



UCSAL
UNIVERSIDADE
CATÓLICA
DO SALVADOR

VICTORIA MENDES ROCHA

**ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: ANÁLISE DA AMPLIAÇÃO DO
ESPAÇO NEGOCIAL NO PROCESSO PENAL**

SALVADOR

2021

ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: ANÁLISE DA AMPLIAÇÃO DO ESPAÇO NEGOCIAL NO PROCESSO PENAL.

Victoria Mendes Rocha¹

Marcos Luiz Alves de Melo²

Resumo: O presente trabalho trata do Acordo de não persecução penal do qual era existente na resolução nº 181 de 2017 do CNMP e foi inserido como novo instituto pela Lei n.º 13.964/2019 “Pacote Anticrime” no artigo 28-A do Código de Processo Penal. O processo penal é um caminho, mas já existem alguns institutos para diminuir a demanda dessa via única, abrindo uma solução alternativa e mudando a forma em que é compreendido. O acordo de não persecução penal apresenta-se com objetivo de ser um método alternativo à persecução penal, evitando a instauração de uma ação penal. Porém para esse acordo acontecer, são desrespeitados certos direitos e garantias do acusado. Destarte, o objetivo geral do presente trabalho será analisar a (in)constitucionalidade dos requisitos para o oferecimento do acordo de não persecução penal, e os objetivos específicos serão: descrever a construção jurídica brasileira sobre o acordo desde a resolução e discutir sobre as violações principiológicas decorrentes deste instrumento. Através de abordagem qualitativa e descritiva, adotando como técnicas metodológicas a revisão bibliográfica e a análise documental.

Palavras-chaves: Acordo de não persecução. Justiça negocial. Pacote Anticrime.

Abstract: The present work deals with the Agreement of non-criminal prosecution which existed in resolution No. 181 of 2017 of the CNMP and was inserted as a new institute by Law No. 13.964/2019 “Anti-crime Package” in article 28-A of the Code of Criminal Procedure. The criminal process is one way, but there are already some institutes to reduce the demand for this unique route, opening an alternative solution and changing the way in which it is understood. The non-criminal prosecution agreement is intended to be an alternative method to criminal prosecution, avoiding the prosecution of criminal proceedings. However, for this agreement to happen, certain rights and guarantees of the accused are disrespected. Thus, the general objective of the present work will be to analyze the (in) constitutionality of the requirements for the offer of the non-criminal prosecution agreement, and the specific objectives will be: to describe the Brazilian legal construction on the agreement since the resolution and to discuss the principiological violations arising from that

1 Graduanda do curso de Direito pela Universidade Católica do Salvador (UCSAL).
E-mail: victoriam.rocha@ucsal.edu.br

2 Doutor em Direito pela Universidad del Museo Social Argentino – UMSA. Especialista em Docência Universitária pela Universidade Católica do Salvador/BA, Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia, Professor em Penal e Processo Penal na Faculdade de Direito da Universidade Católica do Salvador/BA, Advogado Criminalista. (UCSAL). E-mail: marcos.melo@pro.ucsal.br

instrument. Through a qualitative and descriptive approach, adopting bibliographic review and document analysis as methodological techniques.

Keywords: Non-persecution agreement. Business justice. Anti-crime package.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIIS. 2.1 Cultura processual inquisitória e eficientismo penal. **3. CONSTRUÇÃO JURÍDICA BRASILEIRA SOBRE OS ESPAÇOS DE CONSENSO PENAL. 3.1** Expansionismo penal e barganha da culpa. 3.2. Importação dos instrumentos de barganha e legalidade destes institutos. **4. O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL À BRASILEIRA. 4.1.** Violações principiológicas decorrentes destes instrumentos. 4.2. Críticas ao acordo de não persecução penal com o advento da lei 13.964/19. **5. CONSIDERAÇÕES FINAIS. 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS. 7. RELATÓRIO ANTIPLÁGIO**

1. INTRODUÇÃO

O processo penal é o principal caminho do qual o Estado exerce o seu direito de punir. Sendo através do processo a possibilidade do acusado em ter o direito à ampla defesa e ao contraditório, do qual estão incluídas na Constituição Federal como garantias processuais. De outro lado, é através dele que o acusado pode apresentar suas razões para defender-se da imputação do injusto, tornando-se o meio mais adequado para a aplicação da sanção, com o intuito de obter uma demanda processual penal justa e equilibrada.

Contudo, há uma nítida crise do sistema judicial criminal brasileiro, ocasionada pela alta demanda processual. Do qual, houve uma busca por parte do legislador de mecanismos de justiça negocial no âmbito penal, que privilegiaram o princípio da celeridade processual e, sobretudo na redução dos custos, como a colaboração premiada e outros institutos despenalizadores, sendo representada pela barganha.

Em 2019 houve o advento da Lei Anticrime, nº 13.964/2019, do qual regulamentou o instituto do acordo de não persecução penal, disposto no artigo 28-A no Código de Processo Penal. Direcionando assim, a resolução dos conflitos de forma diferente e nova no Brasil, do processo convencional.

O acordo já era aplicado por criação do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), em sua Resolução nº 181 de 2017 no artigo 18, do qual foi

aprimorado pela Resolução nº 183 em 2018. Porém, em razão da falta de legitimidade para dispor sobre o direito penal e o processo penal, a resolução tornou-se escopo de Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) propostas pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5793) e pela Associação dos Magistrados do Brasil (Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5790).

