ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: UM CASO DE DIREITO PENAL DAS CONSEQUÊNCIAS LEVADO ÀS ÚLTIMAS CONSEQUÊNCIAS

Non-prosecution agreement: a criminal law of the consequences' case taken to the last consequences

Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 161/2019 | p. 249 - 276 | Nov / 2019
DTR\2019\41040

Leo Maciel Junqueira Ribeiro
Advogado Criminalista. Bacharel em Direito pela UFMG. Associado ao IBCCrim. Membro do I Laboratório de Ciências Criminais em Belo Horizonte/MG (IBCCrim).
leoribeiromj@gmail.com

Victor Cezar Rodrigues da Silva Costa
Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Advogado Criminalista. victorsilva.costa@yahoo.com.br

Área do Direito: Penal; Fundamentos do Direito
Resumo: Partindo da ideia de orientação do Direito Penal pelas consequências, este artigo visa realizar uma análise sobre o acordo de não persecução penal, um instituto importado do plea bargaining anglo-americano que vem ganhando espaço no sistema jurídico brasileiro, tendo como referência três principais dispositivos: o art. 283 do Projeto de Lei 8.045/2010; o art. 18 da Resolução 181/2017 do CNMP; o Anteprojeto para alteração do Código de Processo Penal; o "Projeto de Lei Anticrime". Com base na ideia de acordo de não persecução penal que foi apresentada nesses dispositivos, este trabalho vai analisar o instituto sob a perspectiva da sua involuntariedade, da impossibilidade de realização na fase investigativa, da degeneração das funções institucionais do Ministério Público e da vedação ao uso da confissão como único fundamento da culpabilidade. Nas conclusões, apresenta-se proposta de alterações no sistema jurídico, sem as quais a legitimidade do acordo de não persecução penal pode ser questionada.

Palavras-chave: Direito Penal das consequências – Acordo de não persecução penal – Plea bargaining – Devido processo legal – Princípios constitucionais – Culpabilidade
Abstract: Starting with the idea of guiding criminal law by its consequences, this article aims to analyze the non-prosecution agreement, an institute imported from the American plea bargaining system that has been gaining ground in the Brazilian legal system, using as reference three main mechanisms: art. 283 of Bill 8,045/2010; art. 18 of CNMP Resolution 181/2017; the preliminary draft amendment to the Code of Criminal Procedure; the "Anti-crime Bill". Based on the idea of a criminal non-prosecution agreement that was presented in these provisions, this work will analyze the institute from the perspective of its involuntariness, the impossibility of realization in the investigative phase, the degeneration of the institutional functions of the Public Prosecutor's Office and the fence use of confession as the sole foundation of guilt. In the conclusions, a change in the legal system is presented, without which the legitimacy of the non-prosecution agreement can be questioned.

Keywords: Criminal law of the consequences – Non-prosecution agreement – Plea bargaining – due process of law – Constitutional principles – Guiltiness
Sumário:

1.Introdução - 2.O direito penal orientado pelas consequências - 3.Dispositivos sobre acordo de não persecução penal formulados no Brasil - 4.Problemas estruturais e sistêmicos do acordo de não persecução penal - 5.Involuntariedade da confissão - 6.Impossibilidade de realização do acordo na fase investigativa - 7.Degeneração das funções institucionais do Ministério Público - 8.Confissão isolada como fundamento da culpabilidade? - 9.Conclusão - Referências bibliográficas

1.Introdução

O desenvolvimento do constitucionalismo ao longo das últimas décadas tornou clara a premissa de que a jurisdição penal, para ser considerada legítima, deve necessariamente estar submetida e vinculada às garantias fundamentais descritas na Constituição da República[1]. A despeito dessa premissa, no ordenamento jurídico brasileiro cresce gradativamente a orientação do Direito Penal pelas consequências, o que significa a busca pela aplicação da pena sem preocupações significativas com o devido processo legal, a idoneidade da legislação penal ou a fundamentação legítima da culpabilidade[2].

Nesse contexto, o que foi estruturado tradicionalmente como o "núcleo duro no direito penal liberal"[3] hoje se transforma no direito penal e processual penal das consequências, que por essência é expansivo e recebe institutos que lhe eram anteriormente extrínsecos. No sistema jurídico brasileiro, o instituto da transação penal talvez seja um dos mais tradicionais exemplos dessa estrutura, tendo sido muito criticado desde a sua implementação pelo fato de possuir como objeto infrações que a princípio não deveriam estar no âmbito penal, dispensando a instrução processual para possibilitar a imposição[4] imediata de pena e transformando essa imposição em ato que não é caracteristicamente jurisdicional[5].

Seguindo essa tendência utilitário-economicista no direito penal e processual penal, diversos dispositivos normativos brasileiros buscam importar do direito anglo-americano o instituto do plea bargaining ou, em especial, a plea guilty, que significa, em síntese, a confissão de culpa do investigado por uma ou todas as imputações que lhe foram feitas, em troca da aplicação imediata da uma pena reduzida[6]. Alguns dos dispositivos normativos brasileiros que atualmente se destacam nesse sentido são o art. 283 do Projeto de Lei 8.045/2010, que propõe a reforma do Código de Processo Penal (CPP), o art. 18 da Resolução 181/2017, redigida pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), a proposta de acréscimo do art. 28-A ao CPP, pelo Anteprojeto do Min. Alexandre de Morais e, por fim, a alteração nos arts. 28 e 395 do CPP, que foi sugerida no "Projeto de Lei Anticrime" apresentado pelo Min. Sérgio Moro.

A presença desses novos dispositivos justifica a necessidade de que sejam realizados debates sérios e aprofundados a respeito da viabilidade na importação do acordo de não persecução penal para o ordenamento jurídico brasileiro, principalmente no que concerne a seus aspectos estruturais, sistêmicos e constitucionais. Analisar cada uma dessas questões de forma crítica, bem como contribuir com a realização de debates sobre a temática, serão os principais objetivos que teremos como referência neste artigo, iniciando com a delimitação do significado e dos fundamentos do Direito Penal das consequências, visto que, como todo processo interpretativo, a existência de pré-compreensões possui fundamental importância para o correto entendimento dos significados que se pretende transmitir.[7]

2.O direito penal orientado pelas consequências

Conforme descreve Winfried Hassemer, uma das principais características da política criminal contemporânea é a orientação do Direito Penal pelas suas consequências, prevalecendo a ideia de que cabe ao legislativo e ao judiciário buscar, por meio da aplicação das sanções penais, a correção do autor da infração e a contenção completa da criminalidade[8]. Com a utilização da palavra "consequências", Hassemer não parece estar se referindo tão somente às funções da pena ou da punição, mas também aos anseios últimos da sociedade civil em relação ao sistema penal, quase como se fosse a utopia que é desejada pelo imaginário popular e que supostamente seria alcançada por meio da punição. Para o autor, essa característica representa a superação do paradigma clássico no Direito Penal, cujos objetivos principais eram perseguir o injusto e compensar a culpa do agente delitivo[9].

Nesse contexto de Direito Penal das consequências, é também possível notar o

crescimento do apoio às ideias do chamado "defensismo social", passando-se a exigir do Estado uma repressão muito mais incisiva à prática de crimes e melhorias quanto à "eficiência" na aplicação da pena, ainda que para isso sejam violadas garantias individuais determinadas pela constituição. Nesse contexto, cria-se uma ideia de jurisdição penal que não se limita às instituições da justiça criminal, afetando o modelo de Estado contemporâneo, que se torna marcado pela sublimação do espetáculo, pela flexibilização dos limites democráticos e pela permissividade crescente à ilegalidade ou à inconstitucionalidade no processo penal[10]. Como exemplo empírico dessa permissividade às situações ilegalidade, têm-se a aplicação excessiva das prisões provisórias, embora a lei penal a considere medida extremada de exceção[11], aplicável somente em último caso, totalizando o número muito elevado de presos provisório no sistema penal brasileiro: 34% dos presos atualmente são provisórios, dentre os quais, 49% estão presos por período superior a 180 dias[12]. Quanto à inconstitucionalidade, basta nos referirmos à violação do princípio da presunção de inocência que foi realizada pelo Supremo Tribunal Federal a partir do HC 126.292, com a utilização de argumentos absolutamente improcedentes[13]. Nessa conjuntura, destaca-se também certo retrocesso à teoria retributiva da pena, que baseia a pena em aspectos valorativos de retribuição, prescindindo de conteúdo material de justificação[14]. Assim, demandado respostas imediatas e irrestritas do Estado, a sociedade passa a considerar que o Direito Penal só poderá ser legítimo caso a sua estrutura potencialize ao máximo as possibilidades de aplicação da pena, da forma mais rápida possível.

