕES JURÍDICAS: A GLOBALIZAÇÃO DO PLEA BARGAINING E A TESE DA AMERICANIZAÇÃO DO PROCESSO PENAL. **DELICTAE: Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito**, [S.l.], v. 2, n. 3, p. 19 - 115, dez. 2017. DOI: <https://doi.org/10.24861/2526-5180.v2i3.41>. Disponível em: <http://delictae.com.br/index.php/revista/article/view/41>. Acesso em: 05 ago. 2020.

⁸⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal**: Introdução Crítica. 5 ed. São Paulo. Saraiva Educação, 2019. Item 3.3.5. do sumário.

1.6. Diferenças relevantes entre os dois sistemas

Primeiramente, a forma como os *prosecutors* obtém essa função e o controle exercido sobre eles é substancialmente diferente da investidura dos membros do Ministério Público no Brasil.

Nos Estados Unidos, os *district attorneys* ou *federal attorney* são eleitos democraticamente pela população local de acordo com o que essa considera ideal como política criminal. Em outras palavras, exercem mandato político e, portanto, sofrem cobranças dos eleitores ao longo de sua atuação, podendo não ser reconduzidos caso se considere que atuaram de maneira diversa do desejado.

No Brasil, diferentemente, verifica-se a um controle político muito menor sobre a atuação dos membros do *parquet*, “sobretudo, em razão da regra de provimento dos cargos nas carreiras do Ministério Público por concurso público de provas e títulos (*merit system*), em substituição a processo democrático de eleição, como ocorre nos Estados Unidos”⁸⁷.

Há somente o controle judicial, que se dá de forma bastante comedida.

Além disso, conforme explica Jenia Turner⁸⁸, a grande carga de trabalho dos *prosecutors* e os critérios adotados para que avancem na carreira, tais como a quantidade de condenações obtidas, contribuem para que optem por propor muitos acordos, mesmo em situações nas quais poderiam dispor da acusação, pois, muitas vezes, significa obter condenações sem a imprevisão do júri e sem necessariamente ter grande acervo probatório.

No ponto, apesar de os membros do *parquet*, no Brasil, não estarem sujeitos a critérios como o referido, é comum na instituição a mentalidade de buscar obter preferencialmente o cenário mais desfavorável ao réu, seja com a condenação, com o aumento da pena, com o não

⁸⁷ CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. *Plea Bargaining e Justiça Criminal Consensual*: entre os ideais de funcionalidade e garantismo. Revista Custos Legis. vol. 4. 2012. Disponível em: http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista/2012_Penal_Processo_Penal_Campos_Plea_Bargaining.pdf. Acesso em: 05 out. 2020, p. 22.

⁸⁸ TURNER, Jenia Iontcheva, Prosecutors and Bargaining in Weak Cases: A Comparative View (August 31, 2011). THE PROSECUTOR IN TRANSNATIONAL PERSPECTIVE, Erik Luna, Marianne Wade, eds., Oxford University Press, 2012, SMU Dedman School of Law Legal Studies Research Paper No. 87, Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1862161>. Acesso em 10 out. 2020., p. 3

oferecimento de medidas despenalizadoras etc., ainda que o conjunto fático-probatório não aponte para isso.

Além desse aspecto, a discricionariedade atribuída aos membros do Ministério Público americano, em oposição à legalidade – ainda que seja mitigada ou discricionariedade regrada – a qual está vinculado o órgão acusatório brasileiro, tem significativa diferença na proposição e celebração de acordos na seara penal. Nos Estados Unidos da América, a persecução penal ou não persecução de uma infração penal é uma decisão de política criminal e os *prosecutors* têm liberdade para barganhar, muitas vezes alterando o tipo penal imputado ao réu (*charge bargaining*) ou os fatos (*fact bargaining*). Essa hipótese não é compatível com o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública brasileira.

Ressalta-se, outrossim, que, no processo penal brasileiro, são conferidos muitos poderes instrutórios ao julgador, um resquício inquisitório que é menos frequente no ordenamento norte americano, sobretudo porque, nesse, “*ambas as partes realizam sua própria investigação preliminar (...) o julgamento é dividido em um caso para a acusação e outro para a defesa*”.⁸⁹ Poderia ser dito, nesse sentido, que o julgador estadunidense seria mais passivo que o brasileiro.

Ademais, no Brasil, os casos são julgados por juízes profissionais, enquanto nos Estados Unidos a regra – atualmente se tornou quase uma exceção – seria o direito ao julgamento por júri popular.

⁸⁹ LANGER, Máximo. DOS TRANSPLANTES JURÍDICOS ÀS TRADUÇÕES JURÍDICAS: A GLOBALIZAÇÃO DO PLEA BARGAINING E A TESE DA AMERICANIZAÇÃO DO PROCESSO PENAL. **DELICTAE: Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito**, [S.l.], v. 2, n. 3, p. 19 - 115, dez. 2017. DOI: <https://doi.org/10.24861/2526-5180.v2i3.41>. Disponível em: <http://delictae.com.br/index.php/revista/article/view/41>. Acesso em: 05 ago. 2020, p. 52

2. ACORDO PENAL DO PROJETO DE LEI Nº 882/2019 E O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL APROVADO NA LEI Nº 13.964/2019

O PL 882/2019 propôs alterações no Código de Processo Penal, dentre as quais interessa a essa pesquisa a inclusão dos artigos 28-A e 395-A, correspondentes aos acordos de não persecução penal e acordo penal, com propostas de redação expostas a seguir:

Art. 28-A. O Ministério Público ou o querelante poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, se não for hipótese de arquivamento e se o investigado tiver confessado circunstanciadamente a prática de infração penal, sem violência ou grave ameaça, e com pena máxima não superior a quatro anos, mediante o cumprimento das seguintes condições, ajustadas cumulativa ou alternativamente:

I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto impossibilidade de fazê-lo;

II - renunciar voluntariamente a bens e direitos, indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;

III - prestar 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 - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940- Código Penal, a entidade pública ou de interesse social a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou

V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

§ 1º Para aferição da pena máxima cominada ao delito a que se refere o caput, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto.

§ 2º O disposto no caput não se aplica nas seguintes hipóteses:

I - se for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei;

II- se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas;

III -ter sido o agente beneficiado nos cinco anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; e

IV - os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente e os motivos e as circunstâncias não indicarem ser necessária e suficiente a adoção da medida.

§ 3º O acordo de não persecução penal será formalizado por escrito e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor.

§ 4º Para a homologação do acordo de não persecução pena, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor, e sua legalidade.

§ 5º Se o juiz considerar inadequadas ou insuficientes as condições dispostas no acordo de não persecução penal devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor.

§ 6º Homologado judicialmente o acordo de não persecução penal, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para que inicie sua execução perante o juízo de execução penal

§ 7º 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.

§ 8º 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.

§ 9º A vítima será intimada da homologação do acordo de não persecução penal e de seu descumprimento.

§ 10. Descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo de não persecução penal o Ministério Público deverá comunicar ao juízo, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia.

§ 11. O descumprimento do acordo de não persecução penal pelo investigado também poderá ser utilizado pelo Ministério Público como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo.

§ 12. A celebração e o cumprimento do acordo de não persecução penal não constará de certidão de antecedentes criminais, exceto para os fins previstos no inciso III do § 2º.

§ 13. Cumprido integralmente o acordo de não persecução penal o juízo competente decretará a extinção de punibilidade.

§ 14. Não correrá a prescrição durante a vigência de acordo de não persecução penaL(NR)

Art. 395-A. Após o recebimento da denúncia ou da queixa e até o início da instrução, o Ministério Público ou o querelante e o acusado, assistido por seu defensor, poderão requerer mediante acordo penal a aplicação imediata das penas.

§ 1º São requisitos do acordo de que trata o caput:

I - a confissão circunstanciada da prática da infração penal;

II - o requerimento de que a pena privativa de liberdade seja aplicada dentro dos parâmetros legais e consideradas as circunstâncias do caso penal com a sugestão de penas ao juiz; e

III - a expressa manifestação das partes no sentido de dispensar a produção de provas por elas indicadas e de renunciar ao direito de recorrer.

§ 2º As penas poderão ser diminuídas em até a metade ou poderá ser alterado o regime de cumprimento das penas ou promovida a substituição da pena privativa por restritiva

de direitos, segundo a gravidade do crime, as circunstâncias do caso e o grau de colaboração do acusado para a rápida solução do processo.

§ 3º Se houver cominação de pena de multa, esta deverá constar do acordo.

§ 4º Se houver produto ou proveito da infração identificado, ou bem de valor equivalente, a sua destinação deverá constar do acordo.

§ 5º Se houver vítima da infração, o acordo deverá prever valor mínimo para a reparação dos danos por ela sofridos, sem prejuízo do direito da vítima de demandar indenização complementar no juízo cível

§ 6º Para homologação do acordo, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do acusado na presença do seu defensor, e sua legalidade.

§ 7º O juiz não homologará o acordo se a proposta de penas formulada pelas partes for manifestamente ilegal ou manifestamente desproporcional à infração ou se as provas existentes no processo forem manifestamente insuficientes para uma condenação criminal

§ 8º Para todos os efeitos, o acordo homologado é considerado sentença condenatória.

§ 9º Se, por qualquer motivo, o acordo não for homologado, será ele desentranhado dos autos e ficarão proibidas quaisquer referências aos termos e condições então pactuados pelas partes e pelo juiz.

§ 10. No caso de acusado reincidente ou de haver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual~ reiterada ou profissional, o acordo deverá incluir o cumprimento de parcela da pena em regime fechado, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas.

§ 11. A celebração do acordo exige a concordância de todas as partes, não sendo a falta de assentimento suprível por decisão judicial e o Ministério Público, ou o querelante, poderá deixar de celebrar o acordo com base na gravidade e nas circunstâncias da infração penal" (NR)

Em 25 (vinte e cinco) de dezembro de 2019, foi publicada a Lei nº 13.964, originária do Projeto de Lei de nº 882/2019, parcialmente aprovado. Nela, dentre outros institutos, consta o acordo de não persecução penal, com algumas modificações com relação à redação original. O texto final pode ser conferido a seguir:

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

I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo;

II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;

III - prestar 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, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal);

IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou

V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

§ 1º Para 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.

§ 2º O disposto no caput deste artigo não se aplica nas seguintes hipóteses:

I - se for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei;

II - se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas;

III - ter sido o agente beneficiado nos 5 (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.

§ 3º O acordo de não persecução penal será formalizado por escrito e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor.

§ 4º Para a homologação do acordo de não persecução penal, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor, e sua legalidade.

§ 5º Se o juiz considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo de não persecução penal, devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor.

§ 6º Homologado judicialmente o acordo de não persecução penal, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para que inicie sua execução perante o juízo de execução penal.

§ 7º 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.

§ 8º 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.

§ 9º A vítima será intimada da homologação do acordo de não persecução penal e de seu descumprimento.

§ 10. Descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo de não persecução penal, o Ministério Público deverá comunicar ao juízo, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia.

§ 11. O descumprimento do acordo de não persecução penal pelo investigado também poderá ser utilizado pelo Ministério Público como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo.

§ 12. A celebração e o cumprimento do acordo de não persecução penal não constarão de certidão de antecedentes criminais, exceto para os fins previstos no inciso III do § 2º deste artigo.

§ 13. Cumprido integralmente o acordo de não persecução penal, o juízo competente decretará a extinção de punibilidade.

§ 14. No caso de recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo de não persecução penal, o investigado poderá requerer a remessa dos autos a órgão superior, na forma do art. 28 deste Código.

O acordo penal contido no PL 882/2019, contudo, não foi aprovado pelo Congresso Nacional.

Feita essa breve exposição do processo legislativo e dos textos legais tanto do projeto quanto àquele atualmente em vigor, é possível afirmar, em apertada síntese, que as duas modalidades de acordos consistem, respectivamente, em negócios jurídicos processuais penais⁹⁰ que resultam na aplicação imediata de penas: *(i)* restritivas de direitos, sem o oferecimento da denúncia, com posterior extinção da punibilidade; *(ii)* privativas de liberdade na metade do valor fixado ou com regime inicial mais brando ou substitutivas.

Algumas das principais diferenças entre eles são que o acordo de não persecução penal se dá na investigação preliminar e só é considerado posteriormente para fins de nova utilização do instituto, enquanto o acordo penal ocorreria após o recebimento da denúncia e antes do início da instrução e configuraria sentença condenatória.

2.1. Contexto social

Atualmente, no Brasil, vive-se um período de polarização política e de crescimento da vigilância popular sobre as atividades exercidas pela Administração Pública. Da mesma maneira, a intensificação de acusações e condenações de grandes membros dos poderes

⁹⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. 6 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. E-book (RB-3.24). Item 3.20. do sumário.

legislativos e executivo ou a maior publicidade dada a essas acarretou uma percepção de entranhamento da corrupção nas instituições públicas e um anseio pelo asseveramento das punições na esperança de que o problema seria solucionado.

Primeiramente, a população nunca acompanhou processos criminais, sobretudo de políticos e outras pessoas públicas, como atualmente, assim como há muito tempo não era tão grande a vontade popular de realização de “justiça”, nos diversos sentidos que a palavra pode conceber. Dessa forma, a justiça, sobretudo a criminal, encontra-se sob holofotes, com número maior de espectadores, às vezes também protagonistas, que pressionam por mudanças.

Além disso, crescem os discursos inflamados e a admiração por certas figuras públicas, às quais se atribuem alguns ideais como se deles fossem os únicos ou maiores representantes, em uma perspectiva próxima do culto ao líder presente em sociedades fascistas.

Outrossim, a sensação de impunidade e de ineficiência do serviço público apontam para uma intensificação do complexo de vira-lata e espelhamento em modelos internacionais, tais como o estadunidense, visando a solucionar os problemas identificados.

Cabe analisar o projeto de lei 882/2019 e a promulgação da Lei nº 13.964/2019, tendo em conta esse cenário, vez que reúne todos os aspectos mencionados.

Ressalte-se, primeiramente, a autoria do PL 882/2019, que deu origem a Lei nº 13.964/2019, pelo antigo Ministro da Justiça Sérgio Moro, consideravelmente mitificado como promotor da justiça (no sentido não jurídico do termo) e adorado por muitos devido a sua atuação como juiz federal na área criminal, antes de compor o Poder Executivo. O conjunto de propostas legislativas dentre as quais se encontrava o PL 882/2019, apresentadas ao Congresso Nacional, foi amplamente divulgado de maneira quase sempre associada ao Ministro, o que transparece uma estratégia de vinculá-los a fim de aumentar a aprovação das medidas por parte da população.

A importação do *plea bargain* e de outros mecanismos de justiça consensual estadunidense presente no projeto mencionado também é um reflexo da valorização da experiência estrangeira sem o cuidado de observar as peculiaridades de cada sociedade ou mesmo o estudo das consequências da adoção dos institutos nos outros países.

Nesse sentido:⁹¹

cuida-se de mais uma tentativa de dar respostas fáceis a problemas complexos por meio do punitivismo populista: penas mais graves, regimes mais duros e processo utilitarista. Como cantava o poeta Cazusa, ‘vejo o futuro repetir o passado’, sendo que o pacote do Ministro Moro, em resumo não passa de um ‘museu de grandes novidades’.

Para além disso, a visão do direito penal como *prima ratio* é notória no projeto e na legislação em tela, o que se verifica no próprio nome do projeto, “anticrime”. O projeto de lei nº 882/2019 tem como objetivo combater o crime organizado, a corrupção e os crimes praticados com grave ameaça ou violência e, para tanto, prevê o endurecimento na legislação processual penal, notadamente com a facilitação da aplicação de penas, sem o transcurso do processo penal. Em outras palavras, para reduzir a criminalidade, torna-se o direito penal e o direito processual penal mais rígidos, o que pode ser relacionado à teoria preventiva da aplicação da pena, amplamente criticada.

Diante desse cenário, em 24 de dezembro de 2019, foi publicada a Lei nº 13.964/2019, mediante a aprovação com alguns vetos e alterações ao Projeto de Lei de nº 10.372/2018 (numeração do Congresso Nacional).

Com a nova lei, advieram modificações significativas no direito penal e processual penal e, em que pese a ementa pretensiosamente afirmar que a nova legislação “*aperfeiçoa a legislação penal e processual penal*”, teme-se que essas mudanças, na realidade, tenham sido prejudiciais em diversos aspectos, dentre eles o de afastar o direito processual penal brasileiro da sistemática acusatória.

Cabe comentar brevemente a (in)conveniência da data de publicação da lei, 24/12/2019, pois consiste em data comemorativa para grande parte da população brasileira, além de coincidir com recessos acadêmicos e forenses, pelo que as pessoas tendem a estar mais afastadas de questões como aprovações legislativas nesse período.

⁹¹ Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Pacote Anticrime: remédio ou veneno?. Boletim IBCCrim, ano 27, nº 317. p. 01-02, abril/2019. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4667187/mod_resource/content/1/BOLETIM%20IBCCRIM%20-%20PROJETO%20DE%20LEI%20ANTICRIME.pdf. Acesso em: 10 out. 2020. 2020.

Tecidas essas considerações introdutórias, passa-se a analisar os institutos dos acordos penal e de não persecução penal individualmente.

2.2. Acordo de não persecução penal

2.2.1. Requisitos

2.2.1.1. Requisitos positivos (Cumulativos)

Um dos principais requisitos para o oferecimento do acordo são relativos ao tipo penal que se imputa ao investigado, notadamente quanto ao seu preceito secundário.

Quanto a pena, o art. 28-A prevê que a pena mínima cominada deve ser inferior a quatro anos. Para a Associação Brasileira de Advogados Criminalistas⁹², a previsão deixa âmbito de aplicação muito amplo ao acordo, notadamente a mais de 95% (noventa e cinco por cento) “*de todos os crimes previstos no Código Penal brasileiro*”, incluindo “*crimes gravíssimos (que pode atingir inclusive a pena máxima de 12 anos de prisão, v. g., peculato, corrupção etc.)*”, o que é duramente criticado.

