



FACULDADE BAIANA DE DIREITO

CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

ALEXANDRE SILVA RIGAUD DE AMORIM

**A EVENTUAL VIOLAÇÃO DAS PRERROGATIVAS DO
INVESTIGADO EM FACE DA (IN)SEGURANÇA JURÍDICA
TRAZIDA PELA RESOLUÇÃO 181/2017 DO CONSELHO
NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO**

Salvador

2019

ALEXANDRE SILVA RIGAUD DE AMORIM

**A EVENTUAL VIOLAÇÃO DAS PRERROGATIVAS DO
INVESTIGADO EM FACE DA (IN)SEGURANÇA JURÍDICA
TRAZIDA PELA RESOLUÇÃO 181/2017 DO CONSELHO
NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO**

Monografia apresentada ao curso de graduação em
Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito
parcial para obtenção do grau de bacharel em
Direito.

Orientadora: Prof^a. Thais Bandeira Oliveira Passos

Salvador

2019

TERMO DE APROVAÇÃO**ALEXANDRE SILVA RIGAUD DE AMORIM****A EVENTUAL VIOLAÇÃO DAS PRERROGATIVAS DO
INVESTIGADO EM FACE DA (IN)SEGURANÇA JURÍDICA
TRAZIDA PELA RESOLUÇÃO 181/2017 DO CONSELHO
NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito,
Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2019.

A
Deus, por me dar forças. A minha família,
especialmente, minha mãe, Iraní Rigaud, a
quem devo todas as minhas conquistas

AGRADECIMENTOS

À Iraní Rigaud, Francisco Rigaud e Felipe Rigaud, por tudo que fizeram e fazem por mim. Serei eternamente grato.

Aos meus colegas de faculdade, pela amizade construída e pelo companheirismo nessa trajetória.

À Profa. Dra. Thais Bandeira Oliveira Passos, pelo auxílio na confecção do presente trabalho monográfico, bem como pelas palavras incentivadoras.

Aos meus antigos colegas de trabalho da 2ª Vara Federal da Seção Judiciária da Bahia, por despertarem minha paixão pela seara criminal.

“Quando penso que cheguei ao meu limite, descubro que tenho forças para ir além”.

Ayrton Senna

RESUMO

O presente trabalho monográfico tem por finalidade analisar se a suposta insegurança jurídica da Resolução 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público enseja a violação de prerrogativas do investigado. Para tanto, o trabalho adentra na crise instaurada no sistema penal brasileiro que ensejou o desenvolvimento de modelos consensuais, como a Lei 9.099/95 e a Lei 12.850/13, que mitigam o princípio da obrigatoriedade da ação penal e tentam restaurar a celeridade processual na seara criminal. Posteriormente, analisa-se o *plea bargain* norte-americano e o *absprachen* germânico e como estes acordos foram desenvolvidos nos seus respectivos países. Ainda, este trabalho examina as possíveis semelhanças do *plea bargain* e do *absprachen* com o acordo de não persecução penal, criado por meio da Resolução 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público, tendo em vista as possíveis semelhanças entre os acordos. Posteriormente, questiona-se as peculiaridades do acordo de não persecução penal. Ademais este trabalho se preocupou em analisar a controvérsia sobre a constitucionalidade material e formal do acordo de não persecução penal. Finalmente, passa-se à análise crítica se a eventual insegurança jurídica do acordo de não persecução penal enseja a violação de prerrogativas do investigado.

Palavras-chave: Justiça Consensual; *Plea bargain*; *Absprachen*; Resolução 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público; Acordo de não persecução penal; Constitucionalidade.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	9
2 A FALÊNCIA DO SISTEMA PENAL.....	11
2.1 A OBRIGATORIEDADE DA AÇÃO PENAL.....	14
2.2 A JUSTIÇA NEGOCIAL NO BRASIL.....	17
2.2.1 Composição civil.....	22
2.2.2 Transação penal.....	24
2.2.3 Suspensão Condicional do Processo.....	27
2.2.4 Colaboração Premiada.....	29
3 ACORDOS PENAIS NO DIREITO COMPARADO.....	34
3.1 <i>PLEA BARGAIN</i>	35
3.2 <i>ABSPRACHEN</i>	45
4 O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL.....	52
4.1 CONCEITO.....	55
4.2 REQUISITOS.....	57
4.3 CONTROLE JURISDICIONAL.....	59
4.4 A (IN)CONSTITUCIONALIDADE MATERIAL.....	61
4.5 A (IN)CONSTITUCIONALIDADE FORMAL.....	65
4.6 O PROJETO DE LEI 882/2019.....	71
5 CONCLUSÃO.....	73
REFERÊNCIAS.....	77

1 INTRODUÇÃO

Desde os primórdios, o Homem buscou sancionar condutas consideradas de sobremaneira lesivas. Na Idade Antiga, as sanções a certas condutas eram físicas, como forma de exercício do poder de punir através da vingança. O Código de Hamurabi, por exemplo, previa a retribuição proporcional do mal causado ao autor da infração.

Posteriormente, com o amadurecimento dos Direitos Humanos e suas garantias, a ideia de sanção física se tornou ultrapassada, sendo substituída pela privação de liberdade do indivíduo infrator.

Hodiernamente, no Brasil, presencia-se um período de transição. Observa-se hoje que a privação de liberdade não é mais o meio mais adequado para o exercício do *jus puniendi* estatal.

Neste sentido, em 1995, o legislador brasileiro, através da Lei 9.099, estabeleceu os institutos despenalizadores da composição civil, da transação penal e da suspensão condicional do processo que se tornariam marcos e diretrizes de política criminal eficazes no combate à morosidade do processo penal brasileiro.

Como alternativa ao crescimento da criminalidade no Brasil e, conseqüentemente, ao exponencial aumento de processos criminais, o legislador buscou outros meios de resolução de conflitos, atestando que o ideal modelo de processo penal, ou seja, aquele no qual a decisão de mérito é o único meio satisfatório e capaz de descobrir a verdade, não mais se justifica frente a grande demanda do Poder Judiciário.

Não se trata, entretanto, de política emergencial que suprime direitos do acusado sob a justificativa de desafogar o Judiciário brasileiro. Ao contrário, é, em verdade, política que busca a aplicação da pena privativa de liberdade aos casos em que realmente se justificam marginalizar o indivíduo, possibilitando que os recursos limitados do Poder Judiciário sejam destinados às condutas realmente nocivas à sociedade.

Desta forma, trata-se de um filtro que busca outros meios de solução do conflito, baseado no consenso entre acusação e acusado, facultando ao último outros meios de efetivação do princípio da ampla defesa.

Nessa seara, inspirado em acordos penais consensuais do direito estrangeiro (*plea bargain* norte-americano e *absprachen* germânico), insere-se o acordo de não persecução penal, objeto desta pesquisa, que foi criado por meio de norma infralegal (Resolução 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público) e exige a confissão formal e circunstancial da prática do crime pelo investigado.

Sendo assim, tendo em vista seu caráter infralegal, bem como as discussões atinentes à obrigatoriedade da confissão e mais outras, busca-se analisar, na presente pesquisa, se eventual insegurança jurídica da Resolução 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público proporciona violação às prerrogativas do investigado.

2 A FALÊNCIA DO SISTEMA PENAL

Nas últimas décadas, a onda de criminalidade no Brasil vem aumentando exponencialmente. Dados do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada e do Fórum Brasileiro de Segurança Pública informam que o índice de homicídios registrados no Rio Grande do Norte, por exemplo, cresceu em 669,29% no período de 1996 a 2016¹. Este cenário caótico não se limita a Estados ou Municípios, mas se espalha contagiosamente por todo o Brasil. Em 2016, o Atlas da Violência registrou a ocorrência de 62.517 homicídios em solos brasileiros², números assustadores que refletem a crueldade que assola o país.

A despeito de ser um importante medidor da violência e da segurança pública de um país, o crime de homicídio não é o único delito praticado em largas escalas no Brasil. Ao contrário, crimes como furto, descaminho, estelionato, apropriação indébita, falsidade ideológica, entre outros, são delitos recorrentes em terras nacionais, mas, em razão de serem, em tese, menos danosos, provocam um menor furor da população.

É inegável que o crescimento da prática delituosa perpassa por inúmeros motivos, desde a má distribuição de renda, o precário acesso à educação pública de qualidade, bem como a histórica corrupção dos nossos Poderes (Executivo, Judiciário e Legislativo), seja em nível estadual ou federal. Ademais, a sofisticação do crime organizado, que recorrentemente está à frente da tecnologia disponível aos órgãos de investigação, impede o sucesso dos procedimentos fiscalizatórios. Entrementes, o longo período de recessão econômica, que perdura desde 2013, privam a esperança de um futuro próspero e seguro.

Como tentativa de reprimenda ao crescimento da criminalidade, o direito penal sofreu um processo expansionista que refletiu no acionamento cada vez mais constante das Varas Criminais brasileiras. Segundo o Conselho Nacional de Justiça,

¹ Atlas da Violência. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/dados-series/17>> Acesso em: 02.04.2019.

² Atlas da Violência. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/dados-series/17>> Acesso em: 02.04.2019.

durante o ano de 2018, surgiram aproximadamente 2,5 milhões de processos criminais novos³.

Não obstante a diminuição de 8,5% do número de processos criminais se comparado ao ano anterior (2017)⁴, a emergente tentativa do Poder Público de dar vazão à grande demanda processual instaurada nas Varas Criminais, em conjunto com um sistema prisional em ruínas e um sistema processual penal arcaico, reflete – e não podia ser diferente – de sobremaneira no encarceramento em massa da população brasileira.

Segundo o Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), a taxa de aprisionamento no Brasil aumentou em 157% entre 2000 e 2016⁵, representando, em junho de 2016, 352,6 (trezentos e cinquenta e duas vírgula 6 pessoas) presas para cada 100 (cem) mil habitantes⁶. Levantamentos do DEPEN informam que o Mato Grosso do Sul é o Estado com a maior taxa de aprisionamento, com cerca de 696,6 pessoas presas para cada 100 mil habitantes, em contraponto à Bahia, em último lugar, com cerca de 100,1 pessoas presas para cada 100 mil habitantes.

Os dados do DEPEN são alarmantes. A significativa taxa de aprisionamento retromencionada se torna um problema ainda maior quando somado às precárias condições do sistema prisional brasileiro. Caracterizado, em especial as prisões estaduais, pela carente higienização, que propicia a proliferação de inúmeras doenças infectocontagiosas como a tuberculose, o sistema prisional brasileiro ainda conta com uma superlotação surreal⁷. Segundo o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o Brasil, em 2014, possuía 567.655 indivíduos encarcerados para 1449

³ Conselho Nacional de Justiça. p. 31. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>> Acesso em: 20.09.2019

⁴ Conselho Nacional de Justiça. p. 31. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>> Acesso em: 20.09.2019

⁵ Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: INFOPEN Atualização – Junho de 2016 / organização, Thandara Santos; colaboração, Marlene Inês da Rosa ... [et al.]. – Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017, p. 12. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf> Acesso em: 20.09.2019

⁶ Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: INFOPEN Atualização – Junho de 2016 / organização, Thandara Santos; colaboração, Marlene Inês da Rosa ... [et al.]. – Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017, p. 12. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf> Acesso em: 20.09.2019

⁷ ASSIS, Rafael Damaceno de. **A realidade atual do sistema penitenciário brasileiro**. 2007. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3481/A-realidade-atual-do-sistema-penitenciario-brasileiro>> acesso em: 01.11.2019

estabelecimentos prisionais, ou seja, cada prisão precisaria comportar, aproximadamente, 392 presos para suportar a massa carcerária brasileira⁸.

Entretanto, exigir que as prisões pátrias comportem essa grande quantidade de pessoas é uma realidade totalmente desconexa. O CNJ, no mesmo relatório anteriormente citado, informou que o Brasil, em 2014, apresentou um déficit de vagas próximo a 250.000 pessoas⁹. Em 2016, segundo o DEPEN, a população carcerária contava com 726.712 pessoas, apesar do sistema prisional comportar apenas 368.049 vagas¹⁰.

Tamanho descaso do Poder Público para com o sistema carcerário proporciona episódios deploráveis na história do nosso País. O reflexo de um sistema carcerário falido, denunciado há mais de 20 (vinte) anos, tem aparecido recorrentemente nas grandes mídias nesses últimos tempos. Em janeiro de 2017, por exemplo, uma rebelião ocorrida no presídio estadual de Alcaçuz, localizado no Rio Grande do Norte, levou ao assassinato de 26 (vinte e seis) presos. Também em janeiro de 2017, 56 (cinquenta e seis) presos foram mortos na rebelião ocorrida no Complexo Penitenciário Anísio Jobim, em Manaus. Recentemente, em julho de 2019, no Presídio de Altamira, no Pará, ocorreu o maior massacre em presídios no Brasil desde o fatídico episódio do Carandiru em 1992, deixando 57 (cinquenta e sete) mortos.

Múltiplos motivos explicam a ocorrência destes horrores. Se engana aquele que pensa que a existência de facções rivais em um mesmo complexo penitenciário é o único fator determinante. Dentre outras inúmeras razões, é inquestionável que presídios construídos em ambientes geograficamente inapropriados, sem sistema de circulação de ar, a falta de saneamento básico e a ausência de programas socioeducativos de recuperação do presidiário também são fatores degenerativos, que tiram a condição humana do preso e sua aversão à violência. Além dos assassinatos em massa, condições insalubres, que somada à falta de

⁸ Conselho Nacional de Justiça. p. 18. Disponível em:

<http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/pessoas_presas_no_brasil_final.pdf> Acesso em: 20.09.2019

⁹ Conselho Nacional de Justiça. p. 5. Disponível em:

<http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/pessoas_presas_no_brasil_final.pdf> Acesso em: 20.09.2019

¹⁰ Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: INFOPEN Atualização – Junho de 2016 / organização, Thandara Santos; colaboração, Marlene Inês da Rosa ... [et al.]. – Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017, p. 20. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf> Acesso em: 20.09.2019

medicamentos, proporcionam massacres silenciosos que passam despercebidos aos olhos da população.

Nesta senda, percebendo a crise instaurada no sistema prisional brasileiro e a ineficácia do processo expansionista do direito penal como solução ao sentimento generalizado de insegurança – provocado, muitas vezes, pelos meios de comunicação de massa¹¹ –, o legislador buscou alternativas que desafogassem o sistema carcerário e as Varas Criminais brasileiras.

Assim, foram instituídos mecanismos de tratamento mais brandos a crimes menos expressivos que possibilitaram ao Estado maior enfoque nos crimes mais graves, concentrando seu *jus puniendi*, e evitando o contato entre indivíduos que praticaram delitos abstratamente “pequenos”, com grandes chefões do crime organizado.

2.1 A OBRIGATORIEDADE DA AÇÃO PENAL

Como exposto anteriormente, a elevada taxa de criminalidade no Brasil repercute diretamente na crise do sistema criminal brasileiro. Como forma de contrabalancear a atividade criminosa, a legislação criminal cumpre papel de destaque nas sociedades, se adequando às diferentes realidades mundo à fora.

No Brasil, a despeito das recentes mudanças implementadas, percebe-se uma legislação ainda desconexa o cenário socio-jurídico atual. O Código de Processo Penal (CPP), datado de outubro de 1941, ou seja, há mais de 7 (sete) décadas atrás, é, talvez, o principal diploma normativo que precariza e alimenta a crise do sistema de justiça criminal instaurada no Brasil¹².

Um dos pontos que, até pouco tempo atrás, era bastante desafiado no Código de Processo Penal era a blindagem quase irrestrita antes conferida ao princípio da obrigatoriedade da ação penal. Sob a prerrogativa de que apenas a sentença absolutória ou condenatória consagraria o devido processo legal e a ampla defesa,

¹¹ LEITE, Rosimeire Ventura. **Justiça consensual como instrumento de efetividade do processo penal no ordenamento jurídico brasileiro**. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2009. p. 23. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-17112011-110813/publico/Rosimeire_Texto_versao_completa.pdf> Acesso em: 12.10.2019

¹² SOUSA, Marllon. **Plea Bargaining no Brasil: O processo Penal por meio do equilíbrio entre o utilitarismo processual e os direitos fundamentais do réu**. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 42.

observou-se que, ao passar dos anos, o princípio da obrigatoriedade da ação penal havia se tornado um dos combustíveis de um sistema processual defasado e de uma justiça criminal à beira do colapso.

Em suma, o princípio obrigatoriedade da ação penal pressupõe um dever legal de atuação do Ministério Público, no que se refere à necessidade do órgão acusador oferecer denúncia (peça acusatória) quando preenchido seus requisitos¹³.

Assim, a aplicação da obrigatoriedade da ação penal leva ao início da persecução penal, independentemente da relevância do delito supostamente praticado, devendo o Estado exercer seu *jus puniendi* sobre todo e qualquer delito indiscriminadamente. Significa, portanto, uma atividade vinculada do Ministério Público sobre seu convencimento dos fatos investigados, estando ausente qualquer liberdade quanto à conveniência ou oportunidade da propositura da ação penal¹⁴.

Como se observa, o princípio em tela é estritamente relacionado ao princípio da legalidade, na medida em que estabelece um efeito vinculante à atuação do órgão acusador. Segundo Danni Sales Silva¹⁵, enquanto a terminologia 'legalidade' representa a submissão à lei, o termo 'obrigatoriedade' se refere à necessidade de interposição da ação penal.

Além de relacionado à legalidade, o princípio da obrigatoriedade também é um corolário do princípio da indisponibilidade da ação penal. Este último consagrado, sobretudo, no art. 42 do CPP, prevê a impossibilidade do Ministério Público desistir da ação penal, caso presentes as condições de ação, sob pena de violação ao seu dever de agir.

Neste ponto, há de esclarecer que a obrigatoriedade de propositura da ação penal, cumulado com a impossibilidade de dela dispor, não pressupõem uma busca incessante pela condenação do réu. É equivocado pensar que o Ministério Público deve balizar sua conduta neste sentido. O referido órgão, independente e indispensável à preservação do Estado Democrático de Direito, deve apenas

¹³ SILVA, Elisdaira Marília Fernandes da. **A constitucionalidade do acordo de não persecução penal previsto na resolução n. 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público**: um estudo acerca da expansão da justiça criminal consensual no Brasil. Boa Vista, 2018, p. 30.

¹⁴ PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2019, p.134.

¹⁵ SILVA, Danni Sales. **Justiça Negocial Criminal**: a ampliação das margens de consenso no processo penal brasileiro. Lisboa, 2016, p. 23. Disponível em:

<https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/31832/1/ulfd133819_tese.pdf>. Acesso em: 15.09.2019

requerer a condenação do acusado se presente o dolo e os requisitos de materialidade e de autoria na conduta do réu.

Historicamente, no Brasil, seguindo a influência do direito italiano, a obrigatoriedade da ação penal foi estruturada com o objetivo de garantir o poder instrutório do magistrado. Seu fundamento seria a necessidade de evitar a inércia do órgão acusatório e a consequente impossibilidade de alcançar a verdade processual¹⁶.

O princípio em análise não está disposto expressamente no Código de Processo Penal (CPP). Extraído da interpretação do art. 28 do CPP, este preceito fundamental, conforme se observa, não se limitou à atuação do órgão de acusação. O supracitado diploma possibilita ao magistrado discordar do pedido de arquivamento realizado pelo Ministério Público, remetendo os autos ao Procurador-Geral, que poderá oferecer denúncia ou ratificar o pedido de arquivamento feito anteriormente. Vemos, portanto, que este princípio foi tão difundido na legislação criminal brasileira que possibilitou ao juiz, em tese, imparcial e inerte, discordar do titular da ação penal pública.

Entretanto, sob a prerrogativa de impossibilitar a inércia da autoridade investigativa e do órgão acusatório, produziu-se efeito diverso do pretendido. Isto porque o princípio da obrigatoriedade da ação penal aplicado, ao longo dos anos, incondicionalmente, fomentou uma atividade robótica e em descompasso com a mora instaurada nos órgãos de justiça.

Neste contexto, constatou-se que o processo penal brasileiro era – e ainda é em grande escala – enrijecido e atrasado em relação a ordenamentos jurídicos estrangeiros como o norte-americano e o germânico que já previam mecanismos outros além da sentença como meios capazes de obtenção de uma prestação jurisdicional eficaz e, acima de tudo, justa.

Outrossim, percebeu-se que o trabalho vinculado do órgão acusador de oferecimento de denúncias indiscriminadas submetia indivíduos a processos criminais constrangedores que poderiam ser evitados. Isso visto que, dentre outros motivos, crescia, cada vez mais, o número de processos fulminados pelo instituto da prescrição, que transmite, sem a menor das dúvidas, a ineficiência na prestação

¹⁶ SILVA, Danni Sales. **Justiça Negocial Criminal**: a ampliação das margens de consenso no processo penal brasileiro. Lisboa, 2016, p. 24. Disponível em: <https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/31832/1/ulfd133819_tese.pdf>. Acesso em: 15.09.2019

judicial estatal. A prescrição, que era pra ser um mecanismo de defesa extraordinário, se tornou um meio de defesa assustadoramente ordinário na Justiça Criminal brasileira.

Neste caminho, a inflexibilidade do princípio da obrigatoriedade penal não se demonstrava mais eficaz frente a realidade brasileira. A ausência de qualquer discricionariedade conferida ao *Parquet* era um dos grandes motivos ensejadores deste descompasso entre o ordenamento jurídico imposto e à realidade criminal brasileira.

Assim, o Código de Processo Penal precisou passar por relevantes mudanças para se moldar aos desafios enfrentados. Pode-se dizer, inclusive, que essas mudanças foram imprescindíveis, haja vista a importância deste instrumento normativo como consagrador de um Estado Democrático de Direito e de sua importante atuação como instituto de política criminal.

Nesta senda, o ordenamento jurídico brasileiro, com a Lei 9.099/1995 instituiu mecanismos de mitigação ao princípio da obrigatoriedade da ação penal, possibilitando à defesa, à acusação e ao juiz, institutos que conferem celeridade à ação penal, consagrando outras formas de garantir a ampla defesa do suposto criminoso, sem que se viole suas prerrogativas.