O conjunto dessas circunstâncias torna muito razoável a constatação de existência, no ideário atual, do Direito Penal das consequências, o qual, conforme descrito anteriormente, dispensa preocupações relevantes com o devido processo legal, a idoneidade da legislação penal ou a fundamentação legítima da culpabilidade. Dessa forma, a existência do processo penal e o respeito às garantias individuais são vistos equivocadamente como entraves desnecessários à aplicação da pena, buscando-se o encurtamento dos procedimentos e a flexibilização das nulidades processuais para que a pena possa ser aplicada com a maior brevidade possível.[15]

No contexto descrito, a aplicação de institutos relacionados ao plea bargaining no direito penal brasileiro aparenta ser uma alternativa cabível para os objetivos que são buscados pelas ideias reitoras do Direito Penal e da política criminal contemporâneos, visto que sua estrutura permite menor vinculação às garantias constitucionais que são típicas do sistema romano-germânico[16], conforme se verá a seguir. Sendo representante desses institutos do plea bargaining e alvo de críticas incisivas no direito anglo-americano, o acordo de não persecução penal busca ser importado para o sistema jurídico brasileiro, por meio dos dispositivos descritos a seguir.

3.Dispositivos sobre acordo de não persecução penal formulados no Brasil

Conforme descrito anteriormente, são quatro os dispositivos normativos brasileiros que se destacaram por tratar do acordo de não persecução penal, nomeadamente: o art. 283 do Projeto de Lei 8.045/2010, o art. 18 da Resolução 181/2017 do CNMP; o art. 28-A do CPP no Anteprojeto do Min. Alexandre de Morais; os arts. 28 e 395 do CPP no "Projeto de Lei Anticrime". Por meio da observação dos aspectos que são convergentes entre esses dispositivos, é possível delimitar o os principais pontos de discussão a respeito da ideia de acordo de não persecução penal que está sendo trazida ao Brasil, o que é indispensável para esta pesquisa. Nesses termos, serão destacados apenas os aspectos principais de cada um dos dispositivos.

3.1.Artigo 283 do Projeto de Lei 8.045/2010

No caput do art. 283 do Projeto de Lei 8.045/2010, também chamado de Reforma do Código de Processo Penal, há previsão expressa para a possibilidade de acordo de não persecução penal, que pode ocorrer até o início da instrução processual, antes da audiência de instrução e julgamento, podendo ser requerido pelas partes nos casos em que a pena máxima cominada não ultrapasse oito anos[17]. No § 1º do art. 283 estão

dispostos os requisitos para o acordo, que são: a confissão, total ou parcial, em relação aos fatos imputados na peça acusatória; o requerimento de que a pena seja aplicada no mínimo legal; a expressa manifestação das partes para dispensar a produção das provas por elas indicadas. Outro ponto relevante é a previsão expressa, nos parágrafos sétimo e oitavo, da necessidade de homologação do acordo de não persecução penal pelo juiz. Por fim, é importante ressaltar que a homologação do acordo passa a ser considerada sentença condenatória.

3.2.Artigo 18 da Resolução 181/2017 do CNMP

Os termos do acordo de não persecução-penal que estão descritos no art. 18 da Resolução 181/2017 do CNMP possuem importantes diferenças quanto ao que determina o dispositivo citado anteriormente. Vale ressaltar que, assim como muitos outros dispositivos, o art. 18 foi modificado pela Resolução 183/2018, que alterou a resolução anterior e determinou a redação do art. 18 que está vigente. Assim, trataremos neste artigo da versão mais recente da redação dada ao art. 18 Resolução 181/2017 do CNMP.

Antes de tratarmos dos termos do art. 18, uma análise breve já demonstra um aspecto problemático nas Resoluções 181/2017 e 183/2018 do CNMP, que é o fato de não serem dispositivos normativos emanados do Congresso Nacional, o que sugere uma violação direta ao princípio da legalidade ou da reserva legal[18]. Essa violação pode ser apontada pois, conforme descreve o art. 22, inciso I, da Constituição Federal, não há dúvida de que compete apenas à União legislar sobre matéria de Direito Penal e Processo Penal[19]. Poder-se-á perceber ao longo deste artigo que, talvez por não ter passado pelo devido processo legislativo, essa resolução possui problemas maiores que o art. 283 do Projeto de Lei 8.045/2010.

Além desse problema de legalidade, os termos do caput do art. 18 da Resolução 181/2017 do CNMP merecem ser aqui descritos. Primeiramente, ressalta-se que nesse dispositivo o acordo apenas pode ser proposto pelo Ministério Público, e desde que não seja o caso de arquivamento no inquérito, ou seja, haverá denúncia caso o acordo seja recusado pelo investigado[20]. Além disso, somente poderá haver acordo caso a pena cominada ao crime seja inferior a quatro anos e ele não tenha sido cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, devendo haver, quando possível, a reparação do dano para a vítima.

Para esse dispositivo normativo, a confissão do acusado também é um requisito do acordo de não persecução penal, assim como no da Reforma do Código de Processo Penal, além da renúncia a bens e direitos que sejam apontados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime. Por fim, é importante destacar que nessa proposta há uma cláusula aberta no inciso V do art. 18, determinando que o investigado deverá "cumprir outra condição estipulada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal aparentemente praticada".

3.3.Anteprojeto para alteração do Código de Processo Penal

Outro dispositivo sobre acordo de não persecução penal que pode ser destacado está incluído no anteprojeto de lei que foi apresentado no dia 08 de maio de 2018 ao Congresso Nacional (CN), tendo sido encabeçado pelo ministro Alexandre de Moraes (REF). O anteprojeto deu origem aos PL 10372/18 e 10373/18, sendo que a partir do momento que se tornou público foi possível constatar nele a proposta de adicionar o art. 28-A ao CPP, no qual está disciplinado o acordo de não persecução penal.[21]

Analisando brevemente o dispositivo, pode-se pensar que ele levou como parâmetro a Resolução 181 do CNMP, pois é possível notar alguns pontos de transcrição da resolução, como as condições de "reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, salvo impossibilidade de fazê-lo" e de "renunciar voluntariamente a bens e direitos, indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime". Dessa forma, as críticas que seriam realizadas aos aspectos problemáticos desses trechos no âmbito da Resolução 181 do CNMP podem ser plenamente projetadas à quase totalidade desse anteprojeto.

Em alguns pontos muito específicos, o dispositivo proposto trouxe pequenos avanços em relação à resolução do CNMP, como: a restrição temporal e material das condições que podem ser impostas pelo Ministério Público ao acusado; a especificação das formalidades na homologação do acordo pelo juiz, pela verificação de aspectos formais e materiais dentre os quais se destacam a regularidade, legalidade, voluntariedade e adequação ao caso concreto. Ademais, o envio da proposta ao Congresso Nacional, que possui legitimidade para apreciar questões de natureza penal, faz com que esse projeto, ao menos nesse ponto específico, não tenha incorrido em violação ao princípio da legalidade, em sua perspectiva formal.

