

UNIVERSIDADE CESUMAR - UNICESUMAR
CENTRO DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS APLICADAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

**CONSTITUCIONALIDADE DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E O
INSTITUTO DO *PLEA BARGAINING* SOB A ÓTICA PRINCIPIOLÓGICA**

RITA DE CÁSSIA ROSSETO

MARINGÁ – PR
2021

Rita de Cássia Rosseto

**CONSTITUCIONALIDADE DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E O
INSTITUTO DO *PLEA BARGAINING* SOB A ÓTICA PRINCÍPIOLÓGICA**

Artigo apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Cesumar – UNICESUMAR como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharela em Direito, sob a orientação da Prof. Me. Camila Virissimo Rodrigues da Silva Moreira.

MARINGÁ – PR

2021

FOLHA DE APROVAÇÃO
RITA DE CÁSSIA ROSSETO

**CONSTITUCIONALIDADE DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E O
INSTITUTO DO *PLEA BARGAINING* SOB A ÓTICA PRINCIPOLÓGICA**

Artigo apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Cesumar – UNICESUMAR como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharela em Direito, sob a orientação da Prof. Me. Camila Virissimo Rodrigues da Silva Moreira.

Aprovado em: 11 de novembro de 2021.

BANCA EXAMINADORA

PROF. ME. CAMILA VIRÍSSIMO RODRIGUES DA SILVA MOREIRA
(ORIENTADOR)

Prof. Me. Aline Pescaroli Casado
(Examinador 1)

Prof. Me. Simone Fogliato Flores
(Examinador 2)

AGRADECIMENTOS

À Deus, por me proporcionar perseverança durante toda a minha vida, sem ele nada disso seria possível.

Agradeço à minha mãe, Maria, a quem dedico este trabalho, por ser o grande alicerce da minha vida, por me proporcionar muita força, coragem e incentivo e por ter se esforçado muito para que eu pudesse concluir a minha graduação.

Ao meu pai, que não está presente em corpo, mas que permanece em meu coração todos os dias, me protegendo e me realinhando durante todo esse processo.

À minha filha, Ana Clara, a fonte de toda minha força e felicidade.

Aos meus familiares, por me apoiarem e me incentivarem neste caminho, em especial, às minhas irmãs, aos meus sobrinhos e à minha tia Palmira, e a todos os meus amigos, pela confiança no meu progresso e pelo apoio emocional.

Também quero agradecer à minha professora orientadora e a todos os professores da minha graduação, pelo comprometimento e dedicação em ensinar, e a todos que contribuíram direta e indiretamente para a conclusão deste trabalho.

CONSTITUCIONALIDADE DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E O INSTITUTO DO *PLEA BARGAINING* SOB A ÓTICA PRINCÍPIOLÓGICA

Rita de Cássia Rosseto¹

Camila Virissimo Rodrigues da Silva Moreira²

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO; 2. *PLEA BARGAINING* E ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL; 2.1 Breve Análise Crítica ao Instituto do *Plea Bargaining*; 2.2 *Plea Bargaining* x Colaboração Premiada; 2.3 *Plea Bargaining* x Acordo de Não Persecução Penal; 3 ÓTICA PRINCÍPIOLÓGICA DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL; 3.1 Presunção de Inocência; 3.2 Devido Processo Legal; 4 DA CONSTITUCIONALIDADE DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL; 4.1 Inconstitucionalidade Material da Confissão Extrajudicial; 4.2 Omissão Regulamentar Quanto à Utilização da Confissão Obtida; 4.3 Consequências Jurídicas; CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

RESUMO

A constitucionalidade do acordo de não persecução penal e o instituto norte-americano conhecido por *plea bargaining* são institutos similares analisados por meio de observações e comparações relacionadas aos princípios penais e constitucionais, em especial, ao princípio da presunção de inocência. Para tanto, como método, foi utilizada a pesquisa bibliográfica, que teve como parâmetro identificar possíveis inconstitucionalidades materiais ligadas à violação de determinados princípios constitucionais. A partir de uma análise, é possível constatar a importância da legalidade da confissão na realização do acordo de não persecução penal, tendo em vista a fragilidade do investigado, o qual pode ser coagido a aceitar o referido ajuste, tipificando um viés inquisitório da medida. Por fim, constata-se que o referido acordo se manifesta como exceção ao princípio da presunção de inocência e, para que seja resguardada a constitucionalidade do acordo, este deve se revestir de todas as formalidades necessárias, como a presença de defensor, a comunicação ao investigado de todos os seus direitos e a legalidade na construção do ajuste.

Palavras-chave: Institutos. Inconstitucionalidade. Princípios.

CONSTITUTIONALITY OF THE AGREEMENT OF NON-CRIMINAL PERCUSSION AND THE *PLEA BARGAINING* INSTITUTE UNDER THE PRINCÍPIOLOGICAL PERSPECTIVE

ABSTRACT

¹ Graduanda do curso de Direito. Universidade Unicesumar. rita_rosset@hotmail.com

² Graduação em Direito - Faculdades Nobel (2005). Especialização na área de Direito Penal e Processo Penal - Universidade Estadual de Londrina (2008). Mestrado em Ciências Jurídicas - Centro Universitário de Maringá (2013), Professora, Unicesumar. camila.moreira@unicesumar.edu.br

The constitutionality of the non-criminal prosecution agreement and the American institute known for plea bargaining are similar institutes analysed through observations and comparisons related to criminal and constitutional principles, in particular to the principle of the presumption of innocence. For this, as a method, bibliographic research was used which had as a parameter to identify possible material unconstitutionality linked to the violation of certain constitutional principles. From an analysis, it is possible to see the importance of the legality of confession in the realization of the agreement of non-criminal prosecution, in view, the fragility of the investigated who can be coerced into accepting this adjustment, typifying an inquisitive bias of the measure. Finally, it is noted that that agreement is an exception to the principle of the presumption of innocence and in order to remove the constitutionality of the agreement, it must cover all the necessary formalities as the presence of defender, communication to the investigated of all his rights and the legality in the construction of the adjustment.

Keywords: Institutes. Principles. Unconstitutionality.

INTRODUÇÃO

A implementação da justiça negocial nos sistemas judiciários cresce ao redor do mundo. Exemplo disso está no *Civil Law*, no qual é apresentado o acordo de não persecução penal, que está presente com importantes inovações quanto às possibilidades de ajustes e à maior ênfase no sistema acusatório. No *Common Law*, a presença do *plea bargaining*, um sistema norte-americano, possibilita negociações em troca de concessões recíprocas.

As inovações dos sistemas negociais possibilitam significativa celeridade e efetividade na busca pelo objetivo da norma penal, qual seja, o alcance da justiça. Contudo, os acordos, muitas vezes, relativizam direitos e princípios, fazendo jus a uma análise quanto à sua constitucionalidade.

O instituto do *plea bargaining* traz implicações no que tange à sua relativização do direito de defesa. Isso decorre da possibilidade de o acusado aceitar que o declarem culpado sem realizar qualquer tipo de confissão expressa ao órgão acusador. Em busca de uma punibilidade menor, o acusado tende a realizar o ajuste por ser o benefício mais viável naquele determinado momento.