2.2 A JUSTIÇA NEGOCIAL NO BRASIL

O Direito, enquanto ciência, é reflexo das relações interpessoais e da cultura humana. Miguel Reale, ao desenvolver a Teoria Tridimensional do Direito, afirma haver uma indissociabilidade entre três elementos constitutivos do fenômeno jurídico, quais sejam: o fato, o valor e a norma. A análise correlacionada destes três elementos refletiria no direito as estimativas axiológicas da sociedade de forma normatizada. Assim, o direito seria, em suma, uma manifestação jurídica da cultura humana.

A visão correlacionada entre o direito e o os valores sociais demonstra que o Direito é fruto do meio social no qual está inserido. A despeito da sociedade estar em

constante mutação social, nota-se que nem sempre o ordenamento jurídico brasileiro acompanha as metamorfoses sociais.

Uma das metamorfoses sociais enfrentada pelo direito brasileiro, como já exposto, foi o aumento da criminalidade. Forçado a encontrar uma saída diante do acúmulo de processos e da morosidade para seus julgamentos, que levou a um sentimento de descrédito da população com o Poder Judiciário, o ordenamento jurídico brasileiro encontrou outros meios satisfatórios do princípio do devido processo legal.

Este princípio, indispensável instrumento de proteção da liberdade e de preservação das normas contra a opressão institucionalizada¹⁷, era enfrentado, na seara criminal, de maneira demasiadamente formal e enrijecida, refletindo em questionamentos da sociedade acerca da eficácia e da competência da justiça brasileira. Segundo Alexandre de Moraes¹⁸:

O devido processo legal configura dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade, quanto no âmbito formal, ao assegurar-lhe paridade total de condições com o Estado-persecutor e plenitude de defesa (direito a defesa técnica, à publicidade do processo, à citação, de produção ampla de provas, de ser processado e julgado pelo juiz competente, aos recursos, à decisão imutável, à revisão criminal).

No entanto, o devido processo legal, instrumento de liberdade contra a opressão estatal, quando instaurado de maneira excessivamente formal e burocrática possui efeito diverso: provoca um efeito de desordem, de impunidade e de ineficiência da prestação judicial, bem como o aumento dos gastos públicos com a oferta de serviços judiciais.

Diante da crise instaurada, percebeu-se que o devido processo legal em âmbito criminal poderia ser preservado de outras formas. Observou-se, também, que o modelo “ideal” de decisão de mérito como único meio satisfatório de descoberta da verdade não subsistia diante da realidade social brasileira, e o direito, enquanto fato social normatizado, não poderia permanecer inerte frente aos fenômenos sociais enfrentados.

¹⁷ AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. **Informalização da Justiça e Controle Social**: estudo sociológico da implantação dos juizados especiais criminais em Porto Alegre. São Paulo: IBCCRIM, 2000, p. 101.

¹⁸ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 123.

Neste ponto, como assevera Rosimeire Ventura Leite¹⁹:

A cobrança por eficiência e celeridade do processo penal guarda conexão com o advento de um tipo de sociedade que requer respostas mais prontas aos acontecimentos por parte das instituições. Assim, ao sistema penal cabe encontrar meios eficazes de reagir contra a proliferação de condutas delitivas, o que é apenas um dentre tantos outros problemas que desestabilizam a vida em comunidade. Se por um lado, o processo penal não pode ser excessivamente rápido e simplificado, no intuito de atender a exigências externas; por outro, ignorar as mudanças inerentes à evolução social pode significar perda de credibilidade como meio legal de resolução de conflitos, dando cabimento à adoção de outras práticas talvez não tão legítimas e garantistas.

Nessa perspectiva utilitarista, com o intuito de desafogar o Poder Judiciário, surge a justiça consensual ou negocial como instrumento capaz de proporcionar celeridade e democratização ao processo penal, possibilitando, ao Estado, exercer seu controle social apenas em relação às condutas mais desviantes.

Sob o viés criminológico, a razão do surgimento da justiça consensual reside na descrença do caráter ressocializador do sistema penal. No Brasil, o sistema carcerário e a pena não são vistos com aptidão para regenerar indivíduos, muito pelo contrário, a sanção penal proporciona, muitas vezes, um efeito multiplicador de delinquência, porquanto estigmatiza negativamente o condenado que, sem oportunidades, acaba recorrendo ao crime para sobreviver²⁰.

Nesse cenário, foram instauradas medidas despenalizadoras que se tornaram alternativas à estigmatização, assim como à vagarosa decisão de mérito, reduzindo a irrestrita formalidade e a complexidade do sistema penal, conferindo-o efetividade, sem, contudo, deixar de preservar direitos fundamentais da vítima e do acusado. Este “movimento” buscou, portanto, conciliar a tutela dos interesses individuais do acusado e o interesse de defesa social mais efetiva²¹.

¹⁹ LEITE, Rosimeire Ventura. **Justiça consensual como instrumento de efetividade do processo penal no ordenamento jurídico brasileiro**. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2009. p. 28-29. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-17112011-110813/publico/Rosimeire_Texto_versao_completa.pdf> Acesso em: 12.10.2019

²⁰ CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. **Plea bargaining e justiça criminal consensual**: entre os ideais de funcionalidade e garantismo. Revista Eletrônica do Ministério Público Federal, 2012, p. 11. Disponível em: <http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista/2012_Penal_Processo_Penal_Campos_Plea_Bargaining.pdf> Acesso em: 15.09.2019

²¹ ANDRADE, Flávio da Silva. **Justiça penal consensual**: controvérsias e desafios. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 63.

Desta forma, em 1990, surge a primeira lei (Lei dos Crimes Hediondos) que instaura a justiça consensuada no Brasil²². Posteriormente, em razão da previsão do art. 98, inc. I, da Carta Magna²³, surge uma das grandes fontes normativas da Justiça Consensual no ordenamento jurídico brasileiro: a Lei 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais).

A construção legislativa da Lei 9.099/95 tem como fonte, no âmbito cível, o Projeto de Lei apresentado pelo Deputado Nelson Jobim para criação dos Juizados Especiais Cíveis. No âmbito penal, por sua vez, o diploma em tela se inspirou no Projeto de Lei 1.480/89, apresentado Michel Temer, para criar os Juizados Especiais Criminais, encarregados do processo e julgamento de infrações penais de menor potencial ofensivo.

Inicialmente, a Lei dos Juizados Especiais, em seu artigo 61⁴, como reflexo de um direito penal despenalizador ainda embrionário, previa como infrações de menor potencial ofensivo as contravenções penais, dispostas no Decreto-Lei 3.688 de 1941, e os crimes com pena máxima não superior a um ano de detenção ou reclusão, excetuados aqueles submetidos a procedimento especial por lei. Mais tarde, com o sucesso dos Juizados Especiais e o advento da Lei Federal 10.259/2001, englobou-se os delitos com pena máxima não superior a dois anos de detenção ou reclusão como crimes de menor potencial ofensivo.

Na hipótese de suposto cometimento de infração que se enquadra na definição de crime de menor potencial ofensivo, o supracitado diploma normativo confere ao titular da ação penal a possibilidade de realizar acordo com o suposto infrator, que deverá ressarcir os danos causados. A consequência jurídica do acordo, na maioria das vezes, será a decretação da extinção de sua punibilidade.

Há de salientar que existem diferentes tipos de acordos disponíveis pela Lei 9.099/95. A depender do momento processual e do titular ação penal, poder-se-á

²² GOMES, Luiz Flávio. **Moro sugere “plea bargain” no Brasil** – Que é isso? É possível? Seria uma revolução? 2009, p. 10. Disponível em: <<https://www.professorluizflaviogomes.com.br/wp-content/uploads/2019/01/Professor-LFG-Plea-Bargain.pdf>> Acesso em: 12.10.2019.

²³ 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;

concretizar a composição civil, a transação penal ou a suspensão condicional do processo, conforme será demonstrado adiante.

Estes mecanismos consensuais, em razão dos seus procedimentos simples, serviram como balizas de desburocratização e de redução de custos do Poder Público. Uma das formas de desburocratizar o processo penal, tornando-o mais célere, foi através da consagração do procedimento oral no modelo consensual. Como sustenta Ada Pellegrini Grinover²⁴:

Outro dado a ser levado em conta consistia nas vantagens do procedimento oral, quando praticado em sua verdadeira essência: a concentração, a imediação, a identidade física do juiz conduzem à melhor apreciação das provas e à formação de um convencimento efetivamente baseado no material probatório colhido e nas argumentações das partes.

Em outro rumo, pode-se afirmar que uma das razões primordiais das inovações processuais citadas foi evitar a aplicação de pena privativa de liberdade ao suposto infrator de um crime abstratamente pouco grave. Em particular, as sanções contempladas na Lei 9.099/95 apenas submeterá o indivíduo a medidas restritivas de direito ou multa, uma vez que as medidas despenalizantes consignadas na lei possuem natureza e consequências jurídicas distintas da sentença condenatória, sem que haja qualquer discussão ou necessidade de assunção de culpa pelo eventual infrator (*nolo contendere*)²⁵. Portanto, independentemente do acordo efetuado (composição civil, transação penal ou suspensão condicional do processo), não haverá a necessidade de declaração de culpa ou confissão.

Além de abominar a privação de liberdade, ao mesmo tempo, observa-se a instauração de uma política processual penal voltada à preservação da dignidade humana do suposto criminoso, evitando as consequências negativas da condenação criminal (maus antecedentes, reincidência, entre outros) e, sobretudo, o desgaste torturante do próprio processo criminal²⁶.

Entretanto, o desenvolvimento da justiça consensual não restringiu seu escopo apenas ao suposto infrator. Ao contrário, um dos pilares da justiça negocial é a

²⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES, Luiz Flávio. **Juizados especiais criminais**: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995. 4 ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei 10.259/2001. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 31.

²⁵ SILVA, Danni Sales. **Justiça Negocial Criminal**: a ampliação das margens de consenso no processo penal brasileiro. Lisboa, 2016, p. 102. Disponível em: <https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/31832/1/ulfd133819_tese.pdf>. Acesso em: 15.09.2019

²⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES, Luiz Flávio. **Juizados especiais criminais**: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995. 4ª ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei 10.259/2001. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 45.

proteção da dignidade humana da vítima, que sofre não só no momento do crime, mas também durante a realização dos procedimentos necessários à persecução penal. Neste ponto, como ensina Flávio da Silva Andrade²⁷:

A vítima, que sofreu com a ação criminosa, sofre também com a reconstituição e a discussão dos fatos na esfera judicial, já que precisa novamente ser ouvida e tem de estar mais uma vez face a face com seu agressor. Essa exposição desgastante em juízo e a morosidade processual geram uma vitimização secundária, o que pode ser evitado pela via do acordo, preservando-se a dignidade do ofendido.

No âmbito dos Juizados Especiais, fica ainda mais claro traçar os objetivos do legislador com a instauração do modelo de justiça consensual, na medida em que enuncia, no art. 62 da Lei 9.099/95, a oralidade, a informalidade, a economia processual e a celeridade, objetivando, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade, como critérios orientadores dos processos de competência dos Juizados.

Resta saber, entretanto, no que consiste os mecanismos jurídicos da composição civil, da transação penal e da suspensão condicional do processo, dispostos aos delitos de menor potencial ofensivo.

2.2.1 Composição civil

Segundo o art. 515, inciso VI, do CPC/15, a sentença penal condenatória transitada em julgado é um título executivo judicial. Esta sentença, em âmbito penal, produz o efeito de tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime, conforme dispõe o art. 91, inciso I, do Código Penal, dispensando prévia ação de conhecimento na esfera civil. O vínculo existente entre as supracitadas esferas não impede que a vítima proponha, concomitantemente, ambas as ações nos seus respectivos juízos, ficando a mercê, entretanto, em qualquer dos casos, do trânsito em julgado da ação ou das ações judiciais.

Percebendo a mora na formação de título executivo judicial, surge, mediante a Lei 9.099/95, a possibilidade de composição dos danos na esfera penal quando há a

²⁷ ANDRADE, Flávio da Silva. **Justiça penal consensual**: controvérsias e desafios. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 64-65.

ocorrência de infração que lese simultaneamente bem jurídico de natureza penal e de natureza cível, acarretando prejuízos materiais, morais ou estéticos à vítima²⁸.

Adstrito aos crimes de menor potencial ofensivo, a composição civil, quando homologada pelo magistrado, terá, assim como a sentença penal condenatória, eficácia de título passível de execução no juízo civil, conforme previsão do art. 74.

A importância de conferir eficácia de título executivo ao instituto em tela decorre da possibilidade de concretizá-lo em audiência preliminar, ou seja, em fase pré-processual a vítima já será indenizada, conferindo uma solução processualmente econômica e célere que ameniza, ao menos materialmente, o sofrimento da vítima²⁹.

Além de interessar a vítima, a composição civil também atende aos interesses do suposto infrator, tendo em vista que, nos crimes de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal condicionada à representação, se homologado, o acordo acarretará a renúncia ao direito de queixa ou de representação (art. 74, parágrafo único, da Lei 9.099/95). Ademais, mesmo que realizado extrajudicialmente ou descumprido, o acordo civil produz efeitos na seara criminal. Seu descumprimento somente produz efeitos civis, porém não implicará na reversão da extinção da punibilidade já perfectibilizada através da homologação judicial³⁰.

Por outro lado, a composição civil não acarretará a extinção da punibilidade nos crimes de ação penal pública incondicionada, mas poderá, desde que cometido sem violência ou grave ameaça, reduzir a pena em um a dois terços se considerada como causa de arrependimento posterior (art. 16 do Código Penal)³¹.

²⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada**. Volume Único. 4ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 225.

²⁹ LEITE, Rosimeire Ventura. **Justiça consensual como instrumento de efetividade do processo penal no ordenamento jurídico brasileiro**. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2009, p. 143. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-17112011-110813/publico/Rosimeire_Texto_versao_completa.pdf> Acesso em: 12.10.2019.

³⁰ GIACOMOLLI, Nereu José; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Justiça criminal negocial: crítica à fragilização da jurisdição penal em um cenário de expansão dos espaços de consenso no processo penal**. Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica, Vol. 20 – n. 3 – set-dez.2015. p. 1115. Disponível em: <https://www.academia.edu/24405497/JUSTI%C3%87A_CRIMINAL_NEGOCIAL_CR%C3%8DTICA_%C3%80_FRAGILIZA%C3%87%C3%83O_DA_JURISDI%C3%87%C3%83O_PENAL_EM_UM_CEN%C3%81RIO_DE_EXPANS%C3%83O_DOS_ESPA%C3%87OS_DE_CONSENSO_NO_PROCESSO_PENAL> Acesso em: 13.09.2019.

³¹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada**. Volume Único. 4ª ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 227.

Há, ainda, a chance de composição dos danos na audiência de instrução e julgamento do rito sumaríssimo quando não tiver ocorrido tentativa de conciliação e de oferecimento de proposta pelo Ministério Público na fase preliminar (art. 79 da Lei 9.099/95).

Por fim, vale destacar que, a despeito do seu caráter eminentemente civil, a consensualidade da composição civil repercute na persecução penal, se enquadrando, desta forma, no conceito de justiça penal negocial³².

2.2.2 Transação penal

Não havendo composição entre a vítima e o suposto agressor, prosseguir-se-á à segunda fase da justiça consensual no âmbito da Lei 9.099/95: a transação penal.

Com previsão constitucional no artigo 98, inciso I, o regime da transação penal consiste em um acordo entre o titular da ação penal e o suposto autor do delito. Este acordo deverá ser efetuado antes do recebimento da denúncia e desde que não seja hipótese de arquivamento da ação penal. Não se trata, entretanto, de alternativa ao pedido de arquivamento, pois o Ministério Público apenas o ofertará quando entender presentes indícios suficientes de autoria e de materialidade aptos a ensejar a instauração da ação penal³³.

Caso aceito pelas partes, a transação penal acarretará o impedimento da instauração da ação judicial em face do suposto delituoso. Em contrapartida, haverá a aplicação imediata de pena restritivas de direitos ou multa – jamais penas restritivas de liberdade –, sem que se apure previamente a responsabilidade ou haja qualquer reconhecimento de culpa. Registre-se, também, que a pena aplicada não acarretará em reincidência ou em maus antecedentes.

³² LEITE, Rosimeire Ventura. **Justiça consensual como instrumento de efetividade do processo penal no ordenamento jurídico brasileiro**. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2009, p. 144. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-17112011-110813/publico/Rosimeire_Texto_versao_completa.pdf> Acesso em: 12.10.2019.

³³ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES, Luiz Flávio. **Juizados especiais criminais**: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995. 4ª ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei 10.259/2001. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 142.

Além de efetuar o controle legal, caberá ao magistrado, precipuamente, denegar acordo que enseje sanção pior ou equivalente a uma real condenação, haja vista que a transação penal deverá, sempre, ser medida necessária e suficiente ao caso concreto, sob pena de violar o princípio da proporcionalidade.

Para evitar que acordos desproporcionais sejam concretizados, exige-se a aceitação da proposta também pelo defensor do suposto autor da infração, razão pela qual cogitar-se-á responsabilização civil e administrativa do defensor por eventuais danos causados pela assistência precária.

Outro ponto de destaque é o questionamento acerca da natureza jurídica da transação penal. Parte minoritária da doutrina e jurisprudência sustenta que estaríamos diante de um direito subjetivo do agente, razão pela qual, na omissão do órgão acusador, poderia o magistrado apresentar e homologar o acordo de transação penal³⁴. Este entendimento, acertadamente, recebe forte resistência, dado que estaríamos diante de uma interferência do juiz não só no sistema acusatório consagrado no direito processual penal brasileiro, como, mais especificamente, na atribuição de resolução de conflitos conferida pela justiça negocial ao *Parquet*.

Nesta linha, entende Rosimeire Ventura Leite que a natureza jurídica da transação penal seria de poder-dever³⁵, pois:

Com efeito, se for atribuída à aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa a natureza de direito subjetivo do autor do fato, então a intervenção do ministério público seria prescindível ou reduzível a um simples parecer acerca da presença dos requisitos legais [...] Não seria mais justiça consensual, e sim alternativa legal posta à disposição do autor do fato como forma de enfrentamento do interesse punitivo do Estado.

Noutra linha, assumir o caráter consensual e transacional do instituto em exame é reconhecer o acordo de vontades como elemento estrutural e basilar da figura prevista no art. 76 da Lei 9.099/95. Deduz-se daí que a participação do titular da ação penal não é apenas um ato secundário, mas momento essencial para que se viabilize a interação e o diálogo que se pretendeu introduzir no ordenamento jurídico brasileiro como mecanismo de resolução de conflitos penais. Dizer que a transação é consensual e, ao mesmo tempo, sustentar que o juiz pode fazer a proposta diante de recusa do ministério público é admitir a realização de acordo entre a autoridade judicial e o autor do fato. Em outras palavras, é aceitar a existência do juiz-negociador, o que é excepcional até para os padrões do *plea bargaining*.

³⁴ Tourinho FILHO, Fernando da Costa. **Comentários à Lei dos Juizados Especiais Criminais**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 125.

³⁵ LEITE, Rosimeire Ventura. **Justiça consensual como instrumento de efetividade do processo penal no ordenamento jurídico brasileiro**. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2009, p. 144. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-17112011-110813/publico/Rosimeire_Texto_versao_completa.pdf> Acesso em: 12.10.2019.

Entretanto, se o juiz discordar do conteúdo da transação penal ou averiguar a omissão do *Parquet*, poderá, em analogia ao artigo 28 do Código de Processo Penal (CPP), remeter os autos ao Procurador-Geral, e este poderá propô-la ou, a depender do caso concreto, poderá: *i*) designar outro promotor para retificá-la ou propô-la; *ii*) ratificar a proposta apresentada, ato que vinculará o magistrado a homologar o acordo; ou *iii*) se posicionar contrariamente ao cabimento da transação penal.

Com efeito, embora seja um poder conferido ao órgão acusatório, este deverá propor o acordo se ficar comprovado que o suposto autor do delito de menor potencial ofensivo nunca fora condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade por sentença transitada em julgado. No entanto, não poderá o agente ter sido beneficiado pelo instituto nos últimos 5 (cinco) anos, bem como deverá atender as circunstâncias judiciais dispostas no inciso III do artigo 76³⁶.

Malgrado a interpretação literal do artigo 76, *caput*, da Lei 9.099/95 nos conduza ao entendimento que a proposição da transação penal se trata de mera liberalidade, coaduno com o entendimento de que o *Parquet* é obrigado a propor a transação penal, porque caso se tratasse de mera faculdade, “poderia redundar em odiosa discriminação, a ferir o princípio da isonomia e a reaproximar a atuação do acusador que se assim se pautasse ao princípio de oportunidade pura, que não foi acolhido pela lei”³⁷. Tratar-se-á, portanto, de objeto de mitigação do princípio da obrigatoriedade, tendo em vista a possibilidade do órgão acusatório não promover a ação penal na hipótese de estarem preenchidos os requisitos do acordo, deixando de conferir valor absoluto ao princípio da obrigatoriedade³⁸.

Por fim, uma vez descumprido, a persecução penal prosseguirá, uma vez que a homologação da transação penal não faz coisa julgada material, conforme orientação do Supremo Tribunal Federal, por meio da Súmula Vinculante nº 35. Isto é: o Ministério Público não pode executar o acordo descumprido, mas sim oferecer

³⁶ Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta. § 2º Não se admitirá a proposta se ficar comprovado: III - não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida.

³⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES, Luiz Flávio. **Juizados especiais criminais**: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995. 4 ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei 10.259/2001. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 143.

³⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada**. 2ª ed. São Paulo: JusPodivm, 2014, p. 223.

denúncia e formar o devido processo legal. Dessa maneira, não há qualquer violação a direitos fundamentais do infrator, pois como se dispensa o reconhecimento de culpa (*non contendere ou nolo contendere*) e o fornecimento de elementos que consubstanciem a prática delituosa, não há como utilizá-los futuramente como prova.