No entanto, além das partes que representaram pequenos avanços em relação à Resolução 181 do CNMP, algumas alterações do anteprojeto são incoerentes com o discurso padrão que o propõe[22], constituindo um tipo de seletividade questionável. Como exemplo, destaca-se a vedação do acordo quando há "lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores (Lei 9.613/1998), praticado por funcionário público contra a administração pública (Código Penal, Título XI, Capítulo I) ou nos casos de incidência da Lei 11.340, de 7 de agosto de 2006".

Além disso, há diversas circunstâncias que impedem a realização do acordo, quais sejam: ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva; ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; 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.

O conjunto dessas circunstâncias pode implicar uma lógica de periculosidade que é inadmissível em nosso ordenamento jurídico, tendo sido as expressões "conduta social" e "personalidade do agente" já muito criticadas por constituírem violação ao princípio da culpabilidade, por representarem o "direito penal do autor"[23]. Portanto, conforme ficará mais claro ao final deste artigo, o anteprojeto estrutura o acordo de não persecução penal numa lógica duvidosa, pois o legislador veda a sua realização, que causa graves prejuízos ao acusado, justo nos casos em que parece querer tornar o sistema penal mais repressivo, faltando coerência.

3.4.Disposições do "Projeto de Lei Anticrime"

A proposição mais recente de acordo de não persecução penal no sistema jurídico brasileiro é o "Projeto de Lei Anticrime"[24], apresentado pelo Min. Sérgio Moro no início de 2019, que agora é denominado como PL 882/19. Esse projeto possui diversas semelhanças com as Resoluções 181/2017 e 183/2018 do CNMP, inclusive parecendo se tratar de uma tentativa de positivação do que havia sido proposto pelo Ministério Público. Contudo, pode-se afirmar que, dessa forma, o PL 882/19, assim como o anteprojeto do Min. Alexandre de Morais, não incorreu em violação à legalidade formal, por ter sido submetido ao Congresso Nacional.

Quanto às suas disposições sobre o acordo de não persecução penal, o PL 882/19 adiciona inicialmente o art. 28-A ao CPP, que possui redação quase idêntica às Resoluções 181/2017 e 183/2018 do CNMP, indicando como definição do acordo, em seu caput:

"o Ministério Público ou o querelante poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, se não for hipótese de arquivamento e se o investigado tiver confessado circunstanciadamente a prática de infração penal, sem violência ou grave ameaça, e com pena máxima não superior a quatro anos."

As condições possíveis para o acordo são: I – reparar o dano; II – renunciar a bens e direitos indicados pelo MP; III – prestar serviços; III – pagar prestação pecuniária; IV –

outra condição a ser indicada pelo MP. As principais diferenças são a ausência de limite econômico do dano causado e de vedação em determinados crimes, impedimento à prescrição na vigência do acordo e determinação da extinção da punibilidade em caso de comprimento, com baixa na ficha de antecedentes, bem como vedação ao acordo para aqueles que pratiquem "conduta criminal habitual, reiterada ou profissional". É notável a alteração quanto à homologação do acordo, que fica um pouco mais detalhada, nos seguintes termos: "para a homologação do acordo de não persecução penal, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor, e sua legalidade" (art. 28-A, § 4º).

A maior inovação talvez tenha sido no art. 395-A, que prevê a possibilidade de aplicação imediata das penas, sendo que, nesse caso, pode-se afirmar que são previstos pequenos avanços como "o cuidado com a vítima, a fiscalização pessoal pelo juiz em audiência, a detecção judicial de abusos em casos de inexistência de crime ou de pena desproporcional, e rigor com existência material da concordância das partes" [25]. De fato, embora mantenha os pontos questionáveis dos outros dispositivos citados acima, trata-se da proposta mais detalhada que se apresentou até o momento em sistema jurídico brasileiro.

4.Problemas estruturais e sistêmicos do acordo de não persecução penal

No direito anglo-americano, os institutos do plea bargaining ou, em especial, a plea guilty, que serviram como principal referência para o conceito de acordo de não persecução penal descrito acima, são duramente criticados. Em síntese, as críticas afirmam que a confissão do acusado em troca da redução em sua pena, sendo ela aplicada imediatamente após a confissão, possui problemas estruturais e sistêmicos que prejudicam não apenas o devido processo legal, mas também os valores fundamentais do sistema criminal[26].

Um dado interessante é que, nos Estados Unidos da América, no ano de 2015, cerca de 44% dos indivíduos que realizaram algum tipo de acordo de não persecução penal tiveram em seus casos a constatação, posteriormente, de que eram inocentes dos crimes que lhes foram imputados pelo Ministério Público[27]. Inclusive, é reconhecida a incessante busca, por parte da comunidade acadêmica norte-americana, de alternativas ao sistema de plea bargaining e aos acordos de não persecução penal, como, por exemplo, a modificação de determinados aspectos do procedimento no processo penal e a garantia da instrução processual a todos os cidadãos[28]. Tudo a indicar, de uma forma ou de outra, que o acordo de não persecução penal deixa inclusive de ser uma forma adequada de redução dos índices de criminalidade, o que levou até mesmo certas instituições anglo-americanas a proibirem sua prática[29].

Contudo, como opção metodológica, deixemos por hora essa síntese das críticas realizadas pela doutrina anglo-americana, para nos dedicarmos à análise das críticas ao acordo no sistema jurídico brasileiro. Assim, também na doutrina brasileira muitas críticas se fazem presentes, embora certos autores acreditem, a nosso ver de forma equivocada, que o instituto é totalmente aplicável na jurisdição penal brasileira[30]. Apenas quanto ao aspecto estrutural e sistêmico do acordo, que está sendo analisado no presente item, uma síntese interessante sobre essas críticas está contida nas palavras de Jacinto Coutinho, no sentido de que esse tipo de "instituto" seria incompatível com a fundamentação do sistema processual penal brasileiro:

"Tudo leva a crer, enfim, que um plea bargaining metido em um processo do sistema inquisitório como o brasileiro seja um desastre, retirando ainda mais o pouco de democracia processual que restou depois da americanização à brasileira promovida nos últimos anos, tudo sem o devido controle por quem de direito, seja lá por qual motivo for. Ter plea bargaining é inevitável se o processo penal brasileiro vier a ser acusatório. Mas para isso é preciso, antes, importar o sistema todo, com ônus e bônus. Do jeito que se está tentando impor, os ônus ficarão para os cidadãos investigados/acusados; e os bônus - tudo indica – ficarão para o Estado e seus órgãos."[31]

Portanto, como esse instituto é alvo de severas críticas no sistema anglo-americano, em que sua aplicação é uma realidade, e também no brasileiro[32], deve-se buscar entender quais são as outras críticas direcionada ao acordo de não persecução penal e como elas podem ser vistas no sistema jurídico brasileiro. Afinal, pode haver problemas estruturais e sistêmicos que são inerentes ao acordo de não persecução penal e que, analisados sob a perspectiva de nosso sistema jurídico e dos princípios constitucionais que o norteiam, podem se tornar ainda mais complexos.

5.Involuntariedade da confissão

A primeira questão que deve ser debatida de forma aprofundada em relação ao acordo de não persecução penal é a possibilidade de que a confissão que é feita pelo investigado antes da aplicação de sua pena seja involuntária. Dessa forma, deve-se ter como pressuposto que o acordo de não persecução penal somente será considerado legítimo se a confissão for voluntária, o que importa destacar que deve existir plena liberdade e autonomia para o investigado[33].

Nos debates sobre o acordo de não persecução penal que realizados no direito anglo-americano, há um clássico precedente que merece ser citado, no caso Boykin v. Alabama[34]. Nesse caso, julgado pela Warren Court, ainda no ano de 1969, os magistrados sustentaram que a admissão de culpa é uma confissão, e a validade da confissão depende da confirmação de que foi feita de forma voluntária[35]. A voluntariedade, por sua vez, depende da liberdade e da autonomia para a realização do acordo de não persecução penal, indo muito além da mera capacidade civil ou da ausência de coações físicas irresistíveis. Nesses termos, parte da doutrina anglo-americana descreve que há um sério risco de que os acusados ou investigados confessem fatos inexistentes de forma involuntária, diante do risco de uma condenação mais gravosa ao final do processo[36], ou até mesmo a situação de overcharging, em que os acusadores fazem imputações mais graves para forçar acordo menos vantajoso ao investigado. [37]

Não obstante, para a existência de liberdade e a autonomia é necessário que não exista coação ilícita direcionada ao acusado. Essa necessidade é talvez um dos pontos mais questionáveis do acordo de não persecução penal, pois quando o investigado decide se irá confessar ou se escolherá ser submetido à instrução processual, há diversos fatores que podem ser considerados influência indevidas na forma como será feita essa decisão.