Assim é que se torna importante investigar, ainda que sem pretensões exaurientes, como se revela a cultura processual inquisitória e o eficientismo penal. Ademais, buscando-se compreender como ocorreu o processo de transição da construção jurídica brasileira sobre os espaços de consenso penal.

Mesmo sendo importante a adoção de medidas consensuais em razão da demasiada demanda e para não haver crise no sistema de justiça penal, se torna indispensável à análise da tutela dos direitos e garantias fundamentais constitucionais, sobre expansão da justiça criminal consensual no Brasil.

Diante disso tudo, as discussões sobre a (in)constitucionalidade da resolução foram abolidas, com o advento da nova lei, porém o novo texto legal trouxe outras controvérsias, com enfoque principal sobre os requisitos exigidos para haver a celebração do acordo. Surgindo então a problemática sobre o novo acordo: são constitucionais os requisitos exigidos para a celebração do acordo de não persecução penal?

Desse modo, o conjunto de fatores brevemente expostos acima aponta para a finalidade desse trabalho que é, precisamente, análise sobre a (in)constitucionalidade dos requisitos para o oferecimento do acordo de não persecução penal, descrição da construção legislativa brasileira sobre os espaços de consenso penal e a discussão sobre as violações principiológicas decorrentes do acordo. Para a realização de tais ponderações fez-se uso no presente trabalho abordagem qualitativa e descritiva, adotando como técnicas metodológicas a revisão bibliográfica e a análise documental.

2. SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

Para uma devida compreensão do Processo Penal, sendo fundamental o seu estudo. Nesse sentido Coutinho (1998) diz que se o processo tem por finalidade, a reconstrução de um fato passado do crime, com a instrução probatória, a sua forma

em que se é realizada demonstra o princípio unificador. Segundo Poli (2016, p. 20) “é preciso compreender que o sistema, o modo de pensamento (racionalidade) de uma civilização e, por isso, não pode ser ignorado”.

Sobre uma breve discussão histórica dos processos penais, o sistema inquisitivo também chamado por inquisitorial, teve sua origem sobre a igreja católica que predominou na Europa, tendo seu apogeu com a Inquisição, resistiu com totalidade, na maior parte dos países, até o fim do século XVIII, estendendo-se, em outros, até o século XIX (Lopes Jr., 2016).

Associando o sistema inquisitivo à inquisição, a igreja utilizou a inquisição por possuir suas origens no Direito Romano para a criação do Tribunal do Santo Ofício, também chamada de Santo Ofício. O tribunal investigava e julgava os hereges, era o que a igreja mais temia, pois não respeitavam as crenças católicas, cometendo assim os crimes contra a fé.

Este sistema tem como característica a união das atividades de julgar, acusar, defender em uma só pessoa ou órgão, chamado de juiz inquisidor. Não há um sujeito de direitos e nem ampla defesa e contraditório, e assim o processo tornando-se um instrumento de legitimação para o castigo. Rui Cunha Martins vai dizer que “no processo inquisitório há um desamor pelo contraditório” (2010, p. 112).

Com toda a evolução humanística e histórica, surgiu então o sistema acusatório, do qual se caracteriza por sua divisão dos papéis processuais, sendo reconhecida como *actum trium personarum*. Havendo igualdade entre a acusação e o acusado, atuando junto com o contraditório e a ampla defesa. Existe um juiz imparcial, que tem capacidade instrutória.

Luigi Ferrajoli (Direito, 2002, p.452), afirma:

Pode-se chamar acusatório todo sistema processual que tem o juiz como um sujeito passivo rigidamente separado das partes e o julgamento como debate paritário, iniciado pela acusação, à qual compete o ônus da prova, desenvolvida com defesa mediante um contraditório público e oral e solucionado pelo juiz, com base em sua livre convicção. Inversamente, chamarei de inquisitório todo sistema processual em que o juiz procede de ofício à procura, à colheita e à avaliação das provas, produzindo um julgamento após uma instrução escrita e secreta, na qual são excluídos ou limitados o contraditório e os defesa da defesa.

Conhecido como Sistema Misto teve seu surgimento na França em 1808, com origem no código projetado por Napoleão Bonaparte. Autores como Guilherme de Souza Nucci (2016, p. 109), minoritariamente que defende que o Brasil adota existência de um sistema misto, em que existem traços característicos dos modelos

inquisitórios e acusatórios, sob argumento que apenas pela existência do inquérito policial na fase pré-processual, do qual versa sobre ausência da ampla defesa e do contraditório incide requisitos do sistema inquisitório na primeira fase, e então na segunda fase o sistema acusatório, com surgimento do contraditório e a ampla defesa.

Coutinho (2009, p. 110), afirma:

[...] o sistema napoleônico nada mais era – e é, para quem o adota – um Sistema Misto, ou seja, um Sistema Inquisitorial mesclado com elementos provenientes do Sistema Acusatório, sobretudo partes, acusação separada formalmente do órgão julgador e debates orais. Por ele – e para ficar em poucos exemplos –, nazistas, fascistas, soviéticos e todos os regimes totalitários chamaram de “democráticos” seus sistemas processuais penais, em geral tratando-os como “Sistemas Acusatórios”.

No Brasil, é complexa a discussão sobre qual o sistema é de fato adotado como pode ser relatado acima pensamento segundo Nucci, pois se torna visível o desencaixe em um sistema processual penal específico. Majoritariamente a doutrina adota o sistema acusatório no Brasil, em que Denilson Feitosa (Direito, 2009) entende que já que há uma divisão de poderes, sendo entregue a pessoas diferentes a função de defender, acusar e julgar.