2.2.3 Suspensão Condicional do Processo

Por fim, mas não menos importante, a moderna Lei 9.099/95 previu um terceiro instituto despenalizador: a suspensão condicional do processo (*sursis processual*), aplicável mesmo após instaurada a ação penal.

A suspensão condicionada, previsto no artigo 89 da Lei 9.099/95, como o próprio nome esclarece, provoca a suspensão do processo em que o réu esteja sendo acusado por crime com pena mínima cominada igual ou inferior a um ano, desde que atendidas condições.

A primeira condição é que acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime. Discute-se se isto infringiria o princípio da presunção de inocência³⁹. Solucionando a lide, o Supremo Tribunal Federal entendeu ser constitucional a exigência de condições para o exercício de benefícios penais⁴⁰. Sobre o tema, Grinover⁴¹ brilhantemente afirma que a suspensão:

É instituto, ademais, que deriva da autonomia da vontade do acusado, autonomia essa que, no caso, nada mais significa que estratégia da ampla defesa também constitucionalmente assegurada. O acusado pode aceitar ou não aceitar a suspensão. Não existe obrigação legal nem imposição.

A segunda é que o acusado, enquanto o processo estiver suspenso, será submetido à período de prova que pode variar entre 2 (dois) a 4 (quatro) anos. O período de prova consistirá, conforme prevê o parágrafo 1º do artigo 89, no atendimento das seguintes condições: *i*) reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo; *ii*) proibição de frequentar determinados lugares; *iii*) proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do juiz; *iv*) comparecimento pessoal e

³⁹ Art. 5º, inc. LVII, da CF – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

⁴⁰ STF, AP 595/SC, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 25/11/2014.

⁴¹ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES, Luiz Flávio. **Juizados especiais criminais**: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995. 4ª ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei 10.259/2001. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 252.

obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades. Além disso, no parágrafo 2º, confere-se poder ao juiz para especificar outras condições a serem observadas, desde que adequadas às particularidades do fato e do acusado.

Destaque-se, aqui, que o período de prova deverá ser proporcional, ou seja, a suspensão condicional do processo não pode ensejar pena pior que eventual sentença condenatória. Além disso, caso se apure no processo o cometimento de contravenção penal, com fulcro no princípio da proporcionalidade, o *sursis* processual deverá suspender o processo pelo período de 1 (um) a 3 (três), por aplicação análoga do artigo 11 do Decreto-lei 3.688/41⁴², que refere-se à suspensão condicional da pena (*sursis* da pena).

No tocante ao *sursis* da pena, se trata de instituto distinto ao *sursis* processual. Aquele é aplicável após a aferição da culpabilidade do réu mediante sentença penal condenatória, que ensejará a preclusão da proposta de transação ou de suspensão condicional do processo⁴³. Este, por sua vez, não exige a confissão ou proclamação de inocência, muito menos necessita que o réu conteste o crime que foi imputado, característica do *nolo contendere* inculcada na Lei 9.099/95⁴⁴.

Apesar de disposto na Lei dos Juizados Especiais, o *sursis* processual pode abarcar crimes em deslinde na Justiça Comum, já que seu critério quantitativo difere dos crimes de menor potencial ofensivo⁴⁵. Seguindo o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, o concurso material, o concurso formal ou a continuidade delitiva poderão ensejar o afastamento do benefício por inadequação ao critério quantitativo necessário (pena mínima cominada igual ou inferior a um ano)⁴⁶.

⁴² Art. 11 do Decreto-lei 3.688/41 – Desde que reunidas as condições legais, o juiz pode suspender por tempo não inferior a um ano nem superior a três, a execução da pena de prisão simples, bem como conceder livramento condicional.

⁴³ STJ Min. Felix Fischer. AgRg nos EDcl no REsp 1611709 (2016/0176715-8 - 26/10/2016).

⁴⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES, Luiz Flávio. **Juizados especiais criminais**: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995. 4ª ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei 10.259/2001. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 243.

⁴⁵ SILVA, Elisdaira Marília Fernandes da. **Constitucionalidade do acordo de não persecução penal previsto na resolução n. 181/2017 do conselho nacional do ministério público**: um estudo acerca da expansão da justiça criminal consensual no Brasil. Boa Vista, 2018, p. 57. Disponível em: <http://ufrf.br/direito/index.php?option=com_phocadownload&view=category&download=442:a-constitucionalidade-do-acordo-de-nao-persecucao-penal-previsto-na-resolucao-n-181-2017-do-conselho-nacional-do-ministerio-publico-um-estudo-acerca-da-expansao-da-justica-criminal-consensual-no-brasil-autora-elisdaira-marilia-fernandes-da-silva&id=88:2018-2&Itemid=314> Acesso em: 13.09.2019

⁴⁶ Súmula 243 do STJ – O benefício da suspensão do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a

As últimas condições para o gozo do *sursis* processual estão elencadas nos incisos do artigo 77 do Código Penal⁴⁷. Cabe destacar o inciso II, onde presente apenas seis das oito circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal. Nesta linha, por força do princípio da legalidade, é defeso a aplicação das circunstâncias judiciais da consequência do crime e do comportamento da vítima como circunstâncias aptas a afastarem o benefício do *sursis* processual.

Cumpra-se em destaque diversas semelhanças com a transação penal: *i*) o cumprimento do acordo extingue a punibilidade do agente e não pode ser sopesada futuramente como maus antecedentes, visto que o cumprimento do acordo não significa o cumprimento de pena (*nolo contendere*); *ii*) a revogação do benefício provoca o prosseguimento regular da ação penal; e *iii*) ambos mitigam o princípio da obrigatoriedade da ação penal e seu não oferecimento não permite que o magistrado o faça, vide “item 1.3.2”.

Por fim, saliente-se que é vedado a fruição da suspensão condicional do processo ou da transação penal nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, ou seja, nos casos sujeitos ao rito da Lei Maria da Penha, independentemente da gravidade da infração penal (artigo 41 da Lei 11.340/06⁴⁸ e Súmula 536 do Superior Tribunal de Justiça⁴⁹). É defeso também a aplicação da Lei 9.099/95 no âmbito da Justiça Militar (artigo 90-A da Lei 9.099/95).

2.2.4 Colaboração Premiada

Além dos mecanismos negociais contidos na Lei dos Juizados Especiais, doutrinadores entendem que a colaboração premiada, regulamentada, sobretudo, na Lei 12.850/13 (Lei de Organizações Criminosas), também consagra o modelo de justiça consensual brasileiro.

pena mínima cominada, seja pelo somatório seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de 1 (um) ano.

⁴⁷ I - o condenado não seja reincidente em crime doloso; II - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício; III - Não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 deste Código.

⁴⁸ Art. 41. Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.

⁴⁹ A suspensão condicional do processo e a transação penal não se aplicam na hipótese de delitos sujeitos ao rito da Lei Maria da Penha.

De origem histórica no direito anglo-saxão, o acordo de colaboração premiada foi extremamente difundido no Estados Unidos e na Itália. Suas raízes despontam na tentativa de se combater o crime organizado e as máfias nestes países⁵⁰. No Brasil, seguindo outro viés, o surgimento, ainda na década de 90 – Lei 8.072/90, art. 8º, parágrafo único; CP, art. 159, parágrafo 4º; revogada Lei 9.034/95, art. 6º; Lei nº 7.492/86, art. 25, parágrafo 2º; e Lei 8.137/90, art. 16, parágrafo único –, da colaboração premiada remonta à tentativa de repressão ao crescimento do tráfico de drogas, da criminalidade de massa e, principalmente, da criminalidade direcionada a setores da sociedade mais privilegiados, antes considerados imunes⁵¹.

A colaboração premiada, delação premiada ou sanção premial consiste em um acordo personalíssimo realizado entre o *Parquet* e o acusado a fim de evitar uma condenação criminal ou amenizar seus efeitos em troca do testemunho premiado do acusado, ou seja, do fornecimento de meios para obtenção de provas (artigo 3º da Lei 12.850/13) que consubstanciem a prática de infração penal por delatados.

Segundo Heloisa Roberta de Mello Ferreira⁵²:

A colaboração é um instrumento de persecução penal que se destina a facilitar a obtenção de provas de um fato criminoso, levando ao esclarecimento de infrações penais e sua autoria, e também para a recuperação total ou parcial do produto ou proveito do crime, assim como para a localização de vítimas de determinados delitos.

Para ser considerada premiada, não basta que a delação reconstrua o fato criminoso. Tendo em vista que sua natureza jurídica é de meio de obtenção de prova, ela deverá auxiliar na descoberta de outros ilícitos de maior gravidade e de grupos criminosos ou auxiliar na captura de delinquentes e na apreensão de objetos considerados proveito do crime⁵³. Conseqüentemente, se o delator se limitar a confessar sua prática delituosa, sem fornecer algum dos elementos citados, seu testemunho deve ser enfrentado pelo magistrado como causa atenuante da confissão espontânea (artigo 65, inciso III, alínea “d”, do CP), mas nunca como causa de diminuição da colaboração premiada.

⁵⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada**. Volume Único. 4ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 519.

⁵¹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada**. Volume Único. 4ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 346.

⁵² FERREIRA, Heloisa Roberta de Mello. **A colaboração premiada no ordenamento jurídico constitucional**. Brasília: IDP/EDB. 49f – Monografia (Especialização). Brasília Instituto Brasiliense de Direito Público. 2016. p. 7.

⁵³ SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (delação) premiada**. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 77.

Considerada efetivamente premiada, a delação pode reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade, substituí-la por restritiva de direitos ou, até mesmo, ensejar o perdão judicial do delator (artigo 4º da Lei 12.850/13).

Aqui, o que se observa é que a colaboração premiada, ao contrário dos mecanismos da Lei 9.099/95 (transação penal, suspensão condicional do processo e composição civil – nos crimes de ação penal privada) não ensejam a extinção da punibilidade do delator, uma vez que os crimes praticados por organizações criminosas tendem a ser altamente lesivos se comparados aos crimes de menor potencial ofensivo. Deste modo, há uma necessidade tão grande de preservar o bem jurídico tutelado que não é razoável desformalizar a resposta estatal⁵⁴. Assim, na Lei 12.850/13, preserva-se, inclusive, a possibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade ao suposto criminoso, ao contrário do que se observa nas medidas despenalizantes da Lei 9.099/95.

Embora o consenso entre as partes seja necessário para que se firme qualquer dos acordos aludidos, a colaboração premiada é muito mais controversa. Isto porque, em troca de benefícios processuais, a “traição” subverte o processo penal a um balcão de negócios e ocasiona, muitas vezes, tratamento diferenciado a réus que estão em situações idênticas, em evidente violação ao princípio da isonomia material⁵⁵. Sob o viés ético, milita a favor da deslegitimidade da colaboração premiada o argumento que a traição e a má-fé do réu estariam sendo premiadas em troca de efetividade na resolução de conflitos.

Em contrapartida, a efetividade contrabalanceia o argumento a favor da inconstitucionalidade do acordo, na medida em que, como assevera Marcos Paulo Dutra Santos⁵⁶:

Por outro lado, não se pode perder de vista o processo como instrumento de composição de conflitos, sendo mister assegurar-lhe a funcionalidade e a eficiência na resposta à criminalidade, até porque outro não seria o anseio social, que não mais tolera a impunidade.

⁵⁴ SILVA, Danni Sales. **Justiça Negocial Criminal: a ampliação das margens de consenso no processo penal brasileiro**. Lisboa, 2016, p. 107. Disponível em: <https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/31832/1/ulfd133819_tese.pdf>. Acesso em: 15.09.2019

⁵⁵ SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (delação) premiada**. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 80.

⁵⁶ SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (delação) premiada**. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 83.

De mais a mais, a própria legislação criminal prevê mecanismos similares de individualização da pena que levam em conta circunstâncias pessoais do agente como a desistência voluntária e arrependimento eficaz (art. 15 do CP) ou a confissão espontânea (art. 65, inc. III, alínea “d”, do CP). Sendo assim, não seria coerente o Estado ignorar quem colabora com a persecução penal⁵⁷.

Seguindo rumo diverso, a Lei 12.850/13 evitou questionamentos acerca de eventual iniciativa do magistrado para propor a colaboração premiada. No seu art. 4º, parágrafo 6º, esta alternativa é expressamente rechaçada. Entretanto, não se pode olvidar o papel do juiz de verificar a legalidade do acordo, a sua efetividade como meio de obtenção de prova e a voluntariedade da parte ao selá-lo.

Entretanto, questões de ordem processual também estão em debate. Discute-se, no Habeas Corpus 166.373⁵⁸, em trâmite perante o Supremo Tribunal Federal, se é inconstitucional a manifestação simultânea em alegações finais dos delatados e delatores. Neste ponto, o STF firmou entendimento que o conteúdo das alegações finais dos delatores pode impactar na defesa dos delatados, e que no devido processo legal o acusado sempre se pronuncia por último. Por essa razão, o delatado precisa se manifestar após o delator para garantir os princípios do contraditório e da ampla defesa. Este tema é bastante atual e emblemático, mas, em razão de sua complexidade, renderia uma extensão argumentativa que dessoaria do objeto da presente pesquisa: a eventual violação a direitos fundamentais por meio do acordo de não persecução penal.

Finalmente, cumpre ponderar que a colaboração premiada não é o mesmo que *plea bargaining*. O procedimento negocial intitulado *plea bargaining* é amplamente difundido no ordenamento jurídico norte-americano, onde se pressupõe a ideia de

⁵⁷ SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (delação) premiada**. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 82.

⁵⁸ HC 166.373, STF - Em continuidade de julgamento, o Plenário, por maioria, concedeu ordem de habeas corpus para anular decisão do juízo de primeiro grau e determinar o retorno dos autos à fase de alegações finais, a qual deverá seguir a ordem constitucional sucessiva, ou seja, primeiro a acusação, depois o delator e por fim o delatado (Informativo 953). Essa essencial prerrogativa consiste em assegurar ao réu, notadamente ao réu delatado por seu litisconsorte passivo, a possibilidade de pronunciar-se por último, após o órgão da acusação estatal e depois do agente colaborador, quando esse intervier como corréu, no processo penal condenatório, em ordem a permitir, ao delatado, o direito de refutar, o direito de contestar, o direito de impugnar, o direito de contra-argumentar todas as alegações incriminadoras contra ele deduzidas, para que, desse modo, sejam efetivamente respeitados, em favor do acusado, o direito ao contraditório e à ampla defesa que lhes são garantidos pela própria Constituição. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000018816&base=baselInformativo>> Acesso em: 18.10.2019

confissão ou de autoincriminação. Por outro lado, a colaboração premiada baseia-se na ideia de testemunho recompensado. Apesar de ser um mecanismo pré-processual, a aceitação do *plea bargain* ensejará a condenação do investigado, colocando fim à persecução penal sem a produção de novas provas, antes mesmo de ser iniciada a ação penal⁵⁹. Por seu turno, a colaboração premiada, que pode ser oferecida na fase investigatória, judicial ou executória – nesta última, o efeito jurídico será a redução da pena e progressão de regime – não dispensa o contraditório em juízo da prova produzida para eventual condenação, pois será a sentença que atestará um dos resultados previstos no artigo 4º, da Lei 12.850/13, que fundamentará a concessão do benefício ao delator.

⁵⁹ SOUSA, Marllon. **Plea Bargaining no Brasil**: O processo Penal por meio do equilíbrio entre o utilitarismo processual e os direitos fundamentais do réu. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 224.

3 ACORDOS PENAIS NO DIREITO COMPARADO

Não obstante as inúmeras consequências positivas a partir da implantação das medidas despenalizadoras expostas anteriormente, os profissionais do direito perceberam que os esforços envidados não foram suficientes para assegurar o respeito ao princípio da duração razoável do processo⁶⁰.

Destarte, na busca por soluções ainda mais céleres e desburocratizadas, surge informalmente, através da Resolução 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), alterada posteriormente pela Resolução 183/2018, o acordo de não persecução penal para tentar resolver (ou diminuir) o caos instaurado nas Varas Criminais brasileiras, onde o instituto da prescrição tem ganhado preocupante notoriedade como instrumento de impunibilidade de criminosos.

É necessário enfatizar que o acordo de não persecução penal não é novidade no Direito estrangeiro. De fato, a medida despenalizadora é inspirada no “*plea bargain*” ou “*plea bargaining*” (procedimento negocial de resolução de conflitos), mais especificamente no acordo de *guilty plea*, onde o investigado assume sua culpa ou se autoincrimina perante o órgão de acusação em troca de uma pena reduzida que será aplicada imediatamente, sem a necessidade dos trâmites processuais tradicionais para aferir a culpabilidade pela prática de um ilícito. Outrossim, o acordo de não persecução penal também possui semelhanças com o acordo alemão do *Absprachen*, uma vez que ambos ingressaram no ordenamento jurídico de seus respectivos países informalmente.

No *plea bargaining*, aceita-se o acordo para não arcar com o arduo ônus financeiro da assistência judiciária, para se “esquivar” do desgaste psicológico que é estar sendo processado, mas, primordialmente, para sofrer sanção menos severa do que a cominada em lei. Em contrapartida, é interessante ao órgão de acusação, na medida em que simplifica a busca por elementos probatórios da prática delituosa, abreviando a movimentação do aparato estatal tanto na fase pré-processual quanto na fase judicial e economizando tempo e recurso financeiro.

⁶⁰ Art. 5º, inc. LXXVIII, da CF - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Nesta senda, a legitimidade jurídica e a imprescindibilidade da implementação do acordo de não persecução penal perpassam pelo sucesso da justiça consensual penal nos ordenamentos jurídicos estrangeiros, mais especificamente no norte-americano e no germânico. Isto posto, é indispensável a abordagem histórica dos acordos penais norte-americano e alemão antes de prosseguirmos ao seu estudo.

3.1 PLEA BARGAIN

O procedimento negocial do *plea bargaining* foi amplamente difundido nos Estados Unidos. Em uma percepção histórica, entende-se que o modelo americano de justiça criminal surgiu ainda no século XIX, mais rigorosamente, durante a eclosão da Guerra Civil americana, mas só tomou força após a proibição da venda, da importação e da exportação de bebidas alcoólicas pela 18ª Emenda, ratificada em 1919.

Com o sucesso da Primeira Guerra Mundial e o seu reflexo no desenvolvimento econômico e industrial, os Estados Unidos viviam um período de expansão do seu contingente populacional. Diante do descumprimento da citada “lei seca” pela cada vez maior população norte-americana, muitos processos foram ajuizados em suas cortes.

Até então, a resolução de conflitos em âmbito criminal se submetia ao julgamento por juiz togado ou por tribunal de júri. Ambos os métodos de julgamento exigem a produção de elementos probatórios em fase instrutória aptos a ensejarem a condenação do acusado, similarmente ao que acontece no ordenamento jurídico brasileiro. Todavia, a indispensabilidade da fase instrutória e da fase decisória produziu um acúmulo de processos no sistema jurídico-penal americano que, aos poucos, transparecia a precarização e a ineficiência da prestação jurisdicional em prazo razoável.

A solução ao caos instaurado no sistema de justiça americano à época foi recorrer à justiça negocial, o que proporcionou a expansão infatigável do *plea bargain* no direito norte-americano. O exemplo disso é que, durante o ano 2017, 89,5% dos casos criminais foram resolvidos mediante a aplicação de um dos acordos do *plea*

*bargaining*⁶¹. Dentre as condenações, 97,7% decorreram da assunção de culpa (*guilty plea*), enquanto, aproximadamente, apenas 2,27% derivou de julgamentos por juízes togados ou por júri⁶². A dominação do *plea bargain* é tanta que a corte estadunidense chegou a afirmar que sua justiça criminal é na maior parte um sistema de *pleas* do que um sistema de *trials*⁶³. Robert E. Scott e William J. Stuntz, mais ousados, afirmam que o *plea bargaining* não está acoplado ao sistema criminal americano, mas seria o próprio sistema de justiça⁶⁴.

A despeito do entendimento doutrinário que a ineficiência da justiça criminal foi o principal motivo para o surgimento da justiça negocial no ordenamento jurídico americano, Marllon Sousa lista outros motivos que justificam o sucesso do *plea bargaining* nos Estados Unidos⁶⁵:

As explicações mais comuns para o uso generalizado de acordos judiciais como forma de condenação criminal nos Estados Unidos são: a) o processo criminal é caro e ineficiente; b) o processo consome muito o tempo das partes; c) o explosivo número de casos criminais induziram o desenvolvimento do *plea bargaining*; d) a barganha é uma maneira de controlar as classes sociais mais desfavorecidas; e) fazer um acordo é melhor do que o risco de uma pena mais severa no julgamento; f) o *plea bargaining* é um instrumento de racionalização do gasto de recursos da acusação porque não há necessidade de reunir mais evidências para provar o caso além de uma dúvida razoável durante no julgamento; g) acusação e advogados de defesa estão menos expostos a danos reputacionais aceitando o *plea bargaining* do que optando por uma instrução processual completa.

Antes de analisar as nuances do instrumento negocial do *plea bargaining*, cumpre esclarecer que não existe um único sistema de barganha nos Estados Unidos. A autonomia conferida pela Constituição americana permite que cada um dos seus 50 (cinquenta) Estados edite suas próprias normas processuais (desde que respeite as previsões federais), o que, a depender do Estado, dará uma diferente “roupagem” à barganha americana. De início, percebe-se uma realidade distinta do Brasil, onde apenas a União tem competência para legislar sobre normas processuais. Merece destaque, portanto, a inexistência de um modelo único de *plea bargaining* no

⁶¹ SOUSA, Marllon. **Plea Bargaining no Brasil**: O processo Penal por meio do equilíbrio entre o utilitarismo processual e os direitos fundamentais do réu. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 92.

⁶² SOUSA, Marllon. **Plea Bargaining no Brasil**: O processo Penal por meio do equilíbrio entre o utilitarismo processual e os direitos fundamentais do réu. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 92.