O primeiro deles é a ameaça de prisão preventiva, que embora seja considerada uma medida extrema no decorrer do inquérito e do processo penal, tem sido aplicada de forma desmedida contra os acusados. Conforme já explicitado anteriormente, cerca de 34% dos presos no Brasil são presos provisórios no ano de 2017, sendo que entre eles uma média de 49% estão presos há mais de 180 dias, demonstrando a alta incidência das medidas cautelares antes do encerramento da instrução processual[38]. Com fundamentos de redação genérica e indeterminada[39], como a garantia da "ordem pública" ou da "ordem econômica", existe grande possibilidade que o acusado se veja submetido à aplicação da prisão preventiva, bastando um requerimento do Ministério Público para motivar decisão judicial que a decreta, a despeito da determinação legal de que a prisão provisória seja medida de exceção. Dessa forma, em que o investigado decide realizar o acordo de não persecução penal, sempre existirá a ameaça da prisão preventiva de forma excedente aos limites da legalidade, fazendo com que ele prefira confessar falsamente a prática do crime do que arriscar ser preso preventivamente durante o trâmite processual.

Além da grave ameaça da prisão preventiva, pode-se destacar a influência que advém da própria existência do inquérito e do processo penal, tendo em vista a publicização midiática que se potencializa na jurisdição penal. Assim, essa coação advém principalmente da estigmatização gerada pelo processo penal em relação aos acusados, pois a publicização midiática dos procedimentos penais não se atém à descrição imparcial ou ambivalente dos acontecimentos. Ao contrário, essa publicização é

construída por narrativas dramáticas que visam unicamente atrair audiência[40], as quais, aliadas à arbitrariedade da justiça criminal, geram consequências irreparáveis e injustificáveis nas vidas dos acusados[41]. Por certo, não se trata de regra geral, mas é um contexto fático que está crescendo gradativamente e tem se tornado muito comum em nosso sistema jurídico. Sendo assim, pode-se questionar como qualquer indivíduo poderia decidir livre e autonomamente pela realização de um acordo de não persecução penal quando existe o risco iminente de ter sua vida exposta e execrada nas redes televisivas nacionais, caso decida pela continuidade do inquérito policial ou do processo penal.

A falta de segurança jurídica também pode ser apontada como uma possível influência indevida na liberdade e na autonomia do investigado que decidirá sobre a realização o acordo. Na justiça criminal brasileira, a falta de segurança jurídica se divide entre a permissividade aos atos arbitrários e o desprezo dos tribunais pela dogmática penal, circunstâncias que não são regra, mas que podem ser observadas com frequência na prática jurídica. Quanto à permissividade aos atos arbitrários, não é necessário que a análise exceda a questão da execução provisória da pena após julgamento em segunda instância, já citada acima, ato que viola frontalmente o art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal e foi aceito pelo Supremo Tribunal Federal[42]. O desprezo dos tribunais pena dogmática penal se manifesta de diversas formas, como a não aplicação do princípio da insignificância com base na periculosidade do agente[43]. Sem a utilização da dogmática penal, que possui a função indispensável de sistematizar os critérios de aplicação das normas penais[44], a existência de segurança jurídica é prejudicada. Nesse sentido, pode-se questionar a voluntariedade do acordo quando houver insegurança jurídica especialmente grave, tendo em vista que nesses casos o investigado não poderia saber quais seriam as reais consequências de seu acordo.

Os fatores citados nos levam a questionar sobre a real possibilidade de que haja voluntariedade no acordo de não persecução penal, visto que eles podem mitigar a liberdade e a autonomia do investigado quando decidirá pela realização (ou não) do acordo. Inclusive, esse debate já levou parte da doutrina a afirmar, de forma incisiva, que não se pode falar em qualquer voluntariedade na negociação processual[45]. Por conseguinte, ainda que não se tenha cometido o crime pelo qual está sendo investigado, pode parecer um "bom negócio" para o acusado confessar falsamente a culpa em troca de se livrar do risco iminente da decretação de prisão preventiva, da estigmatização e da publicização midiática, bem como da enorme incerteza sobre os critérios que serão utilizados em seu julgamento. Com isso, não se trata de dizer que os investigados não possuem capacidade decisória, mas apenas que essa capacidade pode ser influenciada de forma indevida por circunstâncias do sistema jurídico vigente. Inexistindo soluções práticas para os problemas apontados, pode-se questionar a voluntariedade no acordo de não persecução penal e, portanto, também a sua legitimidade.

6.Impossibilidade de realização do acordo na fase investigativa

Além da involuntariedade que pode existir no acordo de não persecução penal aplicado ao ordenamento jurídico brasileiro, deve-se discutir se realmente é possível realizá-lo na fase investigativa, no âmbito do inquérito policial. O principal ponto que motiva essa discussão é que há entendimento jurisprudencial[46] e doutrinário[47] no sentido de que não se podem discutir nulidades e ilegalidades na fase de inquérito policial, impedindo o exercício da ampla defesa e do contraditório. Qualquer questionamento judicial sobre nulidades ou ilegalidades é feito de forma externa aos autos do inquérito, por meio de vias como habeas corpus, por exemplo[48], que ainda assim não consegue suprir a possibilidade de questionamento, por ser considerado uma "via estreita", impedindo o saneamento de diversos atos coatores ilícitos, especialmente aqueles que exijam análise sobre elementos probatórios que estejam no processo originário. [49]

Esse entendimento cria obstáculos reais ao combate das nulidades e ilegalidades que possam ocorrer na fase investigativa, praticamente impossibilitando o investigado de questionar essas arbitrariedades antes da realização do acordo de não persecução penal.

Em outras palavras, têm-se a situação em que o Ministério Público poderá dispor de um extenso rol de elementos incriminadores, obtidos de forma a violar garantias fundamentais, sem que o acusado possa questioná-los antes do acordo e sem que exista a segurança jurídica de que esses elementos sejam declarados nulos posteriormente, na hipótese da escolha pela instrução processual.

Nessas circunstâncias, a confissão, ainda que o investigado tenha algum envolvimento no fato considerado crime, pode ser considerada inválida, sendo insuficiente para motivar aplicação de pena, uma vez que foi "adquirida" mediante violação das garantias fundamentais do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal. A impossibilidade é ainda mais clara no art. 18, § 7º, da Resolução 181/2017 do CNMP, para o qual "o acordo de não persecução poderá ser celebrado na mesma oportunidade da audiência de custódia". Ou seja, no momento da audiência de custódia há muitas vezes apenas o auto de prisão em flagrante delito, contendo apenas elementos incriminadores que não podem ser considerados provas, e, num prazo de menos de 48 horas, o custodiado, algemado e coagido pela estrutura do sistema de justiça criminal, deverá decidir se realizará ou não o acordo. É certo que, caso decida realizá-lo, a condenação será em tempo recorde e a custo de garantias fundamentais, o que reafirma o contexto em que o Direito Penal se orienta pelas consequências. Na doutrina anglo-americana, é notável a crítica a esse aspecto do acordo, indicando que a ausência de instrução processual pode levar ao aumento na ocorrência de erro judicial.[50]

Por fim, parte da doutrina atual defende acertadamente que se deve buscar o "processo penal acusatório-constitucional, em que o interrogatório é acima de tudo um meio de defesa e, a confissão, apenas mais um elemento na axiologia probatória, que somente pode ser considerado quando compatível e conforme o resto da prova produzida"[51]. Se não há sequer processo penal, pois se trata de fase investigativa, e não houve qualquer produção de provas, impossível que se considere a confissão como suficiente para motivar a aplicação de pena no âmbito de um acordo de não persecução penal, especialmente aquele que é realizado no inquérito policial. Dessa forma, a realização do acordo de não persecução penal na fase investigativa pode ser responsável por violar princípios constitucionais de processo penal, razão pela qual sua aplicação deve ser questionada, caso não sejam feitas alterações sobre essa situação.