Ainda, cabe salientar a grande discussão que gira em torno deste instituto, ou seja, na hipótese de o acusado admitir sua culpa, não há possibilidade de uma absolvição ao final do processo ou até mesmo uma possível condenação com punições ideais ao caso. Sendo assim, não há conclusão da famosa “justiça criminal”, uma vez que esta é desviada em busca de uma celeridade na resolução das demandas. Ademais, a relativização dos direitos, dentro do instituto americano, também infringe o princípio da verdade real, em razão da inobservância

na busca de provas, possibilitando a existência de acordos de cunho acusatório para possíveis investigados inocentes.

Por conseguinte, há necessidade de ressaltar a diferença entre alguns institutos brasileiros e o instituto norte-americano *plea bargaining*. Uma dentre as necessárias distinções é quanto ao instituto da colaboração premiada (Lei 12.850/2013), o qual possui pontos em comum com o instituto norte-americano. A similaridade existe na necessidade de voluntariedade dos investigados para a concretização do acordo; por outro lado, com relação à principal distinção, tem-se a obrigatoriedade da confissão.

Nesse diapasão, o instituto norte-americano também guarda relação com o instituto brasileiro, denominado acordo de não persecução penal – Lei 13.964/2019, o qual foi implementado pelo Pacote Anticrime proposto pelo ex-ministro e juiz Sérgio Moro e teve como principal objetivo promover o impedimento da denúncia por meio de um acordo entre investigado e *Parquet*. Este acordo tem início em fase pré-processual, ou seja, antes da oferta da peça acusatória pelo promotor, e visa, mediante o cumprimento dos requisitos, a proporcionar ao investigado a possibilidade de cumprimento de condições alternativas, como a reparação do dano, a prestação de serviços à comunidade e a prestação de cunho pecuniário, conforme é possível extrair do artigo 28-A da Lei supramencionada.

No entanto, dentre os requisitos exigidos para a elaboração do ajuste, há a exigência da confissão expressa e formal do requerido. Assim, faz-se necessária a análise da constitucionalidade material desta exigência; em outras palavras, tal pretensão possui fundamentos principiológicos aceitáveis que justificam tal medida, por esta relativizar direitos e princípios importantes do ordenamento jurídico, que é o caso da presunção de inocência.

A relativização do princípio da presunção de inocência ocorre em razão do adiantamento da culpa e da ausência de um trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Isso significa que não há um processo legal que garanta uma possível inocência do acusado ao final do processo, porque ele é direcionado ao cumprimento do requisito essencial do acordo, qual seja, a confissão.

Outro ponto a ser ressaltado é a existência de omissão, no artigo 28-A da Lei 13.964/19, sobre a gravação do acordo mediante recurso audiovisual. Tal procedimento garantiria maior confiabilidade ao ato de realização do acordo, com o intuito de se evitar possíveis coações e irregularidades que podem ocorrer durante a sua formalização.

Por fim, há também carência de regulamentação no artigo 28-A da mesma Lei quanto à proteção da confissão consensualmente obtida e à possibilidade de utilizá-la em possíveis e futuras ações penais. Dessa forma, em razão da inexistência de regulamentação, caberá, em

possíveis irregularidades que venham a ocorrer, ao poder judiciário julgar e aplicar ao caso concreto a norma que melhor protege a confissão obtida, a fim de não ocorrer o *venire contra factum proprium*, ou seja, evitar comportamentos contraditórios de uma mesma pessoa.

2. PLEA BARGAINING E O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

2.1 BREVE ANÁLISE CRÍTICA DO INSTITUTO DO PLEA BARGAINING

No sistema *Common Law*, está presente a figura do *plea bargaining*, que, nas palavras de Gomes, “é a possibilidade de negociação no campo criminal que tem por objeto recíprocas concessões a partir da confissão do acusado (*guilty plea*)”. Dessa forma, este termo se resume à aplicação de uma pena menor do que juridicamente se espera em um processo comum, consecutivamente.³

A crítica a este modelo de negociação decorre justamente das falsas confissões que surgem da aplicação do instituto. De acordo com Silva, ao discorrer acerca de “Plea Bargain e as falsas confissões”, há dois tipos de confissões, sendo elas: a falsa confissão voluntária e a falsa confissão involuntária. A autora pontua:

Um primeiro grupo é o das *falsas confissões voluntárias*. Nelas um sujeito confessa por vontade própria um crime que não cometeu [...]. Um segundo grupo de falsas confissões pode ser caracterizado como de caráter involuntário. Diferentemente daquelas abordadas acima, as *falsas confissões involuntárias* não são motivadas pelas características individuais daquele que falsamente confessa crime, mas estão associados a procedimentos que ocorrem nas investigações, relacionam-se às técnicas manipulativas/coercitivas de interrogatório e à vulnerabilidade dos suspeitos aos processos investigativos (grifo da autora).⁴

Desse modo, temos implicações no princípio da verdade real⁵, contido no Artigo 156 do Código de Processo Penal, *in verbis*:

³ GOMES, Luiz Flávio. Moro sugere “plea bargain” no Brasil. Disponível em: <https://www.professorluizflavio.com.br/wp-content/uploads/2019/01/Professor-LFG-PleaBargain.pdf>. Acesso em: 2 out. 2021.

⁴ SILVA, Juliana Ferreira da. O plea bargain e as falsas confissões: uma discussão necessária no sistema de justiça criminal. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, Edição Especial Pacote Anticrime, ano 27, n. 318, p. 8-11, mai. 2019. Disponível em: https://arquivo.ibccrim.org.br/boletim_artigo/6331-O-plea-bargain-e-as-falsas-confissoes-uma-discussao-necessaria-no-sistema-de-justica-criminal. Acesso em: 3 out. 2021.

⁵ “O princípio da verdade real estabelece que o julgador sempre deve buscar estar mais próximo possível das verdades ocorridas no fato, devendo existir sempre um sentimento de busca pela verdade quando da aplicação da

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.⁶

Tal princípio é extremamente necessário para se evitar condenações de inocentes decorrentes da utilização de provas falsas. Nesse sentido, Lima preceitua que:

Tal princípio, segundo a doutrina tradicional, assegura a busca de provas, sem limites de formalidades ou da iniciativa das partes, podendo, inclusive, haver produção de provas no processo por iniciativa do juiz, tudo com o fito de se chegar ao verdadeiro culpado, evitando, assim, a punição de um inocente.⁷

É necessário ressaltar, todavia, que o instituto foi aceito no ordenamento americano em razão da grande diminuição de encarceramentos e de processos jurídicos em tramitação, assim, a celeridade e a eficiência processual figuravam como desígnio do determinado modelo, sobrepesando a balança para a aceitação da respectiva norma.⁸

Ao partir para uma análise juridicamente pormenorizada deste acordo, passa-se ao entendimento da existência de uma supressão ao direito de defesa e ao devido processo legal do acusado, o que se explica pela busca da racionalização dos processos, ou seja, pela desobstrução da carga de processos menores com a realização de acordos, objetivando focar somente nos crimes de maior potencial ofensivo.⁹ A equalização do processo é afetada, de forma que o órgão acusador detém maior poder em determinar a culpabilidade do acusado, que, em decorrência da incerteza e do risco de uma punição mais severa, acaba por realizar a barganha em troca da certeza de uma punibilidade menor, como pontua Vasconcellos:

Ao assumir (artificialmente e ilegitimamente) a função do julgador, o acusador público desvirtua por completo qualquer possibilidade de igualdade e paridade de armas entre as partes na justiça criminal. A situação se

pena e da apuração dos fatos.” Disponível em: <https://www.institutoformula.com.br/direito-processual-penal-principio-da-verdade-real/>. Acesso em 2 out. 2021.