⁶³ ANDRADE, Flávio da Silva. **Justiça penal consensual**: controvérsias e desafios. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 63.

⁶⁴ SCOTT, Robert E.; STUNTZ, William J. **Plea bargaining as Contract**. 101, Yale L.J. 1992, p. 1912. Disponível em: <<https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=7444&context=yj>> Acesso em: 20.10.2019

⁶⁵ SOUSA, Marllon. **Plea Bargaining no Brasil**: O processo Penal por meio do equilíbrio entre o utilitarismo processual e os direitos fundamentais do réu. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 103.

ordenamento jurídico americano, o que não impede, contudo, o estudo da regulamentação federal sobre o instituto, contida na Regra de Procedimento Criminal Federal nº 11 – *Federal Rules of Criminal Procedure, Rule 11 – Pleas* –, assim como os pontos normativos em comum entre os Estados norte-americanos.

Inicialmente, entende-se que o *plea bargaining* é um acordo de vontades firmado em fase pré-processual entre o investigado e o Ministério Público, mediante a assunção de culpa (*guilty plea*) ou não (*nolo contendere*), no qual o acusado aceita a imposição de pena mais branda do que a cominada em troca da renúncia ao julgamento por juiz togado ou por júri popular. Em linhas gerais, de acordo com George E. Bisharat⁶⁶:

Plea bargaining, in the most general sense, means negotiations between the parties, the prosecutor and the defense, leading to the defendant's entry of a guilty plea or the disposition of the case without trial.

Em harmonia, Heumann⁶⁷ define *plea bargaining* como o processo pelo qual o réu renúncia ao seu direito de ir a julgamento em troca de uma redução na acusação e/ou na sentença.

Diante de uma acusação, no sistema norte-americano, é permitido que o réu adote, alternativamente, uma das seguintes condutas: i) declarar-se culpado (*guilty plea*); ii) não contestar a acusação sem, todavia, assumir sua culpa (*nolo contendere*); ou iii) alegar ser inocente (*plea of not guilty*), exercendo seu direito constitucional de ir a julgamento perante magistrado ou tribunal de júri. No silêncio, pressupor-se-á que optou por sua inocência⁶⁸.

Na hipótese de acordar o *guilty plea* ou o *nolo contendere*, o réu será imediatamente condenado nos termos do pacto realizado com o Ministério Público. A diferença entre os acordos consiste que a condenação advinda do primeiro constitui título executivo judicial disposto à vítima, em oposição ao segundo, onde a ausência de assunção de culpa acarreta a não produção de efeitos civis⁶⁹. Além disso, como no *nolo contendere* não forma título executivo judicial disponível à vítima, a sua

⁶⁶ BISHARAT, George E. **The plea Bargain Machine**. Revista de Estudos de Conflito e Controle Social – vol. 7- nº 3. 2014, p. 782. Disponível em: <<https://revistas.ufrj.br/index.php/dilemas/article/view/7242/5824>> Acesso em: 20.10.2019

⁶⁷ Heumann, Milton. **A Note on Plea Bargaining and Case Pressure**. *Law & Society Review*, vol. 9, no. 3, 1975, p. 515. Disponível em: <www.jstor.org/stable/3053170>. Acesso em: 24.10.2019.

⁶⁸ SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (delação) premiada**. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 45.

⁶⁹ SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (delação) premiada**. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 46.

implementação dependerá da anuência do Tribunal que sopesará os pontos invocados pelas partes e o interesse público.

O controle realizado pelo Tribunal é um dos grandes motivos que justifica a opção do Ministério Público em firmar acordos de *guilty plea* em detrimento do *nolo contendere* – neste ponto, importante lembrar que 97,7% das condenações norte-americanas decorreram de acordos com assunção de culpa em 2017. No sistema processual americano, a participação do magistrado nas tratativas negociais é estranha, motivo que justifica a prioridade por acordos que confirmam maior discricionariedade às partes como a *guilty plea*.

A ampla discricionariedade do *Parquet* permite que se firme acordos denominados de *charge bargaining* e de *sentence bargaining*, modalidades mais comuns no contexto do *guilty plea*, mas também possíveis na alegação de *nolo contendere*. O *charge bargaining* é um acordo em que o promotor de justiça concorda em retirar uma ou mais acusações ou concorda em acusar o réu por delito menos grave⁷⁰. Um exemplo é quando o réu acusado de roubo realiza acordo de *guilty plea* para se submeter à sentença condenatória por tentativa de roubo, delito abstratamente mais brando. Por seu turno, o *sentence bargaining* é um negócio jurídico onde as partes concordam em pena específica, porém será submetida ao aval do juiz, mitigando a discricionariedade do promotor⁷¹. Em qualquer dos dois, entretanto, o acusado renúncia a diversos direitos como: a presunção de inocência, a não autoincriminação, o direito de produzir provas e o julgamento por júri⁷². Em conclusão, a negociação judicial pode resultar em qualquer coisa, desde a retirada da acusação até, em um caso de pena de morte, um período de vida sem possibilidade de liberdade condicional⁷³, dispensando-se certa preocupação com a taxatividade.

⁷⁰ CARNS, Teresa White; KRUSE, John. **A re-evaluation of Alaska's plea bargaining ban**. *Alaska Law Review* – vol. 8:27. 1991, p. 27. Disponível em: <<https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1275&context=alr>> Acesso em: 21.10.2019

⁷¹ CARNS, Teresa White; KRUSE, John. **A re-evaluation of Alaska's plea bargaining ban**. *Alaska Law Review* – vol. 8:27. 1991, p. 27. Disponível em: <<https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1275&context=alr>> Acesso em: 21.10.2019

⁷² ANDRADE, Flávio da Silva. **Justiça penal consensual: controvérsias e desafios**. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 127.

⁷³ BISHARAT, George E. **The plea Bargain Machine**. *Revista de Estudos de Conflito e Controle Social* – vol. 7- nº 3. 2014, p. 785. Disponível em: <<https://revistas.ufrj.br/index.php/dilemas/article/view/7242/5824>> Acesso em: 20.10.2019

Pode-se pensar que a desnecessidade do julgamento convencional premia a “preguiça” do Ministério Público em gastar recursos para obter provas robustas da prática delituosa. Incontestavelmente, o *plea bargaining* é meio eficaz de economia processual. No júri, por exemplo, o aparato estatal é responsável por reunir acusados, testemunhas, funcionários da Corte, advogados, jurados, xerifes e juiz⁷⁴. Se o magistrado não conseguir orquestrar o julgamento de modo a finalizá-lo em apenas um dia, logisticamente, será um pesadelo aos cofres públicos⁷⁵. Todavia, o objetivo do *plea bargaining* não se limita à economia processual, pois os termos do acordo poderão prever condições como o auxílio do acusado em outro crime investigado pela polícia, a assistência da promotoria em outro processo penal ou, até mesmo, o testemunho contra um corréu. Desta forma, a “barganha” americana serve também como meio de obtenção de prova, assemelhando-se a colaboração premiada.

De mais a mais, assim como na suspensão condicional do processo, o *plea bargaining* pode abranger um período probatório (*probation*), durante o qual requisitos deverão ser cumpridos (programas de reabilitação, reparação de danos causados, entre outros) que, se satisfeitos, determinam a remoção das condutas imputadas⁷⁶.

Sendo as condições do acordo produto da relação, em tese, equânime entre as partes, o descumprimento pelo acusado de uma delas autoriza que o Ministério Público o processe com base nas acusações originais, já que a consequência jurídica processual é a anulação da declaração de culpa, o que contamina a subsistência do acordo e submete o acusado a julgamento⁷⁷.

Por sua vez, sendo o Ministério Público o responsável pelo inadimplemento, a consequência será tão somente a anulação da declaração de culpa. Nesta hipótese, a outra parte terá 2 opções: aceitar nova proposta formulada pela promotoria ou

⁷⁴ BISHARAT, George E. **The plea Bargain Machine**. Revista de Estudos de Conflito e Controle Social – vol. 7- nº 3. 2014, p. 780. Disponível em: <<https://revistas.ufrj.br/index.php/dilemas/article/view/7242/5824>> Acesso em: 20.10.2019.

⁷⁵ BISHARAT, George E. **The plea Bargain Machine**. Revista de Estudos de Conflito e Controle Social – vol. 7- nº 3. 2014, p. 781. Disponível em: <<https://revistas.ufrj.br/index.php/dilemas/article/view/7242/5824>> Acesso em: 20.10.2019

⁷⁶ MASI, Carlo Velho. **A plea bargaining no sistema processual penal norte-americano**. 2016. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/355840123/a-plea-bargaining-no-sistema-processual-penal-norte-americano>> Acesso em: 23.10.2019.

⁷⁷ SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (delação) premiada**. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 60.

submeter-se a julgamento. Ainda, alguns autores defendem o direito do acusado executar o acordo inadimplido, salvo se evidentemente ilegal⁷⁸.

No ordenamento jurídico americano, nota-se uma discricionariedade do órgão de acusação infinitamente superior à disposta ao promotor brasileiro. Como visto anteriormente, a promotoria pode negociar com o acusado penas e imputações criminais. No *plea bargaining*, as partes possuem margem suficiente para controlar o resultado do processo independentemente de eventuais antecedentes, reincidência ou quaisquer outros requisitos objetivos. A margem conferida é tanta que inexistente a obrigação do Ministério Público acusar compulsoriamente (*compulsory prosecution*), mesmo que esteja convencido da ocorrência do delito.

Por outro lado, a área de atuação do magistrado americano é bem discreta se comparado ao poder instrutório conferido ao Poder Judiciário canário. O sistema adversarial (*adversary*) estadunidense afasta completamente funções probatórias ao magistrado, limitando-o ao controle da legalidade⁷⁹. A atividade do juiz no sistema americano limita-se a análise da voluntariedade da parte ao celebrar o acordo, a sua capacidade ou inteligência acerca do conteúdo do pacto, bem como uma análise perfunctória das provas produzidas em fase investigatória pelo órgão de acusação (nos Estados Unidos, o Ministério Público, além de ter competência para acusar, tem competência para investigar), com o objetivo de negar a concretização de acordos que não disponham de um conteúdo mínimo probatório contra o acusado. Havendo a fidelidade destas condições, a Suprema Corte dos Estados Unidos tem afastado argumentos pró-inconstitucionalidade do *plea bargaining*, desde o *leading case Brady x United States*⁸⁰, no qual *Brady* suscitou que teria confessado involuntariamente por medo da pena de morte⁸¹.

O primeiro requisito de natureza subjetiva para a pactuação do *plea bargaining* é a voluntariedade. Em audiência, o juiz indagará a parte se a sua manifestação é livre de qualquer tipo de ameaça física, psicológica ou, ainda, de má-fé (promessas

⁷⁸ SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (delação) premiada**. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 60.

⁷⁹ PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 15.

⁸⁰ GOMES, Luiz Flávio. **Moro sugere “plea bargain” no Brasil – Que é isso? É possível? Seria uma revolução?** 2009, p. 23. Disponível em: <<https://www.professorluizflaviogomes.com.br/wp-content/uploads/2019/01/Professor-LFG-Plea-Bargain.pdf>> Acesso em: 12.10.2019.

⁸¹ CRUZ, Flávio Antônio. **Plea bargaining e delação premiada: algumas perplexidades**. Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR. 2ª ed. 2016, p. 29. Disponível em: <<http://revistajuridica.esa.oabpr.org.br/wp-content/uploads/2016/12/2-8-plea.pdf>> Acesso em: 25.10.2019.

jurídicas impossíveis)⁸². Contudo, não é qualquer tipo de coerção moral que enseja o vício do acordo jurídico. De fato, a Suprema Corte entende que apenas as ameaças psicológicas ilícitas viciam a vontade do acusado, mas não as ameaças com suporte legal. O grande problema disto consiste em que muitas condutas contestáveis – que, se não ultrapassam, beiram a ilegalidade – de coerção psicológica são vistas pelos Tribunais como mera estratégia, dando azo a comportamentos desleais como o *overcharging* – ajuizamento de desproporcionais acusações a fim de compelir a celebração do acordo. Neste sentido, Marcos Paulo Dutra Santos⁸³ dispõe que:

A tolerância com as estratégias desenvolvidas pela promotoria para a obtenção de acordos, a maioria consistente em manipular as alternativas de imputação delituosa comportadas pela legislação, de modo a convencer o acusado a aceitar a avença proposta, sob pena de veicular-se uma acusação mais severa, salta aos olhos. Mal comparando, é como se a Suprema Corte enviasse à promotoria o seguinte recado: “mostra-se legítima a chantagem contra o réu para se alcançar um acordo, desde que o mal nela embutido tenha guarida legal”.

Outro fenômeno comum na prática forense que apavora os admiradores do sistema de civil-law é o *bluffing* (blefe). Neste, a acusação declara possuir mais provas da prática delituosa imputada do que realmente possui. A despeito da obrigação do magistrado consultar a concomitância entre o conteúdo probatório e o conteúdo do acordo antes de consumá-lo – afinal, a confissão não pode ser o único elemento de evidência –, observa-se que a posição de coadjuvante do Judiciário não permite um exame concreto do conjunto de provas, uma vez que a proibição expressa de participação da Corte nas discussões de *plea*⁸⁴ causa um efeito colateral que intimida o controle final do magistrado. A permissividade com condutas arbitrárias do órgão de acusação é tão ampla que a Corte americana entende que é constitucional a manipulação da defesa pelo Ministério Público em fase pré-julgamento (*pretrial*) com o intuito de obter a confissão do infrator, sendo vetado apenas na fase de julgamento (*trial*)⁸⁵.

⁸² SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (delação) premiada**. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 48-49.

⁸³ SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (delação) premiada**. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 49.

⁸⁴ Federal Rules of Criminal Procedure, Rule 11, Subdivision (e)(1) prohibits the court from participating in plea discussions. This is the position of the ABA Standards Relating to Pleas of Guilty §3.3(a) (Approved Draft, 1968). Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/rules/frcrmp/rule_11> Acesso em: 21.10.2019

⁸⁵ SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (delação) premiada** – 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 50.

O segundo elemento necessário para a barganha é a inteligência. De acordo com Marllon Sousa, o requisito da inteligência significa a consciência sobre as consequências que recairão sob o acusado⁸⁶. Antes de aceitar a confissão ou a alegação de *nolo contendere*, o tribunal deve informar os direitos e deveres do acusado, a pena cominada para o crime ou os crimes, bem como cientificá-lo de que tem o direito de não se declarar culpado, direito a um julgamento com júri, direito ao contraditório e direito de ser representado por advogado (ainda que nomeado pelo Estado)⁸⁷.

Além de não possuir, na maioria das vezes, conhecimento jurídico para entender plenamente o conteúdo do acordo, a participação do acusado é atípica nas tratativas negociais. Em seu lugar, a atividade do advogado de defesa sanará sua ausência, pois ele representará seus interesses na negociação. Na prática forense americana, não é comum que os acusados negociem diretamente com o promotor, o que, em contrapartida, dá margem a assessoramentos precários⁸⁸.

Um exemplo de assistência deficitária foi visto no caso *Missouri vs. Frye*. Neste caso, o tribunal de justiça anulou a condenação de *Frye*, pois seu advogado de defesa não apresentou a proposta de acordo penal feita pelos promotores de Justiça daquele Estado. *Frye* havia confessado a prática delituosa sem *plea bargaining* e teria sido condenado a 3 anos de prisão. A justificativa do tribunal americano para anular a sanção foi que a confissão de culpa do acusado estava viciada em razão da ausência de consentimento informado e de defesa efetiva por parte do acusado⁸⁹.

De fato, o papel do juiz, apesar de restrito, vai muito além de observar as formalidades do acordo. Além da necessidade do acusado conhecer as consequências diretas, é imprescindível que o magistrado observe se a parte teve acesso às provas e aos fatos antes de sedimentá-lo. Ora, nada de surreal aqui, já que se as provas ficassem sob sigilo, toda a manifestação de vontade do acusado

⁸⁶ SOUSA, Marllon. **Plea Bargaining no Brasil**: O processo Penal por meio do equilíbrio entre o utilitarismo processual e os direitos fundamentais do réu. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 121-122.

⁸⁷ CUNHA, Rogério; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Acordo de não persecução penal: resolução 181/2017 do CNMP com as alterações feitas pela Res. 183/2018**. 2 ed. Salvador: JusPodivm, p. 229-230.

⁸⁸ SOUSA, Marllon. **Plea Bargaining no Brasil**: O processo Penal por meio do equilíbrio entre o utilitarismo processual e os direitos fundamentais do réu. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 122-123.

⁸⁹ CUNHA, Rogério; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Acordo de não persecução penal: resolução 181/2017 do CNMP com as alterações feitas pela Res. 183/2018**. 2 ed. Salvador: JusPodivm, p. 317.

decorreria única e exclusivamente do medo ou terror psicológico advindo da punição, de maneira que não haveria como sopesar a viabilidade do acordo, ou seja, suas vantagens e desvantagens. Conseqüentemente, tornar-se-iam todos acordos penais instrumentos de mitigação ao princípio da inocência, talvez o princípio mais basilar de um ordenamento jurídico moderno.

Entretanto, a jurisprudência americana aparenta estar mais preocupada com os termos dos acordos do que com os fatos, dado que entende ser desnecessário o acesso a todas as provas coligidas. Há o entendimento que o acesso da parte se restringe às provas exculpantes (*exculpatory evidence*) que são as peças de informação efetivamente favoráveis ao réu. Desta forma, não existe compromisso da promotoria em revelar o restante das provas, tampouco declarar se existem outras⁹⁰. A posição dos tribunais superiores americanos é tão extrema e privilegia tanto a acusação que o ônus de provar se houve prejuízo pela falta de acesso ao conjunto probatório e às provas exculpantes é do acusado, que demonstrará que optaria pelo julgamento convencional se tivesse o conhecimento prévio delas⁹¹.

A posição hierárquica superior do *Parquet* em relação a defesa no ordenamento jurídico americano é preocupante. Tendo em vista os excessos que podem ocorrer durante desempenho de suas funções, a maioria das Constituições estaduais americanas preveem a eleição do procurador-geral estadual, mediante voto popular. O procurador-geral eleito ficará incumbido de contratar os assistentes do procurador do Estado (*Assistant State's Attorneys*), responsáveis por representarem o Estado em todos os processos criminais, desempenhando funções similares aos promotores estaduais do Brasil⁹².

A democracia e o voto popular preservam, indubitavelmente, o Estado Democrático de Direito. O sufrágio é um mecanismo de controle antiautoritário importantíssimo que afasta a eleição de promotores tiranos no direito americano. Entretanto, muitas vezes, a “lente” popular que mede a competência da promotoria só enxerga o critério quantitativo de condenações que o órgão atingiu. Isto quer dizer que há uma

⁹⁰ SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (delação) premiada**. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 55.

⁹¹ SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (delação) premiada**. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 55.

⁹² SIMON, John Antony. **Considerações sobre o Ministério Público norte-americano**. São Paulo, 1988, p. 14. Disponível em: https://www.amprs.com.br/public/arquivos/revista_artigo/arquivo_1285250727.pdf. Acesso em: 24.10.2019.

pressão popular muito forte por números (condenações), critério exíguo para mensurar a qualificação ou a capacidade do órgão acusador. O efeito disto é que, pressionada pelo voto popular, a promotoria sedentamente se excede na busca por punições, utilizando métodos como o *bluffing* e o *overcharging* que, a despeito de formalmente rechaçados, possuem, na prática, certa permissibilidade da jurisprudência.

Diante de todo o exposto, conclui-se que o método negocial do *plea bargain* ressuscitou a celeridade na justiça criminal. Além disso, a barganha é um importante meio de economia processual, na medida em que dispensa a movimentação do aparato estatal nos *trials*. A grande maioria dos atores da orquestra do júri – testemunhas, réus, juiz, funcionários da Corte, advogados, jurados e xerifes – são desnecessários para concretização do acordo de *plea bargaining*. Logo, o dinheiro que seria gasto na ação penal pode, por exemplo, ser destinado ao aperfeiçoamento dos órgãos investigatórios. Cumpre ressaltar que o acordo penal não premia a inércia ou a procrastinação do Ministério Público, já que ele é utilizado no ordenamento jurídico americano como meio de obtenção de provas capazes de solucionar persecuções penais que não tiveram desfecho. Ademais, o *plea bargaining* também celebra o princípio da ampla defesa, na medida que dispõe outro meio de defesa não obrigatório e nem inevitável ao acusado.

Entretanto, a “barganha” americana possui pontos controversos e estranhos ao ordenamento jurídico brasileiro. Grande parte destes pontos flutuam em torno da quase ilimitada discricionariedade disposta ao órgão de acusação, realidade destoante da brasileira, onde se observa uma reduzida área de atuação do Ministério Público. A voluntariedade, a inteligência e a adequação do conjunto probatório à sentença condenatória são elementos indispensáveis no direito americano para concretização do *plea bargaining*. Porém, a permissibilidade com condutas vistas como absurdas pelos olhos sistemáticos do civil-law causa espanto.

Além disso, ainda que se julgue o *plea bargaining* norte-americano como instrumento de mitigação de direitos fundamentais, na medida em que suprime a participação do acusado e o acesso ao conteúdo probatório produzido, gerando incerteza sobre a verdade dos fatos alegados, nada impede que o legislador brasileiro importe este instituto de modo que se adéque ao direito brasileiro.

A discussão em tela pode levar ao entendimento equivocado que o *plea bargaining* norte-americano seria precário ou insustentável. Cumpre dizer que a história dos Estados Unidos e do Brasil foram construídas de formas distintas. O Direito, enquanto fato social, é uma manifestação jurídica da cultura humana. Destarte, não há como afirmar que o ordenamento jurídico americano se engana ao conceder tamanha discricionariedade ao órgão de acusação, pois senão estaríamos condenando a própria história estadunidense. Por outro lado, a importação do *plea bargaining* não pode e nem deve ser feita integralmente, já que é indispensável observar as particularidades do ordenamento jurídico brasileiro e a posição hierárquica norteadora da Constituição Cidadã.

