

## DA JUSTIÇA CRIMINAL NEGOCIAL: correlações entre o acordo de não persecução penal brasileiro e o plea bargaining

Luisa Cristina Dourado Longo<sup>27</sup>

### RESUMO

O presente artigo científico apresenta a Justiça criminal negocial brasileira, com ênfase no Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), previsto no artigo 28-A do Código de Processo Penal, que foi implementado pela Lei nº 13.964/2019, e no instituto de barganha norte-americano, o *plea bargaining*. Para isso, o artigo utiliza uma abordagem qualitativa, com objetivo exploratório, e analisa as controvérsias do ANPP enquanto instituto da Justiça Negocial Criminal, assim como o correlaciona com o instituto do *plea bargaining*. Logo após tal estudo, por meio do método dedutivo e da pesquisa bibliográfica, formula-se críticas ao *plea bargaining*, como é visto no tópico “Os perigos do *overcharging*”, bem como em “Críticas à Justiça criminal negocial brasileira”. Desse modo, apresentam-se as falhas do instituto mencionado, como, por exemplo, o abuso de poder pelas autoridades acusatórias e o não cumprimento de princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Por fim, constata-se que tais práticas abusivas, juntamente com os elementos inerentes aos institutos de barganha brasileiros, geram medo ao imputado, o que pode levá-lo a confessar um crime que nunca cometeu, sendo, portanto, condenado injusta e erroneamente.

**Palavras-chave:** Justiça Criminal Negocial. Acordo De Não Persecução Penal. *Plea bargaining*.

### ABSTRACT

---

<sup>27</sup> Acadêmica do 9º período do curso de Direito do Centro Universitário UNINORTE e assessora da Defensoria Pública do Estado do Acre (DPE/AC), na vara de Execução Penal de Cruzeiro do Sul. E-mail: longo.luisa@outlook.com.

This scientific article presents the Brazilian Negotial Criminal Justice, with emphasis on the Criminal Non-Prosecution Agreement, provided by the article 28-A of the Criminal Procedure Code, implemented by 13.964/2019 Law, and in the North American bargaining institute, plea bargaining. For this, the article uses a qualitative approach, with an exploratory objective, and analyzes the controversies of the Criminal Non-Prosecution Agreement as an institute of Criminal Negotial Justice, as well as correlating it with the institute of plea bargaining. Soon after such a study, through the deductive method and bibliographic research, criticisms of plea bargaining are formulated, as seen in the topic “The dangers of overcharging”, as well as the “Criticism of Brazilian Negotial Criminal Justice”. In this way, the flaws of the mentioned institute were presented, such as, for example, the abuse of power by the accusing authorities and the non-compliance with constitutional principles of contradictory and full defense. Finally, it appears that such abusive practices, together with the elements inherent to Brazilian bargaining institutes, generate fear for the accused, which can lead him to confess a crime he never committed, being, therefore, unfairly and wrongly convicted.

**Keywords:** Negotial Criminal Justice. Criminal Non-Prosecution Agreement. Plea bargaining.

## INTRODUÇÃO

O Poder Judiciário brasileiro está encarregado de analisar e julgar milhares de processos por ano, como mostra o Relatório Anual de Justiça em Números de 2019 (BRASIL, 2019). Esse documento reuniu dados da quantidade de processos que estiveram em andamento no ano de 2018 em cada estado da federação.

Nesses termos, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), responsável por elaborar as estatísticas oficiais supramencionadas, divulgou em seu relatório que, somente em 2018, houve 7.955 processos de conhecimento

criminais e execução penal por vara exclusiva criminal em todo território brasileiro. Ademais, o relatório ainda conclui que houve uma taxa de 78.1% de congestionamento dos processos de conhecimento criminais nas varas exclusivas criminais nos estados brasileiros (BRASIL, 2019).

Sob esta óptica, utilizando-se dos dados oficiais do CNJ no Relatório Anual de Justiça em Números de 2019, os legisladores buscaram uma alternativa para descongestionar o Judiciário e aumentar a celeridade processual, implementando, assim, o artigo 28-A no Código de Processo Penal, que introduz o Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) no ordenamento jurídico brasileiro mediante a Lei nº 13.964/2019, conhecida como “Pacote Anticrime”.