⁶ BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 2021. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 13 out. 2021.

⁷ LIMA, Marcellus Polastri. Curso de Processo Penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 22.

⁸ CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. Plea bargaining e justiça criminal consensual: entre os ideais de funcionalidade e garantismo. Custos Legis, 2012. Disponível em: http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista/2012_Penal_Processo_Penal_Campos_Plea_Bargaining.pdf. Acesso em: 19 fev. 2019.

⁹ VASCONCELLOS, Vinícius 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. 146.

caracteriza de modo absurdo: diante da ineficiência estatal, que se mostra insuficiente de produzir provas lícitas suficientes.¹⁰

Cabe a análise de que o acusado, admitindo sua culpa, relaxaria a possibilidade de uma absolvição ao final do processo ou até mesmo de uma condenação com punições ideais ao caso concreto. Sendo assim, a função ansiada pela justiça criminal é desvirtuada em busca de uma “brevidade” na resolução das demandas. Ainda, segundo o autor supramencionado, há implicação de distorções para o princípio da presunção da inocência, de forma que tal explanação se dará em tópico posterior. Contudo, cabe o entendimento, nesse momento, de que tal princípio seria distorcido com a presunção de culpa e dever de confissão.¹¹

2.2 PLEA BARGAINING X COLABORAÇÃO PREMIADA

A figura da colaboração premiada está regulada no sistema penal brasileiro por meio da Lei de Organizações Criminosas – Lei nº 12.850/13¹². Este instituto apresenta algumas similaridades com o já abordado *plea bargaining*, sendo necessária a apresentação da dissimetria entre ambos de forma a diminuir os conflitos relacionados ao entendimento do tema.

A colaboração premiada é a possibilidade oferecida ao investigado ou réu da ação penal que recebe um benefício em troca do esclarecimento de determinados fatos, em outras palavras, é um acordo entre as partes que tem como objetivo principal alcançar a verdade, de forma que os benefícios propostos ao investigado incluam redução da pena, perdão judicial e substituição por penas restritivas de direito.¹³

Por conseguinte, a grande questão gira em torno de que ambos os institutos possuem alguns pontos em comum. A partir da análise de uma tabela comparativa realizada por Filho, pode-se observar os seguintes pontos: todos os delitos podem ser objeto de acordo em ambos

¹⁰ Ibidem, p. 183.

¹¹ Ibidem, p. 148.

¹² “Art. 1º: Esta Lei define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado.” BRASIL. Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013. Lei de Organização Criminosa. Brasília, 2013. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm. Acesso em: 13 out. 2021.

¹³ DE SANCTIS, Fausto Martin. Crime Organizado e Lavagem de Dinheiro: Destinação de bens apreendidos, delação premiada e responsabilidade social. [S. l.]: Saraiva, 2009. p. 180.

os modelos, havendo necessidade de voluntariedade por parte dos colaboradores e/ou investigados, bem como há a chance de retratação.¹⁴

Com relação à confissão, no instituto do *plea bargaining*, não há uma obrigatoriedade, diferentemente do que ocorre no instituto da delação premiada.¹⁵ Isso se explica em razão de que, no instituto americano (v.g. *plea bargaining*), há possibilidade do *nolo contendere*¹⁶, ou seja, o acusado autoriza que o declarem culpado, sem que faça algum tipo de confissão.

Portanto, as principais distinções entre ambos incluem a obrigatoriedade da confissão e a indisponibilidade do órgão do Ministério Público, que, conforme o Código de Processo Penal brasileiro, em seu Artigo 42, é proibido de desistir da ação¹⁷, ao contrário do que ocorre no *plea bargaining*, em que o órgão acusador tem poder de dispor da ação penal.

2.3 PLEA BARGAINING X ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

O *plea bargaining* se refere a um acordo entre duas partes em troca de algo. Este instituto tem suas particularidades, como a possibilidade de implementação somente após de já iniciada a ação penal e a oportunidade de o réu de se utilizar do *nolo contendere* e não confessar expressamente os fatos, mas apenas admitir que o declarem culpado em troca dos benefícios ofertados.

A implantação do acordo de não persecução penal no sistema brasileiro surge da criação do Pacote Anticrime (Lei 13.964/19)¹⁸. Esse acordo tem início em fase pré-processual, o que significa que o objetivo dele é justamente o não oferecimento da denúncia e, por isso, não há possibilidade de ser implantado após a oferta da peça de acusação pelo *Parquet*, como podemos extrair do julgamento de Agravo Regimental realizado pelo Superior Tribunal de Justiça explicitado abaixo:

¹⁴ FILHO, Eduardo Correia Gouveia. Delação premiada e plea bargaining: uma análise microcomparativa à luz das normas jurídicas brasileiras e ianques. Revista Húmus, [s. l.], v. 9, ed. 26, 13 set. 2019. Disponível em: <https://periodicos.ufma.br/revistahumus/article/view/11575>. Acesso em: 3 out. 2021. p. 395.

¹⁵ Idem, p. 395.

¹⁶ “*nolo contendere*’ (*no contest*). Significa ‘sem contestação’, ou seja, o réu declara que aceita a culpa, tal como no *plea bargaining*. Mas o faz após negociar com o promotor e juiz que a confissão judicial não terá efeitos civis.” DE MELO, João Ozorio. Funcionamento, vantagens e desvantagens do plea bargain nos EUA. [S. l.]: Revista Consultor Jurídico, 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-15/funcionamento-vantagens-desvantagens-plea-bargain-eua>. Acesso em: 3 out. 2021.

¹⁷ É necessário citar o Artigo 42 do Código de Processo Penal: “O Ministério Público não poderá desistir da ação penal.” BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 2021. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 14 out. 2021.

¹⁸ BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. [S. l.], 29 abr. 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 3 out. 2021.