7.Degeneração das funções institucionais do Ministério Público

Outro problema estrutural e sistêmico do acordo de não persecução penal é referente à possível degeneração das funções institucionais do Ministério Público, sobretudo após considerarmos como possibilidades a involuntariedade do acordo e os motivos que impossibilitam sua realização da fase investigativa, conforme demonstrado acima. Não obstante, para que seja constada a degeneração das funções institucionais, deve-se primeiro esclarecer quais seriam essas funções e quais são suas origens no ordenamento jurídico.

De acordo com os artigos 127 e 129 da Constituição da República, as funções do Ministério Público no âmbito penal são: custos legis, fiscalizando a aplicação idônea das leis[52]; acusatória, pelo exercício da ação penal em face do acusado[53]. Embora esteja determinada pela Constituição Federal, a função de fiscalizador da aplicação da lei é exercida de forma reduzida, prevalecendo seu posicionamento como titular da ação penal, de forma parcial e buscando sempre a confirmação da hipótese acusatória[54]. Dessa forma, pode-se concluir que a função precípua do Ministério Público no âmbito penal é a acusatória.

Contudo, nos acordos de não persecução penal, parece ser atribuída outra função institucional ao Ministério Público. No caso do art. 18 da Resolução 181/2017 do CNMP, por exemplo, o promotor é quem analisa os seguintes aspectos: se deve haver o arquivamento do inquérito; se houve violência ou grave ameaça contra a pessoa; se o acordo é suficiente para reprovar e gerar prevenção do crime; se o investigado cumprirá todas as condições do acordo; por incrível que pareça, se incidem causas de aumento ou

diminuição de pena na pena mínima que serve como parâmetro para a realização (ou não) do acordo.

Além disso, a resolução prevê condições demasiadamente amplas para a realização do acordo de não persecução penal, todas elas verificadas e administradas exclusivamente pelo Ministério Público, quais sejam: renunciar voluntariamente a bens e direitos, indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; 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; 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; cumprir outra condição estipulada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal supostamente praticada. A última condição constitui grave violação ao princípio da legalidade, visto que, de forma extremamente genérica, permite ao Ministério Público aplicar, discricionariamente, o tipo de condição que lhe convier ao acusado, sem a previsão de qualquer critério legal para limitar essa condição. Sobre essa tendência de degeneração das funções institucionais, as palavras de Aury Lopes Jr. são muito precisas:

"A negotiation viola desde logo o pressuposto fundamental da jurisdição, pois a violência repressiva da pena não passa mais pelo controle jurisdicional e tampouco se submete aos limites da legalidade, senão que está nas mãos do Ministério Público e submetida à sua discricionariedade. Isso significa uma inequívoca incursão do Ministério Público em uma área que deveria ser dominada pelo tribunal, que erroneamente se limita a homologar o resultado do acordo entre o acusado e o promotor. Não sem razão, afirma-se que o promotor é o juiz às portas do tribunal."[55]

Uma análise aprofundada sobre cada um desses tópicos não é necessária para que se conclua que essas são funções e elementos de análise que cabem apenas ao magistrado realizar[56]. Não pode o Ministério Público decidir e administrar os aspectos descritos, em qualquer momento da jurisdição criminal, pois permitir que exista essa possibilidade seria usurpar a função judicial do magistrado, o que é absolutamente inviável[57]. Deve-se buscar a efetiva separação das funções estatais que são desempenhadas pelo Ministério Público e pelos magistrados na justiça criminal, separação sem a qual a aplicação das garantias fundamentais estará severamente prejudicada[58]. Portanto, os dispositivos sobre o acordo de não persecução penal, da forma que foram redigidos, podem representar violação à Constituição Federal, por determinarem a assunção, pelo Ministério Público, de funções exclusivas dos magistrados.

8.Confissão isolada como fundamento da culpabilidade?

Em nosso ordenamento jurídico, o princípio constitucional da culpabilidade possui três principais significados, quais sejam como fundamento da pena, como elemento da dosimetria da pena e como impedimento à responsabilidade penal objetiva[59]. Como fundamento da pena, que é a perspectiva que mais interessará à presente discussão, a culpabilidade "não é uma qualidade da ação, mas uma característica que se lhe atribuí, para poder ser imputada a alguém como seu autor e fazê-lo responder por ela" [60]. Nesses termos, todos esses elementos devem ser provados durante o trâmite do processo penal, de forma que a caracterização da culpabilidade depende da demonstração jurisdicional de sua existência.

Nesse sentido, para que seja provada a culpabilidade de qualquer indivíduo, deve-se a atividade jurisdicional decisória deve estar estritamente vinculada às provas contidas nos autos após a instrução processual. Conforme ensinam doutrina[61] e jurisprudência[62], não se pode motivar a comprovação da culpabilidade apenas com base em elementos informativos coletados no inquérito policial, em respeito ao contraditório e à ampla defesa. Inclusive, um dos fundamentos do princípio da obrigatoriedade da ação penal é a

própria necessidade probatória, pois não se pode atribuir ao Ministério Público possibilidades extraordinárias de decidir se poderá ou não ser promovida a ação penal[63].

É por esse motivo que Ferrajoli, na teoria do garantismo penal, redige um dos axiomas garantistas como nulla culpa sine judicio, o que significa que não há culpabilidade sem atividade jurisdicional. O autor divide ainda entre o sentido lato e o sentido estrito desse axioma, indicando que este é o respeito jurisdicional às garantias penais ou substanciais, como o princípio da culpabilidade, enquanto aquele é o respeito jurisdicional às garantias processuais, como contraditório e ampla defesa[64]. Com base no que foi debatido até o momento nesse artigo, vê-se a hipótese muito razoável de que, no acordo de não persecução penal, ambos os sentidos deste axioma podem ser violados. Nas palavras acertadas de Vinicius Vasconcelos:

"Logo, rebate-se a justiça negocial, pois o processo penal necessariamente deve se consolidar como instrumento de limitação do poder punitivo estatal, percebido como um caminho necessário para se legitimar (na medida em que isso for possível) a imposição de uma sanção penal, ainda que o réu tenha sido preso em flagrante ou confessado integralmente o cometimento dos fatos delituosos; ou seja, um 'defraudador de expectativas'. O direito ao processo e ao julgamento são opções democráticas fundamentais, inerentes ao Estado Democrático de Direito, visto que a culpabilidade de um acusado somente pode ser afirmada após o transcorrer completo do procedimento, com o respeito às regras do devido processo penal, e o exaurimento da pretensão acusatória, devidamente comprovada por meio de lastro probatório produzido licitamente e sob o crivo do contraditório. Desse modo, a punição estatal depende inevitavelmente da comprovação da culpabilidade por meio de provas produzidas pelo acusador suficientes ao rompimento da presunção de inocência, em atenção aos princípios da necessidade e da jurisdicionalidade; ou seja, a imposição de uma sanção penal pelo Estado depende indissociavelmente do processo (nulla poena sine iudicio). Consolida-se, assim, a instrumentalidade do processo como limitação/legitimação do poder punitivo estatal, configurando-se ferramenta de proteção aos direitos fundamentais do imputado."[65]

Ademais, vale ressaltar que, nos termos dos itens anteriores, no acordo de não persecução penal que é realizado na fase investigativa, têm-se que o fundamento da aplicação da pena é uma confissão, isolada de qualquer prova, realizada de forma involuntária, mediante uma série de coações ilícitas e sem a possibilidade de exercício do contraditório e da ampla defesa, conforme descrito nos itens anteriores. Realizada nessas circunstâncias, a confissão não pode ser fundamento idôneo para a aplicação da pena, visto que não basta unicamente a declaração confessional do acusado para fundamentar a condenação nem mesmo quando ela é realizada no âmbito da instrução processual[66]. Admitir que esse tipo de confissão pudesse fundamentar a aplicação da pena seria retornar ao mais primitivo modelo de sistema inquisitivo no âmbito penal, em que se coagia à confissão para ter como resultado a aplicação da pena. [67]

9.Conclusão

Os dispositivos que versam sobre o acordo de não persecução penal no ordenamento jurídico brasileiro foram importados do direito anglo-americano com problemas estruturais e sistêmicos que podem dar origem à violação direta de princípios constitucionais como contraditório, ampla defesa, devido processo legal, legalidade e culpabilidade. A violação dos referidos princípios demonstra um contexto de orientação do Direito Penal pelas consequências, representado pela busca da aplicação da pena com a maior brevidade possível.