A lei supramencionada é fruto do Projeto de Lei nº 10.372/2018 da Câmara dos Deputados, que visa, como disposto no texto de lei, “aperfeiçoar” a legislação penal e processual penal, alterando e adicionando dispositivos legais. Entretanto, tal objetivo pretendido pela Lei nº 13.964/2019 é visto por Marcos Paulo Dutra Santos (2020) como um parecer arrogante e redundante do legislador, uma vez que todas as reformas legislativas possuem esta finalidade.

Nesse diapasão, tendo como objeto de estudo a Justiça criminal negocial no Brasil, modelo adotado para buscar soluções para o estabelecimento da pena do autor delitivo mediante o acordo entre as partes, sem a necessidade de designação de culpa pelo Estado (FRANCO, 2021), o presente artigo científico irá identificar quais são as controvérsias do Acordo de Não Persecução Penal, correlacionando-o com o instituto norte-

americano *plea bargaining* e, ainda, relatar as possíveis consequências de sua aplicação do Brasil.

Para alcançar esta finalidade, o artigo científico adotará uma abordagem qualitativa, com objetivo exploratório, buscando, dessa forma, analisar as controvérsias do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) enquanto instituto da justiça negocial criminal. Ademais, será utilizado o método dedutivo, onde será formulada uma “cadeia de raciocínio em conexão descendente” (ANDRADE, 2017, p. 119), que, por meio de uma pesquisa bibliográfica, tendo como base a doutrina, legislação e jurisprudência, será possível chegar à conclusão.

## 1 HISTÓRICO DA JUSTIÇA NEGOCIAL CRIMINAL BRASILEIRA

Anteriormente à análise da Justiça negocial brasileira, é de extrema importância identificar as atribuições do Ministério Público (MP). Este órgão é essencial para a manutenção da Justiça no Brasil e possui influência direta nos institutos de negociação que serão apresentados, uma vez que é obrigado por lei<sup>28</sup> a participar das negociações de pena na área criminal.

---

<sup>28</sup> Exemplos da atuação legal do Ministério Público na Justiça negocial criminal brasileira:

a) Lei n. 9.099/95, art. 76: “Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta”.

b) Lei n. 9.099/95, art. 77: “Na ação penal de iniciativa pública, quando não houver aplicação de pena, pela ausência do autor do fato, ou pela não ocorrência da hipótese prevista no art. 76 desta lei, o Ministério Público oferecerá ao Juiz, de imediato, denúncia oral, se não houver necessidade de diligências imprescindíveis”.

As funções institucionais do MP estão expressas na Lei Complementar nº 40, de 14 de dezembro de 1981, que estabelece as normas gerais a serem adotadas na organização do Ministério Público Estadual. A lei, portanto, atribui ao MP as funções de iniciar ação penal pública e garantir a observância, além de promover a execução da Constituição Federal, assim como iniciar ação civil pública<sup>29</sup>, quando a lei exigir. Posto isto, é viável avançar para o estudo da Justiça negocial criminal no Brasil.

O instituto supracitado é, conforme definição elaborada por Vasconcellos (2014), uma espécie de resolução de conflitos a partir do consenso entre a acusação e a defesa, onde é estabelecido um acordo de colaboração processual que visa suspender, de forma parcial ou integral, o processo penal imposto ao acusado. Tal prática, ao tentar diminuir os processos criminais em curso no Judiciário brasileiro, começou a ser amplamente utilizada no território pátrio para buscar a efetivação do princípio constitucional da celeridade processual, previsto no art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal de 1988<sup>30</sup>. Nesse diapasão, Lopes Júnior (2021), estabelece o ano de 1995 como o marco introdutório da Justiça criminal negocial no Brasil, com a Lei 9.099, na qual houve a implementação dos institutos de transação penal e suspensão condicional do processo, que serão analisados a seguir.

---

<sup>29</sup> A determinação da competência privativa do MP de promover ação civil pública, realizada pela Constituição Federal de 1988, nos termos de Vasconcellos (2020), consolidou o sistema acusatório no Brasil.

<sup>30</sup> Art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal de 1988: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

A transação penal está disposta no artigo 76 da lei 9.099/95, que estabelece que o Ministério Público poderá realizar a proposta de aplicação imediata de pena restritiva de direito ou multa sem o oferecimento de denúncia. Entretanto, só será possível nas hipóteses em que o arquivamento não seja cabível e a representação seja formulada, excetuando-se os crimes de ação penal pública incondicionada, onde o Ministério Público não está sujeito à manifestação da vontade da vítima ou de terceiros para iniciar a ação penal.