2.1 CULTURA PROCESSUAL INQUISITÓRIA E EFICIENTISMO PENAL

Os sistemas processuais penais são frutos de uma estrutura histórica de conjuntura política. Do qual, o cenário percebido hoje, é resultado de um complexo de fatores estruturantes contemplado por uma forte tradição inquisitória.

Segundo Binder (2005, p.86):

Importante ter em questão que se deve entender o sistema inquisitivo não somente como um modo de organização do procedimento e da administração da justiça, mas que gera ao seu redor uma cultura inquisitiva que se retroalimenta ao longo do tempo e que o permitiu e permite sobreviver por esses quase quinhentos anos.

É notório que o modelo processual tradicional, não se preocupa sobre as peculiaridades de todos os casos existentes, deixando assim de aprofundar sobre a compreensão em torno do conflito. Tornando-se importante no estudo das ciências criminais, por destacar como são oferecidas as respostas automáticas e padronizadas, previamente previstas na lei, na intervenção penal tradicional.

Edmundo S. Hendler (1995) esclarece que remonta às origens do sistema inquisitivo, um modelo processual em que a solução do conflito não integre as preocupações da resposta penal. O que torna de extrema importância a necessidade de criação de diversos mecanismos de solução de conflitos penais, com a reforma estrutura de funcionamento da Justiça Criminal e dos institutos processuais, para haver a transição do sistema inquisitivo para o acusatório.

Um Estado Democrático de Direito, tende a ampliar as garantias dos cidadãos em que seus direitos individuais são protegidos, já em uma relação desequilibrada entre o Estado e os cidadãos, em favor exclusivamente do primeiro, as garantias são diminuídas ou eliminadas.

Observa-se que para se falar em mudança da mentalidade corresponde diretamente à mudança de cultura. O Brasil tem sua estrutura processual penal vinculada à cultura inquisitória, cuja origem decorre do autoritarismo e arbitrariedade. A possibilidade de uma alternativa em contraposição ao modelo tradicional processual penal no Brasil foi introduzida pela constituição federal, mas foi com advento da lei nº 9.099/95 como aponta Ada Pellegrini (2000, p.74) que não só regulou a resolução prevista na constituição, no campo da justiça consensual, como também criou a suspensão condicional do processo e o acordo reparatório.

Contudo, toda essa novidade sobre a aplicação desses institutos foi de forma desordenada, o que era para ser uma revolução tornou-se uma via transgressora dos direitos e garantias. Manifesta-se Jacinto Coutinho sobre:

Haver-se-ia, portanto, de ter cautela e, por evidente, em face da novidade, proceder-se a um longo percurso de discussão e construção sólida daquilo que, desde logo, mostrou-se como uma grande esperança à modernização – e democratização – do processo penal brasileiro. [...] Hoje, é preciso reconhecer, não foi bem o que se passou. [...] Afinal, a Lei para se dar cumprimento ao preceito do art. 98, I, da CR, veio à luz com uma pressa incabível, desnecessária. Isto, por evidente, consagra nomes (será que consagra mesmo?) porque deles se fala (às vezes não muito bem!), mas põe de joelhos estruturas inteiras em razão de que a falta de base teórica é sintoma da falta de discussão, como parece elementar; e os resultados são desalentadores, para não dizer desastrosos. (Coutinho, 2005, p. 3).

Existe no Brasil, uma confusão sobre as resoluções alternativas de conflito, pois só são vistos como positivos os que antecipam a troca da confissão para que haja o exercício de punir, não havendo um aprofundamento para compreender sobre o conflito. Tais aplicações dos mecanismos das resoluções revelou a implantação de mecanismos antecipatórios, dos quais são sustentados na supressão de alguns direitos e garantias fundamentais do processo tradicional.

As diversas resoluções de conflitos têm como escopo o compromisso com uma maior eficiência e produtividade do sistema, buscando mecanismos para obter a resolução mais rápida sobre as respostas do que dos procedimentos tradicionais, diminuindo o grande aumento de casos e complexidade para a apreciação da Justiça. Devendo ser sempre eficientes, cumprindo suas finalidades com o mínimo de custos econômicos.

Contudo, não se pode confundir a eficiência e o *eficientismo* penal, que opera como uma forma de direito penal de emergência. Dornelles (2003, p.46 e 49) explica:

O Eficientismo penal é uma nova forma do direito penal de emergência que se expressa através de políticas criminais repressivas e criminalizam os conflitos sociais com fundamento nos discursos da 'lei e ordem'. É uma forma de fundamentalismo penal criminalizador dos conflitos sociais, uma anormalidade do direito penal que substitui a mediação política nas relações sociais por um direito penal de emergência, com caráter contrainsurgente. O Eficientismo, através de sua 'política de resultados', trata de diminuir as garantias jurídicas, fazendo retornar as formas de controle pré-modernas.

Nas palavras de Baratta *apud* SANTOS (2015, p. 128), o efficientismo penal quer tornar mais eficaz e rápido à resposta punitiva, de modo que acaba suprimindo as garantias e direitos materiais e formais que são positivados no direito penal e positivados nas constituições e convenções internacionais.

Portanto, o que não se deseja é a democratização do sistema processual penal ao custo da maximização do efficientismo penal, da qual utiliza do sistema punitivo de *prima ratio*, em que não é compatível com garantias e direitos já estatuídos.

3. CONSTRUÇÃO JURÍDICA BRASILEIRA SOBRE OS ESPAÇOS DE CONSENSO PENAL

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 98, I, introduziu em seu ordenamento jurídico brasileiro a possibilidade de uma alternativa em contraposição ao modelo tradicional processual penal. Logo após criou o sistema dos Juizados Especiais Criminais (JECrims), por meio de um procedimento sumaríssimo e à execução das infrações penais de menor potencial ofensivo, formada por juízes de primeiro grau.