3.2 ABSPRACHEN

A Alemanha, distintamente dos Estados Unidos, adota o sistema de *civil-law*, modelo predominante na Europa Continental e escolhido também pelo Brasil. De tradição romana, o *civil-law* prioriza as leis como fontes primárias de direito, contendo um comando abstrato capaz de resolver litígios que se enquadrem na situação positivada hipotética.

A despeito dos precedentes judiciais não possuírem papel primário como no sistema de *common-law*, em que as decisões possuem efeito vinculante e são aplicadas aos casos semelhantes no futuro, a Alemanha, “contrariando” seu sistema jurídico, consolidou seus acordos sobre sentença por meio de prática informais⁹³.

A partir da Primeira Grande Guerra, houve um crescimento da criminalidade de bagatela (crimes incapazes de lesar efetivamente o bem jurídico tutelado por lei). Diante deste cenário, o legislador alemão implantou, gradualmente, institutos que tinham como base o princípio da oportunidade (*Opportunitätsprinzip*)⁹⁴. A disciplina do princípio citado vincula-se a ideia do órgão acusador, na qualidade de *dominus litis*, deixar de promover a ação penal quando não houver interesse público, ou seja,

⁹³ SILVA, Danni Sales. **Justiça Negocial Criminal: a ampliação das margens de consenso no processo penal brasileiro**. Lisboa, 2016, p. 98. Disponível em: <https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/31832/1/ulfd133819_tese.pdf>. Acesso em: 15.09.2019

⁹⁴ LEITE, Rosimeire Ventura. **Justiça consensual como instrumento de efetividade do processo penal no ordenamento jurídico brasileiro**. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2009. p. 82-83.

quando o delito é tão insignificante que não compensa ativar a máquina estatal. Mais tarde, com o objetivo de expandir a incidência do princípio da oportunidade na justiça criminal, outras modificações foram feitas na legislação processual alemã, em especial as formas de arquivamento como meio de solução dos pequenos delitos contra o patrimônio⁹⁵.

Uma das hipóteses de arquivamento consiste quando a culpa é ínfima e inexistente interesse público na persecução penal. De iniciativa do órgão acusador, esta hipótese exige a anuência do tribunal competente, dispensando qualquer condição para o acusado. Outra opção é quando a ação já foi interposta, sendo possível o tribunal requerer seu arquivamento, apesar de ser necessário o consentimento do Ministério Público. Entre outras formas, a persecução poderá ser arquivada por razões de Estado ou por arrependimento ativo do autor, nos casos em que envolvem a segurança nacional⁹⁶.

Pode-se dizer, entretanto, que a justiça consensual apenas surge de fato na Alemanha em meados de 1970, com o acordo penal denominado de *Absprachen*. Inicialmente, o *Absprachen* ocupava-se de delitos menores, menos graves, envolvendo principalmente delitos econômicos, fiscais, ambientais e relacionados a drogas ilícitas⁹⁷. Com o passar do tempo, o acordo penal passou a abarcar crimes mais gravosos, inclusive aqueles ocorridos com emprego de violência⁹⁸. Além disso, se tornou recorrente no âmbito de crimes sexuais, de forma a livrar a vítima de testemunhar em juízo⁹⁹.

Em que pese John Langbein ter publicado, em 1979, o artigo *land without plea bargaining*, onde afirmava que o sistema de justiça alemão, em contramão à

⁹⁵ LEITE, Rosimeire Ventura. **Justiça consensual como instrumento de efetividade do processo penal no ordenamento jurídico brasileiro**. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2009. p. 83.

⁹⁶ LEITE, Rosimeire Ventura. **Justiça consensual como instrumento de efetividade do processo penal no ordenamento jurídico brasileiro**. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2009. p. 83.

⁹⁷ CUNHA, Vítor Souza. **Acordos de Admissão de Culpa no processo penal**. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 146.

⁹⁸ ANDRADE, Mauro Fonseca; Brandalise; Rodrigo da Silva. **Observações iniciais sobre o acordo de não persecução penal: da inconstitucionalidade à inconsistência argumentativa**. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, n. 37. p. 239-262. Dez. 2017. Disponível em: <<https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/77401/46266>>, acesso em 01 jun. 2019. p. 244.

⁹⁹ CRUZ, Flávio Antônio da. **Plea bargaining e delação premiada: algumas perplexidades**. Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR. 2ª ed. 2016, p. 43. Disponível em: <<http://revistajuridica.esa.oabpr.org.br/wp-content/uploads/2016/12/2-8-plea.pdf>> Acesso em: 25.10.2019.

tendência mundial, funcionava sem *plea bargaining*¹⁰⁰, a verdade é que, antes disso, o *Absprachen* já era utilizado sorrateiramente nas cortes alemãs, isto é: sem previsão legal. Nesta época, não havia pesquisas ou estudos sobre o acordo, que costumavam ocorrer em sigilo, razão pela qual é plausível o equívoco de Langbein¹⁰¹. Somente após quase uma década depois, em 1986, que um dos primeiros estudos foi elaborado sobre o *Absprachen*. O estudo se baseava na utilização do consenso para solução de casos que envolviam suspeita da prática de crimes de colarinho branco¹⁰².

Não obstante a ampliação do princípio da oportunidade tenha repercutido positivamente, o consenso foi a solução efetiva encontrada pela prática alemã frente a sobrecarga processual existente à época. Neste contexto, atalhos não oficiais foram usados com muito menos frequência do que nos Estados Unidos, mas foram mantidos sob segredo¹⁰³.

Nos anos 1970 e novamente nos anos 1990, houve um grande acúmulo de processos judiciais. Todavia, em sentido contrário ao movimento mundial de aplicação da simples declaração de culpa (*guilty plea*) como meio de resolução de conflitos, o Legislativo alemão optou por descriminalizar condutas, bem como ampliar o poder discricionário da promotoria em vez de introduzir nuamente a ferramenta característica do *plea bargaining* americano, a *guilty plea*¹⁰⁴.

Pode-se pensar que o objetivo de negar a implantação do modelo americano decorreu da tentativa de preservar os princípios processuais básicos, como a presunção de inocência, o direito a julgamento público perante um tribunal independente e o direito a não-autoincriminação. Muito embora eles tenham papel

¹⁰⁰ CRUZ, Flávio Antônio da. **Plea bargaining e delação premiada: algumas perplexidades**. Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR. 2ª ed. 2016, p. 38. Disponível em: <<http://revistajuridica.esa.oabpr.org.br/wp-content/uploads/2016/12/2-8-plea.pdf>> Acesso em: 25.10.2019.

¹⁰¹ CUNHA, Vítor Souza. **Acordos de Admissão de Culpa no processo penal**. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 146.

¹⁰² CRUZ, Flávio Antônio da. **Plea bargaining e delação premiada: algumas perplexidades**. Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR. 2ª ed. 2016, p. 38. Disponível em: <<http://revistajuridica.esa.oabpr.org.br/wp-content/uploads/2016/12/2-8-plea.pdf>> Acesso em: 25.10.2019.

¹⁰³ WEIGEND, Thomas; TURNER, Jenia Iontcheva. **The Constitutionality of Negotiated Criminal Judgments in Germany**. German Law Journal, vol. 15, no. 1, 2014. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2375914>. Acesso em: 26.10.2019

¹⁰⁴ WEIGEND, Thomas; TURNER, Jenia Iontcheva. **The Constitutionality of Negotiated Criminal Judgments in Germany**. German Law Journal, vol. 15, no. 1, 2014. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2375914>. Acesso em: 26.10.2019

muito importante no ordenamento jurídico alemão, foram outros dois princípios básicos que impediram a negociação: o princípio inquisitorial e o princípio de que o veredito e a sentença devem refletir a culpabilidade do réu (*Schuldprinzip*)¹⁰⁵.

A característica precípua do sistema inquisitorial ou inquisitivo é que ele reúne, em um só órgão ou pessoa, as atividades de acusar, defender e julgar, exercidas pelo chamado juiz inquisidor. Além do mais, a verdade processual é a finalidade do sistema inquisitivo, consubstanciada através da tentativa, pelo magistrado, de reprodução “fiel” do fato criminoso, utilizando-se de todos os meios de prova possíveis para alcançar a almejada “verdade”¹⁰⁶, motivo pelo qual também é chamado de princípio de investigação.

Em decorrência deste modelo, há a prerrogativa de iniciativa probatória para apuração dos fatos pelo Judiciário, independentemente de provocação pelas partes. Nesta senda, tarefas como analisar os autos da investigação preliminar, inquirir diretamente testemunhas, convocar especialistas e examinar evidências, estranhas ao modelo adversarial norte-americano, estão dispostas ao magistrado alemão¹⁰⁷.

Além de tarefas instrutórias, o juiz possui a legitimidade para conduzir acordos penais na justiça germânica. Mediante a confissão do acusado, os acordos previam a agilização do processo e a limitação da pena imposta, prescindindo, a depender do conteúdo e do detalhamento da autoincriminação, de posterior dilação probatória¹⁰⁸.

Não sem motivos, em 1997, o Tribunal Federal de Justiça alemão (Bundesgerichtshof) enfatizou que os acordos deveriam ser analisados casuisticamente, de modo a salvaguardar o princípio do devido processo legal. Ademais, é dever do magistrado conferir – inclusive, por meio de diligências – se a verdade dos fatos e a base fática correspondem ao conteúdo da confissão do acusado, de modo a negar a homologação de acordo com conteúdo conflitante, ante

¹⁰⁵ WEIGEND, Thomas; TURNER, Jenia Iontcheva. **The Constitutionality of Negotiated Criminal Judgments in Germany**. German Law Journal, vol. 15, no. 1, 2014. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2375914>. Acesso em: 26.10.2019

¹⁰⁶ COSTA, Klaus Negri; ARAÚJO, Fábio Roque. **Processo penal didático**. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 21-22.

¹⁰⁷ CUNHA, Vítor Souza. **Acordos de Admissão de Culpa no processo penal**. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 145.

¹⁰⁸ ANDRADE, Mauro Fonseca; Brandalise; Rodrigo da Silva. **Observações iniciais sobre o acordo de não persecução penal: da inconstitucionalidade à inconsistência argumentativa**. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, n. 37. p. 239-262. Dez. 2017. Disponível em: <<https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/77401/46266>>, acesso em 01 jun. 2019. p. 244.

a possibilidade da confissão ter advinda da ameaça de aumento de pena ou promessa de benefício não previsto no ordenamento jurídico¹⁰⁹. Isto porque, deriva do princípio inquisitorial, a ideia do *magistrado* limitar a pena aplicada, já que, em decorrência da análise da culpabilidade do suposto infrator pelo magistrado, a sentença, para ser legítima, deve guardar proporcionalidade com a culpa auferida¹¹⁰. Conclui-se, portanto, que o princípio da culpa é um impeditivo de negociações que tenham por objeto os fatos imputados e não a culpabilidade do infrator, como o que acontece na charge *bargaining* americana¹¹¹.

Nesta perspectiva, brilhantemente Vítor Souza Cunha¹¹² assevera que:

De acordo com a disciplina legal, somente podem ser objeto de acordo as sanções previstas no tipo legal do crime efetivamente praticado, não havendo espaço para imposição de penas que não correspondam à conduta tipificada em lei. Pode-se dizer, por conseguinte, que a confissão não se presta a encerrar o processo; longe disso, deve ser valorada como elemento de convicção – diga-se, deve ser corroborada por provas complementares – a embasar um juízo condenatório.

Caso haja concomitância entre a confissão, a base fática e a posterior verdade dos fatos, o Tribunal Federal de Justiça entendeu que as Cortes alemãs estariam vinculadas ao acordo, não podendo desconsiderá-lo, salvo se surgissem circunstâncias graves, anteriormente desconhecidas, que viciassem a decisão prévia de homologação do *Absprachen*¹¹³.

Observa-se que, diferentemente do modelo americano, a confissão apenas não possui o condão de encerrar o processo. Contudo, indubitavelmente, a negociação do *Absprachen* acelera o trâmite processual, na medida em que a autoincriminação é um meio obtenção de prova na legislação processual alemã, o que proporciona economia de recursos e de tempo aos órgãos investigativos (inclui-se o Poder Judiciário). Antigamente, inclusive, muitos dos acordos penais estavam

¹⁰⁹ CRUZ, Flávio Antônio da. **Plea bargaining e delação premiada: algumas perplexidades**. Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR. 2ª ed. 2016, p. 40. Disponível em: <<http://revistajuridica.esa.oabpr.org.br/wp-content/uploads/2016/12/2-8-plea.pdf>> Acesso em: 25.10.2019.

¹¹⁰ CUNHA, Vítor Souza. **Acordos de Admissão de Culpa no processo penal**. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 145.

¹¹¹ CUNHA, Vítor Souza. **Acordos de Admissão de Culpa no processo penal**. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 150.

¹¹² CUNHA, Vítor Souza. **Acordos de Admissão de Culpa no processo penal**. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 150.

¹¹³ CRUZ, Flávio Antônio da. **Plea bargaining e delação premiada: algumas perplexidades**. Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR. 2ª ed. 2016, p. 40. Disponível em: <<http://revistajuridica.esa.oabpr.org.br/wp-content/uploads/2016/12/2-8-plea.pdf>> Acesso em: 25.10.2019.

condicionados à renúncia de comportamentos processuais como incidentes probatórios ou interposição de recursos, potencializando ainda mais o trâmite processual¹¹⁴.

Todavia, a ausência de limites legais ensejou fortes críticas sobre o *Absprachen*. Um dos pontos mais criticados era que a informalidade do acordo permitia a disposição de cláusulas tiranas como a supracitada renúncia ao direito de recorrer. Como forma de conferir certa segurança jurídica, o Tribunal Federal de Justiça, em 1997, fixou parâmetros. Um deles rechaçava a avença a renúncia ao direito de recorrer, tendo em vista a tolerância que esta disposição confere a violação de direitos. E mais, o Tribunal entendeu que: o acordo deve se dar em audiência pública; é proibido coagir o suposto infrator a negociar sua confissão; a pena disposta no acordo deve guardar estrita relação com a culpabilidade auferida; é defeso a promessa de pena determinada, sendo possível apenas apresentar o limite máximo cabível; a confissão tão somente não é apta a condenar o acusado¹¹⁵.

Embora as diretrizes fixadas pela Corte alemã tenham trazido uma parca segurança jurídica, percebeu-se que, em um ordenamento jurídico guiado pelo sistema de *civil-law*, a fixação de critérios legais é mais apto a evitar arbitrariedades. À vista disso, em 2009, o Código Processual alemão (*Strafprozessordnung*) passou a prever formalmente o *Absprachen* e, em sentido contrário ao *plea bargaining* norte-americano, confidenciou ao juiz a responsabilidade pela negociação¹¹⁶, já que sua presença seria imprescindível para garantir a legalidade e a legitimidade do acordo.

Como visto anteriormente, o juiz é o responsável pela busca da verdade, utilizando-se dos mais diversos meios de provas e da confissão para sopesar a culpabilidade do suposto infrator. Como se vê, o exame da validade do acordo penal perpassa pela adequação entre as tratativas negociadas – que poderão ocorrer antes e depois de instaurada a ação – e os elementos probatórios obtidos na persecução penal.

¹¹⁴ CUNHA, Vítor Souza. **Acordos de Admissão de Culpa no processo penal**. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 148.

¹¹⁵ FELIPE, João Vitor. **Barganha no processo penal**: uma análise crítica à (in)devida importação da negociação da sentença ao sistema processual brasileiro proposto no pacote anticrime do Ministério da Justiça e Segurança Pública. Universidade Federal de Santa Catarina – Centro de Ciências Jurídicas, Departamento de Direito. Florianópolis. 2019, p. 32.

¹¹⁶ FELIPE, João Vitor. **Barganha no processo penal**: uma análise crítica à (in)devida importação da negociação da sentença ao sistema processual brasileiro proposto no pacote anticrime do Ministério da Justiça e Segurança Pública. Universidade Federal de Santa Catarina – Centro de Ciências Jurídicas, Departamento de Direito. Florianópolis. 2019, p. 32.

Com base nessa harmonia, o juiz fixará os limites máximos e mínimos da sanção proveniente do acordo¹¹⁷.

Em conclusão, há grande distinção entre o *plea bargaining* norte-americano e o *Absprachen*. Estas diferenças decorrem, precipuamente, da própria estrutura consagrada em seus ordenamentos jurídicos: enquanto os Estados Unidos adotam o *common-law*, priorizando os precedentes judiciais como fontes primárias do direito, a Alemanha adota o sistema de *civil-law*, onde as normas formalizadas possuem papel central.

Malgrado o vagaroso trâmite processual seja apontado como a principal causa para a efetivação de acordos informais pelos magistrados alemães, constatou-se que a prerrogativa do acúmulo de processos não foi usada para implantar de forma preguiçosa e “crua” o *plea bargaining* americano. Em verdade, o ordenamento jurídico germânico adaptou a “barganha” ao seu sistema, já que o papel coadjuvante de juiz homologador do sistema adversarial americano não se concatena com o modelo atuante de juiz inquisidor que busca a verdade processual.

Por fim, a função atuante conferida ao magistrado alemão minimizou os efeitos decorrentes da ausência de contornos legais do *Absprachen*. Neste ponto, a iniciativa da Corte Maior (o Tribunal Federal de Justiça) em estabelecer diretrizes foi fundamental para salvaguardar direitos do suposto infrator, evitando cláusulas abusivas que determinassem, por exemplo, a renúncia ao direito de recorrer. Ocorre que, a segurança jurídica trazida pelas diretrizes não foi suficiente para proteger o polo mais vulnerável do acordo (acusado), motivo pelo qual o legislador alemão, em 2009, introduziu o *Absprachen* na legislação processual penal. No Brasil, similarmente ao ocorrido na Alemanha, sobreveio sem previsão legal o chamado acordo de não persecução penal, criado pelo Conselho Nacional do Ministério Público para pôr fim a mora instaurada nos órgãos de justiça, entretanto, seus contornos mais próximos do *plea bargaining* americano são preocupantes.

¹¹⁷ CUNHA, Vítor Souza. **Acordos de Admissão de Culpa no processo penal**. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 150.

4 O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Como visto no primeiro capítulo, a crise do sistema de justiça foi o principal motivo para a ampliação das práticas consensuais no ordenamento jurídico brasileiro. Na tentativa de modificar o panorama brasileiro de impunidade e de sobrecarga processual, buscou-se conferir maior eficiência e celeridade aos processos penais através de mecanismos negociais que mitigaram o princípio da obrigatoriedade da ação penal.

Neste contexto, diversos institutos foram criados por meio da Lei 9.099/95, a exemplo da composição civil, da transação penal e da suspensão condicional do processo. Surpreendentemente, o resultado destas medidas despenalizadoras foi aquém do esperado. Dados da Corregedoria Geral de Justiça do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul informam que, enquanto nos anos de 1994 e 1995 foram distribuídos perto de 6.000 processos ao ano às Varas Criminais Comuns, em 1996 a quantidade de processos saltou para 54.687¹¹⁸. Ao revés, o advento da Lei 9.099/95 proporcionou um aumento da intervenção estatal em delitos poucos lesivos, pois os Juizados Especiais Criminais criados abarcavam somente delitos que antes não chegavam às Varas Judiciais, já que eram resolvidos informalmente por mediação ou “intimidação” nas Delegacias de Polícia¹¹⁹.

Passados mais de 20 (vinte) anos, estudos do Conselho Nacional do Ministério Público permitem concluir que as medidas despenalizadoras não lograram êxito em solucionar o caos no sistema de justiça criminal. Em 2016, na justiça estadual, apenas 18% dos casos em que a promotoria entendeu suficientes os indícios de autoria e de materialidade foram resolvidos mediante transação penal¹²⁰. No âmbito da justiça federal, as propostas de transação penal representaram tão somente 5%

¹¹⁸ AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. **Informalização da Justiça e Controle Social**: estudo sociológico da implantação dos juizados especiais criminais em Porto Alegre. São Paulo: IBCCRIM, 2000, p. 134.

¹¹⁹ AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. **Informalização da Justiça e Controle Social**: estudo sociológico da implantação dos juizados especiais criminais em Porto Alegre. São Paulo: IBCCRIM, 2000, p. 136.

¹²⁰ CUNHA, Vítor Souza. **Acordos de Admissão de Culpa no processo penal**. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 219.

das manifestações do Ministério Público Federal e as propostas de suspensão condicional do processo menos de 10% dos casos¹²¹.

Tentando novamente solucionar a morosidade no sistema de justiça, o instituto da colaboração premiada foi amplamente regulado por meio da Lei 12.850/13. Mais uma vez, a medida consensual falhou em restaurar a celeridade na justiça criminal. Isto porque, mesmo após a Lei 12.850/13, o processo penal no Brasil dura, em média, mais de 4 (quatro) anos para ser sentenciado, mesmo possuindo, em 2016, um quadro superior a 440.000 (quatrocentos e quarenta mil) empregados, dentre eles servidores, magistrados e auxiliares, que provocou uma despesa total de R\$ 84,0 bilhões – proporcional a 1,4% do Produto Interno Bruto brasileiro¹²².

No ano de 2017, as despesas do Poder Judiciário alcançaram a assustadora cifra de R\$ 90,8 bilhões. Segundo o Conselho Nacional de Justiça, o aumento das despesas de custeio com recursos humanos teria provocado o supracitado gasto. Este expressivo montante foi amenizado diante da arrecadação pela atividade jurisdicional de cerca de R\$ 48,43 bilhões (53% do gasto total), representando, todavia, o dispêndio de R\$ 437,47 por cada habitante para manutenção do sistema de justiça¹²³, ou seja, aproximadamente 46,7% do salário-mínimo daquele ano.

O grande número de funcionários públicos no Poder Judiciário e a extensa cifra disponível podem levar ao entendimento que o sistema de justiça criminal brasileiro funciona eficazmente. Em verdade, o que se vê é uma realidade totalmente chocante: um Judiciário que trabalha e trabalha muito, mas não consegue dar conta do mar de processos criminais.