Já a suspensão condicional do processo, ou *sursis* processual, é um instituto da Justiça criminal negocial, estabelecido no artigo 89 da Lei nº 9.099/95. Nele, o Ministério Público poderá propor a suspensão do processo nos crimes com a pena mínima igual ou inferior a um ano, desde que o imputado não tenha condenação penal em seu desfavor ou esteja passando por outro processo criminal (BARROS, 2020).

Contudo, mesmo com a criação de tais institutos, a utilização da Justiça negocial criminal no Brasil se mostrou ineficaz no cumprimento do objetivo principal de sua criação, e, além disso, gerou diversas críticas<sup>31</sup>, realizadas pelos operadores do direito quanto à sua legalidade. Sob esta

---

<sup>31</sup> Vinicius Vasconcellos (2020) afirma que é errado examinar a legislação do instituto da colaboração premiada e supor que todos os critérios e limites expostos na lei tenham sido respeitados, porém, o mesmo pode se dizer de outros elementos da Justiça Negocial Criminal brasileira, como, por exemplo, a suspensão condicional da pena e o ANPP, uma vez que há diversas críticas quanto ao ferimento de garantias penais e constitucionais acusado. O autor ainda reforça que tal erro é semelhante à utopia do estudante da Lei de Execução Penal, que acredita que tudo o que ali foi estabelecido acontece na prática, o que é substancialmente incorreto, já que o que se vê, de forma majoritária, no sistema penitenciário brasileiro é a violação de diversos direitos fundamentais.

óptica, Lopes Júnior (2021, p. 5) apresenta que “existe ainda um imenso e perverso (ab)uso do poder de acusar, com a conivência do poder judicial que não barra, como deveria, uma enxurrada de acusações natimortas, inúteis ou despidas de suficiente justa causa”.

Nesses termos, o autor acredita que o órgão acusador, o Ministério Público, realiza acusações não investidas de justa causa, que não possuem o mínimo lastro probatório da autoria e da materialidade do delito. Isso ocorre pois tais negociações criminais criam um solo fértil para o cometimento de abusos de poder por parte das autoridades, que possui origem no sistema de Justiça negocial criminal norte-americano, principalmente no instituto do *overcharging*, do *plea bargaining*, que será objeto de análise no próximo tópico.

## **2 CARACTERÍSTICAS DO INSTITUTO DO *PLEA BARGAINING***

O *plea bargaining* é, em sua essência, um acordo entre a acusação e a defesa sobre a pena de um determinado crime cometido pelo acusado, com concessões de ambas as partes, que ocorre de maneira alternativa ao processo penal, e, conseqüentemente, ao julgamento do caso criminal pelo Tribunal, devendo ser sujeitado à homologação judicial (LANGER, 2017). Nesses termos, em juízo, a parte acusada assume a culpa do crime e a promotoria apresenta a condenação já elaborada e devidamente acordada entre as partes (HOLLAND, 2020).

Tal instituto norte-americano pode ocorrer de várias formas, sendo as mais utilizadas, segundo Cabrera e Ribeiro (2021), a *charge bargaining* e a *sentence bargaining*. Na primeira, a defesa e a acusação negociam a

acusação realizada ao réu, para que reduza a sua imputação de um crime menos gravoso ou, caso haja diversos crimes, deixar de acusá-lo dos demais. Já no *sentence bargaining*, há a negociação da sentença, onde a parte acusadora recomenda ao magistrado que diminua a pena do réu, quando este confessar o crime pelo qual está sendo acusado.

A história da criação do *plea bargaining*, assim como os motivos que levaram à sua utilização nos Estados Unidos da América gera divergências entre os autores que dissertam sobre o tema. Luiz Guilherme Holland (2020) afirma que, para muitos dos escritores, a criação do instituto norte-americano se deu pela busca por diminuir as altas taxas de processos criminais nos Tribunais americanos. Entretanto, o autor traz que outra parte da doutrina encara isso como uma falácia, tendo em vista que nos EUA o sistema de *common law* é aplicado.