Importante comentar que, consoante o § 1º, as causas de aumento e de diminuição de pena devem ser consideradas na avaliação dessa pena mínima. Sobre a fração a ser aplicada em caso de a lei prever frações variáveis, há divergência. Aury Lopes Jr. considera que deveriam ser aplicadas a fração mínima nas causas de aumento e a máxima nas causas de diminuição, sob o argumento de que se busca a pena mínima. Gustavo Badaró⁹³, por sua vez, defende a aplicação, sobre a pena máxima, da maior fração nas causas de aumento e da menor fração nas causas de diminuição.

⁹² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.304**. Petição Inicial (item 35). ADI 6.304. Requerente: Associação Brasileira de Advogados Criminalistas. Relator Min. Luiz Fux, 15 de janeiro de 2020. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5843708>. Acesso em 12 out. 2020.

⁹³ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 6 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. E-book (RB-3.24). Item 3.20. do sumário.

Além disso, o dispositivo exige que o pretense autor do fato tenha confessado formal e circunstanciadamente a prática do delito para que possa fazer jus a “benesse”.

Sobre a necessidade de que a confissão seja feita “circunstancialmente”, a advogada Marta Saad afirma que a confissão precisa conter todas as circunstâncias e detalhes do delito, além de que seja uma confissão simples.⁹⁴

Com esse requisito positivo, devolve-se à confissão o patamar de rainha das provas, retornando a um sistema inquisitorial tarifário de valoração probatória, já que a única prova produzida em juízo a embasar a decisão homologatória do acordo, apontada por muitos como de natureza condenatória, seria a confissão judicial⁹⁵.

Com a Constituição de 1988, deixou de vigor o sistema legal de provas, de forma que não há uma tabela com a atribuição de diferentes valores probatórios aos diferentes meios de prova e meios de obtenção de prova. Como consequência, a confissão, tida como rainha das provas no sistema legal probatório, passou a ter a mesma força que as demais provas, não se admitindo mais como prova absoluta quando em contraste com provas testemunhais em sentido contrário, por exemplo.

Uma vez que o momento de oferecimento do acordo é aquele em que se daria a apresentação da denúncia, após o fim da investigação preliminar (inobstante haja entendimento no sentido diverso⁹⁶), os únicos aspectos que comprovariam os fatos alegados seriam os elementos informativos, produzidos na esfera policial ou em outros procedimentos administrativos de investigação criminal sem a devida observação do contraditório e da ampla

⁹⁴ Ciclo de Debates - Pacote Anticrime: Acordo de Não Persecução Penal, 2020. São Paulo. 1 vídeo online. Ministério Público Federal de São Paulo. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=-al8yH6yXPo&list=WL&index=6&t=3188s>. Acesso em: 23 jul. 2020.

⁹⁵ VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Barganha e Justiça Criminal Negocial**: Análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. 2ª edição. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, p.171.

⁹⁶ BRASIL, 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal. Enunciado Sumular 98. É cabível o oferecimento de acordo de não persecução penal no curso da ação penal, isto é, antes do trânsito em julgado, desde que preenchidos os requisitos legais, devendo o integrante do MPF oficiante assegurar seja oferecida ao acusado a oportunidade de confessar formal e circunstancialmente a prática da infração penal, nos termos do art. 28-A do CPP, quando se tratar de processos que estavam em curso quando da introdução da Lei nº 13.964/2019, conforme precedentes, podendo o membro oficiante analisar se eventual sentença ou acórdão proferido nos autos configura medida mais adequada e proporcional ao deslinde dos fatos do que a celebração do ANPP. Não é cabível o acordo para processos com sentença ou acórdão após a vigência da Lei nº 13.964/2019, uma vez oferecido o ANPP e recusado pela defesa, quando haverá preclusão. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/enunciados>. Acesso em 10 out. 2020.

defesa⁹⁷, ressalvadas eventuais provas produzidas antecipadamente. Dessa forma, a confissão, imprescindível para a proposição do acordo, seria a única prova sobre a conduta imputada.

Além da problemática do retorno à tarificação probatória e da insuficiência da confissão para a condenação criminal, é preciso ainda ressaltar o cenário de coerção e pressão em que esse tipo de prova é obtido⁹⁸, não sendo raras as falsas confissões.

Sobre essas últimas, destacam-se as involuntárias complacentes⁹⁹, em que o sujeito, devido ao caráter coercitivo do procedimento de interrogatório, confessa crime do qual sabe que é inocente. Veja-se:

O caráter coercitivo desse procedimento de interrogatório influencia o suspeito, que passa a se perceber num beco sem saída, frente ao qual a confissão complacente é vista como melhor opção, dentre as piores. Convicto de que sua absolvição seja impossível, confessa o crime que não cometeu para evitar o estresse do interrogatório, obter atenuação da pena ou ainda receber benefícios prometidos explícita ou implicitamente pelos investigadores.¹⁰⁰

Ainda que a classificação das falsas confissões advenha de pesquisa elaborada com base nos métodos investigativos norte-americanos e que a investigação policial brasileira não tenha “*um método protocolar para sua realização*”, é muito provável a ocorrência das falsas confissões complacentes nos inquiridos policiais pátrios, sobretudo em um país cuja descrença no poder judiciário e, conseqüentemente, o medo de decisões injustas, são tão grandes.

Não fosse bastante, é sabido que as investigações lideradas pela polícia são marcadas pela lógica inquisitorial, pelo estereótipo racializado na construção dos suspeitos e pela

⁹⁷ Análise do projeto de lei anticrime: OAB Nacional / coordenador: Felipe Santa Cruz, Juliano Breda. – Brasília: OAB, Conselho Federal, 2019. 75 p. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/oab-rejeita-pontos-projeto-anticrime.pdf>. Acesso em 10 out. 2020, p. 54

⁹⁸ VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Barganha e Justiça Criminal Negocial: Análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro**. 2ª edição. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019, p.171.

⁹⁹ Juliana Ferreira da Silva explica que as falsas confissões se dividem quanto ao tipo e características da seguinte maneira (KASSIN; WRIGHTSMAN, 1985; KASSIN, 1997, 2008): (i) voluntárias, em que um sujeito confessa por vontade própria um delito que não cometeu, seja para proteger alguém, por obter ganho tangível com a assunção da autoria ou por motivações relacionadas a “psicopatologias ligadas à necessidade de atenção, autopunição, sentimento de culpa ou delírio”; (ii) involuntárias internalizadas, em que o sujeito passa a crer que foi o autor do crime, podendo desenvolver inclusive falsas memórias e sendo mais comum em jovens com história de abuso de substâncias entorpecentes; (iii) *involuntárias complacentes, em que o sujeito, devido ao caráter coercitivo do procedimento de interrogatório, confessa crime do qual sabe que é inocente.*

¹⁰⁰ SILVA, Juliana Ferreira da. O plea bargain e as falsas confissões: uma discussão necessária no sistema de justiça criminal. Boletim IBCCrim, ano 27, nº 318. p. 08-11, maio/2019. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/site/boletim/pdfs/Boletim318.pdf>. Acesso em: 13 fev. 2020.

presunção de culpa do investigado, o que aumenta ainda mais seu receio de ser condenado e a probabilidade de confessar falsamente, sobretudo se estiver preso preventiva ou temporariamente.

O cenário é ainda mais preocupante quando observado que o “*papel das confissões nos inquéritos é frequentemente subestimado na teoria, enquanto tem forte influência em nível prático.*” De fato, são incontáveis os casos em que a principal prova a embasar a condenação é uma informação dada pelo acusado no seu termo de declaração em sede policial, muitas vezes não confirmado em juízo.

A coerção não se dá somente quanto à confissão, mas também para a aceitação do acordo, o que, associado à hipervalorização da confissão, implica o desrespeito ao *nemo tenetur se detegere*. Isso se dá pela mentalidade da acusação de que os réus que recusam o consenso são considerados “*incômodos e perturbadores, e acabam por ser punidos mais pesadamente*”¹⁰¹, por tornar o processo mais moroso, em uma inegável distorção da função do processo penal, e pela frequente imposição de sanções penais abusivamente mais severas pela recusa do acusado em negociar e exercer seu direito do devido processo legal. Assim, a opção pelo processo penal sem abreviação é mal vista e punida, no que se costuma chamar de “preço do julgamento”¹⁰², o que permite concluir que o réu é forçado a produzir prova contra si mesmo, mediante a confissão, a fim de não ser prejudicado pela imposição de sanção mais grave.

No ponto, insta salientar que algumas das medidas negociadas em vigência no processo penal brasileiro, como a transação penal e a suspensão condicional do processo, não exigem a confissão do indiciado para a obtenção da “benesse”.

Outro requisito positivo é que a infração penal não contenha como elemento do tipo a grave ameaça ou a violência¹⁰³. Sobre isso, insta trazer observação muito interessante, de Cezar Augusto Rodrigues Costa:

¹⁰¹ DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia*. (p. 486, **apud**. VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. 2019. p. 164)

¹⁰² McCoy, Candace. *Plea bargaining as coercion*. (p. 21. **apud**. VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de, 2019. p. 164)

¹⁰³ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 5 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. E-book. (RB-1.7). Item 1.7. do sumário.

o acordo de não persecução penal está no artigo terceiro do projeto, embora se extraia da ementa do mesmo que as alterações das leis que aponta visam estabelecer medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência à pessoa, o que importa numa contradição sistêmica, pois, na proposta o acordo de não persecução penal será aplicável à infração penal, sem violência ou grave ameaça, e com pena máxima não superior a quatro anos, situações que não ocorrem, como regra, nos crimes apontados na ementa e que deixam o novo instituto à margem da mens legis, impedindo uma interpretação sistemática que permita entendê-lo no contexto das demais alterações propostas.¹⁰⁴

Prosseguindo, tem-se a necessidade de que o acordo seja necessário e suficiente para a prevenção e reprovação do crime, evidenciando a adoção de uma teoria mista da aplicação da pena e indicando a natureza condenatória da decisão, o que será abordado mais detidamente adiante. Sobre o caráter retributivo e preventivo, contudo, cabe concisa observação, de que a opção foi, no mínimo, apressada, tendo em vista as diversas críticas estabelecidas pela doutrina a essa teoria e a importância do tema, o que exigiria maior debate prévio.¹⁰⁵

Destaca-se também a vedação da celebração do consenso em hipóteses de arquivamento, sob pena de o acordo se transformar em substituto do arquivamento, e não da denúncia¹⁰⁶. A previsão é desnecessária por dizer o óbvio, vez que a justa causa é uma das condições da ação e um dos pressupostos de recebimento da denúncia, conforme o art. 395, III do Código de Processo Penal brasileiro.

2.2.1.2. Requisitos Negativos (Alternativos)

Passa-se à análise dos requisitos negativos ou causas impeditivas, de natureza alternativa, ou seja, bastando a verificação de uma para que não caiba a celebração do acordo¹⁰⁷.

O primeiro deles é a exigência de que não seja aplicável à hipótese a transação penal. Em outras palavras, a medida negociada em comento é subsidiária à transação penal, conforme o § 2º, I. Ora, como cediço, o instituto despenalizador previsto no art. 76 da Lei 9.099/95 é

¹⁰⁴ SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; MARTINS, Antonio; JOFFILY, Thiago (Orgs.). **Projeto de Lei Anticrime: Análise Crítica dos Professores de Ciências Criminais da Faculdade Nacional de Direito da UFRJ**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, p. 69.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 69.

¹⁰⁶ Ciclo de Debates - Pacote Anticrime: Acordo de Não Persecução Penal, 2020. São Paulo. 1 vídeo online. Ministério Público Federal de São Paulo. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=-aI8yH6yXPo&list=WL&index=6&t=3188s>. Acesso em: 23 jul. 2020.

¹⁰⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. Direito processual penal. 17 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. E-book. Item 12 do Capítulo IV.

aplicável aos crimes de pena máxima cominada não superior a 2 (dois) anos, de forma que, de maneira geral, restarão, para o acordo de não persecução penal, somente os crimes de penas mínima inferior a quatro anos e máxima superior a dois anos.

No ponto, Alberto Toron considera que o acordo merece “aplausos efusivos”, por ser *“uma das coisas mais bem-vindas desse pacote, ao lado do juiz de garantias. Amplia uma medida de caráter despenalizador para aqueles casos em que a pena redundaria na aplicação de medida alternativa, mas sem a necessidade do processo penal”*.

Os incisos I e III do § 2º impedem o consenso nos casos em que couber transação penal, como *supra* comentado, ou naqueles em que o pretense autor do fato houver sido beneficiado com essa, com o *sursis* processual ou com o próprio acordo de não persecução penal nos últimos cinco anos anteriores ao cometimento do delito, em alusão à proibição da Lei 9.099/95 quanto à aplicação de seus institutos despenalizadores. A previsão é bastante razoável e demonstra preocupação com a harmonia entre as normas processuais penais, evitando que o acordo pudesse ser oferecido quando não fossem possíveis as outras benesses.

No que respeita ao inciso II, entretanto, em que o *parquet* deve deixar de propor o acordo se houver *“elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas”*, a proposta deu discricionariedade muito grande ao órgão acusatório para definir o que seria essa conduta criminal habitual reiterada ou profissional e a insignificância das infrações penais anteriores.

Esse é o entendimento de Aury Lopes Jr.¹⁰⁸, para quem *“é um critério vago e impreciso, que cria inadequados espaços de discricionariedade por parte do MP.”*

No mesmo inciso, é prescrita a celebração do consenso caso o investigado seja reincidente.

O inciso IV, por sua vez, que não constava na redação original, impede a aplicação da medida negociada em crimes praticados no âmbito de violência doméstica e familiar ou praticados *“contra mulher por razões da condição de sexo feminino”*. Interessante sua inserção

¹⁰⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. Direito processual penal. 17 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. E-book. Item 12 do Capítulo IV.

no dispositivo, pois seria incoerente permitir a celebração de acordos de não persecução penal nas hipóteses mencionadas quando não são cabíveis nem mesmo as soluções consensuais previstas na Lei 9.099/95, menos destoantes do sistema acusatório que as medidas negociais introduzidas pela Lei 13.964/2019.

Observa-se, brevemente, que andou bem o legislador em suprimir a causa impeditiva constante na redação original quando “*os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente e os motivos e as circunstâncias não indicarem ser necessária e suficiente a adoção da medida*”, visto que flertava com teorias amplamente criticadas, tal como o direito penal do autor - “conduta social” e “personalidade do agente”.

2.2.2. Condições

No que concerne às condições do acordo, frise-se primeiramente que o caput dispõe que podem ser “*ajustadas cumulativa e alternativamente*”.

Para Badaró¹⁰⁹, isso significa que “*poderão estar presentes todas as condições ou somente algumas delas, ainda que apenas duas. Não será possível, porém, estabelecer uma única condição.*”.

Passando à análise de cada uma delas, o inciso I do caput prevê a reparação do dano ou a restituição da coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo. Pertinente trazer observação de Badaró, para quem “*Não é necessário que o dano tenha sido reparado antes da celebração do acordo. Não se exige, igualmente, o pagamento integral e à vista, sendo possível estabelecer condições de pagamento parcelado.*”¹¹⁰. Essa perspectiva é mais favorável ao investigado, pois evita que deixe de celebrar o acordo ou que esse seja considerado descumprido devido à condição econômica desfavorável do indiciado.

O inciso II, por sua vez, prevê como condição a renúncia voluntária, por parte do investigado, dos instrumentos, produto ou proveito do crime. A identificação desses bens e direitos far-se-ia por meio da confissão.

¹⁰⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. 6 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. E-book (RB-3.24). Item 3.20. do sumário.

¹¹⁰ *Ibid.*, Item 3.20. do sumário.

Os incisos III e IV do *caput* do art. 28-A do CPP são mais problemáticos, uma vez que preveem penas restritivas de direitos – sob o nome de “condição” – sem processo. Pode-se dizer que a condição do inciso III equivale à prestação de serviços à comunidade prevista no art. 43, IV, c/c art. 46 do CP, enquanto a condição do inciso IV poderia ser equiparada à prestação pecuniária constante no art. 43, I c/c art. 45, § 1º do CP.

Por fim, o inciso V confere ao Ministério Público a faculdade de propor outra condição, diferente das anteriormente listadas. No ponto, Badaró¹¹¹ afirma que essa condição não poderia corresponder a outras penas restritivas de direitos pois o legislador teria escolhido excluí-las ao não as inserir nos incisos do *caput* do art. 28-A, como fez com a prestação pecuniária e a prestação de serviços à comunidade.

2.2.3. Aspectos procedimentais

Conforme o § 3º, o acordo deve ser firmado entre o investigado, seu defensor e Ministério Público na forma escrita para, depois, consoante o § 4º, ser homologado pelo juiz de garantias (art. 3º-B, XVII do Código de Processo Penal)¹¹².

Quanto à decisão que homologa o acordo de não persecução penal, a redação do projeto não determina, de maneira expressa, a sua natureza.

Para Cezar Augusto Rodrigues Costa¹¹³, não há dúvida sobre a forte carga condenatória da decisão homologatória, seja porque o art. 28-A, § 6º dispõe que a homologação será seguida da execução penal, porque o pretense autor do crime deverá confessar circunstanciadamente a prática do delito, porque o § 13 do mesmo dispositivo prevê a extinção da punibilidade após o cumprimento, nesse caso, da pena, ou por um paralelismo com o art. 395-A constante do projeto de lei nº 882/2019.

¹¹¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 6 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. E-book

¹¹² LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 17 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. E-book. Item 12 do Capítulo IV.

¹¹³ SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; MARTINS, Antonio; JOFFILY, Thiago (Orgs.). **Projeto de Lei Anticrime: Análise Crítica dos Professores de Ciências Criminais da Faculdade Nacional de Direito da UFRJ**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, p. 69.

O autor aborda também a mutabilidade da referida decisão e o § 10 do art. 28-A, que determina que o descumprimento do acordo deverá ser comunicado ao *parquet* para posteriores rescisão e oferecimento de denúncia.