AGRAVO REGIMENTAL NA PET NO RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. INSTÂNCIA ORDINÁRIA. PRESTAÇÃO JURISDICIONAL ENCERRADA. CONDENAÇÃO DO RÉU. DESCABIMENTO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL - ANPP. AGRAVO DESPROVIDO. 1. Mostra-se incompatível com o propósito do instituto do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) o recebimento da denúncia e o encerramento da prestação jurisdicional na instância ordinária, com a condenação do acusado, como no presente caso. Precedentes. 2. Agravo regimental desprovido. (STJ - AgRg na PET no REsp: 1846021 RS 2019/0323844-5, Relator: Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Data de Julgamento: 03/11/2020, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 16/11/2020).¹⁹

Neste mesmo entendimento, nos casos em que a denúncia foi oferecida antes da vigência da Lei 13.964/19 também não se admite a aplicação do acordo de não persecução penal, conforme se extrai de recente julgamento em Habeas Corpus Criminal proferido pelo Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul:

HABEAS CORPUS – EMBRIAGUEZ AO VOLANTE – PEDIDO DE ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL – IMPOSSIBILIDADE – DENÚNCIA QUE FOI RECEBIDA ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI QUE INSTITUIU O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL – CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE – ORDEM DENEGADA. Considerando que, quando da publicação da Lei nº 13.964/2019, que instituiu o acordo de não persecução penal, a denúncia já havia sido oferecida e recebida, não há que se falar em remessa dos autos para oferecimento do acordo de não persecução penal. (TJ-MS - HC: 14146684920218120000 MS 1414668-49.2021.8.12.0000, Relator: Des. Jonas Hass Silva Júnior, Data de Julgamento: 06/10/2021, 2ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 18/10/2021)²⁰

Assim, os requisitos extraídos do Artigo 28-A da Lei 13/964/19 incluem: 1) a confissão formal e circunstancial do acusado; 2) que o crime tenha sido cometido sem violência ou grave ameaça; e 3) com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos. Desta forma, configura-se um rol relativamente grande e que engloba uma quantidade relevante de crimes

¹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental 1846021. Agravante: Airton Kwiatkowski. Agravado: Ministério Público Federal. Relator: Ministro Joel Ilan Paciornik. Rio Grande do Sul, 3 de novembro de 2020. Lex: jurisprudência do STJ. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1206261558/agravo-regimental-na-peticao-no-recurso-especial-agrg-na-pet-no-resp-1846021-rs-2019-0323844-5>. Acesso em: 3 out. 2021.

²⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. Habeas Corpus Criminal 1414668-49.2021.8.12.0000. Impetrante: Fábio César de Aléssio. Paciente: Severaldo Fagunde de Freitas. Relator: Desembargador Jonas Hass Silva Júnior, Mato Grosso do Sul, 5 de outubro de 2021. Lex: Jurisprudência do TJ. Disponível em: <https://tj-ms.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1300607086/habeas-corpus-criminal-hc-14146684920218120000-ms-1414668-4920218120000/inteiro-teor-1300608215>. Acesso em: 01. nov. 2021.

da esfera penal. Ainda, cabe ressaltar a possibilidade de aplicação do acordo de não persecução penal aos crimes cometidos antes da vigência do Pacote Anticrime, desde que, não tenha sido oferecida e recebida a denúncia, conforme se extrai dos entendimentos jurisprudenciais acima já mencionados.²¹

Outro ponto a ser ressaltado é com relação à confissão do investigado, conforme preceitua Messias: “[n]o acordo de não persecução penal, a única utilidade da confissão é demonstrar que Parquet e investigado concordam acerca dos fatos e sua autoria, inexistindo, assim, interesse na solução beligerante do caso via processo-crime.”²²

Deste modo, sendo o acordo de não persecução penal realizado em fase pré-processual, os indícios de materialidade e autoria do crime são produzidos pela autoridade policial, que realizará o indiciamento ou o arquivamento do inquérito. Posteriormente, no caso de indiciamento, será remetido ao órgão acusador para que ofereça a denúncia ou para que venha propor o acordo, assim, cabe a breve análise de que não há qualquer formação de provas que visem a corroborar o material da denúncia, justamente porque o objetivo não é denunciar.²³

Os dados extraídos de um estudo denominado *Justiça em Números*, realizado pelo Ministério Público Federal, demonstram a quantidade de acordos de não persecução penal obtidos no ano de 2020, com destaque ao estado do Paraná, o qual obteve o número de 1.288 acordos concluídos, o maior número entre todos os estados brasileiros. Em segundo lugar, aparece o estado de São Paulo, com 643 acordos e, por último, o estado de Minas Gerais, com 557 acordos realizados. Os demais estados registraram um número menor, em média de 100 a 200 acordos realizados no ano de 2020.²⁴

Ao analisar a quantidade de acordos por crimes cometidos, tem-se um número maior em relação ao crime de contrabando ou descaminho, previsto no Artigo 334-A do Código Penal²⁵, somando-se um total de 1.165 acordos realizados, figurando, em segundo lugar, o crime de estelionato majorado e, em terceiro, o de uso de documento falso.

²¹ MESSIAS, Mauro. Acordo de não persecução penal: teoria e prática. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 26.

²² MESSIAS, Mauro. Acordo de não persecução penal: teoria e prática. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 64.

²³ Ibidem, p. 63.

²⁴ MPF investe na Justiça Consensual e ultrapassa 5 mil acordos de não persecução penal. MPF, Brasília, 2020. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/mpf-investe-na-justica-consensual-e-ultrapassa-5-mil-acordos-de-nao-persecucao-penal>. Acesso em: 3 out. 2021

²⁵ BRASIL. Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Rio de Janeiro, 07 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 3 out. 2021.

Com a elaboração do acordo de não persecução penal, ficou demonstrada a diminuição de processos nos estados brasileiros no ano de 2020. Por isso, é necessário ressaltar sua importância no que tange à celeridade no alcance da justiça. Já no que diz respeito aos institutos do *plea bargaining* e ao acordo de não persecução penal, estes possuem importantes diferenciações, principalmente no uso da confissão e no momento processual de implementação.

3. ÓTICA PRINCIPOLÓGICA DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

3.1 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

O princípio da presunção de inocência, ou também conhecido como princípio da não culpabilidade, está consagrado no Artigo 5º, LVII, da Constituição Federal²⁶ e é tratado por muitos autores não somente como um princípio propriamente dito, mas também como uma garantia de não culpabilidade antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Sendo assim, essa garantia se estende justamente à criação legislativa, no sentido de coibir possíveis normas que infrinjam a presunção de inocência dos indivíduos e antecipem sua condenação de alguma forma, conforme expressa Mendes, Coelho e Branco: “[d]e qualquer sorte, toda providência ou restrição que importe em antecipação da condenação ou de sua execução parece vedada ao legislador.”²⁷

Por outro lado, o termo “presunção de inocência” é objeto de grande debate na doutrina brasileira, de modo que alguns autores costumam falar em um “estado de inocência”. É o caso de Messias, que faz uma análise substancial do estado de inocência do agente, que se subdivide em: regra de julgamento, regra de tratamento e regra de garantia. Dessa forma, quanto ao ponto de vista extrínseco, o autor pontua que a inocência do acusado não estaria sendo violada na realização de um acordo de não persecução penal, em razão da não existência de um processo em si, sendo assim, se não há processo, não há também sentença

²⁶ Artigo LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; BRASIL. [Constituição (1988)]. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. [S. l.: s. n.], 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 4 out. 2021.