A sobrecarga processual é tanta que leva a punições extemporâneas ou inúteis, já fulminadas pela prescrição da pretensão punitiva estatal¹²⁴. A estimativa é que um

¹²¹ CUNHA, Vítor Souza. **Acordos de Admissão de Culpa no processo penal**. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 219.

¹²² SILVA, Juliana Ferreira da. **O plea bargain e as falsas confissões: uma discussão necessária no sistema de justiça criminal**. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, ano 27 – n. 318 – Ed. Especial – maio de 2019, p. 8.

¹²³ Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números**. 2018: ano-base 2017. Brasília. 2018, p. 55-59. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/8d9faee7812d35a58cee3d92d2df2f25.pdf>> Acesso em: 28.10.2019

¹²⁴ SILVA, Elisdaira Marília Fernandes da. **A constitucionalidade do acordo de não persecução penal previsto na resolução n. 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público**: um estudo acerca da expansão da justiça criminal consensual no Brasil. Boa Vista, 2018, p. 63.

em cada cinco processos no Supremo Tribunal Federal prescrevem¹²⁵. A recorrente alegação preliminar de prescrição da pretensão punitiva estatal reflete nada mais nada menos a impunidade e a derrota dos órgãos de justiça em proteger as lesões decorrentes de condutas criminosas.

Entretanto, o contexto de sobrecarga processual, de ineficiência da justiça criminal, de aumento da criminalidade e de expansão do direito penal não são uma particularidade histórica do Brasil. Tal como visto no capítulo segundo, os Estados Unidos e a Alemanha enfrentaram experiências parecidas – guardadas suas devidas proporções. A saída para os países supracitados foi remodelar seu ordenamento jurídico de forma a acoplar modelos de resolução de conflitos desburocratizados e eficientes baseados no consenso.

Nos Estados Unidos, a saída encontrada foi o acordo penal do *plea bargaining*, principalmente a ferramenta da confissão de culpa (*guilty plea*). Por consagrar o modelo adversarial, as partes são responsáveis por negociar as cláusulas do acordo penal sem a presença do magistrado. De fato, o juiz ficará adstrito a análise de alguns requisitos – já analisados no capítulo segundo –, cumprindo um papel, na prática, de mero homologador.

A seu turno, a saída germânica foi valer-se informalmente do acordo penal chamado de *Absprachen*. Como visto antes, a Alemanha adota o modelo inquisitorial, no qual o magistrado tem participação infinitamente superior se comparado ao sistema norte-americano. Como principal ator processual, o juiz alemão deve buscar a verdade dos fatos independentemente de provocação pelas partes, de modo a resguardar acordos proporcionais ao delito praticado.

O sucesso dos acordos retromencionados tanto nos países adeptos do *common-law* quanto nos adeptos do *civil-law* revela uma forte tendência mundial de expansão da justiça negocial penal como meio de resolução de litígios. Por conseguinte, no Brasil, discussões acerca da necessidade de reformas do sistema de justiça ganharam força.

Com raízes nos ordenamentos jurídicos alemão e norte-americano, a alternativa consensual escolhida pelo Brasil foi o acordo de não persecução penal. Criado por

¹²⁵ SILVA, Elisdaira Marília Fernandes da. **A constitucionalidade do acordo de não persecução penal previsto na resolução n. 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público**: um estudo acerca da expansão da justiça criminal consensual no Brasil. Boa Vista, 2018, p. 63.

meio da Resolução 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público, o acordo de não persecução penal é visto como instrumento de política criminal capaz de diminuir a enorme população carcerária brasileira, bem como conferir celeridade, economia de recursos e de esforços aos órgãos de justiça.

Por oportuno, cumpre invocar algumas das premissas suscitadas pelo Conselho Nacional do Ministério Público para justificar a aludida Resolução¹²⁶:

Considerando a necessidade de permanente aprimoramento das investigações criminais levadas a cabo pelo Ministério Público, especialmente na necessidade de modernização das investigações com o escopo de agilização, efetividade e proteção dos direitos fundamentais dos investigados, das vítimas e das prerrogativas dos advogados, superando um paradigma de investigação cartorial, burocratizada, centralizada e sigilosa; Considerando a carga desumana de processos que se acumulam nas varas criminais do País e que tanto desperdício de recursos, prejuízo e atraso causam no oferecimento de Justiça às pessoas, de alguma forma, envolvidas em fatos criminais; Considerando, por fim, a exigência de soluções alternativas no Processo Penal que proporcionem celeridade na resolução dos casos menos graves, priorização dos recursos financeiros e humanos do Ministério Público e do Poder Judiciário para processamento e julgamento dos casos mais graves e minoração dos efeitos deletérios de uma sentença penal condenatória aos acusados em geral, que teriam mais uma chance de evitar uma condenação judicial, reduzindo os efeitos sociais prejudiciais da pena e desafogando os estabelecimentos prisionais [...]

Lauro Machado Nogueira, relator da Proposição nº 1.00927/2017-69 que se tornou a Resolução 183/2018 do Conselho Nacional do Ministério Público, acrescenta¹²⁷:

[...] busca-se uma solução institucional para resguardar a persecução penal em juízo efetivamente para crimes mais graves. É, inclusive, determinação veiculada na ADPF 347 (MC) – a que reconheceu o estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro.

Neste capítulo, a começar pela definição, haverá a análise pormenorizada da consonância material e formal do acordo de não persecução penal com a Constituição Federal de 1988. Nesse deslinde, cabe examinar se o novo acordo penal brasileiro assegura as garantias do suposto infrator ou oportuniza a violação de direitos fundamentais.

4.1 CONCEITO

¹²⁶ Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução nº 181, de 7 de agosto de 2017**. 2017, p. 2. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-181.pdf>> Acesso em 29.10.2019.

¹²⁷ Conselho Nacional do Ministério Público. **Proposição 1.00927/2017-69**. 2017, p. 21. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/redacao-persecucao-penal-cnmp.pdf>> Acesso em: 29.10.2019.

Em 7 de agosto 2017, entrou em vigor a Resolução 181 do Conselho Nacional do Ministério Público, que dispõe sobre a “instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público”. Entre suas novidades, o artigo 18 cria a figura do acordo de não persecução, conhecido também como “barganha” brasileira.

Inicialmente, a expressão “acordo de não persecução penal” parece ser baseada na experiência norte-americana do *non-prosecution agreement* (o “NPA” se insere no contexto de *plea bargain*). Isto porque ambos exigem a assunção de culpa e o implemento de condições em troca de punições mais leves do que as que poderiam advir de uma ação penal¹²⁸.

Segundo Vítor Souza Cunha¹²⁹, o acordo de não persecução penal pode ser definido como:

Da forma como foi disciplinado, pode-se dizer que o acordo de não persecução penal consiste em um negócio jurídico bilateral de natureza processual, firmado na fase pré-processual, que busca evitar o oferecimento da ação penal pública em razão da confissão do investigado e de sua submissão a determinadas condições.

Em linhas gerais, Emerson Garcia, consultor jurídico da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP), apresenta o acordo de não persecução penal como¹³⁰:

Trata-se de ajuste passível de ser celebrado entre o Ministério Público e o investigado, acompanhado por seu advogado, e que, uma vez cumprido, ensejará a promoção de arquivamento da investigação.

Em suma, pode-se afirmar que o acordo de não persecução é um negócio jurídico pactuado entre o órgão de acusação (Ministério Público), o investigado e o seu defensor, firmado em fase investigatória e desde que não seja hipótese de arquivamento, com objetivo de evitar a instauração da ação penal em troca do cumprimento de requisitos por parte do investigado.

¹²⁸ DOTTI, René Ariel; SCANDELARI, Gustavo Britta. **Acordos de não persecução e de aplicação imediata de pena: o *plea bargain* brasileiro**. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – Boletim 317. 2019. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/6312-Acordos-de-nao-persecucao-e-de-aplicacao-imediata-de-pena-o-plea-bargain-brasileiro> Acesso em: 30.10.2019.

¹²⁹ CUNHA, Vítor Souza. **Acordos de Admissão de Culpa no processo penal**. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 221.

¹³⁰ GARCIA, Emerson. **O acordo de não-persecução penal passível de ser celebrado pelo Ministério Público: breves reflexões**. Associação Nacional dos Membros do Ministério Público. Disponível em: <<https://www.conamp.org.br/pt/item/1772-o-acordo-de-nao-persecucao-penal-passivel-de-ser-celebrado-pelo-ministerio-publico-breves-reflexoes.html>> Acesso em: 29.10.2019.

4.2 REQUISITOS

De acordo com o art. 18 da Resolução 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público, com as alterações promovidas pela Resolução 183/2018, não sendo hipótese de arquivamento da investigação criminal, o *Parquet* poderá propor o acordo desde que preenchidos requisitos.

O primeiro deles, previsto no próprio *caput*, é que o delito, cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa, tenha pena mínima inferior a 4 (quatro) anos. Neste ponto, o § 13 dispõe que as causas de aumento e de diminuição do caso concreto serão consideradas no cálculo.

Em primeiro lugar, o critério objetivo permite inferir que o acordo de não persecução penal se destina aos delitos de baixa e média lesividade. Com um escopo limitado, questiona-se se ele realmente é capaz de restaurar a celeridade nos processos judiciais. Nos Estados Unidos, como visto no segundo capítulo, os acordos penais são possíveis até mesmo em casos de pena capital, abarcando situações muito mais graves se comparadas com o acordo brasileiro.

Embora os contornos do novo instituto sejam distintos da transação penal, que abarca as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, em muitos casos, ambos os acordos serão viáveis. Solucionando a lide, o § 1º, inciso I, determina que se afaste o acordo de não persecução quando for cabível a transação penal, uma vez que a transação é menos severa.

A seu turno, os limites objetivos se assemelham, em certo grau, aos critérios da suspensão condicional do processo, disposta aos casos em que o crime praticado possui pena mínima cominada igual ou inferior a um ano. Adicionalmente, o acordo de não persecução penal exige que o suposto autor confesse a prática delituosa, condição negativa que, de acordo com Miguel Reale Júnior e Alexandre Wunderlich, torna subsidiária a aplicação do instituto¹³¹. Segundo os autores, apenas um contingente ínfimo de processos estaria disposto ao acordo de não persecução

¹³¹ REALE, Miguel Júnior; WUNDERLICH, Alexandre. JUSTIÇA NEGOCIAL E O VAZIO DO PROJETO ANTICRIME. *Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, ano 27 – n. 318 – Ed. Especial – maio de 2019, p. 7.

penal, a demonstrar um desejo irracional de “americanização” do ordenamento jurídico brasileiro¹³².

Em sentido contrário, a contraposição entre os critérios objetivos do acordo de não persecução penal e a suspensão condicional do processo permite concluir que o primeiro possui abrangência significativamente maior, já que abarca inclusive delitos de média gravidade, ao passo que a suspensão condicional do processo se limita a delitos pouco lesivos. Cumpre salientar ainda que a incapacidade da Lei 9.099/95 estancar o sangramento da justiça criminal tornou indispensável o desenvolvimento de outros meios de resolução de conflitos como o acordo de não persecução penal.

O segundo requisito do acordo de não persecução penal é a necessidade do investigado cumprir as condições contidas nos incisos do artigo 18 cumulativa ou alternativamente¹³³ – nada de inédito aqui, já que a transação penal permite a imposição de penas restritivas de direitos. Por outro lado, diferentemente da transação penal, há a permissão no ato normativo que o tempo de cumprimento das medidas restritivas seja correspondente ao da pena mínima cominada ao delito, diminuída de um a dois terços. Esta redução inexistente no regulamento da transação penal e propicia que infrações mais graves sejam reprimidas de forma menos severa¹³⁴.

A inovação da resolução consiste na obrigatoriedade do investigado confessar formal e circunstancialmente a prática delituosa.

Inicialmente, entende-se como confissão o reconhecimento espontâneo dos fatos imputados. Destaca-se a necessidade da confissão ser livre de qualquer tortura

¹³² REALE, Miguel Júnior; WUNDERLICH, Alexandre. JUSTIÇA NEGOCIAL E O VAZIO DO PROJETO ANTICRIME. **Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, ano 27 – n. 318 – Ed. Especial – maio de 2019, p. 7.

¹³³ 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; 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; 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; V – cumprir outra condição estipulada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal aparentemente praticada.

¹³⁴ ANDRADE, Flávio da Silva. **Justiça penal consensual: controvérsias e desafios**. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 269.

física ou psicológica, pois, não sendo fruto da sua vontade, inexistente desejo do acusado confessar, conseqüentemente, inexistente confissão¹³⁵.

Já a confissão formal é a imprescindibilidade de utilização do sistema de gravação audiovisual e a presença do defensor do investigado como requisitos de procedibilidade indispensáveis à celebração do acordo, como forma de resguardar a não violação dos direitos do investigado pelo Estado, principalmente os princípios da publicidade, do contraditório e da paridade de armas.

No que concerne à confissão circunstancial, tratar-se-á do fornecimento detalhado dos fatos do crime que deverão estar em conformidade com as provas contidas nos autos, sob pena de se reputar inválida a confissão¹³⁶. O objetivo disto é rechaçar confissões falsas, uma vez que o acordo de não persecução penal é um mecanismo de otimização da tutela penal, mas nunca de banalização¹³⁷.

As confissões falsas, por mais estranho que possa soar, são mais comuns do que se pensa. Neste ponto, Juliana Ferreira da Silva¹³⁸ assinala que:

Os dados do Innocence Project – Projeto fundado nos EUA, em 1992, por Peter Neufeld e Barry Scheck na Cardozo School Law, dedicado à exoneração de condenações injustas e reforma do sistema de justiça criminal – demonstram que as falsas confissões estão presentes em aproximadamente um quarto dos casos de pessoas injustamente condenadas que tiveram suas condenações revogadas.

Para impedir que o desvirtuamento da confissão, bem como evitar abusos por parte da acusação, além da presença da defesa técnica, o controle jurisdicional pelo magistrado é indispensável.

4.3 CONTROLE JURISDICIONAL

¹³⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **O valor da confissão como meio de prova no Processo Penal**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 82.

¹³⁶ CUNHA, Rogério; BARROS, Francisco; SOUZA, Renee; CABRAL, Rodrigo. Acordo de não persecução penal: resolução 181/2017 do CNMP com as alterações feitas pela Res. 183/2018. 2 ed. Salvador: JUSPODIVM, p. 165.

¹³⁷ CUNHA, Rogério; BARROS, Francisco; SOUZA, Renee; CABRAL, Rodrigo. Acordo de não persecução penal: resolução 181/2017 do CNMP com as alterações feitas pela Res. 183/2018. 2 ed. Salvador: JUSPODIVM, p. 165.

¹³⁸ SILVA, Juliana Ferreira da. **O plea bargain e as falsas confissões**: uma discussão necessária no sistema de justiça criminal. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, ano 27 – n. 318 – Ed. Especial. 2019, p. 9.

Talvez a mais importante alteração promovida pela Resolução 183/2018 do Conselho Nacional do Ministério Público relativa ao acordo de não persecução penal é a indispensabilidade de homologação judicial.¹³⁹

Na regulamentação original, a intervenção judicial limitava-se exclusivamente, após a promoção de arquivamento pelo Ministério Público, a checar se todas as condições impostas foram adimplidas pelo investigado¹⁴⁰.

Atualmente, a participação do magistrado é de sobremaneira maior do que a conferida pela redação original. O §4º do artigo 18 determina a comunicação à vítima após a concretização do acordo, com a posterior remessa dos autos à apreciação judicial.

De início, o juiz apreciará a regularidade, a legalidade e a voluntariedade do ato¹⁴¹. Caso entenda que o acordo atendeu os três requisitos, “devolverá os autos ao Ministério Público para sua implementação” (§ 5º do artigo 18). Uma vez cumprido, os autos retornarão ao juiz para apreciar o arquivamento da investigação efetuado pela promotoria¹⁴².

Por sua vez, caso entenda que o acordo não satisfaz um dos três requisitos supracitados, o juiz “fará remessa dos autos ao procurador-geral ou órgão superior interno responsável por sua apreciação, nos termos da legislação vigente” (§ 6º, *caput*, do artigo 18). O Ministério Público, com a palavra final, poderá adotar tais providências: a) oferecer denúncia ou designar outro membro para oferecê-la; b) complementar as investigações ou designar outro membro para complementá-la; c) reformular a proposta de acordo de não persecução, para apreciação do investigado; d) manter o acordo de não persecução.

¹³⁹ CUNHA, Rogério; BARROS, Francisco; SOUZA, Renee; CABRAL, Rodrigo. Acordo de não persecução penal: resolução 181/2017 do CNMP com as alterações feitas pela Res. 183/2018. 2 ed. Salvador: JUSPODIVM, p. 144.

¹⁴⁰ SILVA, Elisdaira Marília Fernandes da. **A constitucionalidade do acordo de não persecução penal previsto na resolução n. 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público**: um estudo acerca da expansão da justiça criminal consensual no Brasil. Boa Vista, 2018, p. 73.

¹⁴¹ CUNHA, Rogério; BARROS, Francisco; SOUZA, Renee; CABRAL, Rodrigo. Acordo de não persecução penal: resolução 181/2017 do CNMP com as alterações feitas pela Res. 183/2018. 2 ed. Salvador: JUSPODIVM, p. 145.

¹⁴² SILVA, Elisdaira Marília Fernandes da. **A constitucionalidade do acordo de não persecução penal previsto na resolução n. 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público**: um estudo acerca da expansão da justiça criminal consensual no Brasil. Boa Vista, 2018, p. 75.

Além disso, se entender cabível, o magistrado poderá designar audiência para ratificar a voluntariedade do investigado¹⁴³. Como visto antes, não é incomum confissões falsas no direito estadunidense e, considerando que o papel do magistrado no ordenamento jurídico brasileiro é muito mais atuante, a aferição por um ator imparcial parece ser uma forma interessante de proteger o investigado, que também é sujeito de direitos.

Inclusive, há a possibilidade de celebração do acordo na mesma ocasião da audiência de custódia (§ 7º do artigo 18). Nesta ocasião, o preso em flagrante costuma estar em uma situação de maior vulnerabilidade, o que exige um maior zelo do magistrado ao aferir a voluntariedade da confissão do custodiado. Neste ponto, o rigor do § 2º em exigir que a confissão e as tratativas do acordo sejam registradas por meio de sistema audiovisual foi uma excelente alternativa contra futuras alegações de nulidade.

4.4 A (IN)CONSTITUCIONALIDADE MATERIAL

Tal como nos Estados Unidos (*plea bargain*) e na Alemanha (*absprachen*), questiona-se, no Brasil, a adequação material do acordo de não persecução penal em relação à Constituição Cidadã.

Não é difícil apontar que a justiça criminal brasileira precisa de medidas drásticas para resolver os diversos problemas evidenciados pela sociedade brasileira (pouca disponibilidade de recursos financeiros e humanos, ausência de celeridade, alta demanda de processos, entre outros). Ao longo da presente pesquisa, houve a preocupação de apresentar dados concretos do caos instaurado no Brasil para que não se cogite pensar que é mera especulação.

Com *status* constitucional, a celeridade processual, também chamado de princípio da duração razoável do processo¹⁴⁴, foi criado para que os processos fossem

¹⁴³ CUNHA, Rogério; BARROS, Francisco; SOUZA, Renee; CABRAL, Rodrigo. Acordo de não persecução penal: resolução 181/2017 do CNMP com as alterações feitas pela Res. 183/2018. 2 ed. Salvador: JUSPODIVM, p. 145.

¹⁴⁴ Art. 5º, inc. LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

julgados em tempo hábil, como forma de proteção do sujeito de direitos contra a ineficiência do Estado.

Não obstante a previsão constitucional, o princípio da celeridade é bastante utópico no Brasil. Em verdade, o que se vê é uma mora processual que provoca efeitos devastadores sobre o acusado, a começar, por exemplo, pelo aporte financeiro significativamente alto para ter o acompanhamento de advogado durante todo o feito, sobretudo, quando o direito de liberdade está em jogo.

Para além de prejuízos materiais, a demora no julgamento tortura psicologicamente tanto o acusado quanto a vítima. O primeiro vive com o medo constante de ser condenado, enquanto a segunda precisa ir constantemente à juízo para depor, tendo contato inúmeras vezes com seu infrator.

Mesmo que não seja condenado, Howard Becker observa que o processo criminal produz um efeito estigmatizante, na medida em que, recorrentemente, os acusados são rotulados como criminosos mesmo que não tenham infringido qualquer regra¹⁴⁵.

Diante de tudo isso, não há como negar que um sistema de justiça criminal moroso constrange ilegalmente as partes, provocando, nada mais nada menos, a maior das injustiças¹⁴⁶.

A verdade é que não adianta um ordenamento jurídico com medidas consensuais (Lei 9.099/95 e Lei 12.850/13), sem que a estrutura normativa promova meios eficientes de resolução de conflitos. É de suma importância o papel da confissão circunstancial neste contexto, já que ela acelera o trâmite processual e reduz os custos da punição¹⁴⁷.

No entanto, diante da própria natureza dialética e contraditória do processo judicial criminal, exige-se tempo considerável para o seu deslinde. A mais, considerando que no processo penal estão em jogo direitos fundamentais, sob a prerrogativa da

¹⁴⁵ BECKER, Howard. **Outsiders estudos de sociologia do desvio**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 22. Disponível em: <
https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4196651/mod_resource/content/1/AULA%207%20-%200%20-%20Howard%20Becker%20-%20Outsiders%20-%20cap.1.pdf> Acesso em: 31.10.2019.

¹⁴⁶ SANTOS, Eduardo Rodrigues dos. **Princípios Processuais Constitucionais**. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 182.

¹⁴⁷ CUNHA, Vítor Souza. **Acordos de Admissão de Culpa no processo penal**. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 294.

celeridade, não é razoável a comercialização de outros princípios e garantias constitucionais como o contraditório, o devido processo legal e a ampla defesa¹⁴⁸.