Para ele, o § 6º “*não deixa dúvidas de que estamos diante de coisa julgada, cuja regra é a imutabilidade*”¹¹⁴ e o § 10 teria criado nova modalidade de rescisória, evidentemente *pro societate*, de maneira semelhante ao entendimento esposado na Súmula Vinculante de nº 35 do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

A homologação da transação penal prevista no artigo 76 da Lei 9.099/1995 não faz coisa julgada material e, descumpridas suas cláusulas, retoma-se a situação anterior, possibilitando-se ao Ministério Público a continuidade da persecução penal mediante oferecimento de denúncia ou requisição de inquérito policial.

Contudo, assevera que, diferentemente do afirmado no Enunciado supracitado, a decisão que homologa o acordo faz coisa julgada material, vez que a natureza *res sic standibus*, que geralmente confere natureza meramente formal às decisões, é exceção, sobretudo na seara penal, “*que deve se submeter à legalidade estrita, consentânea com as regras e princípios constitucionais.*”¹¹⁵

Carlos Roberto Siqueira Castro possui opinião semelhante, afirmando que “*partindo da premissa que tais “condições” possuem a natureza de pena – entendida como a sanção estatal imposta ao criminoso como retribuição por um delito – é possível concluir que a redação do projeto viola o princípio da legalidade*” por instituir pena de maneira vaga e não taxativa, sujeita a arbítrio do Ministério Público.¹¹⁶

Já Alberto Zacharias Torón afirmou que o acordo não teria natureza condenatória e deveria ser considerado direito processual público de natureza subjetiva.¹¹⁷

¹¹⁴ SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; MARTINS, Antonio; JOFFILY, Thiago (Orgs.). **Projeto de Lei Anticrime: Análise Crítica dos Professores de Ciências Criminais da Faculdade Nacional de Direito da UFRJ**. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019, p. 71.

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 72.

¹¹⁶ Análise do projeto de lei anticrime: OAB Nacional / coordenador: Felipe Santa Cruz, Juliano Breda. – Brasília: OAB, Conselho Federal, 2019. 75 p. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/oab-rejeita-pontos-projeto-anticrime.pdf>. Acesso em 10 out. 2020, p. 47

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 46.

Nesse mesmo sentido, Guilherme Dezem¹¹⁸:

Cumprido o acordo de não persecução penal, será declarada extinta a punibilidade. É importante notar que não se trata de sentença condenatória e, portanto, não há que se falar em sentença apta a gerar reincidência.

Sobre o tema, o § 12 determina que o acordo e seu cumprimento não constarão em folhas de antecedentes criminais, exceto para impedir que o indiciado se beneficie novamente dessa modalidade de acordo pelo prazo de cinco anos.

No que tange à homologação, consoante o § 5º, o juiz pode não realizá-la se considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições acordadas, hipótese em que deverá devolver os autos à acusação para que a proposta seja refeita, com a concordância do investigado. Nesse ponto, a proposta concedeu grande poder ao órgão judiciário, visto que deu a ele a prerrogativa de avaliar as condições acordadas, sem, contudo, especificar critérios para tanto. No ponto, Aury Lopes Jr.: “*Essa postura intervencionista do juiz se justifica apenas quando houver ilegalidade nas condições ou for gravemente abusiva para o imputado*”.¹¹⁹

Frise-se, ainda, que, diferentemente do que se dava com o arquivamento de inquérito policial na antiga redação do art. 28, em que o magistrado não teria escolha a não ser homologar o arquivamento caso outro membro do parquet ou o Procurador Geral insistisse nesse pedido, na redação do art. 28-A, § 7º, em comento, o juiz pode recusar a homologação caso não sejam feitas as adequações por ele solicitadas.

Dessa recusa à homologação, na hipótese de acusação e defesa apresentarem interesse no acordo, cabe recurso em sentido estrito (art. 581, XXV do Código de Processo Penal).

Outro exemplo de grande concentração de poder no juiz é o § 8º, que determina a devolução dos autos ao Ministério Público, em caso de descumprimento, para o oferecimento da denúncia ou para a análise da necessidade de complementar as investigações.

Primeiramente, os § 7º e 8º violam o sistema acusatório pelo papel ativo que conferem ao juiz no processo penal. Nesse sentido, Cezar Augusto Rodrigues Costa explica:

¹¹⁸ DEZEM, Guilherme Madeira; DE SOUZA, Luciano Anderson. **Comentários ao Pacote Anticrime**: Lei 13.964/2019. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. (RB-3.9.) Item 3.5.do sumário.

¹¹⁹ LOPES JÚNIOR, Aury. Direito processual penal. 17 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. E-book. Item 12 do Capítulo IV.

Pela leitura da norma se observa que o juiz passa expressamente a ter interesse na causa, pois, busca a complementação da investigação ou o oferecimento da denúncia, juízos de valor que cabem exclusivamente ao Ministério Público, diante do já mencionado sistema acusatório. Assume, portanto, o juiz, uma postura proativa no processo penal, incompatível com vários princípios constitucionais, como, por exemplo, o da imparcialidade e do juiz natural.¹²⁰

De fato, quando prevê que o juiz tenha participação na retomada da investigação ou no oferecimento da denúncia, confere a ele iniciativa probatória ou interesse na persecução penal.

Não fosse bastante, a possibilidade de continuação da investigação não parece coerente com a exigência da justa causa para a proposição do acordo, prevista no caput, pois não se vislumbra a utilidade de obtenção de novos elementos informativos, se aqueles reunidos no momento de proposição do acordo já eram suficientes para demonstrar a materialidade e indicar a autoria. Nesse mesmo sentido, Aury Lopes Jr.¹²¹ argumenta que, ao invés dessa remessa para retomar a investigação, o Ministério Público poderia simplesmente promover o arquivamento e não propor a denúncia, bem como a vítima poderia se utilizar da ação penal privada subsidiária da pública (uma vez inerte o *parquet*).

Aliada a essas orientações procedimentais, há o aval para que o *parquet* utilize eventual descumprimento do acordo de não persecução penal como justificativa para o não oferecimento de suspensão condicional do processo.

O último parágrafo do dispositivo prevê a possibilidade de o investigado requerer a remessa dos autos ao órgão superior do Ministério Público, na forma do art. 28 do CPP, no caso de o representante do *parquet* atuante na causa se recusar a propor o acordo. Trata-se de previsão que pretendeu conferir maior efetividade ao direito do indiciado de tentar celebrar o acordo - inobstante todos os prejuízos que esse possa implicar -, vez que o caput do art. 28-A atribui somente à acusação a iniciativa negocial. Para Badaró¹²², não foi a melhor solução, pois, por ser um negócio bilateral, a vontade do investigado não deve se subordinar a do órgão acusatório, ainda que por dupla manifestação desse.

¹²⁰ SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; MARTINS, Antonio; JOFFILY, Thiago (Orgs.). **Projeto de Lei Anticrime: Análise Crítica dos Professores de Ciências Criminais da Faculdade Nacional de Direito da UFRJ**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, p. 73.

¹²¹ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 17 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. E-book. Item 12 do Capítulo IV.

¹²² BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 6 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. E-book (RB-3.24). Item 3.20. do sumário.

Outro aspecto interessante de comentar é a possibilidade de aplicação do instituto a processos penais em curso na data de entrada em vigor da Lei 13.964/19.

A norma não previu essa possibilidade expressamente, mas as discussões sobre ela surgiram devido à quantidade de réus que poderiam ser beneficiados pelo acordo.

Aury Lopes Júnior afirma¹²³:

Ao criar uma causa extintiva da punibilidade (art. 28-A, § 13, CPP), o ANPP adquiriu natureza mista de norma processual e norma penal, devendo retroagir para beneficiar o agente (art. 5º, XL, CF) já que é algo mais benéfico do que uma possível condenação criminal. Deve, pois, aplicar-se a todos os processos em curso, ainda não sentenciados até a entrada em vigor da lei. Nesse sentido, a doutrina de MAZLOUM[1]:

Iniludível, pois, a natureza híbrida da norma que introduziu o acordo, trazendo em seu bojo carga de conteúdo material e processual. O âmbito de incidência das normas legais desse jaez, que consagram inequívoco programa estatal de despenalização, deve ter aplicação alargada nos moldes previstos no artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal: ‘A lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu’. Nesta senda, entendemos incidir também aos processos criminais em curso, apanhados pelo princípio da obrigatoriedade da ação penal. Cabe ao Estado, agora, abrir ao réu a oportunidade de ter sua punibilidade extinta mediante a proposição de acordo pelo Ministério Público e consequente cumprimento das condições convencionadas.

De maneira semelhante, o Procurador da República Andrey Borges¹²⁴, explica que a doutrina majoritária defende a retroatividade da norma em comento, com divergências somente no que tange à extensão dessa retroatividade, apontando em suma, quatro posicionamentos: (i) aplicação a casos transitados em julgado, como é a opinião do professor Paulo Queiroz; (ii) aplicação até o segundo grau de jurisdição; (iii) aplicação até a sentença; (iv) aplicação até o oferecimento da denúncia, posicionamento de Douglas Fischer.

Após expor essas correntes, acrescenta sua visão sobre o tema, invocando precedente do STF relativa a suspensão condicional do processo (Habeas Corpus nº 74305) para

¹²³ LOPES JÚNIOR, Aury; JOSITA, Higyna. Questões polêmicas do acordo de não persecução penal. **Revista Consultor Jurídico**, jun/2020. Disponível em: [¹²⁴ Ciclo de Debates - Pacote Anticrime: Acordo de Não Persecução Penal, 2020. São Paulo. 1 vídeo online. Ministério Público Federal de São Paulo. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=-al8yH6yXPo&list=WL&index=6&t=3188s>. Acesso em: 23 jul. 2020.](https://www.conjur.com.br/2020-mar-06/limite-penal-questoes-polemicas-acordo-nao-persecucao-penal#:~:text=Instituto%20inserido%20no%20art.,da%20suspens%C3%A3o%20condicional%20do%20processo, Acesso em: 24 jun. de 2020.</p></div><div data-bbox=)

demonstrar que após a sentença, não caberia celebração de acordo de não persecução penal, sob pena de se desvirtuar a dupla finalidade do instituto: (i) evitar a estigmatização causada pelo processo; (ii) evitar o processo.

Na prática, diversos processos nos quais havia sido oferecida e recebida denúncia, o Ministério Público foi intimado a fim de se manifestar sobre a possibilidade de realização do acordo de não persecução penal.¹²⁵

2.2.3. Paralelo com a transação penal

De acordo com a Nota Técnica emitida pelo IBCCrim:

o acordo de não-persecução não constitui uma inovação total no sistema processual penal brasileiro, mas sim, uma espécie de “nova transação penal” (art. 76, da Lei 9.099/95), na medida em que ambos os institutos possuem as características comuns respectivamente ao momento, requisito e iniciativa da proposta de solução consensual

Com efeito, os institutos são bastante semelhantes, consistindo em soluções consensuais de casos criminais oferecidas antes da apresentação da denúncia e após o fim da investigação criminal policial, não sendo caso de arquivamento.

Ressaltam-se como semelhanças também a necessidade de homologação judicial em audiência e a possibilidade de rejeição pelo magistrado, a exigência da presença de um advogado ou Defensor Público para a aceitação por parte do pretense autor do fato e a limitação de realização de novo acordo durante os cinco anos subsequentes.

Contudo, apesar dos pontos em comum, as medidas possuem diferenças relevantes.

¹²⁵ Ministério público federal. Sistema Aptus, Manifestação. PRM-Divinópolis-Manifestação-1824/2020. Divinópolis/MG, 18 de junho de 2020; Petição nos autos nº 5000116-66.2020.4.04.7017. 1ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Guaíra. Guaíra/PR, 22 de junho de 2020. Manifestação. PRM-N-Friburgo-Manifestação-1026/2020. Nova Friburgo/RJ, 15 de junho de 2020. Ofício. Ofício/MPF/PRM MACAÉ/FCR/No595/2020. Macaé/RJ, 23 de junho de 2020. Autos Judiciais nº 500196981.2019.4.02.5116 - PA no 1.30.015.000458/2020-67. Portaria. Autos Judiciais nº 5001054-34.2020.4.02.5104. PRM-VTR-RJ-00005899/2020, 22 de junho de 2020. Volta Redonda/RJ.

Em palestra realizada na Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Thiago Bottino expôs algumas delas, que serão pormenorizadas a seguir.¹²⁶

A primeira consiste no fato de, no acordo de não persecução penal, uma das condições acordadas poder ser a reparação do dano, o que não se dá no art. 76 da Lei 9.099/95, que prevê somente penas de multa e restritivas de direito, quais sejam, prestação pecuniária, perda de bens e valores, limitação de fim de semana, prestação de serviços à comunidade ou a entidade pública e interdição temporária de direitos.

Além dessa, é exigível a renúncia de bens que são produto do crime, o que também é criticado pelo palestrante pois, segundo ele, para identificar o produto do crime, seria necessária instrução processual, o que não seria possível tendo em vista o momento de proposição do acordo.

Esse ponto também é alvo de críticas de Cezar Augusto Ribeiro Costa, tanto com relação à contradição entre a voluntariedade da renúncia e a indicação dos bens pelo Ministério Público, quanto a respeito da vagueza do artigo, deixando dúvidas como, por exemplo, a possibilidade de renúncia parcial.¹²⁷

Outra diferenciação é a possibilidade, contida no art. 28-A, inciso V, de o órgão acusatório impor ao réu o cumprimento de qualquer condição, sem previsão taxativa em lei,¹²⁸ o que, para Thiago Bottino, é perigoso por conferir grande discricionariedade ao *parquet*.

Há, outrossim, no acordo de não persecução penal, a exigência de confissão, o que não ocorre na transação penal.

¹²⁶ BOTTINO, Thiago. Colaboração Premiada e os novos Acordos Penais (palestra), Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 09 de maio de 2019.

¹²⁷ SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; MARTINS, Antonio; JOFFILY, Thiago (Orgs.). **Projeto de Lei Anticrime: Análise Crítica dos Professores de Ciências Criminais da Faculdade Nacional de Direito da UFRJ**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, p. 72.

¹²⁸ INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. **Nota Técnica sobre Pacote Anticrime: Comentários do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim) sobre o Pacote Anticrime (PL 882/2019 e PL 1.864/2019)**, 2019, p. 16. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/docs/2019/Nota_Tecnica_Pacote_Anticrime.pdf>. Acesso em: 07 fev. 2020.

Ante todo o exposto, diversas foram as manifestações pela adequação da proposta para tão-somente estender o campo de incidência da transação penal ou do *sursis* processual, e não criar novo meio de solução consensual. Dentre elas, pode-se destacar as de Aury Lopes Jr., Thiago Bottino, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais e Grupo de Trabalho da OAB/RS¹²⁹.

De todo modo, as sugestões não prosperaram e o art. 28-A do projeto de lei foi inserido no Código de Processo Penal com algumas alterações com relação ao projeto original, resultando em redação diferente de todas aquelas sugeridas.

2.3. Acordo penal

2.3.1. Requisitos

Diferentemente do previsto no art. 28-A, o acordo penal poderia – aqui se usa o futuro do pretérito, tendo em vista a não aprovação legislativa do instituto - ser aplicado a processo relativo a qualquer tipo penal, tendo limitação somente na “*gravidade e nas circunstâncias da infração penal*”, diante das quais o parquet poderia deixar de oferecer o acordo, consoante o § 11. Esse seria um requisito negativo para a celebração do acordo.

No ponto, questiona-se a generalidade das expressões “gravidade” e “circunstâncias”, que dão ao órgão de acusação grande discricionariedade¹³⁰ desacompanhada de critérios objetivos para orientar as hipóteses de oferecimento¹³¹.

O segundo requisito para a realização do acordo estaria contido no § 1º, II do projeto legislativo, O dispositivo prevê que as penas requeridas sejam aplicadas dentro dos parâmetros legais e circunstâncias do caso concreto, vedando fixação de penas fora dos limites legais como ocorre nos Estados Unidos. Além disso, a expressão “com sugestão de penas ao juiz” demonstra

¹²⁹ Análise do projeto de lei anticrime: OAB Nacional / coordenador: Felipe Santa Cruz, Juliano Breda. – Brasília: OAB, Conselho Federal, 2019. 75 p. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/oab-rejeita-pontos-projeto-anticrime.pdf>. Acesso em 10 out. 2020, p. 42-47

¹³⁰ VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. Análise da proposta de “acordo penal” (art. 395-A) do Pacote Anticrime: risco de generalização e necessidade de limitação da justiça criminal negocial. **Boletim IBCCrim**, ano 27, nº 318. p. 27-29, maio/2019. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/6339-Analise-da-proposta-de-acordo-penal-art-395-A-do-Pacote-Anticrime-risco-de-generalizacao-e-necessidade-de-limitacao-da-justica-criminal-negocial>. Acesso em: 04 fev. 2020.

¹³¹ *Ibid.*, [n.p.]

que seria esse quem fixaria a pena, afastando-se da figura de árbitro imparcial dos *prosecutorial bargains* norte americanos.

A respeito da confissão, também imprescindível para a celebração do acordo, remete-se às considerações tecidas anteriormente, no tópico 2.2.1, aduzindo que a gravidade, nesse caso, seria ainda maior, em razão da natureza expressamente condenatória da decisão que homologa o acordo.

O terceiro pressuposto para o acordo penal, talvez o mais grave, seria a renúncia aos direitos de recorrer e de produzir provas.

A renúncia ao direito de defesa ativo implicaria a condenação com base tão somente em elementos informativos obtidos na fase do inquérito, sem o crivo do contraditório e da ampla defesa, o que seria extremamente prejudicial ao réu.

A renúncia ao recurso antes da prolação da sentença, a seu turno, seria inconstitucional, pois “o direito ao recurso, embora não expresso claramente no art. 5º da Constituição Federal, dele decorre, seja pelo princípio da ampla defesa, seja pelo devido processo legal”¹³². De maneira análoga, seria inconveniente, pois desrespeitaria tratados internacionais tais como a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, que prevê expressamente o duplo grau de jurisdição.