²⁷ MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 4. ed. [S. l.: s. n.], 2009. p. 685.

condenatória transitada em julgado que vise à culpabilidade do agente.²⁸ Nesse contexto, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu Artigo 11, expressa:

Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.²⁹

Assim, é necessário que se observe um procedimento legal no ato da confissão do acusado, tendo em vista que é neste exato momento que podem ocorrer ilegalidades quanto à veracidade dos fatos descritos.³⁰ É preciso ressaltar, também, que o magistrado receberá o acordo de não persecução penal após já realizada a confissão do acusado ao órgão acusador, ou seja, não há participação do juiz na formalização da confissão, havendo, posteriormente, em momento de homologação, uma audiência para análise de voluntariedade e legalidade, de acordo com o que expressa o Artigo 28-A, §3º, 4º e 5º, da Lei 13.964/19:

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

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

§ 5º Se o juiz considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo de não persecução penal, devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor.³¹

Ademais, salienta-se a necessidade da presença do defensor no momento da realização da confissão, com o objetivo de se evitar ilegalidades quanto ao princípio da ampla defesa durante este procedimento, conforme prevê o Artigo 5º, LV, da Constituição Federal, *in verbis*: “[a]os litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela

²⁸ MESSIAS, Mauro. Acordo de não persecução penal: teoria e prática. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 74.

²⁹ DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos. (1948). Unicef, [2021]. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 4 out. 2021.

³⁰ DA SILVA, José Carlos Félix; REIS, Debora Crystina Ferreira; DA SILVA, Klinsmann Alison Rodrigues Félix. Escola Superior do Ministério Público do Ceará - Ano 12, nº2 / Jul./Dez. 2020 / Fortaleza-CE INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DA CONFISSÃO NO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. Escola Superior do Ministério Público do Ceará, Fortaleza, p. 81-97, 5 out. 2021. Disponível em: <http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2021/02/ARTIGO-4.pdf>. Acesso em: 5 out. 2021.

³¹ BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. [S. l.], 29 abr. 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 3 out. 2021.

inerentes.”³² Também, como solução a possíveis ilegalidades que possam ocorrer durante a homologação do acordo, Messias pontua:

A propósito, com o objetivo de melhor demonstrar a ausência de ameaça ou constrangimento por ocasião do acordo, evitando-se alegações de nulidade ou abuso de autoridade, sugere-se a gravação da audiência extrajudicial mediante recurso audiovisual.³³

Por fim, a gravação da audiência mediante recurso audiovisual é adotada no judiciário brasileiro, especialmente em audiências de custódia, interrogatório e instrução e julgamento durante o trâmite do processo penal. Dessa forma, afigura-se extremamente importante, pois garante maior confiabilidade e clareza durante o procedimento de confissão expressa do investigado.

3.2 DEVIDO PROCESSO LEGAL

O devido processo legal é um importante princípio constitucional consagrado no Artigo 5º, LIV, da Constituição Federal, o qual tem influência direta no processo penal, pois, uma vez iniciada a ação penal, devem ser observados todos os preceitos legais, a fim de garantir a lisura do processo.

Consoante entendimento do Ministro do STF Celso de Mello em HC 94.016 MC/ME, o *due process of law*, ou devido processo legal, possui os seguintes elementos:

- a) direito ao processo (garantia de acesso ao Poder Judiciário);
- b) direito à citação e ao conhecimento prévio do teor da acusação;
- c) direito a um julgamento público e célere, sem dilações indevidas;
- d) direito ao contraditório e à plenitude de defesa (direito à autodefesa e à defesa técnica);
- e) direito de não ser processado e julgado com base em leis ‘ex post facto’;
- f) direito à igualdade entre as partes;
- g) direito de não ser processado com fundamento em provas revestidas de ilicitude;
- h) direito ao benefício da gratuidade;
- i) direito à observância do princípio do juiz natural;
- j) direito ao silêncio (privilégio contra a auto-incriminação);
- l) direito à prova; e
- m) direito de presença e de ‘participação ativa’ nos atos de interrogatório judicial dos demais litisconsortes penais passivos, quando existentes.³⁴

³² BRASIL. [Constituição (1988)]. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. [S. l.: s. n.], 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 4 out. 2021.

³³ MESSIAS, Mauro. Acordo de não persecução penal: teoria e prática. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 76.

³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 94.016-SP. Embargante: Ministério Público Federal. Embargado: Bóris Abramovich Berezovski ou Platon Elenin. Relator: Ministro Celso de Mello. São Paulo, 14 de

Diversos doutrinadores trazem a ideia de um direito ao processo justo, e não propriamente um devido processo legal, como é o caso de Sarlet, Marinoni e Mitidiero, para os quais “[a] atuação da administração judiciária tem de ser compreendida como uma forma de concretização do direito ao processo justo. O juiz tem o dever de interpretar e aplicar a legislação processual em conformidade com o direito fundamental ao processo justo.”³⁵ Assim, destaca-se que o raciocínio ora explanado traz congruência com a jurisprudência, conforme se observa de julgamento proferido pelo Tribunal de Justiça do Espírito Santo:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL AÇÃO ANULATÓRIA DE DECISÃO ADMINISTRATIVA FIXAÇÃO DE MULTA POR NÃO COMPARECIMENTO A AUDIÊNCIA - INOBSERVÂNCIA DAS INFORMAÇÕES PRESTADAS AO PROCON MUNICIPAL - VIOLAÇÃO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL - FALTA DE MOTIVAÇÃO QUE CARACTERIZE INFRAÇÃO DE DESOBEDIÊNCIA - RECURSO IMPROVIDO . 1 - A decisão administrativa fixou materialidade de infração às normas de proteção ao consumo em razão unicamente da apelada não ter comparecido à audiência de conciliação, inobservando a apresentação de defesa no tempo hábil, comportamento este que não encontra guarida nas regras do devido processo legal. 2 - O direito de ação, como direito ao processo justo, tem o seu exercício balizado pela observância do direito ao contraditório ao longo de todo trâmite procedimental e, existindo a possibilidade de advir alguém a uma decisão suscetível de afetar negativamente sua esfera jurídica, a prévia oitiva da parte potencialmente prejudicada, assim como a consideração de seus argumentos, é providência que se impõe, sob pena de malferir a garantia outorgada pelo art. 5º, LV, de CF. 3 - A deliberação do Procon Municipal sem analisar de forma fundamentada todos os fatos e documentos apresentados pela apelada, afronta, também, o princípio da motivação dos atos administrativos e, por consequência, ao mandamento insculpido no art. 5º, LV, da CRFB (ampla defesa e contraditório). 4 - A tese de desobediência imputada a apelada deve ser afastada, pois, ainda que não tenha comparecido à audiência de conciliação, tal conduta não é motivo suficiente a ensejar a aplicação de multa, quando, prestadas, tempestivamente, informações suficientes a impugnar os fatos alegados pela reclamante, que sequer foram analisados pelo órgão de proteção ao crédito. 5 - Recurso improvido. (TJ-ES - APL: 00159606620168080024, Relator: MANOEL ALVES RABELO, Data de Julgamento: 22/07/2019, QUARTA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 01/08/2019)³⁶

abril de 2009. Lex: jurisprudência do STF. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3562036>. Acesso em: 5 out. 2021.

³⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 870.

³⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Espírito Santo. Apelação Cível 0015960-66.2016.8.08.0024. Apelante: Município de Vitória. Apelado: CCB Brasil, China Construction, Bank Brasil, Banco Múltiplo AS. Relator: Desembargador Manoel Alves Rabelo, 22 de julho de 2019. Lex: Jurisprudência do TJ. Disponível em: <https://tj-es.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/786859551/apelacao-apl-159606620168080024/inteiro-teor-786859557>. Acesso em: 01. nov. 2021.

Dessa forma, numa breve análise deste princípio comparado ao instituto do acordo de não persecução penal, obtém-se que o acusado, mesmo estando acompanhado de seu defensor, tem seus direitos relativizados, principalmente no que tange ao devido processo legal e à presunção de inocência, uma vez que, ao confessar expressamente os fatos, estará diante de uma antecipação da culpa que não será analisada mediante os ditames de um processo legal.³⁷

4. DA CONSTITUCIONALIDADE DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

4.1 INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DA CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL

A confissão extrajudicial se apresenta como um requisito para a confecção do acordo de não persecução penal, ou seja, o acusado deverá confessar os fatos delituosos ao *Parquet*, para que possa existir a implementação do respectivo instituto³⁸. Entretanto, é necessário que sejam observadas a necessidade e a legalidade desta confissão, para que não ocorra vícios materiais durante a realização deste ajuste.

A Convenção Americana de Direitos Humanos, em seu Artigo 8º, §2º, trata sobre a aplicação do devido processo legal a todos os procedimentos judiciais, no entanto, na homologação do acordo de não persecução penal realizada pelo magistrado, não há qualquer análise com relação à confissão, mas somente com relação à legalidade do acordo, ferindo, portanto, a norma constitucional, uma vez que o devido processo legal busca justamente a proteção da presunção de inocência dos acusados, a fim de evitar ilegalidades em possíveis confissões.³⁹

Nesse diapasão, mesmo que o acusado tenha a possibilidade de aceitar ou não o acordo de não persecução penal, ele, ao receber as imposições do *Parquet*, bem como os benefícios que adquirirá caso aceite a barganha, poderá ser determinado a fazê-lo não por ser

³⁷ DA SILVA, José Carlos Félix; REIS, Debora Crystina Ferreira; DA SILVA, Klinsmann Alison Rodrigues Félix. Escola Superior do Ministério Público do Ceará - Ano 12, nº2 / Jul./Dez. 2020 / Fortaleza-CE INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DA CONFISSÃO NO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. Escola Superior do Ministério Público do Ceará, Fortaleza, p. 81-97, 5 out. 2021. Disponível em: <http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2021/02/ARTIGO-4.pdf>. Acesso em: 5 out. 2021. p.92.

³⁸ MESSIAS, Mauro. Acordo de não persecução penal: teoria e prática. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 60.

³⁹ DA SILVA, José Carlos Félix; REIS, Debora Crystina Ferreira; DA SILVA, Klinsmann Alison Rodrigues Félix. Escola Superior do Ministério Público do Ceará - Ano 12, nº2 / Jul./Dez. 2020 / Fortaleza-CE INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DA CONFISSÃO NO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. Escola Superior do Ministério Público do Ceará, Fortaleza, p. 81-97, 5 out. 2021. Disponível em: <http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2021/02/ARTIGO-4.pdf>. Acesso em: 5 out. 2021. p. 92.

efetivamente culpado, mas para angariar certos benefícios, como a não elaboração dos seus antecedentes criminais. Há, portanto, uma linha muito tênue neste ponto, que aproxima o acordo de não persecução penal do instituto do *plea bargaining* comentado acima⁴⁰.

4.2 OMISSÃO REGULAMENTAR QUANTO À PROTEÇÃO DA CONFISSÃO CONSENSUALMENTE OBTIDA

A confissão espontânea ou consensual é tratada, no Direito Penal, como circunstância atenuante da pena, conforme expressa o Artigo 65, III, do Código Penal.⁴¹ Do mesmo modo se dá a jurisprudência pátria na aplicação deste instituto, de acordo com o que prevê o Superior Tribunal de Justiça em Agravo Regimental em Habeas Corpus nº 547611/2019:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA. ATENUANTE DE CONFISSÃO ESPONTÂNEA. PACIENTE CONFIRMA OS FATOS MAS ALEGA LEGÍTIMA DEFESA. CONFISSÃO UTILIZADA PELO JUÍZO SENTENCIANTE PARA FUNDAMENTAR CONDENAÇÃO. RECONHECIMENTO. POSSIBILIDADE. WRIT CONCEDIDO. DECISÃO MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO. 1. A jurisprudência desta Corte Superior é pacífica no sentido que a confissão espontânea, ainda que parcial ou qualificada, deve ser reconhecida na dosagem da pena como circunstância atenuante, nos termos do art. 65, III, do Código Penal, se foi utilizada para corroborar o acervo probatório e fundamentar a condenação. 2. Agravo regimental improvido. (STJ - AgRg no HC: 54761 1 SC 2019/0352230-0, Relator: Ministro NEFI CORDEIRO, Data de Julgamento: 02/06/2020, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 08/06/2020).⁴²

Sobre isso, Nucci preceitua:

Confessar, no âmbito do processo penal, é admitir contra si, por quem seja suspeito ou acusado de um crime, tendo pleno discernimento, voluntária, expressa e pessoalmente, diante da autoridade competente, em ato solene e público, reduzido a termo, a prática de algum fato criminoso.⁴³

⁴⁰ Ibidem, p. 84.

⁴¹ BRASIL. Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Rio de Janeiro, 07 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 3 out. 2021.

⁴² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental 547611. Agravante: Ministério Público Federal. Agravado: I T (Preso). Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Santa Catarina, 8 de junho de 2020. Lex: jurisprudência do STJ. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/860108736/agravo-regimental-no-habeas-corporus-agrg-no-hc-547611-sc-2019-0352230-0>. Acesso em: 11 out. 2021.

⁴³ NUCCI, Guilherme de Souza. O valor da confissão como meio de prova no Processo Penal. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1997. p. 5.

Dessa forma, a confissão, para ser utilizada tanto judicial quanto em acordos extrajudiciais, deverá ser verdadeira e livre de qualquer coação, ou seja, é necessário que seja voluntária e espontânea⁴⁴. A confissão espontânea, nas palavras de Nucci, seria “a mera iniciativa do agente”, enquanto a confissão voluntária significaria “agir livre de qualquer coação”. Ou seja, analisar apenas a voluntariedade do agente, como ocorre no acordo de não persecução penal, é admitir influências externas no processo da confissão.⁴⁵

Além disso, no acordo de não persecução penal, há a exigência da confissão expressa e voluntária para a realização do ajuste, como demonstrado nos tópicos anteriores. Todavia, com relação ao Artigo 28-A da Lei 13.964/19, há uma carência de regulamentação no que tange à proteção dessa confissão e à possibilidade de utilizá-la em possíveis e futuras ações penais. Nesse sentido, Messias discute:

Se a confissão foi obtida consensualmente e apenas para os fins de acordo, por qual motivo, violando essa finalidade, utilizá-la para subsidiar uma ação penal que já possui justa causa? Eventual desrespeito ao venire contra pactum proprium poderá desestimular ou, quiçá, desacreditar completamente a legitimidade do acordo de não persecução penal.⁴⁶

Dessa forma, eventuais inconstitucionalidades poderão decorrer da falta de uma melhor regulamentação deste artigo, no sentido de que a confissão não estará protegida e isolada para utilização naquele determinado momento, isto é, de acordo com a atual norma, a confissão poderia ser utilizada, também, em outras ações penais contra o investigado, caracterizando o *venire contra pactum proprium*.⁴⁷

CONCLUSÃO

O acordo de não persecução penal foi elaborado com objetivo de racionalização de processos, em outras palavras, o instituto visa diminuir a quantidade de processos

⁴⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 392.