Nos termos de Oliveira (2014), a *common law* é um modelo inglês criado entre os anos de 1066 e 1485 como meio de oposição ao poder feudal dos reis ingleses, onde, pela falta de normas escritas, os juízes formulavam suas decisões utilizando-se dos costumes. Ademais, outra característica da *common law*, sistema adversarial de resolução de conflitos, de acordo com Langer (2017, p. 33), é que o juiz é “compreendido como um árbitro passivo que se presume não deva participar ativamente na tomada de depoimentos das testemunhas”, diferentemente do modelo da *civil law*, onde o magistrado é observado como investigador ativo.

Sob esta óptica, Holland (2020, p. 26) afirma que a resolução de conflitos existente na *common law* inglesa teve alta influência no direito dos EUA e que as formas mais primitivas do *plea bargaining* sempre existiram

nesse sistema, “não como uma imposição legislativa, mas como uma ferramenta utilizada pelos próprios agentes envolvidos no processo, que passaram a agir de forma negocial a fim de atingirem mais celeremente a conclusão dos trabalhos”.

Entretanto, mesmo sendo um instituto que sempre pareceu estar presente no sistema do *common law*, a primeira aparição oficial do *plea bargaining* foi em 1970, no caso *Brady v. United States*, onde a Suprema Corte Americana decidiu que não é inconstitucional a apresentação de confissão de culpa para que se fossem evitados os riscos de uma condenação mais gravosa (CABRERA; RIBEIRO, 2021).

Posteriormente a sua introdução oficial no país norte-americano, a prática do *plea bargaining* se tornou deveras popular, sendo a maioria das resoluções dos casos criminais resolvidos por esses acordos. Sob este diapasão, Lopes Júnior (2021) menciona, exaltando os estudos de Walsh e Langbein (2017), que, a cada 100 casos criminais nos EUA, mais de 90 deles são resolvidos com o *plea bargaining*<sup>32</sup>, que oferece uma pena sem a elaboração de um processo, isto é, sem a produção de provas e contraditório.

Imperioso se faz destacar que a falta de produção de provas e do contraditório judicial gerou resultados negativos para o país norte-americano, visto que os Estados Unidos, atualmente, contêm enorme população carcerária. Tal resultado é indicado na pesquisa *People in Jail*

---

<sup>32</sup> A vasta utilização do *plea bargaining* para solucionar casos criminais norte-americanos de maneira mais célere se tornou um atrativo para os países que possuem a *civil law* como modelo jurídico, uma vez que, devido ao aumento da criminalidade, houve o congestionamento de seus Sistemas Judiciários. Nesses termos, Máximo Langer (2017) afirma que a implementação de tal instituto negocial é visto como um meio de flexibilizar o sistema inquisitorial do *civil law*, que é rígido por natureza.

*and Prison in Spring 2021*, de Jacob Kang-Brown, Chase Montagnet, e Jasmine Heiss, informando que, na primavera de 2021, no mês de março, haviam 1.774.900 pessoas encarceradas, mesmo com a diminuição da taxa de presos no ano de 2020, devido, principalmente, à pandemia da COVID-19.

Outro ponto negativo do *plea bargaining* é a atribuição de ampla discricionariedade à parte acusatória, devido à sua essência negocial. Tal atribuição permite ao promotor apresentar os crimes em que o imputado será acusado, bem como as penas às quais terá que cumprir caso não confesse a autoria do delito e aceite o acordo proposto com uma pena inferior. Essa discricionariedade, portanto, pode ser palco de diversos abusos a serem cometidos pelo acusador, sendo esta prática conhecida como *overcharging*, que será analisada a seguir.

## 2.1 OS PERIGOS DO *OVERCHARGING*

A prática do *overcharging* acontece, sob a óptica de Holland (2020), para que o acordo formulado entre as partes evite a impunidade do acusado. Para isso, o promotor manipula o objeto da acusação, podendo aumentar a pena mínima e a máxima que supostamente será cumprida pelo acusado caso opte pelo prosseguimento do processo penal, imputando-lhe o crime mais gravoso ou adicionando a prática de mais crimes, afirmando que também seria julgado por eles. Camargo (2021) atribui à primeira prática o nome de vertical *overcharging*, já a segunda, horizontal *overcharging*, ambas, entretanto, possuindo o objetivo de obter, do acusado, o *guilty plea*, que é “uma admissão de culpa perante a Corte que, se aceita, tem como

consequência encerrar a fase de instrução processual e a fase de julgamento” (LANGER, 2017, p. 35).