No mais, a renúncia em comento impediria a correção de eventuais abusos e ilegalidades¹³³, cabendo comentar que o Supremo Tribunal Federal já anulou cláusulas que impunham tal condição em acordos de colaboração premiada.¹³⁴

Ora, se o art. 76, § 5º da Lei 9.099/95 prevê a possibilidade de interposição de apelação da sentença que homologa a transação penal, seria ilógico que não fosse possível recorrer de

¹³² SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; MARTINS, Antonio; JOFFILY, Thiago (Orgs.). **Projeto de Lei Anticrime**: Análise Crítica dos Professores de Ciências Criminais da Faculdade Nacional de Direito da UFRJ. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019, p. 73.

¹³³ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Análise da proposta de “acordo penal” (art. 395-A) do Pacote Anticrime: risco de generalização e necessidade de limitação da justiça criminal negocial. **Boletim IBCrim**, ano 27, nº 318. p. 27-29, maio/2019. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/6339-Analise-da-proposta-de-acordo-penal-art-395-A-do-Pacote-Anticrime-risco-de-generalizacao-e-necessidade-de-limitacao-da-justica-criminal-negocial>. Acesso em: 04 fev. 2020.

¹³⁴ *Id.*, 2018. p. 184-187.

decisão mais danosa, qual seja, aquela que homologasse o acordo penal, devido tanto a sua natureza condenatória quanto à possibilidade de nela ser fixada pena privativa de liberdade.

2.3.2. Condições ou benefícios

O § 2º dispõe que as penas podem ser reduzidas em até a metade, ou poderá ser alterado seu regime de cumprimento ou poderá ser promovida a substituição da pena privativa por restritiva de direitos. Ou seja, com a realização do consenso, será possível obter redução em até a metade da pena ou sua substituição por pena restritiva de direitos ou a determinação de regime de cumprimento mais brando.

Para Vinícius Gomes de Vasconcellos, “o texto proposto é excessivamente aberto, ao passo que não regula critérios claros para a definição da pena em concreto (...) Parece mais adequado fixar uma redução de pena determinada, ou uma margem mais estrita com frações reguladas.”¹³⁵

Pode-se afirmar que a probabilidade de o réu se beneficiar, de fato, de alguma forma com o acordo, só poderia se dar em crimes com pena máxima cominada elevada ou cometidos mediante grave ameaça ou violência, já que em penas de até quatro anos, tanto a substituição da pena privativa de liberdade quanto o regime inicial aberto, previstos como benefícios, são prováveis, ainda que sem pacto.

Frisa-se a ressalva feita no § 10 quanto ao regime de cumprimento de pena, tornando obrigatório o regime fechado, no mínimo para parcela da pena, no caso de reincidência ou “*elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional*”, outra expressão imprecisa e aberta¹³⁶ que atribuiria grande discricionariedade, dessa vez ao juiz.

Exigir-se-ia, ainda, que constasse na avença eventual cominação de pena de multa, destinação de “*produto ou proveito da infração identificado, ou bem de valor equivalente*”,

¹³⁵ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Análise da proposta de “acordo penal” (art. 395-A) do Pacote Anticrime: risco de generalização e necessidade de limitação da justiça criminal negocial. **Boletim IBCrim**, ano 27, nº 318. p. 27-29, maio/2019. Disponível em: https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/6339-Analise-da-proposta-de-acordo-penal-art-395-A-do-Pacote-Anticrime-risco-de-generalizacao-e-necessidade-de-limitacao-da-justica-criminal-negocial. Acesso em: 04 fev. 2020.

¹³⁶ *Ibid*, [n.p.]

além de valor mínimo para a reparação do dano à vítima, independente de indenizações a serem ajuizadas no âmbito cível.¹³⁷

2.3.3. Aspectos procedimentais

A redação não deixa dúvidas de que o acordo penal se aplicaria a ações penais privadas, diferentemente do art. 28-A, que deixa a questão em aberto.

Para Vasconcellos¹³⁸, “é viável interpretar que o requerimento pode ser feito por só uma das partes”, porém não fica clara a possibilidade de a defesa propor o acordo individualmente, o que também é problemático.

Sobre a possibilidade de o Ministério Público não propor o consenso, conforme o § 11:

Se a proposta do Ministério da Justiça aponta para a necessidade de se imprimir maior celeridade na resposta jurídica às infrações penais, não há explicação razoável para se impedir que os benefícios cogitados pelo projeto possam ser concedidos aos acusados que se declaram culpados, ainda que o Ministério Público seja contrário a um acordo¹³⁹

Alguns autores, como Alberto Torón, argumentam que, caso o órgão acusador não proponha o acordo, o juiz poderia fazê-lo, o que seria uma forma de adaptação do *plea bargain* à cultura processual criminal brasileira.¹⁴⁰

¹³⁷ BRASIL. Projeto de Lei 882/2019. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, a Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, a Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, a Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, a Lei nº 11.671, de 8 de maio de 2008, a Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009, a Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, e a Lei nº 13.608, de 10 de janeiro de 2018, para estabelecer medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência a pessoa. Disponível em:

https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=4EC70396036679065584F8348C946EFD.proposicoesWebExterno2?codteor=1719464&filename=Avulso+-PL+882/2019. Acesso em 11 out. 2020.

¹³⁸ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Análise da proposta de “acordo penal” (art. 395-A) do Pacote Anticrime: risco de generalização e necessidade de limitação da justiça criminal negocial. **Boletim IBCCrim**, ano 27, nº 318. p. 27-29, maio/2019. Disponível em: https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/6339-Analise-da-proposta-de-acordo-penal-art-395-A-do-Pacote-Anticrime-risco-de-generalizacao-e-necessidade-de-limitacao-da-justica-criminal-negocial. Acesso em: 04 fev. 2020.

¹³⁹ Análise do projeto de lei anticrime: OAB Nacional / coordenador: Felipe Santa Cruz, Juliano Breda. – Brasília: OAB, Conselho Federal, 2019. 75 p. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/oab-rejeita-pontos-projeto-anticrime.pdf>. Acesso em 10 out. 2020, p. 67

¹⁴⁰ *Ibid*, p. 55

Quanto ao momento de celebração, o art. 395-A, caput, do CPP previa que esse deveria ser entre o recebimento da denúncia e o início da instrução.

A necessidade de prévio recebimento da denúncia é óbvia, já que não pode haver decisão de natureza condenatória quando sequer há os elementos necessários à instauração do processo criminal. Além disso, essa exigência reduz a probabilidade de *overcharging*, apesar de não afastar completamente a possibilidade de sua ocorrência.

O momento final para realização do acordo, por sua vez, em que pese preservar as finalidades de celeridade e economia processual visadas no projeto de lei, como observa Gabrielle Todeschini¹⁴¹, dificultaria a avaliação do réu sobre as provas existentes e, por conseguinte, sobre a conveniência da negociação.

Nesse sentido, é interessante refletir como se daria a aplicação do acordo penal nos delitos processados por procedimentos especiais que preveem oportunidade de a defesa se manifestar antes do recebimento da denúncia, tais como aqueles praticados por servidor público contra a Administração Pública e o tráfico de drogas. Nesses casos, a convicção do juiz para a fixação da pena, após a homologação do acordo, certamente seria influenciada pelas provas eventualmente produzidas pela defesa nesse momento, ainda que formalmente não pudessem compor a fundamentação da sentença e que o réu tivesse delas desistido, conforme o comando do art. 395-A, § 1º, III do CPP.

Por fim, no que concerne ao controle judicial da negociação, são impostos alguns parâmetros.

Segundo o § 6º, o acordo poderia não ser homologado, se verificada sua ilegalidade ou a ausência de voluntariedade do acusado, após sua oitiva em audiência na qual estivesse acompanhado de seu defensor, ponto em que caminhou bem o projeto, pois permitiu “*não só o*

¹⁴¹ TODESCHINI, Gabrielle Thomaz. **Sentença penal negociada e verdade processual**: uma análise de riscos a partir da experiência estadunidense. Porto Alegre. PUCRS.2019. Disponível em: http://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2019/09/gabrielle_todeschini.pdf . Acesso em 10 out. 2020, p. 7

controle judicial sobre seu conteúdo, mas também a fiscalização por aqueles que dele participaram.”¹⁴²

Já o § 7º, que prevê o controle tanto da proporcionalidade entre a infração imputada e a pena sugerida quanto da suficiência das provas para a condenação criminal, é criticado por alguns autores na sua primeira parte, que acreditam que violaria a imparcialidade e o sistema acusatório ao conferir grande discricionariedade ao julgador com relação ao mérito.¹⁴³

Quanto à natureza da decisão que homologue o acordo penal, o § 8º prevê expressamente a natureza condenatória “*para todos os efeitos*”.

Isso significa que haveria condenação sem que houvesse um processo, algo considerado “*nitidamente inconstitucional*” pelo IBCCrim. Para o Instituto, a liberdade individual, além de indisponível, somente pode ser suprimida por decisão judicial que examine provas, e não simplesmente homologue acordo firmado entre acusação e defesa, pois, dessa forma, a atribuição para decidir sobre a liberdade estaria sendo transferida do Poder Judiciário ao Ministério Público, que não possuiria imparcialidade ou atribuição constitucional para tanto.

Uma questão interessante apontada pelos autores é o super encarceramento dos estabelecimentos prisionais que, implicaria, indiretamente, o aumento de custos com a manutenção desses.

Aury Lopes Jr. defende que a “*a alardeada eficiência do sistema e benefícios de redução e custos é ilusória*”¹⁴⁴, tendo-se em conta que a medida geraria um encarceramento em massa “*em um sistema carcerário caótico, medieval e extremamente deficitário de vagas*” e

¹⁴² TODESCHINI, Gabrielle Thomaz. **Sentença penal negociada e verdade processual**: uma análise de riscos a partir da experiência estadunidense. Porto Alegre. PUCRS.2019. Disponível em: http://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2019/09/gabrielle_todeschini.pdf . Acesso em 10 out. 2020, p. 8

¹⁴³ VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. Análise da proposta de “acordo penal” (art. 395-A) do Pacote Anticrime: risco de generalização e necessidade de limitação da justiça criminal negociada. Boletim IBCCrim, ano 27, nº 318. p. 27-29, maio/2019. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/6339-Analise-da-proposta-de-acordo-penal-art-395-A-do-Pacote-Anticrime-risco-de-generalizacao-e-necessidade-de-limitacao-da-justica-criminal-negociada>. Acesso em: 10 out. 2020.

¹⁴⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. Adoção do plea bargaining no projeto "anticrime": remédio ou veneno? Revista Consultor Jurídico. 22. fev. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-22/limite-penal-adocao-plea-bargaining-projeto-anticrimeremedio-ou-veneno?fbclid=IwAR1r93dS1MxAR-0HGzmDVBksufx9-w0IZ4WfpfzLbVFKtNlxv19EbUwmt6g>. Acesso em: 10 out. 2020.

que esse superencarceramento resultaria em um acréscimo no custo mensal de “R\$ 861,7 milhões” (oitocentos e sessenta e um milhões e setecentos mil reais).

No mesmo sentido, texto do IBCCrim¹⁴⁵, narrando que o instituto, extremamente aplicado nos Estados Unidos da América, gerou considerável aumento da população prisional do país, hoje “*com o maior número de encarcerados do planeta*” e gasto de “*US\$ 82 bilhões por ano com prisões*”. Aduz que, se “*o mesmo ocorrer no Brasil, o custo do encarceramento em massa poderá ser superior à economia com pessoal e equipamentos*”

¹⁴⁵ Análise do projeto de lei anticrime: OAB Nacional / coordenador: Felipe Santa Cruz, Juliano Breda. – Brasília: OAB, Conselho Federal, 2019. 75 p. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/oab-rejeita-pontos-projeto-anticrime.pdf>. Acesso em 10 out. 2020, p. 51

3. ACORDOS PENAL E DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: ANÁLISE DA ADEQUAÇÃO AO SISTEMA ACUSATÓRIO BRASILEIRO

Após delimitar os contornos dos Sistemas Acusatório e Inquisitório, dos direitos processuais penais brasileiro – e do sistema acusatório brasileiro - e norte americano e os principais aspectos dos acordos previstos pelo PL 882/2019 e pela Lei 13.964/19, passa-se a examinar a adequação ou inadequação desses ao sistema acusatório brasileiro. Essa análise foi feita de maneira separada com relação a cada característica do sistema acusatório brasileiro identificada no primeiro capítulo, quais sejam, separação das funções de acusar e julgar, paridade de armas, contraditório e ampla defesa, presunção de inocência e oralidade e publicidade.

Pertinente a seguinte passagem:

“Em suma, os mecanismos negociais, quando incorporados no Direito brasileiro, acentuaram a característica inquisitiva de um modelo cultural de processo que, mesmo após a (re)constitucionalização e convencionalização, não conseguiu assimilar os passos primários de um modelo acusatório, assim como se deu em inúmeros outros países de tradição inquisitiva que buscaram introduzir mecanismos negociais e acabaram por reforçar a própria tradição inquisitiva”.¹⁴⁶

3.1. Separação de funções

3.1.1. Papel do juiz

Como *supra* referido, o papel do juiz no acordo de não persecução penal está previsto no art. 28-A, § 4º, 5º, 7º, 13 e 14 do CPP e, no acordo penal, no art. 395-A, § 6º, 7º, 8º, 9º, 10 do CPP.

¹⁴⁶ CHOUKR, Fauzi Hassan. Pacote Anticrime: silêncios e continuísmos. Boletim IBCCrim, ano 27, nº 318, maio/2019. Disponível em: https://arquivo.ibccrim.org.br/boletim_artigo/6329-Pacote-Anticrime-silencios-e-continuismos. Acesso em: 04 fev. 2020.

Assim, no acordo de não persecução penal, o juiz deve verificar a voluntariedade e a legalidade (atendimento aos requisitos legais) do acordo, bem como a suficiência, abusividade e adequação das condições impostas.

Do 28-A, § 3º e 4º do CPP, infere-se que a celebração do acordo não será feita na presença do magistrado¹⁴⁷. Além de a lei só mencionar Ministério Público, investigado e seu defensor, a presença do julgador na elaboração e tratativa do acordo poderia acarretar sua participação nessas, o que iria de encontro à imparcialidade do juiz e à separação das funções de julgar e acusar. Dessa forma, “*o representante do Ministério Público designará audiência em seu gabinete ou sede da Promotoria para as tratativas iniciais sobre discussão de que condições serão aplicadas*”¹⁴⁸ e, após, haverá outra audiência, dessa vez perante o Juiz das garantias (art. 3º-B, inciso XVII do CPP), para verificar a presença da legalidade e voluntariedade do acordo.

Nesse ponto, o acordo de não persecução penal estaria mais próximo dos *prosecutorial bargains* norte americano e do sistema acusatório devido à imparcialidade judicial.

O controle de legalidade é altamente necessário e, nesse ponto, andou bem o dispositivo. Da mesma forma, importantíssimo o controle de voluntariedade, embora haja aspectos coercitivos do acordo, como o ‘*preço do julgamento*’, que não podem ser objetivamente depreendidos de um depoimento do investigado em audiência de homologação (art. 28-A, § 4º), pelo que se requer sensibilidade e olhar crítico do magistrado.

Cabe sucinta observação sobre a relação do controle jurisdicional da suficiência das condições (ART. 28-A, § 5º, CPP) com a análise da suficiência do acordo para prevenção e

¹⁴⁷ Infelizmente, contudo, há decisões que preveem negociação e realização de acordos inclusive em sede de audiência de custódia, como o item ‘5.3’ da Orientação Conjunta nº 3/2018 editada pela 2ª, 4ª e 5ª Câmaras de Coordenação e Revisão da Procuradoria Geral da República. “5.3 Poderá ser utilizada a audiência de custódia para oferecimento da proposta do acordo de não persecução penal, uma vez que esse ato sempre deverá contar com a participação de advogado, constituído ou nomeado pelo juízo. Nesse caso, o membro do MPF tomará as cautelas de praxe, especialmente quanto aos antecedentes, e poderá requerer seja oficiado à Polícia Federal sobre o acordo e a necessidade da remessa dos autos do inquérito policial ao MPF.” De maneira análoga, o Tribunal de Justiça de São Paulo, entende cabível designação de data de audiência para celebração do acordo quando o magistrado entender que é a forma mais adequada para que seja feita a proposta do acordo.

¹⁴⁸ JÚNIOR, Aury Lopes; JOSITA, Higyana. Questões polêmicas do acordo de não persecução penal. **Revista Consultor Jurídico**, jun/2020. Disponível em:

reprovação do crime feita pela acusação antes da propositura (art. 28-A, caput, CPP). Ambos demonstram opção por uma teoria mista de aplicação da pena, tema controvertido, como já mencionado.

O tema se torna mais tormentoso no que tange à análise das condições do acordo por parte do juiz, pois, ainda que inegavelmente necessária, pode se tornar problemática se implicar atuação imparcial do magistrado, em substituição ao Ministério Público, violando-se o sistema acusatório.

Para o promotor de justiça Rodrigo Cabral, o magistrado não deve tomar decisões sobre a conveniência na elaboração das cláusulas do acordo, *“inclusive no que diz respeito ao quantum de prestação de serviços e de prestação pecuniária, desde que estejam dentro dos limites estabelecidos em lei.”* O autor ainda assevera que essa é uma avaliação de política criminal que cabe ao Ministério Público de forma exclusiva e que o próprio *“juízo de adequação, a que se refere aludido dispositivo, deve limitar-se à verificação se o acordo transbordou ou não, em extensão, os limites estabelecidos em lei para o ANPP”*.¹⁴⁹

Ousa-se discordar do referido membro do *parquet*, pois o processo penal brasileiro, como demonstrado alhures, respeita os princípios da obrigatoriedade e indisponibilidade da ação penal pública, bem como o princípio da legalidade, não havendo propriamente juízo de conveniência do Ministério Público no oferecimento do acordo, mas tão-somente oferta vinculada à análise do preenchimento dos requisitos legais.