A progressão para as mudanças no Brasil tiveram abertura inicialmente no processo civil a partir da Lei nº 7.244/84 em âmbito federal com os juizados especiais de pequenas causas, com ideias de simplificar as técnicas, com ênfase em mecanismos como a autocomposição para as resoluções de conflitos.

Em que segundo Ada Pellegrini (1985. p. 149), “a técnica processual em busca de um processo mais simples, rápido, econômico, de fácil e direto, apto a solucionar com eficiência tipos particulares de conflitos de interesses.”. Tinha como um dos objetivos, resguardar a segurança sobre o amparo judicial e sobre a resolução de conflitos.

Pode-se observar que essa lei possibilitou o crescimento das soluções de conciliação e participação no ordenamento jurídico, permitindo que lides de valores menores obtivessem o amparo da justiça.

Porém, foi somente a Lei nº 9.099/1995 que se estabeleceu sobre os juizados criminais e civis na justiça estadual e no Distrito Federal, cumprindo a constituição e revogando assim expressamente a Lei nº 7.244/84, que disciplinava os juizados de pequenas causas.

Na primeira parte da lei, encontram-se os juizados especiais cíveis e na segunda os criminais, do qual foi introduzido o conceito de infração penal de menor potencial ofensivo, foram três institutos despenalizadores: a composição civil, transação penal e a suspensão condicional do processo, que recaem assim nos delitos de menor potencial ofensivo, ou seja, nas contravenções penais e crimes que a lei comine pena máxima não superior a dois anos.

3.1 EXPANSIONISMO PENAL E BARGANHA DA CULPA

O Direito Penal ao longo do tempo vem a partir da segunda metade do século XX, sofrendo um processo de expansão, do qual se fala em tipos penais que tutelam bens jurídicos não essenciais ao indivíduo e a coletividade, como por exemplo: a ordem econômica e financeira e as relações de consumo passaram a constituir objeto da tutela penal.

Existem duas correntes, uma que não é a favor da expansão penal, em razão do princípio da intervenção mínima e do princípio da legalidade; e a outra corrente que sustenta em razão da sociedade moderna e dos riscos do desenvolvimento das novas atividades. De acordo com Suxberger e Filho (2016) isso aconteceu em

virtude do contexto da globalização, sobre a difusão das culturas, e das barreiras econômicas e políticas. Com isso houve um aumento notório da violência e de novos riscos, que indicaram a insuficiência das respostas civis e administrativas, sobre o surgimento novas formas de lesão aos bens jurídicos individuais e coletivos.

O direito penal moderno é evidentemente expansivo, do qual vivemos em um âmbito voltado para criação desmedida de tipos penais, voltados para a criminalização. “O conceito de sociedade de risco designa um estágio da modernidade em que começam a tomar corpo as ameaças produzidas até então no caminho da sociedade industrial.” (BECK, 1997, p. 17).

Ocorre que, o Estado Democrático de Direito tem como objetivo a libertação da pessoa humana de qualquer forma de opressão, respeitando as garantias e direitos fundamentais da Constituição Federal. Tendo como base o princípio da intervenção mínima, em um dos seus princípios constitutivos do Direito penal, para que ocorra uma limitação do poder estatal. Por tanto, devendo ser o Direito penal considerado a *ultima ratio* do sistema legislativo, sendo acionado quando não houver mais opção senão a criação da lei penal.

Porém ao invés do direito penal ser a *ultima ratio* para a proteção dos bens jurídicos, está tornando-se um instrumento de gestão dos problemas sociais. A partir disso podendo então, perceber que há uma progressão de limites entre o direito administrativo, que sanciona e prevê perigo, e o direito penal. O que torna difícil a distinção entre os ramos, pois possuem funções preventivas. Para Silva Sánchez:

O Direito Penal, que reagia a posteriori contra um fato lesivo individualmente delimitado (quanto ao sujeito ativo e ao passivo), se converte em um direito de gestão (punitiva) de riscos gerais e, nessa medida, está ‘administrativizado’ (p. 148).

O autor chama esse processo de “administrativização”, do qual entende tratar-se de um dos problemas principais da política criminal contemporânea, pois nas sociedades pós-industriais, o direito penal tem uma característica de assumir a forma de raciocínio do direito administrativo, além disso, se transformou em direito de gestão dos problemas sociais (Silva Sánchez, 2013).

Tal expansão fez então com que surgissem novos conflitos, com objetivos de soluções mais rápidas e com eficiência, como na negociação penal e na barganha. Mais conhecido no modelo *common law*, o modelo de justiça penal negociada, tem se espalhado pelos sistemas do *civil law*, em especial no Brasil.

3.2 IMPORTAÇÃO DOS INSTRUMENTOS DE BARGANHA E LEGALIDADE DESTES INSTITUTOS

A influência do Estados Unidos atingiu quase todos os setores sociais, inclusive o Direito, principalmente sobre alguns problemas dos quais tem sido alvo a utilização dos institutos norte-americanos. O "*plea bargaining*", instituto jurídico oriundo de países anglo-saxões, cujo sistema jurídico é o "*common law*", trouxe a possibilidade de se implementar tal instituto no Brasil. Porém uma série de divergências foram provocadas, principalmente sobre a eficácia em um país cujo sistema jurídico é o "*civil law*" em que sua origem jurídicas remete-se aos países romano-germânicos, possuindo características completamente divergentes na aplicação em casos concretos, pois a cada tendência sobre a ampliação do consenso percebesse o afastamento do Estado-Juiz.