De início, afirma-se que a aceitação do acordo de não persecução penal não significa a renúncia à ampla defesa. Isto porque optar pela via consensual do acordo não tolhe a liberdade do investigado. Em verdade, o que o acordo oferece é mais um meio eficaz de defesa, possibilitando que o investigado sopesse as vantagens e desvantagens de optar por um julgamento não tradicional.

Neste ponto, a participação ativa na construção consensual confere autonomia e personalidade para que o investigado entenda o que é interessante ou não para si. De fato, existe no direito criminal brasileiro uma visão paternalista que impede a tomada de decisões e o exercício de outros direitos constitucionais como a liberdade de expressão sobre a vontade e o pensamento¹⁴⁹. Neste ponto, é absolutamente natural que haja, em certa medida, uma pressão natural para que o suposto infrator confesse, pois a possibilidade de gozar de uma reprimenda mais leve, por si só, já produz este efeito, mas não significa que o suposto infrator não teve capacidade ou o discernimento necessário ao tomar a decisão de confessar. Aliás, um dos mecanismos de preservação da ampla defesa é a autodefesa, que faculta ao réu a possibilidade de valer-se do direito ao silêncio caso entenda que seja a melhor estratégia processual ou, ainda, trazer qualquer elemento de convicção que reputar necessário¹⁵⁰. Contudo, importante ressaltar que a autonomia não deve ser irrestrita, uma vez que a presença da defesa técnica é imprescindível para que se proceda à formalização do acordo, de forma a assessorar o investigado a confessar ou não.

Destaca-se que a confissão não é novidade no ordenamento jurídico brasileiro. O artigo 65, inciso III, alínea “d”, do Código Penal, prevê tratamento diferenciado para

¹⁴⁸ GIACOMOLLI, Nereu José; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Justiça criminal negocial: crítica à fragilização da jurisdição penal em um cenário de expansão dos espaços de consenso no processo penal.** Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica, Vol. 20 – n. 3 – set-dez.2015. p. 1115. Disponível em: <https://www.academia.edu/24405497/JUSTI%C3%87A_CRIMINAL_NEGOCIAL_CR%C3%8DTICA_%C3%80_FRAGILIZA%C3%87%C3%83O_DA_JURISDI%C3%87%C3%83O_PENAL_EM_UM_CEN%C3%81RIO_DE_EXPANS%C3%83O_DOS_ÉSPA%C3%87OS_DE_CONSENSO_NO_PROCESSO_PENAL> Acesso em: 13.09.2019.

¹⁴⁹ SOUSA, Marllon. **Plea Bargaining no Brasil: O processo Penal por meio do equilíbrio entre o utilitarismo processual e os direitos fundamentais do réu.** Salvador: JusPodivm, 2019, p. 204.

¹⁵⁰ COSTA, Klaus Negri; ARAÚJO, Fábio Roque. **Processo penal didático.** Salvador: Juspodivm, 2018, p. 42.

o suposto infrator que se valha da confissão. Ora, assim sendo, nada de anormal a previsão de um outro instituto que beneficie a confissão.

De outro lado, assim como em um processo judicial tradicional, o próprio Conselho Nacional do Ministério Público frisa que a confissão unicamente não é apta a formar o juízo de culpabilidade em eventual ação penal, caso o acordo seja frustrado¹⁵¹. Além disso, como a *opinio delicti* do *Parquet* para a propositura da ação penal precisa estar previamente formada, o acordo penal não ocorreria sem a existência de provas que o justificassem, pois a confissão serviria para “assegurar unicamente uma depuração nos elementos de convicção colhidos na fase inquisitiva, de modo a evitar a precoce celebração de acordos desprovidos de provas”¹⁵².

É certo também que a confissão no acordo de não persecução penal possui efeito distinto da autoincriminação do *plea bargain*, pois, ao passo que a autoincriminação no *plea bargain* é irreversível, a confissão no acordo brasileiro é retratável, o que preserva a presunção de inocência e o contraditório¹⁵³.

De mais a mais, a construção do sistema acusatório brasileiro em âmbito consensual penal confere substancialmente mais igualdade jurídica (paridade de armas) do que o *adversary system* norte-americano. Em ambos os sistemas, vigora a inércia do juiz como forma de resguardar a sua imparcialidade, colocando-o em posição nitidamente separada das partes. Entretanto, como visto repetidamente, o papel do magistrado norte-americano, na prática, se limita a homologar o *plea bargain*, enquanto, no Brasil, a construção jurídica do magistrado o torna uma espécie de “gestor processual” que não significa ter iniciativa probatória a fim de alcançar a verdade real como se dá no ordenamento jurídico alemão, mas, em verdade, aplicar as regras jurídicas ao processo, evitando abusos e protegendo os direitos das partes¹⁵⁴. Outra diferença cerne é que, no Brasil, nenhuma prova, seja ela exculpatória ou não, poderá ser omitida da defesa nas tratativas negociais, o que

¹⁵¹ SILVA, Elisdaira Marília Fernandes da. **A constitucionalidade do acordo de não persecução penal previsto na resolução n. 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público**: um estudo acerca da expansão da justiça criminal consensual no Brasil. Boa Vista, 2018, p. 88.

¹⁵² CUNHA, Rogério; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Acordo de não persecução penal: resolução 181/2017 do CNMP com as alterações feitas pela Res. 183/2018**. 2 ed. Salvador: JusPodivm, p. 165-166.

¹⁵³ CUNHA, Rogério; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Acordo de não persecução penal: resolução 181/2017 do CNMP com as alterações feitas pela Res. 183/2018**. 2 ed. Salvador: JusPodivm, p. 166.

¹⁵⁴ COSTA, Klaus Negri; ARAÚJO, Fábio Roque. **Processo penal didático**. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 22.

demonstra menor discricionariedade disposta para o *Parquet*¹⁵⁵. Como se vê, existentes fortes divergências entre o sistema legal brasileiro e o norte-americano de modo que não há como endossar que os arbítrios da justiça estadunidense se reproduzirão aqui¹⁵⁶.

Outro ponto de crítica jaz na afirmação que o acordo de não persecução penal desvirtua o modelo acusatório. Segundo João Vitor Felipe¹⁵⁷, há uma inversão da lógica de quem acusa e quem julga, tendo em vista que o promotor supostamente decidirá pela culpabilidade do investigado. *Data maxima venia*, as condições estipuladas no acordo serão fruto do consenso entre as partes, não haverá uma imposição unilateral pelo *Parquet*. Soma-se o fato que o consenso não exonerará o magistrado de analisar se as provas contidas nos autos são proporcionais às condições pactuadas, não incorrendo, neste ponto em específico, em violação à separação de poderes. Todavia, o consenso aqui estabelecido não possui previsão constitucional (como no caso dos juizados especiais) ou sequer legal (como é o caso da colaboração premiada)¹⁵⁸. Nesse diapasão, mostra-se ao menos preocupante a possibilidade do Ministério Público impor penas por meio de ato administrativo sem qualquer respeito à legalidade.

4.5 A (IN)CONSTITUCIONALIDADE FORMAL

Uma das objeções à constitucionalidade do acordo de não persecução penal refere-se à alegação de ausência de lei regulando a matéria, tendo em conta que foi instaurado por meio de ato normativo regulamentar do Conselho Nacional do Ministério Público.

¹⁵⁵ SOUSA, Marllon. **Plea Bargaining no Brasil: O processo Penal por meio do equilíbrio entre o utilitarismo processual e os direitos fundamentais do réu**. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 201.

¹⁵⁶ SOUSA, Marllon. **Plea Bargaining no Brasil: O processo Penal por meio do equilíbrio entre o utilitarismo processual e os direitos fundamentais do réu**. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 201.

¹⁵⁷ FELIPE, João Vitor. **Barganha no processo penal: uma análise crítica à (in)devida importação da negociação da sentença ao sistema processual brasileiro proposto no pacote anticrime do Ministério da Justiça e Segurança Pública**. Universidade Federal de Santa Catarina – Centro de Ciências Jurídicas, Departamento de Direito. Florianópolis. 2019, p. 122.

¹⁵⁸ ANDRADE, Mauro Fonseca; Brandalise; Rodrigo da Silva. **Observações iniciais sobre o acordo de não persecução penal: da inconstitucionalidade à inconsistência argumentativa**. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, n. 37. p. 239-262. Dez. 2017. Disponível em: <<https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/77401/46266>>, acesso em 01 jun. 2019. p. 248.

Previsto no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal, o princípio da legalidade prevê que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Decorrente da vitória do ideal iluminista de limitação do poder do Estado, muitos autores acertadamente entendem que o princípio da legalidade é o mais importante entre os princípios do Direito Penal moderno¹⁵⁹.

Não à toa, o princípio da legalidade, também chamado de princípio da reserva legal, é previsto já no primeiro artigo do Código Penal, com a célebre redação: “não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”.

De maneira oposta, como antecipado, a Resolução 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público, em seu artigo 18, impõe o cumprimento de medidas restritivas de direito (pena) pelo investigado como critério imprescindível para o acordo de não persecução, em clara desconformidade com o lastro constitucional e legal mencionado.

Isto porque é evidente que as penas restritivas de direitos possuem natureza jurídica de sanção penal, já que, assim como na pena privativa de liberdade e na multa, as regras atinentes à sanção penal, a exemplo da intranscendência, que impede que a pena ultrapasse a pessoa do condenado, também valem para as penas restritivas de direitos de caráter pecuniário¹⁶⁰. Outro exemplo é o fato de que o descumprimento injustificado do condenado enseja a conversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade, o que salienta sua natureza jurídica punitiva.

Ora, se as medidas restritivas de direitos são indubitavelmente penas, carece de constitucionalidade a imposição infralegal de renúncia voluntária de bens e de direitos indicados pelo *Parquet* (artigo 18, inciso II). Em evidente descompasso, a *contrario sensu* das medidas consensuais contidas na Lei 9.099/95 (composição civil, transação penal e suspensão condicional do processo) e na Lei 12.850/13 (colaboração premiada) que possuem seus próprios ritos, a Resolução 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público impõe pena sem lei que a preveja, comprometendo, por conseguinte, o devido processo legal e o exercício do

¹⁵⁹ ARAÚJO, Fábio Roque. **Curso de Direito Penal Parte Geral**. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 79.

¹⁶⁰ ARAÚJO, Fábio Roque. **Curso de Direito Penal Parte Geral**. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 837.

contraditório¹⁶¹. Saliente-se que o processo legislativo possui a competência de conferir se a norma em trâmite se adéqua à Carta Magna, conferindo segurança jurídica e restringindo a possibilidade de violação de prerrogativas.

Somente o Congresso Nacional é competente para aprovar Estatutos em matéria de Direito e Processo Penal no Brasil¹⁶². Conforme redação do artigo 22, inciso I, da Constituição Cidadã, compete privativamente a União legislar sobre matéria processual. Por sua vez, o artigo 24, inciso XI, determina que compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre procedimentos em matéria processual. Através da leitura do artigo 130-A da Magna Carta, permitir-se-á inferir que o Conselho Nacional do Ministério Público não se enquadra em qualquer das competências supracitadas¹⁶³.

Aliás, o § 2º do artigo 130-A expressamente confere ao Conselho Nacional do Ministério Público o poder de “controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público e o cumprimento dos deveres funcionais de seus membros”, prerrogativa bem distante se comparada a competência para legislar sobre matéria processual.

Acrescente-se, ainda, que o artigo 129, inciso I, da Constituição Federal estabelece o dever institucional do Ministério Público promover privativamente a ação penal pública, na forma da lei. Ou seja, é a lei formalizada, a exemplo da Lei 9.099/95 e da Lei 12.850/13, que regula quando o *Parquet* deverá promover a ação penal ou mitigar o princípio da obrigatoriedade, mas nunca uma resolução¹⁶⁴.

Neste ponto, importante trazer à tona a orientação recorrentemente invocada por doutrinadores¹⁶⁵ para suscitar a constitucionalidade formal do acordo de não

¹⁶¹ ZIESEMER, Henrique da Rosa; SILVA JÚNIOR, Jádel da. **As persistentes inconstitucionalidades da Resolução 181 (e 183) do CNMP**. Teresina: Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, ano 23, n. 5346, 2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/64178/as-persistentes-inconstitucionalidades-da-resolucao-181-e-183-do-cnmp>> Acesso em: 28.10.2019.

¹⁶² SOUSA, Marllon. **Plea Bargaining no Brasil: O processo Penal por meio do equilíbrio entre o utilitarismo processual e os direitos fundamentais do réu**. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 227.

¹⁶³ ANDRADE, Mauro Fonseca; Brandalise; Rodrigo da Silva. **Observações iniciais sobre o acordo de não persecução penal: da inconstitucionalidade à inconsistência argumentativa**. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, n. 37. p. 239-262. Dez. 2017. Disponível em: <<https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/77401/46266>>, acesso em 01 jun. 2019. p. 244.

¹⁶⁴ ZIESEMER, Henrique da Rosa; SILVA JÚNIOR, Jádel da. **As persistentes inconstitucionalidades da Resolução 181 (e 183) do CNMP**. Teresina: Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, ano 23, n. 5346, 2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/64178/as-persistentes-inconstitucionalidades-da-resolucao-181-e-183-do-cnmp>> Acesso em: 28.10.2019.

¹⁶⁵ SARRUBBO, Mário Luiz. **CAO-crim**: Boletim Criminal Comentado-setembro. 2018 (semana 3), p.

persecução penal, tratar-se-á da orientação da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas na Resolução nº 45/110, denominada de Regras de Tóquio¹⁶⁶, *in verbis*:

Sempre que adequado e compatível com o sistema jurídico, a polícia, o Ministério Público ou outros serviços encarregados da justiça criminal podem retirar os procedimentos contra o infrator se considerarem que não é necessário recorrer a um processo judicial com vistas à proteção da sociedade, à prevenção do crime ou à promoção do respeito pela lei ou pelos direitos das vítimas. Para a decisão sobre a adequação da retirada ou determinação dos procedimentos deve-se desenvolver um conjunto de critérios estabelecidos dentro de cada sistema legal. Para infrações menores, o promotor pode impor medidas não privativas de liberdade, se apropriado.

Cumpra observar que não se nega a importância de institutos que flexibilizem a obrigatoriedade da ação penal, como disposto no primeiro capítulo. Contudo, é importante destacar que a respectiva resolução ressalva expressamente a necessidade do mecanismo desenvolvido ser compatível com o sistema jurídico¹⁶⁷. Logo, não há como o *Parquet* descartar a exigência de lei para reger um novo mecanismo processual penal, uma vez que a Constituição impede tal alternativa e a resolução citada não possui força vinculante¹⁶⁸.

Entretanto, Rodrigo Leite Ferreira Cabral¹⁶⁹ entende que o acordo de não persecução penal não possui natureza processual, pois seria um negócio jurídico extrajudicial em que o Ministério Público veicula uma política criminal que não envolveria a prestação jurisdicional do Estado-juiz. Segundo o autor:

Ora, para que se considere uma normal como de natureza processual deve ela, necessariamente, envolver hipóteses em que existe o exercício de uma pretensão punitiva, manifestada por uma parte legítima (normalmente, o Ministério Público), perante autoridade judicial (Juiz), em que deve ser realizado plenamente o princípio do contraditório e da ampla defesa (acusado). As normas processuais, envolvem, pois a concorrência desses três atores: Ministério Público, Juiz e réu.

Assim, considerando-se que o acordo de não persecução é extrajudicial (não envolve o exercício da jurisdição penal), vez que realizado no âmbito

<http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/Boletim_Semanal/CAOCrim%20informativo%20setembro%202018%20_3.pdf>

¹⁶⁶ Conselho Nacional de Justiça. **Regras de Tóquio**: Regras mínimas padrão das Nações Unidas para a elaboração de medidas não privativas de liberdade. Coordenação: Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi. Brasília: CNJ, 2016, p. 9.

¹⁶⁷ ANDRADE, Flávio da Silva. **Justiça penal consensual**: controvérsias e desafios. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 279.

¹⁶⁸ ANDRADE, Flávio da Silva. **Justiça penal consensual**: controvérsias e desafios. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 279.

¹⁶⁹ CUNHA, Rogério; BARROS, Francisco; SOUZA, Renee; CABRAL, Rodrigo. **Acordo de não persecução penal: resolução 181/2017 do CNMP com as alterações feitas pela Res. 183/2018**. 2 ed. Salvador: JusPODIVM, p. 31

de um procedimento administrativo investigatório, sem o prévio exercício de uma pretensão punitiva, é dizer, sem o prévio oferecimento de denúncia ou queixa, não há o menor sentido em atribuir-se à regulamentação desse acordo a natureza de norma processual.

De início, vale reforçar que as normas jurídicas, por certo, transparecem a política criminal assumida pelo legislador. O aumento da criminalidade pode refletir em políticas criminais mais repressivas ou mais céleres. Independentemente, o fato de uma norma jurídica veicular uma política criminal não afasta eventual conteúdo penal ou processual penal, já que é plenamente possível coexistir uma norma processual com raízes político-criminais.

Outro ponto é que, embora seja pactuado em fase investigatória, é seguro que o acordo, além de ocupar-se de matéria relativa ao consenso como meio de resolução de conflitos penais, não dispensa a participação do magistrado, pois este atestará a regularidade, a legalidade e a voluntariedade, uma vez que o acordo envolve a renúncia de direitos fundamentais, como o direito a julgamento¹⁷⁰. Aliás, o próprio Conselho Nacional do Ministério Público incluiu, por meio da Resolução 183/2018, o controle judicial, reconhecendo o caráter processual penal do acordo¹⁷¹.

De mais a mais, enquanto ato normativo, a Resolução 181/2017 deveria limitar-se a regulamentar lei ordinária. Neste diapasão, deveria existir uma lei prevendo o acordo de não persecução penal antes da promulgação da resolução, porém essa lógica não foi seguida.

Na tentativa de dar contornos constitucionais, Rodrigo Leite Ferreira Cabral¹⁷² suscita que o caráter normativo primário da Resolução supriria a ausência de lei, haja vista que, invocando o precedente da Ação Declaratória de Constitucionalidade 12/2006¹⁷³, retiraria seu fundamento de validade através das balizas principiológicas constitucionais.

¹⁷⁰ ANDRADE, Flávio da Silva. **Justiça penal consensual: controvérsias e desafios**. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 275.

¹⁷¹ ANDRADE, Flávio da Silva. **Justiça penal consensual: controvérsias e desafios**. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 275.

¹⁷² CUNHA, Rogério; BARROS, Francisco; SOUZA, Renee; CABRAL, Rodrigo. **Acordo de não persecução penal: resolução 181/2017 do CNMP com as alterações feitas pela Res. 183/2018**. 2 ed. Salvador: JusPODIVM, p. 29.

¹⁷³ STF. AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE: ADC 12 MC, Relator(a): Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, julgado em 16/02/2006, DJ: 01/09/2006. **Supremo Tribunal Federal**. 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606840>>, acesso em 04 jun. 2019.

Tal argumento, todavia, não procede. Diferentemente, a Resolução 07/05, objeto da ação de controle concentrado de constitucionalidade, foi expedida pelo Conselho Nacional de Justiça – órgão que compõe a estrutura Judiciária – para disciplinar condutas (vedação ao nepotismo) dentro da própria esfera do Poder Judiciário, não destinando sua regulamentação a outros órgãos.

Por sua vez, a Resolução 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público, além de regulamentar a atuação do *Parquet*, estabelece deveres ao investigado e, mais além, determina funções a serem cumpridas até pelo magistrado, a exemplo da obrigação de remeter os autos ao procurador-geral ou órgão superior interno se considerar incabível o acordo. É tão grave a ausência de legalidade que compromete inclusive a separação de poderes.

Por fim, mas não menos importante, o § 10 do artigo 18 da Resolução objeto da presente pesquisa dispõe, em flagrante violação de direitos, ao membro do Ministério Público a prerrogativa de não oferecer a proposta de suspensão condicional do processo caso o investigado tenha descumprido o acordo de não persecução penal. Seguindo a mesma lógica, um ato normativo infralegal não pode se sobrepor a uma disposição legal (Lei 9.099/95). A insegurança jurídica da Resolução está provocando aqui um entrave ao exercício de ampla defesa pelo acusado que terá possivelmente a suspensão condicional do processo afastada por meio de norma regulamentar. Além de ferir as prerrogativas do acusado, o § 10 desvirtua os motivos socio-jurídicos que justificaram a instauração do consenso em âmbito criminal no Brasil.

Diante de todo exposto, é evidente que a experiência germânica da informalidade do *absprachen* não possui respaldo constitucional no ordenamento jurídico brasileiro. Isto porque, a insegurança jurídica na Resolução 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público provoca inúmeras violações às prerrogativas do investigado, uma vez que a construção jurídica do direito penal no Brasil gira em torno da consagração do princípio da legalidade. Nesta senda, o desrespeito ao princípio da legalidade provoca no investigado um efeito em cascata devastador sobre a ampla defesa, o contraditório, a dignidade da pessoa humana e o devido processo legal.

Sob a prerrogativa de proteger, principalmente, a celeridade e a ampla defesa, o Conselho Nacional do Ministério Público “legislou” sobre norma processual penal,

previu sanção sem lei, impôs condutas ao Poder Judiciário, bem como, ao revés, afastou a própria ampla defesa que buscou conferir.

Destarte, o que era para ser mais um meio interessantíssimo de defesa, se tornou um mecanismo inconstitucional de violação das prerrogativas do investigado. Sem sombra de dúvidas, os princípios da duração razoável do processo, da efetividade e da economia processual justificam a implementação de novos modelos consensuais. Contudo, o acordo penal criado não deverá subsistir caso esteja em conflito com a legalidade, a ampla defesa e o contraditório.

Não sem motivo, tramitam, no Supremo Tribunal Federal, as Ações Diretas de Inconstitucionalidade 5790 e 5793, ajuizadas, respectivamente, pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados (OAB) e pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) em face da Resolução 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público, com as alterações trazidas pela Resolução 183/2018.

De igual modo, tendo em vista a controvérsia da informalidade da Resolução 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público, tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei n. 882/2019 que visa introduzir o acordo de não persecução penal no artigo 28-A no Código de Processo Penal.