Ainda sobre o tema, Renato Brasileiro¹⁵⁰, remontando ao acordo de não persecução penal previsto na Resolução nº 181 e 183 do Conselho Nacional do Ministério Público¹⁵¹,

¹⁴⁹ TAVARES, Leonardo Ribas. Acordo de não persecução penal (ANPP) – qual o papel do juiz? **Net.** [s.l.] maio. de 2020. Disponível em: <https://www.estrategiaconcursos.com.br/blog/acordo-de-nao-persecucao-penal-anpp-qual-o-papel-do-juiz/>. Acesso em: 23 jun. 2020. (**apud.** CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Manual do Acordo de não Persecução Penal. 2020)

¹⁵⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. **Pacote Anticrime – Lei 13.964/2019: Comentários às Alterações no CP, CPP e LEP.** Salvador. JusPodivm, 2020.

¹⁵¹ Art. 18. Não sendo o caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor ao investigado acordo de não persecução penal quando, cominada pena mínima inferior a 4 (quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça a pessoa, o investigado tiver confessado formal e circunstanciadamente a sua prática, mediante as seguintes condições, ajustadas cumulativa ou alternativamente: I – reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, salvo impossibilidade de fazê-lo;

II – renunciar voluntariamente a bens e direitos, indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; (Redação dada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018)

afirma que “o magistrado não poderá intervir na redação final da proposta em si estabelecendo as cláusulas do acordo, o que, sem dúvidas, violaria o sistema acusatório e a própria imparcialidade objetiva do julgador”.

Da maneira análoga, Aury Lopes Jr.¹⁵² aduz “que essa postura intervencionista do juiz (de recusar o acordo) ‘se justifica apenas quando houver ilegalidade nas condições ou for gravemente abusiva para o imputado’ ”, não podendo o juiz protagonizar o acordo ou intervir diretamente na formatação das suas cláusulas.

Com isso, a atuação do juiz no acordo de não persecução penal na forma em que está prevista no art. 28-A do CPP está relativamente de acordo com o Sistema Acusatório, salvo algumas exceções mencionadas na sequência.

Como exposto anteriormente, para Aury Lopes Jr.¹⁵³, é necessário identificar o princípio fundante de um sistema para poder classificá-lo como acusatório ou inquisitório. O advogado prossegue, afirmando que os princípios dispositivo (ou acusatório) e inquisitivo dizem respeito, basicamente, ao papel do juiz no processo, sobretudo no que concerne à distribuição ou

III – prestar 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 Ministério Público; (Redação dada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018)

IV – pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Código Penal, a entidade pública ou de interesse social a ser indicada pelo Ministério Público, devendo a prestação ser destinada preferencialmente àquelas entidades que tenham como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; (Redação dada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018)

V – cumprir outra condição estipulada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal aparentemente praticada. (Redação dada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018)

(...)

§ 5º Se o juiz considerar o acordo cabível e as condições adequadas e suficientes, devolverá os autos ao Ministério Público para sua implementação. (Redação dada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018)

§ 6º Se o juiz considerar incabível o acordo, bem como inadequadas ou insuficientes as condições celebradas, fará remessa dos autos ao procurador-geral ou órgão superior interno responsável por sua apreciação, nos termos da legislação vigente, que poderá adotar as seguintes providências: (Redação dada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018)

I – oferecer denúncia ou designar outro membro para oferecê-la; (Redação dada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018)

II – complementar as investigações ou designar outro membro para complementá-la; (Redação dada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018)

III – reformular a proposta de acordo de não persecução, para apreciação do investigado; (Redação dada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018)

IV – manter o acordo de não persecução, que vinculará toda a Instituição.

¹⁵² TAVARES, Leonardo Ribas. Acordo de não persecução penal (ANPP) – qual o papel do juiz? **Net**. [s.l.], maio. de 2020. Disponível em: <https://www.estrategiaconcursos.com.br/blog/acordo-de-nao-persecucao-penal-anpp-qual-o-papel-do-juiz/>. Acesso em: 23 jun. 2020. (**apud**. JÚNIOR, Aury Lopes, Direito processual penal. 2020)

¹⁵³ LOPES JÚNIOR, Aury. Direito processual penal. 16 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 43

concentração da iniciativa probatória entre os sujeitos do processo. No modelo inquisitório, haveria a concentração das funções de acusar e julgar na figura do juiz, enquanto, no acusatório, essa divisão seria mais clara.

A maior parte da atuação do julgador no acordo de não persecução penal se restringe ao controle de legalidade e voluntariedade de maneira posterior à celebração do acordo. Ora, a verificação tanto do cumprimento dos requisitos legais quanto da livre vontade do investigado na realização do consenso dizem respeito à validade do acordo, e não ao conteúdo desse, pelo que o papel do juiz está em consonância com o Sistema Acusatório. Ademais, ambos esses controles são feitos após a celebração, de forma que o juiz não tem grande poder sobre as cláusulas do acordo - mais uma adequação ao modelo acusatório -, ao menos no momento em que esse é firmado.

É nesse ponto que reside certa inquisitorialidade do acordo de não persecução penal, correspondente às referidas exceções a sua adequação acusatória.

Em que pese o magistrado não possa participar da elaboração originária do acordo, pode interferir em seu conteúdo posteriormente, alterando a redação original, se, por “*considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo de não persecução penal*”, se recusar a homologá-lo, devolvendo “*os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo*” (art. 28-A, § 5º, CPP). Observe-se que é maneira indireta de participar da definição das cláusulas, mesmo porque terá de apontar as condições que considera abusivas, insuficientes, exageradas ou inadequadas e justificar o porquê desse juízo, em respeito ao princípio do livre convencimento motivado.

Ademais, reitera-se que as expressões “suficiente”, “abusivas” e “adequadas”, contidas no caput do art. 28-A, têm alto grau de indeterminação, o que dá margem a certa parcialidade do magistrado.

Esse é um dos principais aspectos problemáticos do dispositivo no que concerne ao papel do juiz, apesar de haver certa parcialidade também no § 8º, segundo o qual, ausentes os requisitos legais ou não realizada a adequação requisitada, o juiz deve devolver os autos ao Ministério Público para eventual complementação de investigação. O problema corresponde à

participação indireta do magistrado na persecução penal devido à finalidade com que os autos devem ser devolvidos, consistindo em resquício inquisitório.

Além dessas, outras violações ao sistema acusatório podem surgir se inobservados os ditames do art. 28-A, como, por exemplo, se a aceitação da proposta, a confissão circunstanciada e a homologação ocorrerem em uma mesma audiência, como tem pretendido o *parquet* em alguns casos.¹⁵⁴

Outra questão importante relacionada ao papel do juiz e a sua adequação ao Sistema Acusatório reside na possibilidade de o magistrado remeter de ofício os autos a Órgão Superior do Ministério Público no caso de um membro atuante na primeira instância se recusar a propor o acordo. A discussão perpassa a natureza do acordo de não persecução penal (se direito público subjetivo ou faculdade do *parquet*) e a parcialidade do juiz no processo penal. Há diversos posicionamentos a respeito¹⁵⁵, desde a impossibilidade de o juiz atuar (Rodrigo Cabral), passando pela rejeição da denúncia (Eugênio Pacelli), pelo encaminhamento dos autos mediante pedido do investigado (Aury Lopes Jr.¹⁵⁶), até a possibilidade de o juiz remeter os autos de ofício com base em aplicação analógica da Súmula 696/STF (Leonardo Ribas Tavares). O tema, devido ao seu caráter recente, ainda não foi pacificado.

Diante do exposto, percebe-se que, de acordo com a letra fria da lei, o acordo de não persecução penal aproximar-se-ia dos *prosecutorial bargains* devido à passividade e restrição da atuação judicial nesse. Desta feita, no que tange à atuação do magistrado, esse tipo de negócio não destoaria gravemente do sistema acusatório.

Contudo, como ocorre nos Estados Unidos da América, em que os *judicial bargains* são consideravelmente realizados mesmo sem autorização em diversos estados-membros,¹⁵⁷ é

¹⁵⁴ MINAS GERAIS. Procuradoria da República do Município de Divinópolis. Manifestação PRM Divinópolis-MG nº 1824/2020 nos Autos nº 3738-14.2018.4.01.3811. 18 de junho de 2020. [Fundamenta a inviabilidade de acordo de não persecução penal para um réu e propõe as condições para celebração para corrêu].

¹⁵⁵ TAVARES, Leonardo Ribas. Acordo de não persecução penal (ANPP) – qual o papel do juiz? **Net.** [s.l.] maio de 2020. Disponível em: <https://www.estrategiaconcursos.com.br/blog/acordo-de-nao-persecucao-penal-anpp-qual-o-papel-do-juiz/>. Acesso em: 23 jun. 2020. (**apud.** CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Manual do Acordo de não Persecução Penal. 2020)

¹⁵⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. Direito processual penal. 17 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. E-book. Item 12 do Capítulo IV.

¹⁵⁷ ALSCHULER, Albert W. *The Trial's Judge's Role in Plea Bargaining*, Part I (p. 1059-1154, p. 1061 **apud.** VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de, 2019. p. 95)

possível que, no Brasil, o juiz também assuma um papel mais ativo na prática devido a alguns fatores: (i) disposições individuais e estruturas de interpretação e significado ; (ii) expressões genéricas para o controle judicial das condições acordadas; (iii) algumas previsões do próprio dispositivo que aproximam a função judicial da acusatória, como o art. 28-A, § 8º do CPP.

É interessante também comentar que, de acordo com as disposições individuais dos atores jurídicos, é possível que essa forma de barganha ganhe alguns novos contornos ao ser traduzida, aproximando-se ou afastando-se do modelo norteamericano de negociação processual criminal e do sistema acusatório (repisa-se que a relação entre esses dois últimos não é necessariamente de equivalência, pois, apesar de o processo estadunidense ser adversarial, a justiça negocial implementada diverge, para alguns, dos princípios norteadores do sistema acusatório).

Entretanto, não se considera adequado fazer uma previsão precisa de como o instituto será internalizado pelos atores jurídicos brasileiros e, conseqüentemente, como será traduzido no Brasil.

Passando à análise do acordo penal, que se pretendia inserir no CPP pelo art. 395-A, tem-se como requisito “*o requerimento de que a pena privativa de liberdade seja aplicada dentro dos parâmetros legais e consideradas as circunstâncias do caso penal com a sugestão de penas ao juiz*”.

Da última expressão (“*sugestão de penas ao juiz*”), infere-se que a pena constante no acordo não vincula o juiz. Contudo, para Vasconcellos, “*Não há como se aceitar que o acordo seja homologado com pena distinta da indicada pelas partes. Portanto, não se trata de sugestão, ao passo que o juiz fica vinculado aos termos do acordo apresentado pelas partes*”¹⁵⁸.

Do § 7º, depreende-se que, de fato, a intenção do legislador foi permitir um controle judicial sobre a pena, podendo esse fixar pena diversa da requerida pelas partes.

¹⁵⁸ VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. Análise da proposta de “acordo penal” (art. 395-A) do Pacote Anticrime: risco de generalização e necessidade de limitação da justiça criminal negocial. **Boletim IBCCrim**, ano 27, nº 318, p. 27-29, maio/2019. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/6339-Analise-da-proposta-de-acordo-penal-art-395-A-do-Pacote-Anticrime-risco-de-generalizacao-e-necessidade-de-limitacao-da-justica-criminal-negocial>. Acesso em: 04 fev. 2020.

Vasconcellos¹⁵⁹ critica a redação sob o argumento de que a não homologação do acordo em caso de penas consideradas manifestamente desproporcionais às infrações configura controle de mérito demasiado sobre as penas fixadas pelas partes, aduzindo que “*tal controle não pode ser feito pelo julgador, sob pena de violação da imparcialidade e do sistema acusatório*”.

Entretanto, discorda-se da consideração, vez que o § 7º menciona a possibilidade de não homologação somente quando as penas forem manifestamente ilegais - o que harmoniza com o § 1º, II - ou desproporcionais à infração. Dessa forma, não há previsão de completa desvinculação do juízo às penas sugeridas, mas tão somente de um controle de legalidade e proporcionalidade. Pensa-se, inclusive, que esse controle é fundamental para evitar uma usurpação do poder punitivo estatal, por meio da fixação de pena, por parte do Ministério Público.

É certo que a palavra desproporcional à infração carrega certa imprecisão, permitindo maior parcialidade do julgador. Contudo, pensa-se que, no acordo penal, diferentemente do exposto com relação ao acordo de não persecução penal, eventual atuação mais ativa do magistrado em não homologar o consenso pode ser bem-vinda. A uma por atenuar a desjurisdicionalização, abordada *infra*, e a duas pelo fato de as condições fixadas no acordo penal constituírem pena, o que não se dá no acordo de não persecução penal.

Nesse sentido, o acordo penal se aproxima mais de espécies de consenso adotadas em outros países, tais como o *patteggiamento* italiano, do que do *plea bargain*, devido à presença de alguns aspectos que são ausentes na grande maioria dos acordos americanos, quais sejam: (i) limite para a redução de pena pactuada; (ii) análise da adequação da pena por parte do juiz; (iii) possibilidade de a defesa requerer ao juiz a aplicação da redução de pena pretendida no acordo, caso a acusação não a tenha aceito.

Contudo, não se adentrará no mérito do *patteggiamento* por extrapolar os objetivos deste trabalho.

¹⁵⁹ VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. Análise da proposta de “acordo penal” (art. 395-A) do Pacote Anticrime: risco de generalização e necessidade de limitação da justiça criminal negocial. **Boletim IBCCrim**, ano 27, nº 318. p. 27-29, maio/2019. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/6339-Analise-da-proposta-de-acordo-penal-art-395-A-do-Pacote-Anticrime-risco-de-generalizacao-e-necessidade-de-limitacao-da-justica-criminal-negocial>. Acesso em: 04 fev. 2020.

Cabe comentar que, apesar da autorização legal, em grande parte dos casos, os magistrados homologam os consensos feitos na seara processual criminal, funcionando o controle judicial quase que como uma formalidade.

Prosseguindo, quanto à presença do julgador no momento da elaboração do acordo, reiteram-se as considerações feitas na análise do acordo de não persecução penal.

Um aspecto que esbarra na parcialidade do juiz é a permanência do seu convencimento acerca da culpabilidade e condenação do acusado, mesmo que desentranhado o acordo dos autos e proibida referência a ele. Ora, as previsões da § 9º para os casos de não homologação são insuficientes para garantir a imparcialidade, pois o juiz já terá tido acesso à confissão e ao interesse do acusado em aceitar o acordo¹⁶⁰.

Assim, com relação ao papel do juiz, o acordo penal não destoa tanto do sistema acusatório, apesar de o fazer em vários outros aspectos, como a presunção de inocência, o contraditório, a ampla defesa e o papel da acusação, conforme se verá na sequência.

3.1.2. Papel da acusação

No que concerne ao papel da acusação nos acordos em comento, o que salta aos olhos é a sua hipertrofia, em outras palavras, o acúmulo de poder e funções acusatórias e judiciais na figura da acusação.

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6304¹⁶¹, fala-se em “desjurisdicionalização” ou transferência do Poder jurisdicional para o Ministério Público. Ambas as expressões são

¹⁶⁰ VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. Análise da proposta de “acordo penal” (art. 395-A) do Pacote Anticrime: risco de generalização e necessidade de limitação da justiça criminal negocial. **Boletim IBCCrim**, ano 27, nº 318. p. 27-29, maio/2019. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/6339-Analise-da-proposta-de-acordo-penal-art-395-A-do-Pacote-Anticrime-risco-de-generalizacao-e-necessidade-de-limitacao-da-justica-criminal-negocial>. Acesso em: 04 fev. 2020.

¹⁶¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.304**. Petição Inicial (item 35). ADI 6.304. Requerente: Associação Brasileira de Advogados Criminalistas. Relator Min. Luiz Fux, 15 de janeiro de 2020. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5843708>. Acesso em 12 out. 2020.

usadas para se referir ao deslocamento do poder jurisdicional (com relação a diversos tipos penais) do Poder Judiciário para o Ministério Público, em afronta à Organização dos Poderes prevista na Constituição da República (Título IV da CRFB). Com base nessa argumentação, reinvidica-se, na citada ação, a inconstitucionalidade do art. 28-A do CPP.

Essa visão de hipertrofia da acusação é compartilhada por Vinícius Vasconcellos, que defende que o “*modelo negocial de justiça criminal acarreta a hipervalorização da atuação do acusador*”¹⁶², vez que esse usurpa a atuação decisória do julgador e praticamente exerce o poder punitivo desacompanhado. Em outras palavras, ao Ministério Público ficam reservadas as funções de acusar e de julgar, em visível violação à talvez principal característica do sistema acusatório. Nesse sentido, da mesma forma que em processos criminais inquisitórios sem medidas consensuais, acusação e juiz atuam quase que conjuntamente, porém, nesse caso, o *parquet* acumularia as funções de acusar e julgar, e não o magistrado.

No acordo de não persecução penal, como mencionado *supra*, o papel do juiz se restringe basicamente à verificação do cumprimento dos requisitos legais, da voluntariedade do investigado e da suficiência, adequação e não abusividade das condições estipuladas no acordo, conforme art. 28-A, § 4º e § 5º do CPP. Além disso, como já referido, a iniciativa de propor o acordo foi atribuída de forma expressa somente à acusação (art. 28-A, caput, CPP), bem como a possibilidade de indicar outras condições não previstas no rol exemplificativo dos incisos I, II, III e IV do art. 28-A, CPP. Some-se a isso a discricionariedade conferida ao *parquet* em diversos outros aspectos do acordo, tal como no § 2º, II do dispositivo em comento.

Essa limitação dos magistrados aliada à proposição das condições do acordo pela acusação - recorrentemente em forma de contrato de adesão - implica a usurpação da função de julgar por parte do Ministério Público. Ora, se as condições, ainda que não consistam em pena em seu sentido formal, representam sanções a certa conduta e se, na prática, é o Ministério Público quem unilateral e discricionariamente as define, é evidente que o dispositivo permite, indiretamente, que o *parquet* exerça o poder punitivo estatal.

¹⁶² VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. Barganha no processo penal e o autoritarismo "consensual" nos sistemas processuais: a justiça negocial entre a patologização do acusatório e o contragolpe inquisitivo. Revista dos Tribunais, São Paulo, p. 261-279, mar. 2015. Disponível em: file:///C:/Users/DVM/Downloads/Barganha_no_processo_penal_e_o_autoritar.pdf. Acesso em: 11 out. 2020, p. 264

O cenário é mais problemático quando se trata do acordo penal, cuja sentença de homologação possui natureza condenatória.