Com base nas questões debatidas ao longo deste artigo, pode-se concluir que o acordo de não persecução penal, da forma como está sendo proposto atualmente, pode apresentar certos tipos de contradições com garantias fundamentais e, portanto, sua legitimidade pode ser questionada no ordenamento jurídico brasileiro. Afinal, conforme descrito acima, não se pode fundamentar a culpabilidade na aplicação de pena

exclusivamente em uma confissão que é negociada na fase investigava, isolada de qualquer elemento probatório, realizada de forma involuntária, mediante uma série de coações ilícitas e sem o exercício do contraditório e da ampla defesa.

Além disso, ressalta-se que os dispositivos que tratam do acordo, sobretudo na Resolução 181/2017 do CNMP e o PL 882/19, incorrem na possibilidade de fundamentar a degeneração das funções institucionais do Ministério Público. Essa degeneração decorre do fato de que as propostas atribuem ao Ministério Público funções que são exclusivamente dos magistrados, o que constitui grave violação à divisão institucional do judiciário no Estado de Direito.

Dessa forma, pode-se reiterar a hipótese de que a aplicação do acordo de não persecução penal no ordenamento jurídico brasileiro somente poderá ter plena validade caso seus problemas estruturais e sistêmicos sejam solucionados. Vale dizer, pode-se considerar sua aplicação viável talvez num contexto em que: a prisão preventiva seja, de fato, medida excepcional; não exista execração midiática de suspeitos; seja reduzida ao mínimo a insegurança jurídica; exista a possibilidade de se questionar nulidades antes do acordo; sejam limitadas as funções do Ministério Público no acordo; existam outros elementos probatórios, que não apenas a confissão do investigado materializada no acordo, para fundamentar a culpabilidade.

Caso tais problemas não sejam solucionados, admitir a aplicação do acordo de não persecução penal seria legitimar a ideia de que as consequências do crime podem justificar a violação dos critérios constitucionais de determinação dos procedimentos penais e orientar toda a estrutura jurisdicional existente, levando às últimas consequências o que já tem se caracterizado como o Direito Penal das consequências. Por certo, essa ideia pode ser considerada incompatível com as garantias fundamentais descritas no texto constitucional, razão pela qual sua aplicabilidade deve ser duramente questionada.

Referências bibliográficas

ALSCHULER, Albert. Implementing the criminal defendant's right to trial: alternatives to the plea bargaining system. University of Chicago Law Review, Chicago, v. 50, n. 3, p. 931-1050, jun. 1983.

ALVES, Raquel; TREVOR, Valentina. Encabeçada por Moraes, proposta contra crime organizado divide especialistas. Disponível em: [www.jota.info/legislativo]. Acesso em: 15.05.2018.

ANITUA, Gabriel Ignacio. La importación de mecanismos consensuales del proceso estadounidense en las reformas procesales iberoamericanas. Revista General de Derecho Procesal, n. 6, mar. 2005.

BATISTA, Nilo. Mídia e sistema penal no capitalismo tardio. Revista Brasileira de Ciências Criminas, "Revista Especial", 8º Seminário Internacional, São Paulo, n. 42, 2003.

BERGER, Moise. The case against plea bargaining. American Bar Association Journal, v. 62, n. 5, 1976.

BIBAS, Stephanos. Plea bargaining outside the shadow of trial. Harvard Law Review, v. 117, n. 8, jun. 2004.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito penal: parte geral. 16. ed. São Paulo, Saraiva: 2015.

BRUNONI, Nivaldo. Ilegitimidade do direito penal de autor à luz do princípio de culpabilidade. Revista de Doutrina TRF4. Disponível em: [www.revistadoutrina.trf4.jus.br]. Acesso em: 15.05.2018.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Um panorama sobre o acordo de não persecução penal: art. 18 da Resolução 181/17 do CNMP. In: CUNHA, Rogério Sanches et al. (Org.). Acordo de não persecução penal. Salvador: JusPodivm, 2017.

CARVALHO, Luiz Maklouf. Suicídio de reitor põe PF sob suspeita. O Estado de S.Paulo, Florianópolis, 03.12.2017. Disponível em: [http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,suicidio-de-reitor-poe-pf-sob-suspeita,70002105813]. Acesso em: 05.05.2018.

CASARA, Rubens. Processo penal do espetáculo: ensaios sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

CASARA, Rubens. Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; PEDRON, Flávio Quinaud; SILVA, Diogo Bacha e; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes. Presunção de inocência: uma contribuição crítica à controvérsia em torno do julgamento do Habeas Corpus 126.292 pelo Supremo Tribunal Federal. Fevereiro de 2016. Disponível em: [www.academia.edu]. Acesso em: 22.04.2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Levantamento dos presos provisórios do país e plano de ação dos tribunais. Disponível em: [www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84371-levantamento-dos-presos-provisorios-do-pais-e-plano-de-acao-dos- Acesso em: 05.05.2018.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO (CNMP). Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Resolução n. 181, de 07 de agosto de 2017. Diário Eletrônico do CNMP, Caderno Processual, Brasília, edição de 08.09.2017. Disponível em: [www.cnmp.mp.br/portal/atos-e-normas/norma/5277]. Acesso em: 15.04.2017.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Manifesto contra os juizados especiais criminais (uma leitura de certa "efetivação" constitucional). In: SCAFF, Fernando Facury (Org.). Constitucionalizando direitos: 15 anos da constituição brasileira de 1988. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 46, n. 183, jul.-set. 2009.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Plea bargaining no projeto anticrime: crônica de um desastre anunciado. Boletim do IBCCrim, ano 27, n. 317, 2019.

DERVAN, Lucian E.; EDKINS, Vanessa A. The innocent defendant's dilemma: an innovative empirical study of plea bargaining's innocence problem. Journal of criminal law and criminology, v. 103, n. 1, 2013.

DOTTI, René Ariel; SCANDELARI, Gustavo Britta. Acordos de não persecução e de aplicação imediata de pena: o plea bargain brasileiro. Boletim do IBCCrim, ano 27, n. 317, 2019.

ESPADALER, Enric. Límites materiales al legislador penal en un espacio de pluralismo constitucional. Revista Española de Derecho Constitucional, n. 103, p. 305-332, jan.-abr. 2015.

ESTELLITA, Heloísa. A flexibilização da legalidade no Supremo Tribunal Federal: o caso da execução da condenação sujeita a apelos extremos. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, v. 4, n. 2, 2018.

FERNANDES, Antonio Scarance. Processo penal constitucional. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Zomer Sica et al. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo e jurisdição. In: GRECO, Luís; MARTINS, Antonio. Direito penal como crítica da pena. Madrid: Marcial Pons, 2012.

HASSAN CHOUKR, Fauzi. Código de Processo Penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial. 8. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

HASSEMER, Winfried. Características e crises do moderno sistema penal. Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal. Trad. Pablo Rodrigo Alflen, São Paulo, n. 18, p. 144-157, fev.-mar. 2003.