No Brasil em 2019 houve diversas repercussões, com a posse do presidente da república, ocorreram principalmente alterações nas legislações vigentes, uma delas foi proposta pelo Projeto de Lei nº 882/2019, o chamado Pacote Anticrime, de autoria do antigo Ministro da Justiça, Sérgio Moro. Sobre a justiça negocial, foi alterado o artigo 28, e inserido a alínea "A", com a proposta que o poderá ser proposto o "acordo de não persecução penal" pelo titular da ação penal pública, caso o crime tenha sido sem violência ou grave ameaça e com pena máxima não superior a quatro anos e o investigado confesse a prática de tal crime.

No meio desse pacote houve a proposta de incluir o art. 395- A³, que trata sobre um sistema negocial de justiça penal do modelo americano, o *plea bargaining*. Mesmo não tendo sido incorporada, houve preocupações quanto a este instituto que vem de outra sistemática.

Sobre a conceituação desse instituto, LANGER, explica:

O *plea bargaining* americano é um mecanismo processual no qual a acusação e a defesa podem entrar em acordo sobre o caso, sujeito à homologação judicial. O acordo pode se apresentar de diversas formas, mas normalmente consiste em o réu se declarar culpado de um crime ou de diversos crimes. Em troca, a acusação deixa de lado outras acusações, aceita que o réu se declare culpado de crimes de menor gravidade ou requer – ou não se opõe - que o réu receba determinada sentença (LANGER, 2004, p. 73).

3 Art.395-A, CPP: 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.

Ocorre que nesse contexto o surgimento dessa negociação se baseia na confissão do réu, com um discurso de que a confissão deve ser espontânea, surgindo o problema de inocentes serem declarados culpados mediante a barganha, se tornando um alerta sobre todo esse sistema.

Contudo é notória a semelhança sobre os tribunais de inquisição em que o réu era castigado até reconhecer a culpa, “(...) não resta dúvida de que a última grande novidade, em termos de ressignificação da Inquisição, no Brasil, é a entrada acelerada de mecanismos de solução negocial no processo penal (...)” (DUCLERC, 2019, p. 21).

Sobre o mesmo dilema, é muito menos confiável a confissão sob tortura do que a admissão do culpado há obviamente uma coerção maior na primeira, mas é mais provável que o réu testemunhe em falso para que se evite a continua tortura para evitar uma penalidade mais séria. (LANGBEIN, 1978, p. 15).

Nas palavras de Lênio Streck, ocorre sobre tudo isso uma flexibilização das garantias instituídas processuais sobre o condenado, tornando mais fácil a condenação quando acelera a pena.

A partir do pensamento de entre os fracos e os fortes a liberdade oprime, e a lei liberta, a igualdade processual é um total ilusão, em que para manter-se o mínimo de igualdade nestas relações, se faz importante as regras processuais, entre a relação do Estado com o indivíduo, mas atual crescimento mercadológica aumenta-se a flexibilização dessas regras para que se abra espaço ao consenso e o afastamento do Estado-juiz. (LOPES JR., 2019, p. 01).

Assim concluímos com Alexandre de Moraes (2013) ao dizer “procurar flexibilizar as garantias constitucionais na perspectiva de resolver os problemas de Segurança Pública é procurar, como o louco, a chave no mesmo lugar. Lugar caolho, a saber, dos neoliberais.”.

4. O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL À BRASILEIRA

Primeiramente, destaca-se a partir da primeira introdução do acordo de não persecução ocorreu por via administrativa, com a Resolução nº 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) em seu artigo 18, do qual tratou

sobre a tramitação e instauração do procedimento criminal investigatório a cargo Ministério Público.

Apresentada pela Comissão de Estudos do CNMP, a proposta apresentada tornou-se uma quebra de procedimento do qual permitia que fosse interrompido os atos investigatórios antes de finalizar a explanação dos fatos, e permitindo também que os atos não fossem iniciados, ao estabelecer que o acordo fosse consagrado no mesmo momento da audiência de custódia. A redação do art.18 da Resolução 181/17, a seguinte:

Art. 18. Nos delitos cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, não sendo o caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor ao investigado acordo de não persecução penal, desde que este confesse formal e detalhadamente a prática do delito e indique eventuais provas de seu cometimento, além de cumprir os seguintes requisitos, de forma cumulativa ou não [...].

Após publicação da resolução acima, a mesma foi amplamente criticada sobre a sua constitucionalidade e ajuizadas duas ADIn's (Ações Diretas de Inconstitucionalidade) nº 5.790 e 5.793, perante o Supremo Tribunal Federal, uma pela Associação dos Magistrados Brasileiros e a outra pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, porém nenhuma delas foi apreciada. (BRASIL. STF, 2017).

Diante disso, para suprir as inconstitucionalidades demandadas nas ADIn's o CNMP modificou a antiga resolução por uma nova edição a partir da Resolução nº 183 de 2018, contudo as críticas continuaram sobre a violação do princípio do devido processo legal e a competência do MP.

As resoluções não traziam para nenhuma das partes, tanto para o autor como para o réu, uma segurança jurídica esperada, na perspectiva que deve ser destacada a evidente inconstitucionalidade do acordo ao violar a constituição em seu artigo 22, inciso I, da qual retrata se como competência privativa da União legislar sobre Direito ou Processo penal, não cabendo ao CNMP legislar sobre. Entende-se assim que consta defeito sobre a formação do ato, podendo estar sobre desconsiderar requisitos procedimentais ou por violar a regra da competência.