⁴⁵ Idem, p. 392.

⁴⁶ MESSIAS, Mauro. Acordo de não persecução penal: teoria e prática. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 65.

⁴⁷ Explicação da expressão *venire contra pactum proprium*: “o venire contra factum proprium pressupõe, por sua própria definição, duas condutas diretamente contraditórias uma à outra, na qual a segunda viola a legítima confiança que a outra parte tinha na manutenção de um comportamento inicial e, com isso, vem a causar um dano ou tem potencial de causar um”. MARTINS, Guilherme Magalhães; DINIGRE, Gustavo Livio. Aplicação do Princípio da Proibição do Comportamento Contraditório na Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: Algumas reflexões. Revista do Ministério Público, Rio de Janeiro, 11 mar. 2015. 55, p. 63-84. Disponível em: http://www.mprj.mp.br/documents/20184/1238340/Guilherme_Magalhaes_%26_Gustavo_Livio.pdf. Acesso em: 11 out. 2021. p. 70.

caracterizados por serem de média gravidade, a fim de dar maior celeridade à máquina judiciária. A justificativa de implementação do acordo decorre da grande quantidade de processos paralisados, assim como, da morosidade do prazo para término das lides. Desta forma, é um instituto de grande importância no ordenamento jurídico brasileiro e que também traz sérias reflexões acerca da necessidade de sua aplicação.

Portanto, as reflexões passíveis de discussão se dão, em primeiro momento, com relação a necessidade da confissão para realização do ajuste. A confissão no acordo de não persecução penal é tratada como uma exigência, porém, o Artigo 28-A da Lei 13.964/19 carece de melhor regulamentação no que tange a utilização desta em novas ações penais contra o mesmo acusado, bem como, carece de regulamentação a respeito da forma em que será realizada. Autores, em exemplo, Messias, trazem a possibilidade da utilização de recursos audiovisuais, reduzindo as chances de ilegalidades e coações no decorrer deste procedimento.

Outra discussão se direciona a legalidade na construção do acordo. De forma que, sendo o acusado a parte desfavorecida da relação processual há possibilidade de ocorrer situações de ilegalidades, como coações, confissões falsas com propósito de obtenções de benefícios, desconhecimento dos procedimentos legais e receios de punições e condenações. Assim, entende-se que o procedimento do ajuste deve ser revestido de todas as formalidades, como a presença do defensor, a gravação audiovisual da confissão e a verificação de ilegalidades em audiência em fase que antecede a homologação do acordo.

Em paralelo, no *Common Law*, o *plea bargaining* também é um ajuste entre acusado e órgão acusador, cujo propósito se resume a obter concessões recíprocas. Todavia, o *plea bargaining* não exige a confissão expressa do acusado, possibilitando, alternativamente, a assunção da culpa. Contudo, como o *plea bargaining* é um instituto antigo e costumeiro do sistema americano, é possível obter dados que atestam a existência de ilicitudes na construção das barganhas, tais quais, as falsas confissões e as coações, enquanto que, no acordo de não persecução penal, por ser um instrumento novo no ordenamento brasileiro há carência de vastas jurisprudências e doutrinas que demonstrem ilegalidades no procedimento, todavia, ressalta-se a importância e a relevância deste tema que possivelmente trará reflexões nos anos posteriores.

Por fim, as ilicitudes que decorrem, tanto do *plea bargaining*, quanto no acordo de não persecução penal, podem ser objeto de análise constitucional material, ou seja, comparação destas normas frente aos princípios do ordenamento jurídico. Neste diapasão, o princípio da presunção de inocência resta afetado em razão da antecipação da culpa, na medida em que o

acusado não será submetido aos ditames de um processo legal que verificará a sua culpabilidade.

Há também mitigação de princípios da esfera penal e constitucional, em exemplo, o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública em razão da inexigência de haver um processo em si contra o acusado, de forma que, será resolvida a controvérsia de maneira extrajudicial através do acordo. Outro princípio que resta relativizado é o princípio da verdade real, ao qual, será afetado de maneira direta em caso de ilegalidade na confecção do acordo, tendo em vista, que tal princípio preza pela correta apuração dos fatos e pela verdade durante a realização dos procedimentos.

Assim, considerando que o acordo de não persecução penal será analisado após a já formada *opinio delicti* pela autoridade policial, é de extrema importância a apuração correta dos fatos, uma vez que, o Ministério Público terá por base justamente o indiciamento e as provas de autoria e materialidade para oferecimento do acordo de não persecução penal.

Conclui-se, portanto, que é válido o entendimento de que os acordos extrajudiciais possibilitam aos acusados o cumprimento de medidas viáveis, assim como, contribuem para um judiciário célere e eficaz. Contudo, no que tange a constitucionalidade material do acordo de não persecução penal, esta, deverá ser analisada em apartado de acordo com o caso concreto, sendo necessário que os acordos sejam revestidos de todas as formalidades necessárias, assim como, é aconselhável a realização de ajustes à norma procedimental a fim de coibir o surgimento de situações de ilegalidade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Rio de Janeiro, 07 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 3 out. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental 547611**. Agravante: Ministério Público Federal. Agravado: I T (Preso). Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Santa Catarina, 8 de junho de 2020. Lex: jurisprudência do STJ. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/860108736/agravo-regimental-no-habeas-corpus-agrg-no-hc-547611-sc-2019-0352230-0>. Acesso em: 11 out. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. **Habeas Corpus Criminal 1414668-49.2021.8.12.0000**. Impetrante: Fábio César de Aléssio. Paciente: Severaldo Fagunde de Freitas. Relator: Desembargador Jonas Hass Silva Júnior, Mato Grosso do Sul, 5 de outubro de 2021. Lex: Jurisprudência do TJ. Disponível em: <https://tj-ms.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1300607086/habeas-corpus-criminal-hc->