HASSEMER, Winfried. Introdução aos fundamentos do direito penal. Trad. 2. ed., rev. e atual. por Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Sergio Antonio Fabris Editor.

LANGBERN, John. Torture and plea bargaining. The University of Chicago law review, v. 46, n. 3, 1978.

LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

LEVENSON, Laurie. Peeking behind the plea bargaining process: Missouri v. Frye & Lafler v. Cooper. Loyola Law Review, v. 46, n. 2, 2013.

LIMA, Renato Brasileiro de. Curso de processo penal. Salvador: JusPodivm, 2016.

LOPES JR., Aury. Prefácio. In: VASCONCELOS, Vinicius Gomes de. Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCrim, 2015.

LOPES JR., Aury. Direito processual penal. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MARQUES, José Frederico. Elementos de direito processual penal. Campinas: Bookseller, 1997.

MAZZILLI, Hugo Nigro. Regime jurídico do Ministério Público. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho penal y control social. Sevilla: Fundación Universitaria de Jerez, 1985.

PRADO, Geraldo. Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

RAKOFF, Jed S. Why innocent people plead guilty. The New York Review of Books, New York, v. 61, n. 18, nov. 2014.

RIOS, Rodrigo Sánchez; MACHADO, Allian. Tipicidade e inversão do ônus da prova na lavagem de dinheiro: entre a teoria e a prática da nova política criminal de perseguição de ativos ilícitos. Revista Jota, abr. 2018. Disponível em: [www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/tipicidade-e-inversao-do-onus-da-prova-na-lavagem-de-dinhei
Acesso em: 05.05.2015.

SAAD, Marta. O direito de defesa no inquérito policial. São Paulo: Ed. RT, 2004. p. 221.

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

SCHULHOFER, Stephen J. Plea bargaining as disaster. The Yale Law Journal, New Haven, v. 101, n. 8, p. 1979-2009, jun., 1992.

SCHÜNEMANN, Bernd. ¿Crisis del procedimiento penal? ¿Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo? Trad. Silvina Bacigalupo. Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio. Madrid: Editorial Tecnos, 2002.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Aproximação ao direito penal contemporâneo. Trad. Roberto Barbosa Alves. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

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

SILVEIRA, Felipe Lazzari da. A banalização da prisão preventiva para a garantia da ordem pública. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 67, p. 213-244, jul.-dez. 2015.

SOBRANE, Sérgio Turra. Transação penal. São Paulo: Saraiva, 2001.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. O acordo de não persecução penal: reflexão a partir da inafastabilidade da tutela jurisdicional. In: CUNHA, Rogério Sanches et al. (Org.). Acordo de não persecução penal. Salvador: JusPodivm, 2017.

TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios básicos de direito penal. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Código de Processo Penal comentado. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

UNIVERSITY OF MICHIGAN LAW SCHOOL. The national registry of exonerations: exonerations in 2015. Michigan, fev. 2016. Disponível em: [www.law.umich.edu]. Acesso em: 05.05.2018.

VASCONCELOS, Vinicius Gomes de. Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCrim, 2015.

YANT, Martin. Presumed guilty: when innocent people are wrongly convicted. Nova York: Prometheus Books, 1991.

---

1 FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo e jurisdição. In: GRECO, Luís; MARTINS, Antonio. Direito penal como crítica da pena. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 233-248.

2 HASSEMER, Winfried. Características e crises do moderno sistema penal. Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal. Trad. Pablo Rodrigo Alflen, São Paulo, n. 18, fev.-mar. 2003. p. 149.

3 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 177-192.

4 Embora consideremos que há imposição de pena após a negociação, há posicionamentos divergentes, como: SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. O acordo

de não persecução penal: reflexão a partir da inafastabilidade da tutela jurisdicional. In: CUNHA, Rogério Sanches et al. (Org.). Acordo de não persecução penal. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 98. O argumento do autor, no sentido de que a sanção decorrente do acordo seria o que ele chamou de "medida de responsabilização", parece uma abordagem meramente retórica. Mesmo na transação penal, que é tipicamente uma negociação processual, o que de fato existe é o "cumprimento de uma pena consensualmente ajustada" (SOBRANE, Sérgio Turra. Transação penal. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 54).

5 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Manifesto contra os juizados especiais criminais (uma leitura de certa "efetivação" constitucional). In: SCAFF, Fernando Facury (Org.). Constitucionalizando direitos: 15 anos da constituição brasileira de 1988. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 355.

6 RAKOFF, Jed S. Why innocent people plead guilty. The New York Review of Books, New York, v. 61, n. 18, nov. 2014.

7 LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997. p. 285-293.

8 HASSEMER, Winfried. Introdução aos fundamentos do direito penal. Trad. 2. ed. rev. e atual. por Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Sergio Antonio Fabris Editor. p. 129.

9 RIOS, Rodrigo Sánchez; MACHADO, Allian. Tipicidade e inversão do ônus da prova na lavagem de dinheiro: entre a teoria e a prática da nova política criminal de perseguição de ativos ilícitos. Revista Jota, abr. 2018. Disponível em: [www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/tipicidade-e-inversao-do-onus-da-prova-na-lavagem-de-dinhei Acesso em: 05.05.2015.

10 CASARA, Rubens. Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017. p. 19-46.

11 SILVEIRA, Felipe Lazzari da. A banalização da prisão preventiva para a garantia da ordem pública. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 67, jul.-dez. 2015. p. 213-244.

12 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Levantamento dos presos provisórios do país e plano de ação dos tribunais. Disponível em: [www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84371-levantamento-dospresos-provisorios-do-pais-e-plano-de-acao-dos-tribunais]. Acesso em: 05.05.2018.

13 Com uma análise fundamental sobre o tema, vide: ESTELLITA, Heloísa. A flexibilização da legalidade no Supremo Tribunal Federal: o caso da execução da condenação sujeita a apelos extremos. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, v. 4, n. 2, 2018.

14 FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 262-263.

15 SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 32-61.

16 SCHÜNEMANN, Bernd. ¿Crisis del procedimiento penal? ¿Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo? Trad. Silvina Bacigalupo. Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio. Madrid: Editorial Tecnos, 2002. p. 289.

17 BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 8.045/2010. Revoga o Decreto-lei 3.689, de 1941. Disponível em: [www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263]. Acesso em: 15.04.2018. Texto original.

18 TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios básicos de direito penal. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 21-22.

19 Destaca-se que acordo de não persecução penal incide sobretudo em circunstâncias que não estão dentro do que é chamado tecnicamente de processo penal, limitando-se às investigações preliminares. No entanto, as consequências do acordo em relação às garantias constitucionais de Direito e Processo Penal serão demonstradas nesse artigo, o que justifica a impossibilidade da Resolução 181/2017 do CNMP regulamentar essa matéria.

20 CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO (CNMP). Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Resolução 181, 07.08.2017. Diário Eletrônico do CNMP, Caderno Processual, Brasília, 08.09.2017. Disponível em: [www.cnmp.mp.br/portal/atos-e-normas/norma/5277]. Acesso em: 15.04.2017.

21 ALVES, Raquel; TREVOR, Valentina. Encabeçada por Moraes, proposta contra crime organizado divide especialistas. Disponível em: [www.jota.info/legislativo]. Acesso em: 15.05.2018.

22 Em se tratando dos crimes hediondos, o dispositivo determina que também não pode haver o acordo, por existir uma escolha político-criminal mais repressiva a esses crimes. Contudo, nos outros delitos citados não há sequer uma justificativa formalista, constituindo escolha arbitrária do legislador, o que deve ser vedado no Direito Penal (ESPADALER, Enric. Límites materiales al legislador penal en un espacio de pluralismo constitucional. Revista Española de Derecho Constitucional, n. 103, jan.-abr. 2015. p. 327).