O debate sobre a eficiência e adequação da resolução criada pelo CNMP foi perdido no momento em que foi sobreposto pelo conhecido "Pacote Anticrime" e incorporado por ele no ordenamento jurídico a partir da edição em dezembro de 2019 da Lei nº 13.964, na qual incluiu o artigo 28-A no Código de Processo Penal, o Acordo de Não Persecução Penal.

Vale ressaltar sobre a introdução do Acordo de Não Persecução Penal, Poli e Della Villa (2020, p. 177 apud DAVID, 2020, p. 20):

[...] é importante notar que a aplicação do referido instituto irá cobrar uma nova mentalidade dos sujeitos processuais, sobretudo do Ministério Público brasileiro, a fim de que possa se adequar e se integrar ao modelo acusatório de processo penal, como ocorreu na maioria dos países da América Latina. A principal problemática em torno do instituto surge quando é utilizado na estrutura inquisitória, vez que em razão do princípio fundante deste sistema, ele resta deturpado, servindo como um mecanismo a serviço do poder punitivo do Estado, em detrimento dos direitos e garantias individuais. O acordo de não persecução penal faz sentido em uma estrutura acusatória, em que o órgão julgador é mantido em seu lugar de imparcialidade, devendo zelar pelo cumprimento da legalidade, enquanto às partes, acusador e cidadão acusado (amparado por uma defesa técnica), compete dispor sobre o acordo.

Entende-se então por fim, que a Resolução nº 183/2018 do CNMP foi revogada pela Lei n.º 13.964/2019, não podendo ser admitida a aplicação subsidiária da resolução, sobre pontos em que haja conflitos com a lei introduzida.

4.1 VIOLAÇÕES PRINCÍPIOLÓGICAS DECORRENTES DESTES INSTRUMENTOS

A partir da aplicação do acordo de não persecução penal, indaga-se em que medida o requisito da confissão é constitucional para que o acordo seja feito?

O Artigo 28-A no caput do código de processo penal tem como requisitos que são cumulativos: não ser caso de arquivamento, o investigado ter confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal, sem ter agido com violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos.

Podemos verificar que é extenso o rol dos crimes em que poderá ser proposto o acordo de não persecução penal, pois com a pena mínima exigida engloba desde furto até lavagem de dinheiro. Alcançando diversos crimes comuns que são a maioria dos processos julgados pela justiça criminal.

O requisito da confissão, em que o investigado terá que confessar formal e circunstancialmente a prática da infração para que se firme o acordo, gera discussões principalmente, pois a imposição colocada pela lei não é de acordo com o direito ao silêncio, de acordo com a Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, inciso LXII: “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado,” garantido assim o direito de permanecer calado, não havendo prejuízo.

Além da Constituição, a Convenção Interamericana de Direitos Humanos no artigo 8, inciso II, alínea G, retrata que ninguém será obrigado a depor contra si mesmo, nem a declarar-se culpado;

Conforme pensamento de Nereu Giacomolli:

Embora o art. 5º, LXIII, da CF faça referência ao Direito ao silêncio da pessoa ao ser presa, tal garantia se estende a todos os suspeitos ou acusados, em todas as situações processuais. Ademais, o *nemo tenetur se detegere*, como gênero, do qual o Direito ao silêncio é espécie, pode ser inferido do devido processo constitucional, bem como do estado de inocência (...).

Sob a interpretação do texto constitucional e com base na doutrina citada, entende-se que tal requisito para que ocorra o acordo exclui por completo o princípio do *nemo tenetur se detegere*, pois não se pode violar um Direito para ser concedido outro. Tal confissão vale-se como a renúncia do Direito ao silêncio, não havendo opção ao acusado, entre a confissão e o não recebimento da proposta.

De acordo com o § 4º do artigo, o juiz deverá verificar sua voluntariedade, o que se torna algo contraditório, pois a confissão é requisito obrigatório para que se obtenha o acordo, equivalente a coação, um vício de consentimento, já que não é de livre e espontânea vontade, sendo assim uma exigência.

Outro aspecto sobre o art. 28- A, decorre quando dispõe a hipótese de não caber o acordo de não persecução penal, no §2º, 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”.

Serão então verificadas a partir de “*elementos probatórios que indiquem*” a existência de tal indício, ou seja, havendo um indício de “uma conduta criminal habitual, reiterada ou profissional” gerando ao suposto agente um tratamento diferente, mesmo que este não tenha ainda sido condenado por crime algum, em nenhuma instância judicial. Infringindo assim, o princípio da presunção da inocência uma garantia constitucional que está disposta no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.

Como relata Moreira (2020, p. 164) “devem ser enfrentadas, pois, do contrário, teremos uma enxurrada de casos em que acordos não serão propostos sob a alegação genérica de que se tratava de conduta criminal habitual, reiterada ou profissional”.

Sobre a conclusão e o cumprimento do ANPP, o artigo no § 13º, retrata que “o juízo competente decretará a extinção de punibilidade” não havendo dúvida que é

mais benéfico e mais célere do que uma condenação criminal, porém pode-se perceber de tudo o que foi exposto, que para que haja a celebração do acordo de não persecução penal será implicada uma admissão de risco pelo investigado, formada pela ampla discricionariedade e insegurança jurídica, juntamente com a grande possibilidade de negativa do MP sobre o acordo.