14146684920218120000-ms-1414668-4920218120000/inteiro-teor-1300608215. Acesso em: 01. nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 94.016-SP**. Embargante: Ministério Público Federal. Embargado: Bóris Abramovich Berezovski ou Platon Elenin. Relator: Ministro Celso de Mello. São Paulo, 14 de abril de 2009. Lex: jurisprudência do STF. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3562036>. Acesso em: 5 out. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Espírito Santo. **Apelação Cível 0015960-66.2016.8.08.0024**. Apelante: Município de Vitória. Apelado: CCB Brasil, China Construction, Bank Brasil, Banco Múltiplo AS. Relator: Desembargador Manoel Alves Rabelo, 22 de julho de 2019. Lex: Jurisprudência do TJ. Disponível em: <https://tj-es.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/786859551/apelacao-apl-159606620168080024/inteiro-teor-786859557>. Acesso em: 01. nov. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Pará. Apelação 0000889-88.2008.8.14.0104. Apelante: Jonilson Luz dos Santos, Max de Sousa Medrado, Edvaldo Pinto da Silva. Apelado: Justiça Pública. Relator: Desa. Maria de Nazaré Silva Gouveia dos Santos, 30 de setembro de 2010. Lex: Jurisprudência do TJ. Disponível em: <https://tj-pa.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/345433054/apelacao-apl-8898820088140104-belem>. Acesso em: 01. nov. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Embargos de Declaração 10000200454155002. Embargante: Panorama Empreendimentos LTDA. Embargado: Deusdete Casarim Mauricio, Maria Teresa Mauricio. Relator: Des. Saldanha da Fonseca, 7 de setembro de 2020. Lex: Jurisprudência do TJ. Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/927500098/embargos-de-declaracao-cv-ed-10000200454155002-mg>. Acesso em 03. out. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Recurso Especial e Extraordinário 70076025196. Recorrente: Claudionor José Bernardi, Gerson Leandro Berti, Izelda Todero, Fernanda Munaretto Zanardo, Recorrido: Ministério Público. Relator: Almir Porto da Rocha Filho, 16 de março de 2018. Lex: Jurisprudência do TJ. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/825680503/recurso-especial-e-ou-extraordinario-70076025196-rs/inteiro-teor-825680513>. Acesso em 03. Out. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação 1501096-02.2018.8.26.0242 e 1501096-02.2018.8.26.0242. Relator: Augusto Rachid Reis Bittencourt Silva, 16 de setembro de 2021. Lex: Jurisprudência do TJ. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1282981902/apelacao-criminal-apr-15010960220188260242-sp-1501096-0220188260242/inteiro-teor-1282981928>. Acesso em 03. Out. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Recurso Especial e Extraordinário 70076025196. Recorrente: Claudionor José Bernardi, Gerson Leandro Berti, Izelda Todero, Fernanda Munaretto Zanardo, Recorrido: Ministério Público. Relator: Almir Porto da Rocha Filho, 16 de março de 2018. Lex: Jurisprudência do TJ. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/825680503/recurso-especial-e-ou-extraordinario-70076025196-rs/inteiro-teor-825680513>.

rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/825680503/recurso-especial-e-ou-extraordinario-70076025196-rs/inteiro-teor-825680513. Acesso em 03. Out. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça da Paraíba. 0000605-88.2019.8.15.0000. Requerente: Ministério Público do Estado da Paraíba. Requerido: Antônio Gomes da Silva. Relator: Des. Arnóbio Alves Teodósio, 20 de janeiro de 2020. Lex: Jurisprudência do TJ. Disponível em: <https://tj-pb.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/802463772/6058820198150000-pb/inteiro-teor-802463782>. Acesso em 03. Out. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL**. [S. l.: s. n.], 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 4 out. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. [S. l.], 29 abr. 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 3 out. 2021.

Brasil. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Rio de Janeiro, 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 03. out. 2021.

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 2021**. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 14 out. 2021.

BRASIL. **Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013**. Lei de Organização Criminosa. Brasília, 2013. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm. Acesso em: 13 out. 2021.

CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. Plea bargaining e justiça criminal consensual: entre os ideais de funcionalidade e garantismo. **Custos Legis**, [S. l.]. 2012. Disponível em: http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista/2012_Penal_Processo_Penal_Campos_Plea_Bargaining.pdf. Acesso em: 19 fev. 2019.

DA SILVA, J. et al. Escola Superior do Ministério Público do Ceará - Ano 12, nº2 / Jul./Dez. 2020 / Fortaleza-CE INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DA CONFISSÃO NO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. **Escola Superior do Ministério Público do Ceará**, Fortaleza, p. 81-97, 5 out. 2021. Disponível em: <http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2021/02/ARTIGO-4.pdf>. Acesso em: 5 out. 2021. p. 92.

DA SILVA, Juliana Ferreira. O plea bargain e as falsas confissões: uma discussão necessária no sistema de justiça criminal. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, Edição Especial Pacote Anticrime, ano 27, n. 318, p. 8-11, mai. 2019. Disponível em: https://arquivo.ibccrim.org.br/boletim_artigo/6331-O-plea-bargain-e-as-falsas-confissoes-uma-discussao-necessaria-no-sistema-de-justica-criminal. Acesso em: 3 out. 2021.

DE MELO, JOÃO OZORIO. Funcionamento, vantagens e desvantagens do plea bargain nos EUA. [S. l.]: **Revista Consultor Jurídico**, 2019. Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/2019-jan-15/funcionamento-vantagens-desvantagens-plea-bargain-eua>. Acesso em: 3 out. 2021.

DE SANCTIS, Fausto Martin. **Crime Organizado e Lavagem de Dinheiro: Destinação de bens apreendidos, delação premiada e responsabilidade social**. [S. l.]: Saraiva, 2009. p. 180.

DE BEM, Leonardo Schmitt; MARTINELLI, João Paulo. **Acordo de Não Persecução Penal**. [S. l.]: D'Plácido, 2020. 516 p.

FILHO, Eduardo Correia Gouveia. Delação premiada e plea bargaining: uma análise microcomparativa à luz das normas jurídicas brasileiras e ianques. **Revista Húmus**, [S. l.], v. 9, ed. 26, 13 set. 2019. Disponível em: <https://periodicos.ufma.br/revistahumus/article/view/11575>. Acesso em: 3 out. 2021. p. 395.

GOMES, Luiz Flávio. Moro sugere “plea bargain” no Brasil. Disponível em: <https://www.professorluizflaviogomes.com.br/wp-content/uploads/2019/01/Professor-LFG-PleaBargain.pdf>. Acesso em: 2 out. 2021.

LIMA, Marcellus Polastri. **Curso de Processo Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 22.

LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed. São Paulo, 2003. p. 122

MESSIAS, Mauro. **Acordo de não persecução penal: teoria e prática**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 65.

MENDES, Dhovan Alves. **O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E SUAS DIMENSÕES: AMPLIAÇÃO DA GARANTIA E NÃO O RETROCESSO**. [S. l.: s. n.], 2018. 51 p.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 392.

RIBEIRO, Paulo Carvalho. **O Princípio da Presunção de Inocência e Sua Conformidade Constitucional**. Rio de Janeiro. Clube de Autores, 2019. 250 p.

ROCHA, André Aarão. **Acordo de não Persecução Penal. Aspectos Teóricos e Procedimentais**. São Paulo. Lumen Juris, 2021. 158 p.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 870.

TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**. 4. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch Brasil, 2019. 412 p.

THIBAU, Vinícius Lott. **Presunção e Prova: no Direito Processual Democrático**. [S. l.]: Arraes, 2011. 136 p.

VASCONCELLOS, Vinícius 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. 146.