4.6 O PROJETO DE LEI 882/2019

Buscando dar contornos legais ao acordo de não persecução penal, surge o Projeto de Lei 882/2019, contido no Pacote “Anticrime” do Poder Executivo federal.

O Projeto não pretende replicar a Resolução 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público. Entre os destaques, realça-se os seguintes novos pressupostos para a celebração do acordo: a fumaça da prática delituosa (*fumus comissi delicti*); a punibilidade concreta (não pode estar prescrita a pretensão punitiva); a legitimidade da parte (o crime deverá ser de ação penal pública, bem como o infrator maior de idade); e a justa causa (lastro probatório mínimo a fundamentar uma acusação)¹⁷⁴.

¹⁷⁴ CUNHA, Rogério Sanches; SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano; Ó SOUZA, Renee do. **Projeto de Lei Anticrime**. Salvador: Juspodivm, 2019, 508.

Outrossim, ao passo que a Resolução determina no § 11 do artigo 18 o arquivamento da investigação após o cumprimento integral do acordo, os §§ 12 e 13 do Projeto de Lei n. 882/2019 asseguram a extinção da punibilidade e a não previsão do acordo em folha de antecedentes criminais, exceto para afastar a possibilidade do agente se beneficiar novamente do acordo de não persecução penal, da transação penal ou da suspensão condicional do processo nos últimos cinco anos anteriores à infração.

Outra grande diferença reside na opção do projeto em limitar a incidência do acordo apenas para as infrações penais com pena máxima não superior a quatro anos. Atualmente, o acordo de não persecução pode ser pactuado quando o delito praticado possuir pena mínima inferior a quatro anos, o que abarca um rol significativamente maior de delitos. Diante disso, verifica-se que o novo acordo de não persecução penal terá aplicabilidade bastante reduzida, pois concorrerá, na grande maioria das vezes, com a transação penal, disposta aos delitos cuja pena máxima não ultrapassa dois anos¹⁷⁵.

¹⁷⁵ CUNHA, Rogério Sanches; SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano; Ó SOUZA, Renee do. **Projeto de Lei Anticrime**. Salvador: Juspodivm, 2019, 509.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Finalizada a presente pesquisa, importa salientar algumas conclusões. Inicialmente, conclui-se que o sistema penal brasileiro está à beira do colapso. O aumento da criminalidade, o crescimento da massa carcerária e a mora processual são marcas da justiça criminal brasileira.

Destarte, o processo penal tradicional como único meio de resolução de conflito já não se apresenta suficiente para preservar garantias constitucionais como a celeridade processual.

Neste contexto, mecanismos que mitigam o princípio da obrigatoriedade da ação penal, desburocratizando o processo, precisaram ser criados, como o foi a composição civil, a transação penal, a suspensão condicional do processo e a colaboração premiada.

Nesse diapasão, a Justiça Negocial cumpre papel de destaque ao estabelecer o consenso como alternativa à ineficiência estatal.

Partindo dessa premissa, indubitavelmente, os mecanismos da Lei 9.099/95 e da Lei 12.850/13 foram interessantes medidas tomadas pelo legislador. Entretanto, o cenário de lentidão processual não mudou, o que levou o Conselho Nacional do Ministério Público, com base na experiência norte-americana do *plea bargaining* e na experiência germânica do *absprachen*, a criar o acordo de não persecução penal

O *plea bargain*, amplamente difundido nos Estados Unidos, além de ressuscitar a celeridade processual, se tornou um importante meio de economia processual, uma vez que dispensa a movimentação do aparato estatal dos *trials*. Ademais, o *plea bargaining* dispõe um outro meio de defesa não obrigatório ao suposto infrator que possui autonomia suficiente para sopesar as vantagens e desvantagens de realizar o acordo.

Todavia, a quase ilimitada discricionariedade disposta ao Ministério Público norte-americano ocasiona condutas abusivas como a *charge bargaining* e a *sentence bargaining*. Contudo, no Brasil, o sistema acusatório consagra um juiz mais atuante, um “gestor processual”, que exerce um controle muito mais efetivo se comparado ao magistrado estadunidense, evitando que abusos e arbitrariedades ocorram.

Tendo em vista o sucesso do *plea bargain* nos Estados Unidos, nada obsta que o legislador brasileiro se baseie nesse instituto para criar o seu próprio. Entretanto, a importação do *plea bargaining* deve observar as particularidades da Constituição Federal de 1988, de modo a evitar prerrogativas que destoam do ordenamento jurídico brasileiro, como a discricionariedade ilimitada conferida ao *Parquet*.

Por sua vez, o acordo de não persecução penal possui raízes no *absprachen*, pois, além de terem sido criados em um contexto de precariedade do sistema de justiça, ambos foram instituídos informalmente – o primeiro por resolução do Conselho Nacional do Ministério Público; o segundo por meio de práticas reiteradas dos tribunais.

No capítulo terceiro, analisou-se, inicialmente, os critérios objetivos do acordo de não persecução penal. Para valer-se do acordo de não persecução penal é necessário que: *i)* delito supostamente praticado tenha pena mínima cominada inferior a quatro anos e não pode ter sido cometido com violência ou grave ameaça; *ii)* o investigado cumpra as condições contidas nos incisos do artigo 18 da Resolução 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público, cumulativa ou alternativamente; e *iii)* o investigado confesse formal e materialmente a prática do delito.

Diante da necessidade do investigado confessar a prática delituosa em troca de sanção mais branda, suscitou-se que o acordo de não persecução penal mitigaria princípios como a presunção de inocência, a ampla defesa, o contraditório, entre outros.

Esta argumentação, todavia, não procede, pois o acordo não é imposto à parte, mas se apresenta como mais um mecanismo de defesa disposto ao investigado. Caso entenda desvantajoso, poderá optar por submeter-se ao julgamento tradicional.

Ademais, o rito abreviado por meio da confissão consagraria o princípio constitucional da duração razoável do processo. Um processo penal longo, indubitavelmente, além de exigir alto aporte financeiro, tortura psicologicamente o acusado que diariamente vive o medo de ser condenado. Em suma, um sistema de justiça moroso é nada mais nada menos que a maior das injustiças.

Outro ponto de destaque é existe no direito criminal brasileiro uma visão paternalista que impede o investigado de tomar decisões. Ora, ninguém mais que o próprio

investigado para saber qual a melhor decisão tomar. Além disso, o acordo de não persecução penal exige imprescindivelmente a presença de defesa técnica para sua formalização, de forma a assessorar o investigado a confessar ou valer-se do direito ao silêncio.

Destaca-se, ainda, que não é novidade no ordenamento jurídico o tratamento diferenciado da confissão. Neste ponto, invoca-se a previsão da confissão como circunstância atenuante (artigo 65, inciso III, alínea “d”, do Código Penal).

De certo ainda, que a confissão exclusivamente não é apta para formar o juízo de culpabilidade em eventual ação penal, em caso de descumprimento do acordo. Inclusive, a *opinio delict* do *Parquet* acerca da autoria e materialidade da prática delituosa deve estar previamente formada, de modo que o acordo de não persecução penal não ocorreria sem provas que o justificassem.

Diante do exposto, é imperativo afirmar que materialmente o acordo de não persecução é constitucional.

Contudo, do ponto de vista formal, o acordo supracitado possui arbitrariedades espantosas. Isto porque, em diversas passagens, a Resolução afronta normas constitucionais. Por exemplo, as condições a serem observadas pelo investigado para o cumprimento do acordo são verdadeiras sanções penais, não poderia um ato normativo obrigar o investigado a fazer alguma coisa, bem como não poderia impor pena sem prévia cominação legal.

Ao mesmo tempo, a Resolução é muito mais que uma norma de política criminal, já que se ocupa de resolução de conflitos penais, adentrando em matéria de processo penal. Diante disso, há violação ao artigo 22, inciso I, da Constituição Cidadã, que afirma que compete privativamente a União legislar sobre matéria processual.

Soma-se o fato que a Resolução não possui caráter normativo primário, uma vez que o precedente da Resolução 07/05 do Conselho Nacional do Justiça se adéqua ao acordo de não persecução penal. Isto porque, enquanto o Conselho Nacional de Justiça regulava condutas do próprio Poder Judiciário, a Resolução 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público impõe deveres ao magistrado, acarretando e afronta ao princípio da separação de poderes.

Ademais, o § 10 do artigo 18 afasta a possibilidade do suposto infrator valer-se de um instituto previsto em lei (Lei 9.099/95) que é a suspensão condicional do processo, tolhendo a ampla defesa do acusado.

Conclui-se, portanto, que a insegurança jurídica da Resolução provoca inúmeras violações a prerrogativas do acusado. Por conseguinte, a informalidade do *absprachen* não se justifica no ordenamento jurídico brasileiro. A carência de legalidade provoca reflexos negativos em outros princípios, como a ampla defesa, o contraditório, a dignidade da pessoa humana e o devido processo legal.

Em suma, ao tentar resguardar a celeridade e a ampla defesa, o Conselho Nacional do Ministério Público inconstitucionalmente criou norma processual penal, previu sanção sem lei, determinou condutas ao Poder Judiciário e, ao contrário do que pretendia, afastou a própria ampla defesa.

Finalmente, o acordo de não persecução penal é materialmente constitucional. Por outro lado, a Resolução 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público é inconstitucional sob o viés formal pelos motivos incansavelmente exauridos na presente pesquisa. Diante do exposto, permite-se concluir que a insegurança jurídica da Resolução 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público viola as prerrogativas do investigado.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Flávio da Silva. **Justiça penal consensual**: controvérsias e desafios. Salvador: JusPodivm, 2019.

ANDRADE, Mauro Fonseca; Brandalise; Rodrigo da Silva. **Observações iniciais sobre o acordo de não persecução penal: da inconstitucionalidade à inconsistência argumentativa**. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, n. 37. Dez. 2017. Disponível em: <<https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/77401/46266>> Acesso em 01 jun. 2019.

ARAÚJO, Fábio Roque. **Curso de Direito Penal Parte Geral**. Salvador: JusPodivm, 2018.

ASSIS, Rafael Damaceno de. **A realidade atual do sistema penitenciário brasileiro**. 2007. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3481/A-realidade-atual-do-sistema-penitenciario-brasileiro>> acesso em: 01.11.2019.

Atlas da Violência. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/dados-series/17>> Acesso em: 02.04.2019.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. **Informalização da Justiça e Controle Social**: estudo sociológico da implantação dos juizados especiais criminais em Porto Alegre. São Paulo: IBCCRIM, 2000.

BECKER, Howard. **Outsiders estudos de sociologia do desvio**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2008,. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4196651/mod_resource/content/1/AULA%207%20-%20O%20-%20Howard%20Becker%20-%20Outsiders%20-%20cap.1.pdf> Acesso em: 31.10.2019.

BISHARAT, George E. **The plea Bargain Machine**. Revista de Estudos de Conflito e Controle Social – vol. 7- nº 3. 2014. Disponível em: <<https://revistas.ufrj.br/index.php/dilemas/article/view/7242/5824>> Acesso em: 20.10.2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE: ADC 12 MC**, Relator(a): Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, julgado em 16/02/2006, DJ: 01/09/2006. **Supremo Tribunal Federal**. 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606840>>, acesso em 04 jun. 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/pessoas_presas_no_brasil_final.pdf> Acesso em: 20.09.2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>> Acesso em: 20.09.2019.

Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números**. 2018: ano-base 2017. Brasília, 2018, Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/8d9faee7812d35a58cee3d92d2df2f25.pdf>> Acesso em: 28.10.2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Regras de Tóquio**: Regras mínimas padrão das Nações Unidas para a elaboração de medidas não privativas de liberdade. Coordenação: Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi. Brasília: CNJ, 2016.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução nº 181, de 7 de agosto de 2017**. 2017, p. 2. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-181.pdf>> Acesso em 29.10.2019.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Proposição** 1.00927/2017-69. 2017, p. 21. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/redacao-persecucao-penal-cnmp.pdf>> Acesso em: 29.10.2019.

BRASIL. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: INFOPEN Atualização – Junho de 2016 / organização, Thandara Santos; colaboração, Marlene Inês da Rosa ... [et al.]. – Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf> Acesso em: 20.09.2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AP 595/SC, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 25/11/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 166373/PR, rel. orig. Min. Edson Fachin, red. p/ o ac. Min. Alexandre de Moraes, julgamento em 2.10.2019. (HC-166373). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000018816&base=baseInformativo>> Acesso em: 18.10.2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça Min. Felix Fischer. AgRg nos Edcl no REsp 1611709 (2016/0176715-8 – 26/10/2016). Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1560321&num_registro=201601767158&data=20170215&formato=PDF> Acesso em 01.11.2019.

CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. **Plea bargaining e justiça criminal consensual**: entre os ideais de funcionalidade e garantismo. Revista Eletrônica do Ministério Público Federal, 2012. Disponível em: <http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista/2012_Penal_Processo_Penal_Campos_Plea_Bargaining.pdf> Acesso em: 15.09.2019.

CARNS, Teresa White; KRUSE, John. **A re-evaluation of Alaska's plea bargaining ban**. *Alaska Law Review* – vol. 8:27. 1991, p. 27. Disponível em: <<https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1275&context=alr>> Acesso em: 21.10.2019.

_____. **Código Penal**. Brasília. DF. 7 de Set. de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm> Acesso em: 01 Mar. 2018.

_____. **Código de Processo Penal**. Brasília. DF. 3 de Out. de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm > Acesso em: 11 Abr. 2018.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 31 Mar. 2018.

COSTA, Klaus Negri; ARAÚJO, Fábio Roque. **Processo penal didático**. Salvador: Juspodivm, 2018.

CUNHA, Rogério; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Acordo de não persecução penal: resolução 181/2017 do CNMP com as alterações feitas pela Res. 183/2018**. 2 ed. Salvador: JusPodivm.

CUNHA, Rogério Sanches; SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano; Ó SOUZA, Renee do. **Projeto de Lei Anticrime**. Salvador: Juspodivm, 2019, 508.

CUNHA, Vítor Souza. **Acordos de Admissão de Culpa no processo penal**. Salvador: JusPodivm, 2019.

CRUZ, Flávio Antônio. **Plea bargaining e delação premiada: algumas perplexidades**. *Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR*. 2ª ed. 2016. Disponível em: <<http://revistajuridica.esa.oabpr.org.br/wp-content/uploads/2016/12/2-8-plea.pdf>> Acesso em: 25.10.2019.

_____. **Decreto-Lei nº 3.688**. Brasília, DF: Senado. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm> Acesso em 01.09.2019.

DOTTI, René Ariel; SCANDELARI, Gustavo Britta. **Acordos de não persecução e de aplicação imediata de pena: o plea bargain brasileiro**. *Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – Boletim* 317. 2019. Disponível em:

<https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/6312-Acordos-de-nao-persecucao-e-de-aplicacao-imediata-de-pena-o-plea-bargain-brasileiro> Acesso em: 30.10.2019.

FELIPE, João Vitor. **Barganha no processo penal**: uma análise crítica à (in)devida importação da negociação da sentença ao sistema processual brasileiro proposto no pacote anticrime do Ministério da Justiça e Segurança Pública. Universidade Federal de Santa Catarina – Centro de Ciências Jurídicas, Departamento de Direito. Florianópolis. 2019.

Federal Rules of Criminal Procedure, Rule 11, Subdivision (e)(1) prohibits the court from participating in plea discussions. This is the position of the ABA Standards Relating to Pleas of Guilty §3.3(a) (Approved Draft, 1968). Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/rules/frcmp/rule_11> Acesso em: 21.10.2019.

FERREIRA, Heloisa Roberta de Mello. **A colaboração premiada no ordenamento jurídico constitucional**. Brasília: IDP/EDB. 49f – Monografia (Especialização). Brasília Instituto Brasiliense de Direito Público. 2016.

GARCIA, Emerson. **O acordo de não-persecução penal passível de ser celebrado pelo Ministério Público**: breves reflexões. Associação Nacional dos Membros do Ministério Público. Disponível em: <<https://www.conamp.org.br/pt/item/1772-o-acordo-de-nao-persecucao-penal-passivel-de-ser-celebrado-pelo-ministerio-publico-breves-reflexoes.html>> Acesso em: 29.10.2019.

GIACOMOLLI, Nereu José; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Justiça criminal negocial**: crítica à fragilização da jurisdição penal em um cenário de expansão dos espaços de consenso no processo penal. Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica, Vol. 20 – n. 3 – set-dez.2015. Disponível em: <https://www.academia.edu/24405497/JUSTI%C3%87A_CRIMINAL_NEGOCIAL_CR%C3%8DTICA_%C3%80_FRAGILIZA%C3%87%C3%83O_DA_JURISDI%C3%87%C3%83O_PENAL_EM_UM_CEN%C3%81RIO_DE_EXPANS%C3%83O_DOS_ESPA%C3%87OS_DE_CONSENSO_NO_PROCESSO_PENAL> Acesso em: 13.09.2019.

GOMES, Luiz Flávio. **Moro sugere “plea bargain” no Brasil – Que é isso? É possível? Seria uma revolução?** 2009, p. 10. Disponível em: <<https://www.professorluizflaviogomes.com.br/wp-content/uploads/2019/01/Professor-LFG-Plea-Bargain.pdf>> Acesso em: 12.10.2019.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES, Luiz Flávio. **Juizados especiais criminais**: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995. 4 ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei 10.259/2001. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

Heumann, Milton. **A Note on Plea Bargaining and Case Pressure**. *Law & Society Review*, vol. 9, no. 3, 1975, p. 515. Disponível em: <www.jstor.org/stable/3053170> Acesso em: 24.10.2019.

LEITE, Rosimeire Ventura. **Justiça consensual como instrumento de efetividade do processo penal no ordenamento jurídico brasileiro**. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2009. Disponível em: [<https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-17112011-110813/publico/Rosimeire_Texto_versao_completa.pdf>](https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-17112011-110813/publico/Rosimeire_Texto_versao_completa.pdf) Acesso em: 12.10.2019.

_____. **Lei 9.099**. Brasília. DF. 26 de Set. de 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm Acesso em: 31 Mar. 2018

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada**. Volume Único. 4ª ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2016.

MASI, Carlo Velho. **A plea bargaining no sistema processual penal norte-americano**. 2016. Disponível em: [<https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/355840123/a-plea-bargaining-no-sistema-processual-penal-norte-americano>](https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/355840123/a-plea-bargaining-no-sistema-processual-penal-norte-americano) Acesso em: 23.10.2019.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. **O valor da confissão como meio de prova no Processo Penal**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2019.

REALE, Miguel Júnior; WUNDERLICH, Alexandre. JUSTIÇA NEGOCIAL E O VAZIO DO PROJETO ANTICRIME. **Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, ano 27 – n. 318 – Ed. Especial – maio de 2019.

SANTOS, Eduardo Rodrigues dos. **Princípios Processuais Constitucionais**. 2ª ed. Salvador: Juspodivm. 2019.

SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (delação) premiada**. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

SARRUBBO, Mário Luiz. **CAO-crim**: Boletim Criminal Comentado-setembro. 2018 (semana3) <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/Boletim_Semanal/CAOCrim%20informativo%20setembro%202018%20_3.pdf>

SCOTT, Robert E.; STUNTZ, William J. **Plea bargaining as Contract**. 101, Yale L.J. 1992, p. 1912. Disponível em: [<https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=7444&context=ylij>](https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=7444&context=ylij) Acesso em: 20.10.2019.

SILVA, Danni Sales. **Justiça Negocial Criminal**: a ampliação das margens de consenso no processo penal brasileiro. Lisboa, 2016, p. 107. Disponível em: [<https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/31832/1/ulfd133819_tese.pdf>](https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/31832/1/ulfd133819_tese.pdf). Acesso em: 15.09.2019.

SILVA, Elisdaira Marília Fernandes da. **A constitucionalidade do acordo de não persecução penal previsto na resolução n. 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público**: um estudo acerca da expansão da justiça criminal consensual no Brasil. Boa Vista, 2018. Disponível em: <http://ufr.br/direito/index.php?option=com_phocadownload&view=category&download=442:a-constitucionalidade-do-acordo-de-nao-persecucao-penal-previsto-na-resolucao-n-181-2017-do-conselho-nacional-do-ministerio-publico-um-estudo-acerca-da-expansao-da-justica-criminal-consensual-no-brasil-autora-elisdaira-marilia-fernandes-da-silva&id=88:2018-2&Itemid=314> Acesso em: 13.09.2019.

SILVA, Juliana Ferreira da. **O plea bargain e as falsas confissões: uma discussão necessária no sistema de justiça criminal**. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, ano 27 – n. 318 – Ed. Especial – maio de 2019.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2019.

SIMON, John Antony. **Considerações sobre o Ministério Público norte-americano**. São Paulo, 1988, p. 14. Disponível em: <https://www.amprs.com.br/public/arquivos/revista_artigo/arquivo_1285250727.pdf>. Acesso em: 24.10.2019.

SOUSA, Marllon. **Plea Bargaining no Brasil: O processo Penal por meio do equilíbrio entre o utilitarismo processual e os direitos fundamentais do réu**. Salvador: JusPodivm, 2019.

_____. **Súmula n. 243**. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20%27243%27\).sub.](https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%27243%27).sub.)> Acesso em: 01.11.2019

_____. **Súmula n. 536**. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20%27536%27\).sub.](https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%27536%27).sub.)> Acesso em: 01.11.2019

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Comentários à Lei dos Juizados Especiais Criminais**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

WEIGEND, Thomas; TURNER, Jenia Iontcheva. **The Constitutionality of Negotiated Criminal Judgments in Germany**. German Law Journal, vol. 15, no. 1, 2014. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2375914>. Acesso em: 26.10.2019.

ZIESEMER, Henrique da Rosa; SILVA JÚNIOR, Jádel da. **As persistentes inconstitucionalidades da Resolução 181 (e 183) do CNMP**. Teresina: Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, ano 23, n. 5346, 2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/64178/as-persistentes-inconstitucionalidades-da-resolucao-181-e-183-do-cnmp>> Acesso em: 28.10.2019.