4.2 CRÍTICAS AO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL COM O ADVENTO DA LEI 13.964/19

Como já foi exposto, o artigo 28-A foi introduzido pela Lei 13.964/2019, da qual disciplinou o acordo de não persecução penal, que não é uma novidade no Brasil, pois já tinha sido editada pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) na Resolução nº 181 de 7 de agosto de 2017. Da qual se trata de uma medida despenalizadora, pois permite que seja afastada a sanção penal, sobre isso Guilherme de Souza Nucci relata que “atenua, ainda mais, o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública incondicionada”, por se tratar de “reflexo da nova política criminal” (2020, p. 60).

O acordo em resumo é feito entre duas partes, ou seja, um negócio jurídico bilateral, em que não sendo caso de arquivamento, o MP oferece o ANPP. Na lei indica que a propositura do acordo é facultativa, quando emprega a expressão “poderá”. Preenchendo os requisitos já citados, o réu confessa ser culpado e então se encerra abrandando a pena.

Um negócio jurídico processual e penal, do qual foi projetado para punir e não apenas evitar um processo penal. Pois as condições estabelecidas na lei, como serviços à comunidade e prestações pecuniárias são de fato sanções penais. Acentua Aury (2019), que se percebe uma negociação evidentemente desigual, transformando tudo em um negócio a partir de uma tendência mercadológica, para que haja efetividade.

Não há como ignorar garantias constitucionais instituídas a todos, por tanto a ausência de limites representa uma afronta ao Estado Democrático de Direito. Em que todo esse discurso de acelerar a duração, retroage a um modelo inquisitório e consequentemente mais autoritário.

Em síntese sobre o acordo, nas palavras de Saulo Murilo de Oliveira Mattos:

O acordo de não persecução penal, antes regulado pela resolução n. 181/2017 do CNMP, é uma novidade cansada, continua a utilizar o velho expediente de obtenção de soluções rápidas para o processo penal: a

confissão. O neoinquisitorialismo continua a guiar as reformas processuais penais parciais, agora com as vestes de um autoritarismo consensual no processo penal (MATTOS, p. 13, 2020).

O advento da lei introduz ainda mais a justiça negociada no Brasil, fazendo com que se afaste da produção de provas, remetendo ao sistema inquisitório ao utilizar da confissão como requisito absoluto para que se condene, sendo encoberto pela “voluntariedade”.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sobre o que foi abordado até aqui, acentua-se que é visível o desencaixe de um sistema processual penal no Brasil específico mesmo tendo adotado o acusatório do qual se caracteriza por sua divisão dos papéis processuais.

Foram abordados pensamentos sobre a construção da justiça negociada, em que com o advento da lei nº 9.099/95 criou-se a suspensão condicional do processo e o acordo reparatório, ampliando o campo da Justiça Consensual.

Analisando com isso, diferença entre eficiência e o Eficientismo penal, do qual tem como objetivo tornar mais rápido e eficaz a resposta punitiva tornando essa forma de direito penal de emergência, diminuindo cada vez mais as garantias processuais.

A construção jurídica brasileira sobre os espaços de consenso penal teve em princípio expansão o direito penal sobre bens jurídicos não essenciais, da qual interfere no princípio da intervenção mínima e no da legalidade. Surgindo com isso novos conflitos e soluções que sejam mais rápidas.

Com isso, os sistemas do Direito ao redor do mundo vêm adotando o estilo jurídico norte americano. O *Common Law*, ao adotar os seus institutos como o *plea bargainig* no Brasil, pode ter a sua função de origem completamente deturpada, pois são sistemas e legislações diferentes, criando divergências na aplicação de casos concretos. O mecanismo processual – *Plea Bargainig*- gira em torno do réu declarar-se culpado mediante barganha.

Na tentativa e na ânsia de buscar um sistema de persecução penal mais eficiente para o cenário da justiça criminal brasileira, com analisado o legislador introduziu o artigo 28-A no Código de Processo Penal, a partir da Lei 13.964/2019,

porém a partir da observação do código é possível verificar a possível inconstitucionalidade no seu texto, principalmente sobre os requisitos impostos.

Conclui-se, portanto, que apesar de ter um ideal visando tornar um sistema mais rápido, com um processo penal instantâneo e com alguma vantagem sobre a sua formalização, não passa de ser uma ilusão entre partes desiguais, da qual não há uma paridade de armas e como foi analisado, despreza os Direitos e garantias processuais fundamentais para que ocorra o acordo de não persecução penal.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BINDER, A. M. (2002). *La Fuerza de la Inquisición y la Debilidad de la República*. Ponencia presentada en el Seminario sobre reforma de la justicia penal organizado por el Centro de Justicia de las Américas (CEJA) la Procuración General de la República y el INACIPE, en México, octubre.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Acesso em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 19 mar. 2021.

BRASIL. **Decreto-lei 3.689 de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. Acesso em: 19 mar. 2021.

BRASIL. **Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm. Acesso em: 25 mar. 2021.

BRASIL. **Lei n. 12.850, de 2 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. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em: 19 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5790**. Relator Min. Ricardo Lewandowski. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5283027>. Acesso em: 19 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5793**. Relator Min. Ricardo Lewandowski. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5288159>. Acesso em: 19 mar. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público CNMP. **Resolução nº 181, de 07 de ago. de 2017**. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resoluo-181-1.pdf>>. Acesso em: 08 mai. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP. **Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018**. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resoluo-183.pdf>>. Acesso em: 08 mai. 2021.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Um Panorama sobre o Acordo de Não Persecução Penal (art. 18 da Resolução n. 181/17-CNMP, com as alterações da resolução n. 183/18-CNMP)**. In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco

Dirceu; SOUZA, Renee de Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (Coord.). *Acordo de Não Persecução Penal*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 29.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Revista da Faculdade de Direito da UFRP**, Curitiba, a.30, n.30,1998, p.165.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado**. *Revista de informações legislativas*, v. 186. 2009.