De forma análoga ao que ocorre no acordo de não persecução penal, o consenso que se pretendia incluir no Código de Processo Penal no art. 395-A implicaria certa “desjurisdicionalização”. Nesse sentido, para o IBCCrim, a liberdade individual, além de indisponível, somente poderia ser suprimida por decisão judicial que examinasse provas, e não simplesmente homologasse acordo firmado entre acusação e defesa, pois, dessa forma, a atribuição para decidir sobre a liberdade estaria sendo transferida do Poder Judiciário ao Ministério Público, que não possuiria imparcialidade ou atribuição constitucional para tanto.

O § 8º, que prevê justamente a natureza condenatória da sentença de homologação do acordo penal, esbarra nesse problema.

Outro exemplo de excessiva discricionariedade conferida ao Ministério Público é o § 11 do art. 395-A. O dispositivo previa a possibilidade de a acusação não propor o acordo com base na “*gravidade e nas circunstâncias da infração penal*”, expressões extremamente genéricas, que dariam à acusação grande discricionariedade¹⁶³ desacompanhada de critérios objetivos para orientar as hipóteses de oferecimento¹⁶⁴.

Assim, haveria uma distorção das funções de acusar e julgar nos acordos em exame, atribuindo-se poder excessivo à acusação, praticamente a permitindo exercer o poder punitivo estatal. Conforme crítica de Vinícius de Vasconcellos¹⁶⁵, “*a possibilidade de que a acusação desista de seus pedidos não autoriza de modo algum a concretização do poder punitivo*”, não estando de acordo com o modelo acusatório e o Estado Democrático que as partes determinem “*as consequências do fato delituoso em questão*”.

¹⁶³ VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. Análise da proposta de “acordo penal” (art. 395-A) do Pacote Anticrime: risco de generalização e necessidade de limitação da justiça criminal negocial. **Boletim IBCCrim**, ano 27, nº 318. p. 27-29, maio/2019. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/6339-Analise-da-proposta-de-acordo-penal-art-395-A-do-Pacote-Anticrime-risco-de-generalizacao-e-necessidade-de-limitacao-da-justica-criminal-negocial>. Acesso em: 04 fev. 2020.

¹⁶⁴ *Ibid.*, [n.p.]

¹⁶⁵ VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. Barganha no processo penal e o autoritarismo "consensual" nos sistemas processuais: a justiça negocial entre a patologização do acusatório e o contragolpe inquisitivo. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, p. 261-279, mar. 2015. Disponível em: file:///C:/Users/DVM/Downloads/Barganha_no_processo_penal_e_o_autoritar.pdf. Acesso em: 11 out. 2020, p. 264

Diante de todo o exposto, evidencia-se que o acordo de não persecução penal e o acordo penal não se adequam ao sistema acusatório no que concerne ao papel da acusação.

Ainda sobre o tema, ao comentar o art. 18 da Resolução nº 181 do CNMP, Vasconcellos¹⁶⁶ afirma que, embora seja cada vez mais reconhecida a não obrigatoriedade no processo penal, espaços de não obrigatoriedade deveriam ser implementados sem a necessidade de uma “sanção alternativa”, ou seja, com o mero não exercício da pretensão acusatória.

Passando ao acordo penal, também se verifica um órgão acusatório inflado de atribuições e prerrogativas.

A sugestão de pena ao juiz, por parte do Ministério Público, como requisito para o acordo (art. 395-A, § 1º, II) é a maior evidência da confusão entre as funções de acusar e julgar. Isso porque o magistrado poderia deixar de homologar o consenso caso a proposta de pena seja manifestamente ilegal ou desproporcional. Ou seja, fora dessas hipóteses, seria a acusação que fixaria a pena. Essa concentração de poder se torna ainda mais temerária quando observado o § 8º, que prevê expressamente a natureza condenatória da sentença de homologação.

3.2. (Des)igualdade das partes

Como é cediço, no processo penal brasileiro, é patente a desigualdade entre as partes. Isso se dá por diversas razões, tais como os poderes instrutórios e investigativos atribuídos ao juiz e a seletividade do sistema penal, que significa uma persecução penal injusta e uma dificuldade de defesa técnica por parte dos acusados menos abastados, cuja única opção é a defensoria pública - tão sobrecarregada - ou advogados *pro bono*/dativos. Além desses, outros aspectos demonstram a disparidade de armas, como a inquisitorialidade da investigação preliminar, exemplificada no art. 14 do Código de Processo Penal.

¹⁶⁶ VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Barganha e Justiça Criminal Negocial: Análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro.** 2ª edição. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, p. 140.

A falta de isonomia pode ser encontrada em diversos dispositivos do Código Processual Penal, como o art. 581, I e art. 385, e é tão evidente que a própria legislação prevê - insuficientemente, comenta-se - mecanismos para tentar reduzi-la, como a restrição da Revisão Criminal à defesa, por exemplo. Nesse sentido, Geraldo Prado afirma¹⁶⁷:

Entre os poderes do juiz, por isso, segundo o princípio acusatório, não se deve encontrar aquele pertinente à investigação judicial, permitindo-se, quando muito, pela coordenação dos princípios constitucionais da justiça material e presunção da inocência, que moderadamente intervenha, durante a instrução, para, na implementação de poderes de assistência ao acusado, pesquisar de maneira supletiva provas da inocência, conforme a(s) tese(s) esposada(s) pela defesa.

Neste caso, assimila-se a real natureza do princípio acusatório como garantia que comporta para a defesa do imputado conforme assinala Grau. O destinatário da posição jurídica favorável não pode ser prejudicado pela aplicação, contra si mesmo, daquele benefício instituído pela Constituição.

Ao mesmo tempo, incrementa-se, por meio desta excepcional e restrita iniciativa judicial, o princípio da paridade de armas de modo efetivo, tal seja, garantindo, pela intervenção mediadora do juiz, tratamento desigual aos desiguais, sobretudo em face da ausência de identidade entre as partes, agindo assim em busca do equilíbrio no processo, razoavelmente justificado à luz de critérios de reciprocidade e evitação de um dano irreparável.

No que toca soluções consensuais no processo penal, essa desigualdade é ainda maior, tendo em vista o modelo de investigação oficial, o papel do juiz nos acordos, a centralização das funções de acusar e julgar na figura do acusador e a coercibilidade das medidas negociadas.

No que cinge ao acordo de não persecução penal, como referido em item anterior, a atuação do juiz se dá somente na verificação do cumprimento dos requisitos legais, da voluntariedade do investigado e da suficiência, adequação e não abusividade das condições estipuladas no acordo, conforme art. 28-A, § 4º e § 5º do CPP.

Dessa forma, há nítida concentração de funções na acusação, contribuindo para a disparidade de armas, de forma contrária ao sistema acusatório.

Outro aspecto não isonômico é a possibilidade de o Ministério Público indicar outras condições além das previstas no art. 28-A, I, II, III e IV do CPP, possibilidade que não é dada à defesa (art. 28-A, V do CPP). Tal previsão confere grande discricionariedade à acusação, o que pode vir a resultar em imposição de condições absurdas.

¹⁶⁷ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional Das Leis Processuais Penais**. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005. Disponível em: https://www.academia.edu/8507492/Sistema_Acusatorio_A_Conformidade_Constitucional_3a_ed. Acesso em: 04 ago. 2020, p. 208-209.

Ademais, também se destacam como exemplos de desigualdade entre as partes: (i) a vaguidade do artigo sobre a possibilidade de o investigado propor o acordo; (ii) a discricionariedade atribuída ao parquet com o uso de expressões genéricas como “*necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime*” (art. 28-A, caput) e “*elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional*”.

No que toca o acordo penal, a redação proposta para o art. 395-A, § 2º e 10 do CPP também carrega imprecisão (“*segundo a gravidade do crime, as circunstâncias do caso e o grau de colaboração do acusado*” e “*elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional*”) e grande margem para negociação sobre a pena (pode ser reduzida até a metade)¹⁶⁸, o que, aliado ao recorrente excesso de acusação, pode representar penas desproporcionais e maior capacidade negocial ao Ministério Público. Aqui, cabe reiterar a previsão de não proposição do acordo por parte do Ministério Público (§ 11).

Há que se reconhecer, contudo, que o art. 395-A deixou em aberto a possibilidade de proposição do acordo por parte do acusado, diferentemente do art. 28-A.

Além desses aspectos, destaca-se a “*expropriação dos papéis das partes, em que seus interesses processuais sobrepõem-se às funções processuais*”¹⁶⁹, ou, em outras palavras, a “*subordinação da justiça aos interesses pessoais dos atores do campo jurídico penal*”, resultando, novamente, em desvantagem ao investigado.

Essa análise é interessante pois demonstra a desvantagem da defesa, cujos interesses processuais se opõem aos da acusação e do julgador, muitas vezes coincidentes.

Nesse sentido, não necessariamente o acusador estará representando os interesses públicos, vez que a celebração dos acordos, na realidade, é benéfica para ele individualmente,

¹⁶⁸ VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. Análise da proposta de “acordo penal” (art. 395-A) do Pacote Anticrime: risco de generalização e necessidade de limitação da justiça criminal negocial. **Boletim IBCCrim**, ano 27, nº 318. p. 27-29, maio/2019. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/6339-Analise-da-proposta-de-acordo-penal-art-395-A-do-Pacote-Anticrime-risco-de-generalizacao-e-necessidade-de-limitacao-da-justica-criminal-negocial>. Acesso em: 04 fev. 2020.

¹⁶⁹ *Id.*, 2019, p. 517.

pois reduz sua carga de trabalho e assegura condenações ou punições, “*mantendo sua imagem pública em conformidade com os recorrentes clamores sociais punitivos*”.

Da mesma maneira, o juiz possui interesse pessoal na realização dos consensos, vez que também tem seu trabalho reduzido, além de não ter que se preocupar com eventuais revogações da decisão em sede recursal e com a responsabilidade de decidir sobre a responsabilização do acusado. Para além disso, o juiz brasileiro, que comumente atua de forma conjunta à acusação e tende, portanto, a condenar, encontra facilidade para exercer essa preferência.

Por fim, o defensor técnico do acusado também pode sucumbir às vantagens pessoais oferecidas pela realização dos acordos, a saber, possibilidade de atuar em mais casos e auferir valor maior e manter boas relações com os demais atores processuais.

Dessa maneira, evidencia-se a desigualdade entre o investigado e a acusação, cujos interesses pessoais convergem, muitas vezes, com o do julgador e do advogado da defesa.

Todos esses exemplos, além de afastar o processo penal brasileiro do sistema acusatório, enfraquecem o “modelo de acordo”, que “*exige que se abandone uma estrutura vertical, que não haja um contrato de adesão, um contrato leonino, que as partes façam concessões mútuas*”.¹⁷⁰

Outrossim, reitera-se a coercibilidade da barganha, o que retira da defesa ampla liberdade de escolha, conferindo outra desvantagem a ela no jogo processual.

Essa disparidade de armas contribui para a coercibilidade para celebração do acordo. Sobre isso, Aury Lopes Jr.¹⁷¹, referenciando Schunemann, dispara:

Schünemann critica o suposto princípio de consenso, frequentemente invocado para legitimar o modelo negocial, taxando de “eufemismo”, por trás do qual se ocultaria uma sujeição do acusado à medida de pena pretendida pelo acusador, enquanto

¹⁷⁰ Ciclo de Debates - Pacote Anticrime: Acordo de Não Persecução Penal, 2020. São Paulo. 1 vídeo online. Ministério Público Federal de São Paulo. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=aI8yH6yXPo&list=WL&index=6&t=3188s>. Acesso em: 23 jul. 2020.

¹⁷¹ LOPES JÚNIOR, Aury. Adoção do plea bargaining no projeto “anticrime”: remédio ou veneno? Revista Consultor Jurídico. 22. fev. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-22/limite-penal-adocao-plea-bargaining-projeto-anticrimeremedio-ou-veneno?fbclid=IwAR1r93dS1MxAR-0HGzmDVBksufx9-w0IZ4WfpfzLbVFKtNlxv19EbUwmt6g>. Acesso em: 10 out. 2020.

resultado mínimo, de quem é colocado em posição de submissão através de forte pressão por parte da Justiça criminal sobre o acusado. É uma ficção, desde o ponto de vista prático, conclui. Não existe consenso ou voluntariedade, porque não existe igualdade de partes/armas. Existe uma submissão do réu a partir de uma visão de redução de danos (para evitar o "risco" do processo). Existe semelhança com um "contrato de adesão", onde não há liberdade plena e real igualdade para negociar, apenas de aceitar o que lhe é imposto.

Marta Saad defende que há algumas maneiras de mitigar eventual superioridade negocial do Ministério Público, a saber: (i) não haver excesso de acusação (“*overcharging*”); (ii) não haver “preço do julgamento”; (iii) participação efetiva da defesa na elaboração do acordo; (iv) “customização das condições” conforme cada caso; (v) justificativa e transparência na proposição das cláusulas do acordo; (vi) fiscalização do judiciário acerca da voluntariedade e condições.¹⁷²

Pensa-se, contudo, que algumas das sugestões apresentadas, como a inexistência de excesso de acusação, são, na realidade, formas de expressão da isonomia pretendida, e não mecanismos para garantir a sua efetividade. Em outras palavras, a ausência de excesso na acusação é uma das coisas que se pretende, e não uma forma de garantir a igualdade processual. Seria diferente se tivesse sido apresentado um mecanismo de controle da atuação ministerial, por exemplo.

3.3. Presunção de Inocência

Segundo VASCONCELLOS (2019)¹⁷³, “*os mecanismos negociais subvertem a presunção de inocência, ao passo que desincumbem o acusador de sua carga probatória ao impor a sanção penal sem necessidade de produção de lastro incriminatório sólido*”, além de se utilizar “*da coação para obter a confissão do réu*”.

No mesmo sentido, Mirella Marie Kudo¹⁷⁴ (grifei):

¹⁷² Ciclo de Debates - Pacote Anticrime: Acordo de Não Persecução Penal, 2020. São Paulo. 1 vídeo online. Ministério Público Federal de São Paulo. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=aI8yH6yXPo&list=WL&index=6&t=3188s>. Acesso em: 23 jul. 2020.

¹⁷³ VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. Barganha no processo penal e o autoritarismo "consensual" nos sistemas processuais: a justiça negocial entre a patologização do acusatório e o contragolpe inquisitivo. Revista dos Tribunais, São Paulo, p. 261-279, mar. 2015. Disponível em: file:///C:/Users/DVM/Downloads/Barganha_no_processo_penal_e_o_autoritar.pdf. Acesso em: 11 out. 2020, p. 273

¹⁷⁴ KUDO, Mirella Marie. Justiça Criminal Negocial: aplicação consensual da pena e prejuízo aos fundamentos do processo penal democrático. Defensoria Pública da União - Repositório do Conhecimento, 2015. Disponível em: <https://www.dpu.def.br/repositorio-do-conhecimento/direito-processual-e-acesso-a-justica/31766-justica->

a justiça penal negocial representa uma verdadeira "mercantilização processual", com a relativização de garantias fundamentais, corrompendo por completo os fundamentos do processo penal democrático, eis que ofende os princípios da presunção de inocência e do contraditório, assim como os princípios da jurisdicionalidade, da inderrogabilidade do juízo, da separação das atividades de julgar e acusar e da fundamentação das decisões judiciais

Abordando a coercibilidade da barganha no processo penal e o problema da inocência nessa seara, VASCONCELLOS¹⁷⁵ explica que há a “*crescente utilização dos institutos consensuais em casos com frágil lastro probatório, nos quais a dúvida impediria a imposição de uma sanção penal*”. Assim, completa que há uma distorção sobre a necessidade do processo, bem como sobre a carga probatória do Ministério Público sobre os fatos imputados, o que neste trabalho se interpreta também como um afastamento da presunção de inocência e uma aplicação do brocardo *in dubio pro societate*.

Explica-se: nos processos com conjunto fático-probatório mais débil, seria extremamente necessário o processo regular tradicional, vez que não deveria haver punição sem certeza sobre o fato típico, ilícito, culpável e punível pelo imputado e isso se dá devido ao princípio da presunção de inocência. Contudo, não é o que ocorre na prática. Na realidade, nesses casos, a acusação parece se utilizar dos acordos como forma de garantir alguma reprimenda às supostas condutas delituosas (ainda que não seja formalmente uma condenação), tendo em vista o grau de incerteza sobre a condenação caso fosse observado o devido processo legal. Na mesma esteira, há uma inversão da carga probatória dos fatos investigados, vez que a acusação deveria provar o que alega, consoante o art. 156 do CPP, e não o investigado contra-provar as alegações daquela.

Essa é uma das violações à presunção de inocência, tão cara ao sistema acusatório.

Dessa maneira, a justiça negocial criminal, dentro da qual se encontram os acordos em comento, não é compatível com o sistema acusatório. É o que Vasconcellos expõe na

[criminal-negocial-aplicacao-consensual-da-pena-e-prejuizo-aos-fundamentos-do-processo-penal-democratico](#).

Acesso em 11 out. 2020, p. 2.

¹⁷⁵ VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Barganha e Justiça Criminal Negocial: Análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro**. 2ª edição. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, p. 168: “*Por fim, no momento de controle da barganha realizado pelo juiz há uma clara aderência à versão acusatória, pautada por uma presunção de culpabilidade, ou seja, um comprometimento prévio do julgador com a acusação*”.

continuidade do artigo citado *supra*: os acordos no processo penal, de forma geral, não respeitam o sistema acusatório - pelo contrário, possuem traços inquisitórios -, pois violam o contraditório, a ampla defesa e o princípio da necessidade, afeto ao processo penal, independente do sistema processual criminal do qual se trata.

Ainda quanto ao tema barganha processual criminal e presunção de inocência, notadamente quanto ao acordo de não persecução penal, há que se comentar a ADI nº 6304, que pretende ver declarados inconstitucionais os art. 116 do Código Penal, art. 28-A do Código de Processo Penal e art. 112 da Lei de Execução Penal.