Coerentemente, vários autores e processualistas penais questionaram a legalidade de tal prática nos casos criminais dos Estados Unidos da América e imputaram críticas ao *overcharging*. Holland (2021), de maneira perspicaz, elencou a maior crítica realizada ao *plea bargaining*, e, conseqüentemente, ao *overcharging*. O autor, portanto, afirmou que o instituto norte-americano é a principal causa de condenação de inocentes, tendo em vista que a pessoa acusada injustamente renuncia seu direito à presunção de inocência por medo de passar por um julgamento que configure uma condenação de prisão perpétua ou pena de morte.

Sob a óptica da condenação de inocentes, a *National Registry of Exonerations*, projeto norte-americano que visa apresentar informações sobre exonerações de réus criminais inocentes, prevenindo, assim, condenações errôneas, após a análise de erros pretéritos, apresentou em novembro de 2015, Wayne Washington, Bobby Johnson, Shawn Whirl e Glenn Tinney. Esses quatro homens praticaram o *guilty plea*, ou seja, confessaram por um crime, mesmo sendo inocentes. Posto isto, eles foram condenados e presos injustamente pelo crime de homicídio, porém, em 2015, foram soltos, após a comprovação de que não cometeram o crime pelo qual foram acusados.

Nesses termos, é possível afirmar que o *overcharging* afeta diversas pessoas que se utilizam da barganha na Justiça criminal negocial, portanto, o *plea bargaining* resultando em um instrumento de negociação com a segurança jurídica falha, uma vez que pode condenar pessoas inocentes

devido aos abusos de poder das autoridades de acusação. Porém, mesmo sob este diapasão, o *plea bargaining* influenciou o Poder Legislativo a realizar um verdadeiro transplante jurídico<sup>33</sup>, ao utilizar tais elementos do instituto norte-americano para criar o Acordo de Não Persecução Penal, instrumento da Justiça negocial criminal brasileira, que será disposto no próximo tópico.

### 3 DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

O ANPP foi introduzido no Código de Processo Penal (CPP)<sup>34</sup> em 2019, com a Lei n. 13.964, visando diminuir a quantidade de processos criminais na esfera criminal do Judiciário brasileiro, com fulcro na elaboração de acordos entre o imputado e o Ministério Público, sem que, dessa forma, houvesse o oferecimento da denúncia pela autoridade (LUCCHESI; OLIVEIRA, 2021). Sob esta óptica, Borri, Battini e Soares (2020, p. 216) indicam que “há nitidamente uma mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal, em prol do princípio da oportunidade e da criação de espaços de consenso no processo penal, afastando-se da consagrada justiça conflitiva”.

Nesses termos, para que a elaboração dos acordos seja realizada e que a criação de espaços consensuais seja estabelecida, é necessário que

---

<sup>33</sup> A expressão “transplante jurídico”, disposta por Vieira (2018), é vista como um movimento dos mais diversos países utilizarem elementos de modelos jurídicos estrangeiros aos seus, mesmo possuindo um sistema judiciário diferente, como é o caso do Brasil e dos Estados Unidos da América, que adotam, respectivamente, a *civil law* e a *common law*.

<sup>34</sup> O Acordo de Não Persecução Penal já era estipulado pelo Conselho Nacional do Ministério Público, mediante às Resoluções nº 181/2017 e 183/2018, entretanto, a falta de previsão legislativa gerava diversos debates acerca da insegurança jurídica do instituto, fato que só foi superado com o advento da Lei n. 13.964 (BORRI; BATTINI; SOARES, 2020).

haja o preenchimento de certos requisitos, objetivos e subjetivos, estabelecidos no *caput* do artigo 28-A do CPP, que serão analisados a seguir.