COUTINHO, J. N. de M. (2005). **Manifesto Contra os Juizados Especiais Criminais (Uma Leitura de Certa “Efetivação” Constitucional)**. In: Wunderlich, A.; Carvalho, S. de (Org.). *Novos Diálogos sobre os Juizados Especiais Criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 3-14.

DAVID, Décio Franco. **O futuro exige o novo: o acordo de não persecução penal exige a implementação de um sistema acusatório**. In: BEM, Leonardo Schmitt de (Org.); MARTINELLI, João Paulo (Org.). *Acordo de não persecução penal*. 1.ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.

DORNELLES, João Ricardo. **Conflito e segurança: entre pombos e falcões**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

DOTTI, Renné Ariel; SCANDELARI, Gustavo Britta. **Acordos de não persecução e de aplicação imediata de pena: o plea bargain brasileiro**. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM*, Ano 27, nº 317, edição especial, abril/2019.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FEITOZA, Denilson. **Direito Processual Penal: teoria, crítica e práxis**. 6. Ed. Niterói: Impetus, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **A marcha do processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 74).

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Conciliação e Juizados de Pequenas Causas**. In: WATANABE, Kazuo (org.). *Juizado Especial de Pequenas Causas (Lei no 7.244, de 7 de novembro de 1984)*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, [s. d.], 1985. p. 149.

HENDLER, E. S. (1995). **Enjuiciamiento penal y conictividad social**. In *El Derecho Penal Hoy: homenaje al Prof. David Baigún*, organizado por Maier, J.B. J. e Binder, A.M. Buenos Aires: Editores del Puerto, páginas 375-383.

LANGBEIN, Jonh H., **Torture and Plea Bargaining**, *Revista The University of Chicago Law Review*, 1978, vol. 46. Traduzido por: María Lousteau; Alberto Bovino. Disponível em: http://www.metajus.com.br/textos_internacionais/tortura-plea-bargaining-semelhancas-EUA.pdf

LANGER, Maximo. **From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure**. In Harvard International Law Journal. v. 45. n. 01, 2004. p. 01-65. Tradução de Ricardo Jacobsen Gloeckner e Frederico C. M. Faria.

LOPES JR., Aury, 2019, **A ilusão de voluntariedade negocial no processo penal**, disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-31/limite-penal-ilusao-voluntariedadenegocial-processo-penal>. Acesso em 30/04/2021

LOPES JR., Aury, (2016) **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva.

MARTINS, Rui Cunha. **O Ponto Cego do Direito**. The Brazilian Lessons. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia compacto do Processo Penal conforme a teoria dos jogos**. 1 ed., 2013, Rio de Janeiro. Lumen Juris.

MOREIRA, Romulo de Andrade. O acordo de não persecução penal. In: BEM, Leonardo Schmitt de (Org.); MARTINELLI, João Paulo (Org.). **Acordo de não persecução penal**. 1.ed. São Paulo: D'Plácido, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 13. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Pacote anticrime comentado: Lei n. 13.964/2019**. – 1. ed. – Rio de Janeiro: Forense, p. 60, 2020.

POLI, Camilin Marcie de. **Sistemas processuais penais**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

STRECK, Lênio Luiz, 2019, **Barganha penal que ameaça garantias é fast food processual!**, disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-10/senso-incomum-barganha-penal-ameaca-garantias-fast-food-processual>. Acesso em: 06 maio. 2021.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; FILHO, Dermeval Farias Gomes. **Funcionalização e expansão do Direito Penal: o Direito Penal negocial**. Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 13, n. 1, 2016 p.377-396.

VASCONCELLOS, Vinicius G. **Barganha e Justiça Criminal Negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro**. 2014. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre. p. 56-63. 6-63.

7. RELATÓRIO ANTIPLÁGIO



Relatório gerado por: victoriam.rocha@ucsal.edu.br

Arquivos	Termos comuns	Similaridade
TCC 2021.1 - VICTORIA MENDES.docx X https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2019/01/franciele_cunha.pdf	276	2,35
TCC 2021.1 - VICTORIA MENDES.docx X https://revistas.fibbauru.br/jurisfib/article/view/412	94	1,42
TCC 2021.1 - VICTORIA MENDES.docx X https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/BUBD-99QJAH/1/dissertacao_juiz_das_garantias.pdf	432	1,07
TCC 2021.1 - VICTORIA MENDES.docx X https://elo.cnmp.mp.br/home.seam	24	0,33
TCC 2021.1 - VICTORIA MENDES.docx X http://www.transparencia.pa.gov.br/?q=node/21	9	0,13
TCC 2021.1 - VICTORIA MENDES.docx X http://www.cnmp.mp.br/portal	7	0,1
TCC 2021.1 - VICTORIA MENDES.docx X https://www.gov.br/planalto/pt-br	6	0,08
TCC 2021.1 - VICTORIA MENDES.docx X http://www.zaroniadvogados.com.br/non-criminal-prosecution-agreement-can-be-applied-to-tax-crimes/?lang=en	4	0,06
TCC 2021.1 - VICTORIA MENDES.docx X http://portal.stf.jus.br	1	0,01
TCC 2021.1 - VICTORIA MENDES.docx X https://www.ucsal.br	0	0