Na exordial¹⁷⁶, a Associação Brasileira de Advogados Criminalistas argumenta que a obrigatoriedade da confissão para a celebração do acordo implica violação à presunção de inocência pois a exigência restringe a possibilidade de celebração do acordo àqueles réus que confessarem. Acrescenta, ainda, o poder coercitivo do Ministério Público para a ocorrência da confissão e a possibilidade de essa se dar e, pela não satisfação de outros requisitos, o acordo não ser finalizado.

Além disso, a ABRACRIM critica o fato de essa confissão não ser feita na presença do juiz, aspecto do qual respeitosamente se discorda pelas razões *supra* expostas para a realização do acordo - incluída aí a confissão - em âmbito extrajudicial.

Ainda no que tange à exigência de confissão para a celebração do acordo, o acordo penal é especialmente problemático, vez que prevê sentença condenatória - inclusive com pena privativa de liberdade em regime inicial fechado (art. 395-A, § 1º, II c/c § 10 do CPP) - com base tão somente em confissão e elementos informativos. Com isso, viola-se a previsão do art. 197¹⁷⁷ do CPP, vez que não há outras provas produzidas em âmbito judicial a serem confrontadas com a confissão.

¹⁷⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.304**. Petição Inicial (item 51). ADI 6.304. Requerente: Associação Brasileira de Advogados Criminalistas. Relator Min. Luiz Fux, 15 de janeiro de 2020. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5843708>. Acesso em 12 out. 2020.

¹⁷⁷ Art. 197. O valor da confissão se aferirá pelos critérios adotados para os outros elementos de prova, e para a sua apreciação o juiz deverá confrontá-la com as demais provas do processo, verificando se entre ela e estas existe compatibilidade ou concordância.

Mencionam-se, ainda, os riscos de confissão falsa e obtida mediante coerção, conforme melhor exposto no item 2.2.1. desse trabalho.

Outrossim, a renúncia ao direito de recorrer (art. 395-A, § 1º, III, CPP), outro requisito para o consenso, também mitiga a presunção de inocência na medida em que impõe uma antecipação do trânsito em julgado da sentença condenatória ao exigir que as partes renunciem ao direito de recorrer.

Dessa maneira, conclui-se pela inquisitorialidade dos acordos em comento pelo fato de poderem resultar em sanção e pena com base somente em confissão – muitas vezes com a única finalidade de celebrar o consenso - e em elementos informativos, invertendo-se a distribuição da carga probatória e violando-se a presunção de inocência. Assim, a violação à presunção de inocência se dá, sobretudo, quanto à distribuição do ônus probatório.

3.4. Contraditório e Ampla Defesa

Para VASCONCELLOS (2019)¹⁷⁸, a barganha *“acarreta a violação do contraditório, ao passo que utiliza elementos coletados sem o controle e a manifestação da defesa para fundamentar a condenação”*.

De fato, nos acordos em exame, o imputado receberá punição com base somente em elementos informativos, obtidos sem ampla defesa e contraditório, e em confissão, muitas das vezes obtida mediante coação ou com a finalidade somente de celebrar o acordo.

Passa-se primeiro a tecer algumas considerações sobre o acordo de não persecução penal.

Um ponto para o qual se deve atentar sob pena de ofensa ao contraditório e à ampla defesa é a possibilidade de o investigado se manifestar sobre comunicação de descumprimento

¹⁷⁸ VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. Barganha no processo penal e o autoritarismo" consensual" nos sistemas processuais: a justiça negocial entre a patologização do acusatório e o contragolpe inquisitivo. Revista dos Tribunais, São Paulo, p. 261-279, mar. 2015. Disponível em: file:///C:/Users/DVM/Downloads/Barganha_no_processo_penal_e_o_autoritar.pdf. Acesso em: 11 out. 2020, p. 272

do acordo, por parte do Ministério Público, ao juiz, para se justificar ou discordar da ocorrência de descumprimento do acordo. Ante à ausência de previsão legal, a questão fica vaga.

Para Aury Lopes Jr., o magistrado deve designar audiência “*oral e pública para exercício do contraditório, momento em que deverá ouvir o imputado sobre a veracidade e eventuais motivos que justifiquem o descumprimento na presença de seu defensor*”¹⁷⁹ e a decisão de revogação também deve ser fundamentada, “*não sendo obrigatória, unilateral e automática*”¹⁸⁰.

Como bem apontado por Victor de Lemos Pontes¹⁸¹, o momento mais comum para proposição do acordo, qual seja, aquele imediatamente anterior ao oferecimento da denúncia:

é um ‘limbo’, já que a fase investigativa está encerrada a partir do relatório final (no caso de Inquérito Policial) e do próprio encerramento do PIC pelo Ministério Público, assim como a fase processual ainda não se iniciou, tecnicamente, pois ainda não há recebimento da denúncia, de modo que não há disposição que obrigue ou, muito menos, que impeça a aplicação do contraditório neste momento intermediário.

Assim, como discorrido pelo autor, sendo o contraditório privilégio da fase processual, poderiam haver alegações no sentido de seu descabimento nesse momento intermediário. Contudo, à luz da Constituição, pelos fatos de ser uma garantia fundamental do acusado e de não haver vedação expressa, deveria ser oportunizado ao investigado se justificar ou discordar da suposta violação das condições acordadas em audiência perante o juiz. O mesmo se daria quanto à eventual decisão que rescindisse o consenso devido ao suposto descumprimento.

A violação ao contraditório e à ampla defesa também se dá na medida em que as sanções são aplicadas com base, majoritariamente, em elementos informativos, produzidos durante a fase pré-processual, em que esses princípios não se verificam de maneira tão ampla.

Poderia ser argumentado que o controle judicial posterior sanaria essa deficiência, porquanto o magistrado ouviria o investigado. Tratar-se-ia, contudo, de aplicação muito restrita

¹⁷⁹ LOPES JÚNIOR, Aury. Direito processual penal. 17 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. E-book. Item 12 do Capítulo IV.

¹⁸⁰ *Ibid.*, Item 12 do Capítulo IV.

¹⁸¹ PONTES, Victor de Lemos. Precisamos conversar sobre o acordo de não persecução penal: situações (ainda) obscuras e possíveis soluções. **Net.** [s.l.]. maio de 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/326085/precisamos-conversar-sobre-o-acordo-de-nao-persecucao-penal-situacoes-ainda-obscuras-e-possiveis-solucoes> Acesso em: 11 out. 2020.

do contraditório e da ampla defesa, vez que adstrita aos controles de legalidade, voluntariedade e condições pactuadas e que a manifestação e aceitação do acordo por parte da defesa se dá em momento prévio.

No acordo penal, a violação ao contraditório e à ampla defesa é ainda mais grave, tanto devido à natureza expressamente condenatória da sentença de homologação (§ 8º), quanto devido à previsão de renúncia aos direitos de recorrer e de produzir provas (art. 395-A, § 1º, inciso III do CPP) como requisito para a celebração do consenso.

Assim, caso o PL nº 882/2019 tivesse sido aprovado, no ponto, surgiria a possibilidade de condenação, inclusive à pena privativa de liberdade em regime fechado, com base somente em confissão e em elementos informativos, obtidos na fase do inquérito, sem o crivo do contraditório e da ampla defesa, o que é extremamente prejudicial ao réu.

Além de condenação com base em lastro probatório insuficiente, o mencionado pressuposto importaria na renúncia dos próprios princípios do contraditório e da ampla defesa, vez que impediria a produção de prova por parte da defesa, obrigando-a a se sujeitar a condenação com base tão somente em elementos produzidos por órgãos oficiais de investigação, tais como a Polícia Judiciária ou o próprio Ministério Público por meio de Procedimento Investigatório Criminal). Assim, reduzir-se-ia brutalmente sua possibilidade de defesa, em evidente impossibilidade de exercer a ampla defesa e o contraditório.

A renúncia ao recurso, por sua vez, também implicaria restrição à ampla defesa e ao contraditório, vez que não possibilitaria ao acusado recorrer da sentença condenatória, impedindo sanar eventuais ilegalidades ou abuso, sobretudo na fixação de pena, que cabe ao em última instância ao juiz (art. 395-A, § 1º, inciso II do CPP).

Ademais, antes da prolação da sentença, a renúncia ao direito de recorrer seria inconstitucional, pois *“o direito ao recurso, embora não expresso claramente no art. 5º da Constituição Federal, dele decorre, seja pelo princípio da ampla defesa, seja pelo devido processo legal”*¹⁸². De maneira análoga, é inconveniente, pois desrespeita tratados

¹⁸² SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; MARTINS, Antonio; JOFFILY, Thiago (Orgs.). **Projeto de Lei Anticrime: Análise Crítica dos Professores de Ciências Criminais da Faculdade Nacional de Direito da UFRJ**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, p. 73.

internacionais tais como a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, que prevê expressamente o duplo grau de jurisdição.

Outro aspecto imprescindível para a garantia da ampla defesa, sobre o qual o dispositivo proposto era omissivo, é o conhecimento, por parte do réu, das *“acusações formuladas e dos elementos probatórios que existem no sentido de sua incriminação (...) a defesa deve ter acesso integral aos autos da investigação”*¹⁸³. Caso negado o acesso, o acusado poderia se valer da Súmula Vinculante nº 14 do STF¹⁸⁴.

3.5.Oralidade e Publicidade

Como mencionado no primeiro capítulo deste trabalho, a essencialidade dessas duas características ao sistema acusatório não é pacífica na doutrina, afirmando Geraldo Prado serem elas imprescindíveis, enquanto Badaró as considera suprimíveis. Nucci, por sua vez, enumera a publicidade dentre os principais elementos componentes de um sistema acusatório.

Inobstante a divergência, abordar-se-ão aqui brevemente alguns pontos que podem apresentar risco ao sistema acusatório especialmente no que se refere ao acordo de não persecução penal e ao acordo penal.

Com relação à publicidade nos negócios processuais penais, Vasconcellos explica que *“a possibilidade de acordos entre acusação e defesa inevitavelmente fomenta a realização de negociações informais, o que remonta às situações de julgamentos secretos, sem a presença do réu.”*. Acrescenta, especificamente com relação à colaboração premiada, que a crítica *“apontada diz respeito ao esvaziamento da regra da publicidade em um julgamento em*

¹⁸³ VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. Análise da proposta de “acordo penal” (art. 395-A) do Pacote Anticrime: risco de generalização e necessidade de limitação da justiça criminal negocial. **Boletim IBCCrim**, ano 27, nº 318. p. 27-29, maio/2019. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/6339-Analise-da-proposta-de-acordo-penal-art-395-A-do-Pacote-Anticrime-risco-de-generalizacao-e-necessidade-de-limitacao-da-justica-criminal-negocial>. Acesso em: 04 fev. 2020.

¹⁸⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante 14. *“É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1230>. Acesso em 11 out. 2020.

audiência pública com relação ao próprio colaborador, tendo em vista que sua culpa é formada basicamente a partir de negociações realizadas em sigilo”.

Nesse ponto, cabe repisar que as negociações devem ser feitas fora do âmbito judicial, pois a presença do julgador na elaboração e tratativa do acordo poderia acarretar sua participação nessas, o que iria de encontro à imparcialidade do juiz e à separação das funções de julgar e acusar. Com isso, sendo realizadas em gabinete ou sede da Promotoria, há aspectos positivos, notadamente a não participação do juiz na elaboração do acordo, e negativos, como a redução da publicidade.

Com efeito, a publicidade no sentido de as negociações não serem públicas e, por consequência, não poderem ser assistidas por qualquer um do povo, diferentemente das audiências em um processo regular tradicional, é mitigada. Todavia, há outros tipos de consenso nos processos criminais nos quais o sigilo é mais problemático ainda, pelo fato de terem como uma das finalidades instruir o processo a fim de permitir a condenação de outros investigados e denunciados. Assim, essas formas de acordo acarretam insegurança jurídica aos outros réus - diferentes do beneficiário -, que não tem conhecimento da prova de fatos cujas investigações ainda estejam em andamento, reduzindo-se, assim, sua possibilidade de defesa.

É em ponto relacionado a isso que está um dos principais aspectos críticos no acordo de não persecução penal e no acordo penal: quando a confissão se dá sobre concurso de agentes. Em outras palavras, caso o beneficiado pelo acordo, em sua confissão, acabe incriminando outro indivíduo, deverá haver restrição de acesso desse ao acordo? Não há uma resposta exata sobre.

Com relação à oralidade, parece haver certa mitigação, tendo em vista as manifestações do Ministério Público citadas alhures, em que o investigado era indagado sobre seu interesse em realizar acordo de não persecução penal (essas notificações se davam por meio de ofício, petição judicial, portaria etc., todas na forma escrita). De fato, se os consensos se derem fora do juízo, como se pensa ser o correto, tendem a serem realizados na forma escrita.

Essas ofensas à oralidade e à publicidade, entretanto, não representam inadequação tão grande ao sistema acusatório quando comparadas àquelas relativas às outras características. Isso

porque sua ocorrência é incerta (havendo apenas previsões, suposições) e porque não há consenso sobre a imprescindibilidade desses princípios ao sistema acusatório.

CONCLUSÃO

O estudo dos negócios processuais criminais é extremamente importante atualmente, tendo em vista a expansão da justiça negocial criminal ao redor do mundo, inclusive no Brasil.

Esses consensos tem sido recorrentemente objeto de pesquisas e debates doutrinários e jurisprudenciais, bem como de propostas legislativas pretendendo modificar os institutos existentes no ordenamento jurídico brasileiro – normalmente os ampliando – ou instituir novos. De maneira análoga, os acordos impactam a vida de milhares de réus, seja evitando uma pena privativa de liberdade ou acarretando a renúncia a direitos fundamentais.

Por essa razão, o presente trabalho visou a compreender o acordo de não persecução penal e o acordo penal dentro do sistema acusatório e do ordenamento jurídico brasileiro, de forma a verificar se são adequados a esses. Frisa-se que essa análise é muito importante para tentar garantir que os direitos fundamentais e as particularidades do processo penal brasileiro sejam respeitados, não sendo feita uma importação acrítica de institutos estrangeiros. Acredita-se que esse objetivo foi alcançado, uma vez que se observou como as principais características acusatórias do processo penal brasileiro (separação das funções de acusar e julgar, paridade de armas, presunção de inocência, contraditório e ampla defesa e oralidade e publicidade) são tratadas nos dois acordos e em que medida isso fere ou respeita o sistema acusatório do Brasil.

A pesquisa demonstrou as principais características acusatórias do processo penal brasileiro e as particularidades desse em comparação ao sistema processual penal norte americano, permitindo delimitar o que seria o ‘sistema acusatório brasileiro’. Além disso, foram traçados os contornos do acordo penal e do acordo de não persecução penal a partir dos requisitos para sua realização, causas impeditivas, efeitos, âmbitos de aplicação e procedimentos. Com isso, no último capítulo, foi possível observar se esses acordos se adequam ou não ao sistema acusatório no Brasil. Essa análise foi feita de forma separada com relação a cada característica acusatória, na medida em que o respeito dos consensos a cada uma dessas características variou, observando-se maior adequação acusatória em algumas do que em outras.

A respeito dessa análise, concluiu-se que, em ambos os pactos, em que pese haver aspectos positivos – tal como a realização do pacto sem a presença do juiz -, de maneira geral,

a separação das funções entre acusação, defesa e julgador não está de acordo com o sistema acusatório, havendo exagerada concentração de poder na acusação e alguns aspectos de parcialidade do magistrado. Quase como decorrência lógica desse desequilíbrio, verificou-se a disparidade de armas entre acusação e defesa, ressaltando-se a coercibilidade das medidas negociadas. Esclareceu-se, ainda, a violação à presunção de inocência, tão cara ao sistema acusatório, devido à distorção da distribuição da carga probatória e da necessidade do processo penal. Essa e a próxima característica mencionada talvez tenham sido as principais violadas. No que tange ao contraditório e à ampla defesa, também são largamente desrespeitados, vez que há aplicação de sanções – no acordo penal, inclusive, de pena privativa de liberdade – com base em elementos informativos e confissão, destacando-se, ainda, no acordo penal, a renúncia dos direitos à produção de provas e ao recurso. Por fim, no que concerne à oralidade e à publicidade, o afastamento dos consensos do acusatório não restou tão evidente, sendo possível somente antever possíveis problemas à publicidade, devido à realização do pacto longe do juízo e da eventual delação – no sentido leigo – de corrêus na confissão.

Ante todo o exposto, pode-se concluir que, de maneira geral, o acordo de não persecução penal e o acordo penal não se adequam ao sistema acusatório do Brasil, sobretudo o acordo penal, havendo, entretanto, diferenças quanto ao grau de disparidade de cada característica com o sistema acusatório.

Ao longo da realização da pesquisa, houve algumas dificuldades e limitações, principalmente no que toca a quantidade limitada de produção acadêmica sobre os acordos em comento. Cuidam-se de inovação legislativa e de proposta de lei muito recentes (2019), sobre as quais ainda não há tanto material quanto o existente sobre outros mecanismos de negociação, como transação penal e colaboração premiada, por exemplo. Deve ser ressaltado, ainda, que o trabalho se iniciou antes da publicação da Lei 13.964/19, quando os acordos ainda eram somente propostas legislativas e, portanto, havia ainda menos material bibliográfico. Como resultado, foram utilizados alguns trabalhos sobre o gênero negócio processual penal ou ainda sobre o acordo de não persecução penal segundo a redação das Resoluções nº 181 e 183 do Conselho Nacional do Ministério Público, feitas as devidas individualizações, comparações e ressalvas.

Destarte, há ciência de que eventualmente a análise poderia ter sido mais aprofundada, de forma que a metodologia de estudo de caso talvez houvesse possibilitado resultados mais acurados, diante da escassez de material.

Ainda há muito que pesquisar sobre o tema, tão importante e intrigante, pelo que novos trabalhos sobre a matéria poderão contribuir com mais conclusões sobre a adequação acusatória dos acordos e orientar a aplicação do acordo de não persecução penal e de outras espécies negociais que venham a ser incluídas no processo penal brasileiro, sempre visando a se certificar do respeito aos direitos fundamentais e às particularidades do ordenamento jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS

ALSCHULER, Albert W. The Trial's Judge's Role in Plea Bargaining, Part I (p. 1059-1154, p. 1061 apud. VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de, 2019. p. 95).