De acordo com os elementos objetivos previstos no CPP, o caso criminal não pode conter as hipóteses que autorizam o arquivamento do inquérito policial, que possui o fito de, nos termos de Távora e Alencar (2020, p. 153), “esclarecer previamente os fatos tidos por delituosos antes de ser ajuizada a ação penal”. Os autores indicam, ainda, que as causas de admissibilidade do arquivamento do inquérito policial podem ser definidas através da aplicação do artigo 395 do CPP, ou seja, a falta de pressuposto processual, condição para o exercício da ação penal ou da justa causa, bem como as hipóteses de mérito<sup>35</sup>, podem ser fundamentos do arquivamento. Ademais, o imputado deverá confessar a prática da infração, que não poderá ter sido cometida com violência ou grave ameaça e deverá ter uma pena mínima inferior a 4 anos (BRASIL, 1941).

Quanto ao requisito subjetivo, o Código de Processo Penal dispõe que só será proposto o ANPP, além do preenchimento dos requisitos já mencionados, caso seja “necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime” (Brasil, 1941). Sob esta óptica, Barros (2020) afirma que, para o preenchimento desse requisito, o acordo deverá ser capaz de providenciar a ressocialização do acusado após o cometimento da infração penal.

---

<sup>35</sup> A hipótese de arquivamento do inquérito policial pelo fundamento do mérito é configurada, de acordo com Nestor Távora e Rosmar Alencar (2020), quando existem causas excludentes de ilicitude, punibilidade e culpabilidade, exceto quando há a inimputabilidade, bem como quando o fato não constituir crime.

Ocorre que, o instituto da ressocialização gera divergências entre doutrinadores e críticas quanto à sua eficácia. Por exemplo, Gomes (1995), apresenta a ressocialização de forma positiva ao afirmar que ela acontece quando o apenado se manifesta favoravelmente pelos valores constitucionais reconhecidos, como a dignidade humana e a justiça, bem como quando ele demonstra boa vontade e respeito para não cometer novamente tal conduta tipificada. Entretanto, ao trazer este elemento para a realidade brasileira, Valois (2012) percebe as falhas referentes aos seus resultados e relata que elas ocorrem igualmente às prisões que não se baseiam na ressocialização, de modo que favorecem o aumento da criminalidade, com mortes, drogas e outras mazelas, tornando-se, portanto, uma crença firmada na ausência de sinceridade do sistema penal.

Posto estas condições de admissibilidade do ANPP, o art. 28-A do CPP, em seu §2º, também estabeleceu as hipóteses de inaplicabilidade do instituto da Justiça negocial criminal. Portanto, nos incisos I e II da legislação supracitada, é expresso que não é possível realizar o ANPP se for cabível a transação penal, assim como se o imputado for reincidente ou se houver provas de que ele pratique crimes habitualmente, reiteradamente ou de maneira profissional.

Tais hipóteses, entretanto, excetuam as infrações penais dotadas do princípio da insignificância, onde o acusado fará jus à extinção da tipicidade penal e alcançará a absolvição, caso cumpra alguns requisitos estabelecidos pelo Supremo Tribunal Federal (2020), quais sejam: a conduta do agente deverá ser minimamente ofensiva, não causar perigo à sociedade, ter baixa

reprovabilidade e não resultar uma lesão jurídica expressiva, sendo tais requisitos analisados de forma individual em cada caso concreto.

As outras hipóteses de inaplicabilidade do ANPP estão expressas nos incisos III e IV do §2º do artigo 28-A do CPP, que estabelecem que não poderá ser realizado o acordo se, nos cinco anos anteriores ao cometimento do crime, tiver sido conferido ao imputado o ANPP, a suspensão condicional do processo ou a transação penal. Ademais, também será impossibilitado de realizar o ANPP o acusado de crimes de violência doméstica ou familiar ou praticados contra a mulher por razões da condição do sexo feminino.

Finalizando, portanto, as hipóteses de inaplicabilidade do ANPP, é importante salientar o viés garantista<sup>36</sup> do instituto do ANPP que o legislador decidiu introduzir, objetivando executar o máximo respeito aos direitos e garantias fundamentais do ser humano. Para isso, adicionaram, no art. 28-A do CPP, medidas que proporcionam maior segurança jurídica ao acusado. Tal conduta é perceptível no §5º do artigo supramencionado, onde o juiz pode devolver os autos ao Ministério Público para a reformulação do acordo, se houver aceite pelo investigado e pelo seu defensor, quando considerar as condições estipuladas inadequadas, insuficientes ou abusivas.