23 BRUNONI, Nivaldo. Ilegitimidade do direito penal de autor à luz do princípio de culpabilidade. Revista de Doutrina TRF4. Disponível em: [www.revistadoutrina.trf4.jus.br]. Acesso em: 15.05.2018.

24 O projeto pode ser acessado em: [www2.camara.leg.br/].

25 Nesses termos, vide: DOTTI, René Ariel; SCANDELARI, Gustavo Britta. Acordos de não persecução e de aplicação imediata de pena: o plea bargain brasileiro. Boletim do IBCCrim, ano 27, n. 317, 2019. p. 5-7.

26 SCHULHOFER, Stephen J. Plea bargaining as disaster. The Yale Law Journal, New Haven, v. 101, n. 8, jun., 1992. p. 1979.

27 UNIVERSITY OF MICHIGAN LAW SCHOOL. The national registry of exonerations: exonerations in 2015. Michigan, fev. 2016. Disponível em: [www.law.umich.edu]. Acesso em: 05.05.2018.

28 ALSCHULER, Albert. Implementing the criminal defendant's right to trial: alternatives to the plea bargaining system. University of Chicago Law Review, Chicago, v. 50, n. 3, jun. 1983. p. 1048.

29 Nesse sentido, vide: BERGER, Moise. The case against plea bargaining. American Bar Association Journal, v. 62, n. 5, 1976. p. 624.

30 Nesse sentido, alguns até chegaram a afirmar que o acordo de não persecução penal

é "matéria de política criminal do titular da ação penal", não possuindo natureza penal nem processual penal, quase como se o próprio Ministério Público tivesse a competência de escolher, oportunamente, qual será a forma aplicável para resultar na aplicação de penas, como se a jurisdição penal lhe fosse uma mera opção. Com essa opinião, que é absolutamente contrária ao que se defende neste artigo, vide o seguinte artigo: CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Um panorama sobre o acordo de não persecução penal: art. 18 da Resolução 181/17 do CNMP. In: CUNHA, Rogério Sanches et al. (Org.). Acordo de não persecução penal. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 29-46.

31 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Plea bargaining no projeto anticrime: crônica de um desastre anunciado. Boletim do IBCCrim, ano 27, n. 317, 2019. p. 4.

32 Uma análise muito importante dessas críticas, sobre o modelo negocial de forma mais ampla, está contida em: VASCONCELOS, Vinicius Gomes de. Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCrim, 2015. p. 143-208.

33 HASSAN CHOUKR, Fauzi. Código de Processo Penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial. 8. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 368-376.

34 WARREN COURT. Boykin v. Alabama. J. 02.06.1969. Disponível em: [www.oyez.org]. Acesso em: 16.05.2018.

35 No original: "The Court held that a guilty plea is a confession, and the admissibility of a confession is contingent on the confirmation that it was made voluntarily".

36 Nesse sentido, vide: DERVAN, Lucian E.; EDKINS, Vanessa A. The innocent defendant's dilemma: an innovative empirical study of plea bargaining's innocence problem. Journal of criminal law and criminology, v. 103, n. 1, 2013. p. 1-48; YANT, Martin. Presumed guilty: when innocent people are wrongly convicted. Nova York: Prometheus Books, 1991. p. 171-173; LANGBERN, John. Torture and plea bargaining. The University of Chicago Law Review, v. 46, n. 3, 1978. p. 4-20.

37 BIBAS, Stephanos. Plea bargaining outside the shadow of trial. Harvard Law Review, v. 117, n. 8, jun. 2004. p. 2471.

38 . CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Levantamento dos Presos Provisórios do País e Plano de Ação dos Tribunais. Disponível em: [www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84371-levantamento-dos-presos-provisorios-do-pais-e-plano-de-acao-dos- Acesso em: 05.05.2018.

39 BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto-lei 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm]. Acesso em: 05.05.2018.

40 BATISTA, Nilo. Mídia e sistema penal no capitalismo tardio. Revista Brasileira de Ciências Criminas, "Revista Especial", 8º Seminário Internacional, São Paulo, n. 42, 2003. p. 5-6.

41 Pode-se citar como triste exemplo dessas consequências o caso notório do Reitor Cancellier, da Universidade Federal de Santa Catarina, que cometeu suicídio em decorrência das diversas arbitrariedades que sofreu por parte da Polícia Federal (CARVALHO, Luiz Maklouf. Suicídio de reitor põe PF sob suspeita. O Estado de S.Paulo, Florianópolis, 03.12.2017. Disponível em: [http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,suicidio-de-reitor-poe-pf-sob-suspeita,70002105813]. Acesso em: 05.05.2018.

42 CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; PEDRON, Flávio Quinaud; SILVA, Diogo

Bacha e; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes. Presunção de Inocência: uma contribuição crítica à controvérsia em torno do julgamento do Habeas Corpus 126.292 pelo Supremo Tribunal Federal. Fevereiro de 2016. Disponível em: [www.academia.edu]. Acesso em: 22.04.2016.

43 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 107733 MG, Relator: Min. Luiz Fux, j. 04.04.2011, DJe-068 11.04.2011.

44 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Aproximação ao direito penal contemporâneo. Trad. Roberto Barbosa Alves. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 82.

45 ANITUA, Gabriel Ignacio. La importación de mecanismos consensuales del proceso estadounidense en las reformas procesales iberoamericanas. Revista General de Derecho Procesal, n. 6, mar. 2005. p. 21.

46 STJ. RHC 34322. Relatoria Ministra Maria Thereza de Assis Moura. DJe 02.05.2014.

47 LIMA, Renato Brasileiro de. Curso de processo penal. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 136.

48 SAAD, Marta. O direito de defesa no inquérito policial. São Paulo: Ed. RT, 2004. p. 221.

49 Em geral, a justificativa utilizada para o não cabimento da ordem é referente à suposta "impossibilidade de dilação probatória na estreita via do habeas corpus" (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 154956. Segunda Turma. Relator Min. Gilmar Mendes. J. 05.06.2018, publicado em 28.06.2018) Outro exemplo claro é o art. 210 do Regimento do Superior Tribunal de Justiça, para o qual "quando o pedido for manifestamente incabível, ou for manifesta a incompetência do Tribunal para dele tomar conhecimento originariamente, ou for reiteração de outro com os mesmos fundamentos, o relator o indeferirá liminarmente".

50 LEVENSON, Laurie. Peeking behind the plea bargaining process: Missouri v. Frye & Lafler v. Cooper. Loyola Law Review, v. 46, n. 2, 2013. p. 470-472.

51 LOPES JR., Aury. Direito processual penal. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 374.

52 MAZZILLI, Hugo Nigro. Regime Jurídico do Ministério Público. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 45.

53 COUTINHO, Jacinto. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 46, n. 183, jul.-set. 2009. p. 114.

54 CASARA, Rubens R.R. Processo penal do espetáculo: ensaios sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 168.

55 LOPES JR., Aury. Prefácio. In: VASCONCELOS, Vinicius Gomes de. Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCrim, 2015. p. 13.

56 PRADO, Geraldo. Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 109.

57 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Código de Processo Penal comentado. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 260 e 261.

58 CASARA, Rubens R.R. Processo penal do espetáculo: ensaios sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 172.

59 BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral. 16. ed. São Paulo, Saraiva: 2015. p. 64.

60 MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho penal y control social. Sevilla. Fundación Universitaria de Jerez, 1985. p. 63.

61 FERNANDES, Antonio Scarance. Processo penal constitucional. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, São Paulo, 2010. p. 64.

62 STF. Questão de Ordem na AP 935/MT. Relator Ministro Celso de Mello. DJe 06.06.2017.

63 MARQUES, José Frederico. Elementos de direito processual penal. Campinas: Bookseller, 1997. p. 310.

64 FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Zomer Sica, et. al. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 432.

65 VASCONCELOS, Vinicius Gomes de. Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCrim, 2015. p. 219-220.

66 LOPES JR., Aury. Direito processual penal. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 374.

67 COUTINHO, Jacinto. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 46, n. 183, jul.-set. 2009. p. 105.