Análise do projeto de lei anticrime: OAB Nacional / coordenador: Felipe Santa Cruz, Juliano Breda. – Brasília: OAB, Conselho Federal, 2019. 75 p. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/oab-rejeita-pontos-projeto-anticrime.pdf>. Acesso em 10 out. 2020.

BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. 5 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. E-book..

BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. 7 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. E-book.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Delação premiada é favor legal, mas antiético. Revista Consultor Jurídico. 10 jun. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jun-10/cezar-bitencourt-delacao-premiada-favor-legal-antiatico#:~:text=Dela%C3%A7%C3%A3o%20premiada%2C%20segundo%20sua%20primeira,que%20sejam%20satisfeitos%20os%20requisitos> . Acesso em: 05 out 2020.

Bittar, Walter Barbosa. Delação Premiada. Direito estrangeiro, Doutrina e Jurisprudência. (p. 5. apud. VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de, 2019. p. 112).

BOTTINO, Thiago. Colaboração Premiada e os novos Acordos Penais (palestra), Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 09 de maio de 2019.

BRASIL, **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Brasília, DF. 11 de julho de 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm Acesso em: 12 out. 2020.

BRASIL, **Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990**. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Brasília, DF. 25 de julho de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18072.htm. Acesso em: 12 out. 2020.

BRASIL, **Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992**. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Brasília, DF. 02 de junho de 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm. Acesso em: 12 out. 2020.

BRASIL, **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Brasília, DF. 26 de setembro de 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm. Acesso em: 12 out. 2020.

BRASIL, **Lei nº 9.269, de 02 de abril de 1996.** Dá nova redação ao § 4º do art. 159 do Código Penal. Brasília, DF. 02 de abril de 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19269.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%209.269%2C%20DE%202.eu%20sanciono%20a%20seguinte%20Lei%3A&text=2%C2%B0%20Esta%20Lei%20entra%20em%20vigor%20na%20data%20de%20sua%20publica%C3%A7%C3%A3o. Acesso em: 12 out. 2020.

BRASIL, **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011.** Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Brasília, DF. 30 de novembro de 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2011/lei/112529.htm. Acesso em: 12 out. 2020.

BRASIL, **Lei nº 12.846, de 01 de agosto de 2013.** Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Brasília, DF. 01 de agosto de 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2013/lei/112846.htm. Acesso em: 12 out. 2020.

BRASIL, **Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013.** Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Brasília, DF. 02 de agosto de 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2013/lei/112850.htm. Acesso em: 12 out. 2020.

BRASIL, **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019.** Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, DF. 24 de dezembro de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 12 out. 2020.

BRASIL, Código de Processo Penal. Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em 12 out. 2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 12 out. 2020.

BRASIL. **Projeto de Lei 882/2019.** Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, a Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, a Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, a Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, a Lei nº 11.671, de 8 de maio de 2008, a Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009, a Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, e a Lei nº 13.608, de 10 de janeiro de 2018,

para estabelecer medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência a pessoa. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=4EC70396036679065584F8348C946EFD.proposicoesWebExterno2?codteor=1719464&filename=Avulso+-PL+882/2019 Acesso em 11 out. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução nº 181 de 07 de Agosto de 2017**. Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/atos-e-normas/norma/5277>. Acesso em: 12 out. 2020.

BRASIL, 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal. **Enunciado Sumular 98**. É cabível o oferecimento de acordo de não persecução penal no curso da ação penal, isto é, antes do trânsito em julgado, desde que preenchidos os requisitos legais, devendo o integrante do MPF oficiante assegurar seja oferecida ao acusado a oportunidade de confessar formal e circunstancialmente a prática da infração penal, nos termos do art. 28-A do CPP, quando se tratar de processos que estavam em curso quando da introdução da Lei nº 13.964/2019, conforme precedentes, podendo o membro oficiante analisar se eventual sentença ou acórdão proferido nos autos configura medida mais adequada e proporcional ao deslinde dos fatos do que a celebração do ANPP. Não é cabível o acordo para processos com sentença ou acórdão após a vigência da Lei nº 13.964/2019, uma vez oferecido o ANPP e recusado pela defesa, quando haverá preclusão. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/enunciados>. Acesso em 10 out. 2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante 14**. “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1230>. Acesso em 11 out. 2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante 35**. “A homologação da transação penal prevista no artigo 76 da Lei 9.099/1995 não faz coisa julgada material e, descumpridas suas cláusulas, retoma-se a situação anterior, possibilitando-se ao Ministério Público a continuidade da persecução penal mediante oferecimento de denúncia ou requisição de inquérito policial.”. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1953>. Acesso em 12 out. 2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.304**. Petição Inicial. ADI 6.304. Requerente: Associação Brasileira de Advogados Criminalistas. Relator Min. Luiz Fux, 15 de janeiro de 2020. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5843708>.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Direta De Inconstitucionalidade 6.298**. Decisão Interlocutória. ADIN 6.298. Requerentes: Associação dos Magistrados Brasileiros e outros. Relator Min. Luiz Fux, 22 de janeiro de 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6298.pdf> Acesso em 05 de abril de 2020.

BRASILEIRO, Renato, Manual de Direito Processual Penal, Salvador-Editora Jus Podivm- 3ª Edição 2015. [n p.]

BRASILIENSE, Rodrigo da Silva. Sobre a Atividade Probatória Judicial em Processo Penal. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro nº 55, jan./mar. 2015. Disponível em: http://www.mprj.mp.br/documents/20184/1238340/Rodrigo_da_Silva_Brandalise.pdf . Acesso em: 05 out. 2020.

CAMPOS, Fernando Teófilo. Sistemas de Common Law e de Civil Law: conceitos, diferenças e aplicações. jun. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/62799/sistemas-de-common-law-e-de-civil-law-conceitos-diferencas-e-aplicacoes> . Acesso em 01 out 2020.

CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. *Plea Bargaining e Justiça Criminal Consensual*: entre os ideais de funcionalidade e garantismo. Revista Custos Legis. vol. 4. 2012. Disponível em: http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista/2012_Penal_Processo_Penal_Campos_Plea_Bargaining.pdf . Acesso em: 05 out. 2020

CHOUKR, Fauzi Hassan. Pacote Anticrime: silêncios e continuísmos. Boletim IBCCrim, ano 27, nº 318, maio/2019. Disponível em: https://arquivo.ibccrim.org.br/boletim_artigo/6329-Pacote-Anticrime-silencios-e-continuismos. Acesso em: 04 fev. 2020.

Ciclo de Debates - Pacote Anticrime: Acordo de Não Persecução Penal, 2020. São Paulo. 1 vídeo online. Ministério Público Federal de São Paulo. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=-aI8yH6yXPo&list=WL&index=6&t=3188s>. Acesso em: 23 jul. 2020.

DE ALMEIDA, Gregório Assagra. O Sistema Jurídico nos Estados Unidos - Common Law e Carreiras Jurídicas (Judges, Prosecutors E Lawyers): O que poderia ser útil para a reforma do Sistema Processual Brasileiro? Revista de Processo. vol. 251. Jan de 2016. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.251.19.PDF. Acesso em 12 out. 2020.

DEZEM, Guilherme Madeira; DE SOUZA, Luciano Anderson. **Comentários ao Pacote Anticrime**: Lei 13.964/2019. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. Criminologia. (p. 486, **apud**. VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. 2019. p. 164)

DOS ANJOS, Beatriz da Mata Ribeiro. A Inaplicabilidade do Instituto da Barganha no Tribunal do Júri Brasileiro.2017. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Universidade Federal de Juiz de Fora. Disponível em:<http://repositorio.ufjf.br:8080/jspui/bitstream/ufjf/6240/1/beatrizdamataribeirodosanjos.pdf> f. Acesso em 12 out. 2020.

Eduçq OAB, Entenda o que é acordo de leniência. 2016. Disponível em: <https://examedaoab.jusbrasil.com.br/artigos/398315524/entenda-o-que-e-acordo-de-leniencia>. Acesso em: 05 out. 2020

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Constituição (1787). Sexta Emenda. Federal Constitution. Disponível em: <http://www.uel.br/pessoal/jneto/gradua/historia/recdida/ConstituicaoEUARecDidaPESSOALJNETO.pdf>. Acesso em 12 out. 2020

FEDERAL JUDICIAL CENTER. Inside the Federal Courts. Disponível em: <https://www.fjc.gov/education/inside-federal-courts>. (Part 3, Criminal Cases, ‘Starting the case’). Acesso em 11 out. 2020.

FIGUEIRÊDO, Laila. Modelos de justiça negociada no âmbito do processo penal nos Estados Unidos da América, Inglaterra, França e Alemanha. mar. 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/72655/modelos-de-justica-negociada-no-ambito-do-processo-penal-nos-estados-unidos-da-america-inglaterra-franca-e-alemanha>. Acesso em 01 out 2020.

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. **Nota Técnica sobre Pacote Anticrime:** Comentários do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim) sobre o Pacote Anticrime (PL 882/2019 e PL 1.864/2019), 2019, p. 14. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/docs/2019/Nota_Tecnica_Pacote_Anticrime.pdf>. Acesso em: 04 fev. 2020.

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Pacote Anticrime: remédio ou veneno?. Boletim IBCCrim, ano 27, nº 317. p. 01-02, abril/2019. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4667187/mod_resource/content/1/BOLETIM%20IBCCRIM%20-%20PROJETO%20DE%20LEI%20ANTICRIME.pdf. Acesso em: 10 out. 2020. 2020.

KUDO, Mirella Marie. Justiça Criminal Negocial: aplicação consensual da pena e prejuízo aos fundamentos do processo penal democrático. Defensoria Pública da União - Repositório do Conhecimento, 2015. Disponível em: <https://www.dpu.def.br/repositorio-do-conhecimento/direito-processual-e-acesso-a-justica/31766-justica-criminal-negocial-aplicacao-consensual-da-pena-e-prejuizo-aos-fundamentos-do-processo-penal-democratico>. Acesso em 11 out. 2020.

LANGER, Máximo. DOS TRANSPLANTES JURÍDICOS ÀS TRADUÇÕES JURÍDICAS: A GLOBALIZAÇÃO DO PLEA BARGAINING E A TESE DA AMERICANIZAÇÃO DO PROCESSO PENAL. **DELICTAE: Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito**, [S.l.], v. 2, n. 3, p. 19 - 115, dez. 2017. DOI: <https://doi.org/10.24861/2526-5180.v2i3.41>. Disponível em: <http://delictae.com.br/index.php/revista/article/view/41>. Acesso em: 05 ago. 2020.

LANGER, Máximo. International criminal procedure: “adversarial”, “inquisitorial” or mixed? *International Criminal Law Review* (p. 1-37). [s.l.]. Disponível em: <https://sci-hub.tw/10.4337/9781781007198.00028>. Acesso em 06 jun. 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Pacote Anticrime – Lei 13.964/2019:** Comentários às Alterações no CP, CPP e LEP. Salvador. JusPodivm, 2020.

LOPES JÚNIOR, Aury. Adoção do plea bargaining no projeto "anticrime": remédio ou veneno? *Revista Consultor Jurídico*. 22. fev. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-22/limite-penal-adocao-plea-bargaining-projeto-anticrimeremedio-ou->

veneno?fbclid=IwAR1r93dS1MxAR-0HGzmDVBksufx9-w0lZ4WfpfzLbVFKtNlxv19EbUwmt6g. Acesso em: 10 out. 2020.

LOPES JÚNIOR, Aury. Direito processual penal. 16 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LOPES JÚNIOR, Aury. Direito processual penal. 17 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. E-book. 1232 p.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal: Introdução Crítica**. 5 ed. São Paulo. Saraiva Educação, 2019.

LOPES JÚNIOR, Aury. Por que os tribunais criminais dos EUA são tão dependentes do plea bargaining? Revista Consultor Jurídico. 15. fev. 2019. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-fev-15/limite-penal-tribunais-eua-sao-tao-dependentes-plea-bargain?fbclid=IwAR30OwiE4hr2_9FfV6_GVXom1jkdHDRJDa-Go-tDMYMXGxsqJcfobGFq9iY#_ftn5 Acesso em: 05 out. 2020

LOPES JÚNIOR, Aury; DA ROSA, Alexandre Moraes. A "estrutura acusatória" atacada pelo MSI - Movimento Sabotagem Inquisitória. Revista Consultor Jurídico. 03 jan. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-03/limite-penal-estrutura-acusatoria-atacada-msi-movimento-sabotagem-inquisitoria> . Acesso em: 05 out. 2020.

McCoy, Candace. Plea bargaining as coercion. (p. 21. apud. VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de, 2019.

MPF celebra mais de 2 mil acordos de não persecução penal. Notícias. Procuradoria Geral da República, Distrito Federal, 16 de março de 2020. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/mpf-celebra-mais-de-2-mil-acordos-de-nao-persecucao-penal>. Acesso em 12 out. 2020.

NEGOTIATIONS “On Evidence” and Negotiations “On Sentence”: Adversarial Experiments on the Italian Criminal Procedure. Journal of International Criminal Justice. (p.1050–1069). [s.l.]. Disponível em: <https://sci-hub.tw/10.1163/156753603767877084>. Acesso em 07/07/2020.

NUCCI, Manual de Processo Penal e Execução Penal. 14 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017.

Pereira, Frederico Valdez. Delação Premiada. (p. 35. apud. VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de, 2019. p. 112)

PEREIRA, Mayra Peres. A disparidade de armas no processo penal. jul. 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/24843/a-disparidade-de-armas-no-processo-penal#:~:text=A%20paridade%20de%20armas%20dentro,garantida%20a%20ambas%20as%20partes.&text=Em%20um%20sistema%20acusat%C3%B3rio%2C%20a,processual%20entre%20acusa%C3%A7%C3%A3o%20e%20defesa> . Acesso em: 05 out. 2020.

PONTES, Victor de Lemos. Precisamos conversar sobre o acordo de não persecução penal: situações (ainda) obscuras e possíveis soluções. Net. [s.l.]. maio de 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/326085/precisamos-conversar-sobre-o-acordo-de-nao-persecucao-penal-situacoes-ainda-obscuras-e-possiveis-solucoes> Acesso em: 11 out. 2020.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional Das Leis Processuais Penais**. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005. Disponível em: https://www.academia.edu/8507492/Sistema_Acusatorio_A_Conformidade_Constitucional_3_a_ed. Acesso em: 04 ago. 2020

RÉGNIER, Rogério. **A Reforma do Processo Penal Brasileiro e o Paradigma “Acusatório” do Processo Penal Anglo-Americano: Revisitação Histórica**. Revista do Instituto do Direito Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa: RIDB, Ano 2 (2013), nº 14. p. 17007-17047, 2013. Disponível em: http://www.cidp.pt/revistas/ridb/2013/14/2013_14_17007_17047.pdf. Acesso em: 05 ago. 2020.

SILVA, Juliana Ferreira da. O plea bargain e as falsas confissões: uma discussão necessária no sistema de justiça criminal. Boletim IBCCrim, ano 27, nº 318. p. 08-11, maio/2019. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/site/boletim/pdfs/Boletim318.pdf>. Acesso em: 13 fev. 2020.
TAVARES, Leonardo Ribas. Acordo de não persecução penal (ANPP) – qual o papel do juiz? Net. [s.l.] maio. de 2020. Disponível em: <https://www.estrategiaconcursos.com.br/blog/acordo-de-nao-persecucao-penal-anpp-qual-o-papel-do-juiz/>. Acesso em: 23 jun. 2020. (apud. CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Manual do Acordo de não Persecução Penal. 2020).

TODESCHINI, Gabrielle Thomaz. **Sentença penal negociada e verdade processual: uma análise de riscos a partir da experiência estadunidense**. Porto Alegre. PUCRS.2019. Disponível em: http://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2019/09/gabrielle_todeschini.pdf . Acesso em 10 out. 2020

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal – Vol. 1. 33 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TURNER, Jenia Iontcheva, Plea Bargaining (March 9, 2017). Academy For Justice, A Report on Scholarship and Criminal Justice Reform, Erik Luna ed., 2017, Forthcoming, SMU Dedman School of Law Legal Studies Research Paper No. 348, Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2930521> Acesso em 10 out. 2020.

TURNER, Jenia Iontcheva, Prosecutors and Bargaining in Weak Cases: A Comparative View (August 31, 2011). THE PROSECUTOR IN TRANSNATIONAL PERSPECTIVE, Erik Luna, Marianne Wade, eds., Oxford University Press, 2012, SMU Dedman School of Law Legal Studies Research Paper No. 87, Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1862161> Acesso em 10 out. 2020.

UNIVERSITY OF CALIFORNIA, Berkeley School of Law. The Common Law and Civil Law Traditions. The Robbins Collection and Research Center. 2010. Disponível em: https://www.academia.edu/18096090/Common_Law_Civil_Law_Traditions. Acesso em: 05 out. 2020.

VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. Análise da proposta de “acordo penal” (art. 395-A) do Pacote Anticrime: risco de generalização e necessidade de limitação da justiça criminal negocial. Boletim IBCCrim, ano 27, nº 318. p. 27-29, maio/2019. Disponível em: https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/6339-Analise-da-proposta-de-acordo-penal-art

395-A-do-Pacote-Anticrime-risco-de-generalizacao-e-necessidade-de-limitacao-da-justica-criminal-negocial>. Acesso em: 04 fev. 2020.

VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Barganha e Justiça Criminal Negocial: Análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro**. 2ª edição. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. Barganha no processo penal e o autoritarismo" consensual" nos sistemas processuais: a justiça negocial entre a patologização do acusatório e o contragolpe inquisitivo. Revista dos Tribunais, São Paulo, p. 261-279, mar. 2015. Disponível em: file:///C:/Users/DVM/Downloads/Barganha_no_processo_penal_e_o_autoritar.pdf. Acesso em: 11 out. 2020

VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. Colaboração Premiada no Processo Penal. 3ª edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.