Ademais, o §14 do artigo em questão prevê o requerimento da remessa dos autos ao órgão superior, caso o Ministério Público recuse realizar o ANPP. Nesses termos, o órgão superior irá realizar o devido

---

<sup>36</sup> O Garantismo Jurídico é uma teoria que teve como principal autor o jurista italiano Luigi Ferrajoli. Ela “busca soluções para a crescente crise do Direito, como uma provável resposta ao grande caos jurídico experimentado pela sociedade por longos anos” (GIL, 2006, p. 15), protegendo, dessa forma, os direitos fundamentais dos seres humanos.

acordo ou se manifestar de forma justificada com os motivos que impedem a elaboração dele. Não obstante, tais garantias trazidas pela Lei nº 13.964/2019 não protegem de forma absoluta o imputado, pois, mesmo com essas condições, não está livre de sofrer abusos das consequências severas da Justiça negocial criminal, como o *overcharging*, que contém raízes do sistema estadunidense *plea bargaining*, gerando diversas críticas à sua utilização no Brasil, que serão detalhadas a seguir.

#### 4 CRÍTICAS À JUSTIÇA NEGOCIAL BRASILEIRA

A Justiça criminal negocial brasileira é alvo de diversas críticas pelos juristas e doutrinadores brasileiros, que estabelecem que ela não é segura em sua totalidade. Isto se dá pelo fato dela ser um instituto que, de forma tácita, propicia o abuso do poder da autoridade acusatória, o que pode levar à condenação de inocentes e ao cumprimento injusto de penas a eles impostas e, conseqüentemente, infringir axiomas do garantismo penal<sup>37</sup>, como, por exemplo, o *nulla culpa sine iudicio* e o *nulla accusatio sine probatione*.

O axioma do *nulla culpa sine iudicio* encontra respaldo no princípio da jurisdiccionariedade, que, de acordo com Almeida (2013), se divide em *lato sensu* e *stricto sensu*. Nos termos da autora, o sentido *lato* da

---

<sup>37</sup> A autora Almeida (2013) elenca os 10 axiomas do sistema garantista de Luigi Ferrajoli, jurista italiano, que se dividem em garantias penais e processuais penais, são eles: 1. *nulla poena sine crimine*; 2. *nullum crimen sine lege*; 3. *nulla lex sine necessitate*; 4. *nulla necessita sine iniuria*; 5. *nulla iniuria sine actione*; 6. *nulla actio sine culpa*; 7. *nulla culpa sine iudicio*; 8. *nullum iudicium sine accusatione*; 9. *nulla accusatio sine probatione*; 10. *nulla probatio sine defensione*.

jurisdicionariade indica que não há culpa sem processo, já o sentido estrito estabelece que o Judiciário não pode realizar seu julgamento pautado somente pela análise de elementos de informação, elaborados anteriormente ao processo penal, e sim, com a apreciação de provas produzidas pela acusação e defesa. Por fim, Almeida(2013) apresenta o princípio do ônus da prova, que atribui à autoridade acusatória a tarefa de, por meio de provas regidas pelo contraditório, comprovar a culpa do imputado. Tal princípio está, portanto, intrinsecamente ligado ao axioma *nulla accusatio sine probatione*, que indica que não há acusação sem provas.

A transgressão de tais princípios e axiomas do Direito Processual Penal é devido, portanto, principalmente à existência do abuso de poder, que é reconhecido por Lopes Júnior (2021, p. 5) ao indicar que “existe ainda um imenso e perverso (ab)uso do poder de acusar, com a conivência do poder judicial, que não barra, como deveria, uma enxurrada de acusações natimortas, inúteis ou despidas de suficiente justa causa”.

Nesses termos, é possível verificar que o *overcharging* está presente na Justiça negocial do Brasil, uma vez que, presente o abuso de poder pela autoridade acusatória, mesmo as acusações desprovidas de lastro probatório mínimo para configurar a autoria e a materialidade do fato são suficientes para condenar o imputado. O autor acrescenta, ainda, a supervalorização da confissão do acusado e dos atos investigatórios como elementos negativos, frutos de uma estrutura inquisitorial brasileira.

Essa tradição inquisitória no Brasil se deu, essencialmente, pela Santa Inquisição, movimento medieval iniciado na Europa, no século XII, que foi configurado, nos termos de Carvalho e Freitas (2021, p. 258), pelas

“perseguições, torturas e punições baseadas no mero descumprimento de dogmas, no enaltecimento de figuras religiosas bem como na ausência de garantias”. Um dos principais fatores presentes nesse período, de acordo com as autoras, foi a utilização da confissão como instrumento de controle social, por meio da regulação do comportamento da sociedade, bem como do uso de meios ilícitos, como a tortura psicológica e física para conseguí-la.

No entanto, mesmo com o fim desse período sombrio da história, há resquícios da lógica inquisitorial na realidade brasileira, como é visto na Justiça negocial criminal brasileira, onde a confissão é entendida como uma “prova suprema”, confirmando, de forma imprudente, que o imputado cometeu o crime pelo qual foi acusado. Acontece que a confissão, além de ser desprovida de contraditório e ampla defesa, garantias previstas no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988, assim como os atos investigatórios, ainda é altamente maleável por conta da perseverança do medo, pela parte do acusado, e dos abusos de poder, cometidos pela acusação.

Quanto aos atos investigatórios, é importante salientar que os componentes colhidos na investigação e no inquérito policial são elementos de informação, que no curso do processo penal, não podem moldar a convicção do juiz de forma exclusiva, sendo indispensável a análise das provas, elementos que já passaram pelo crivo do contraditório e da ampla defesa. Pois bem, como tais elementos de informação, que não podem ser considerados de forma exclusiva pelo juiz, no âmbito processual penal, poderão ser utilizados para condenar a pessoa acusada nos institutos da

Justiça criminal negocial, sem que aumente as chances de ser estabelecida uma condenação errônea que irá causar danos irreversíveis ao imputado? Não é possível.

Posto isto, tendo em vista a não utilização dos princípios da ampla defesa e do contraditório<sup>38</sup>, no ANPP e nos outros institutos da Justiça criminal negocial, Lopes Júnior (2021, p. 5) foi perspicaz ao afirmar que não há a paridade de armas, uma vez que, na realidade, “existe uma submissão do réu a partir de uma visão de redução de danos (para evitar o ‘risco’ do processo)”. O princípio da paridade de armas, está previsto no artigo 7º do Código de Processo Civil, que expressa que “é assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório” (BRASIL, 2015), sendo, portanto, essencial para aumentar a segurança do imputado, para que não seja condenado injustamente.

Tendo em vista o que foi apresentado, buscando assegurar maior segurança ao acusado, a legislação brasileira expressou em seus dispositivos a necessidade do acompanhamento de advogado ou defensor público em todos os momentos da negociação criminal, conforme os §§1º e 2º do art. 3-C da Lei 12.850/13, que dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal. Porém, mesmo com tal legislação, Vasconcellos (2021, p. 8) afirma que

---

<sup>38</sup> Artigo 5º, inciso LV, CF/88: “aos 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 inerentes”.

Não se pode sustentar a ideia de que o simples fato de ter sido o réu aconselhado por advogado/a impeça o reconhecimento de qualquer ilegalidade no acordo e nas negociações, ou vício na vontade do réu. Nesse cenário, a própria relação entre advogado e cliente pode ser impactada, pois diversas são as influências possíveis em meio à justiça criminal negocial.

Ademais, o autor salienta que, mesmo com o acompanhamento da Defesa, instituto que deveria ser fundamentalmente garantista, o imputado pode ser incentivado a realizar a negocial. E, lastimavelmente, tal “incentivo”, pode se dar por meios e causas ilegítimas, como pelo abuso de autoridade, para que, desse modo, o advogado possa cumprir suas “metas” de maneira mais ágil, como, por exemplo, a obtenção de benefícios e honorários<sup>39</sup>, comprometendo a eficácia, segurança e a legitimidade dos institutos da Justiça criminal negocial brasileira.

## CONCLUSÃO

O presente artigo científico apresentou uma breve análise histórica da Justiça negocial criminal no Brasil, onde foram expostos os seus principais elementos, como a transação penal e a suspensão condicional do processo. Posteriormente, foi introduzido ao leitor o instituto norte-americano *plea bargaining*, que teve suas características exaltadas, assim como os perigos do *overcharging* estabelecidos. Logo após, o artigo

---

<sup>39</sup> Vasconcellos (2017) aponta que a obtenção rápida de honorários, bem como outros motivos antiéticos, estimula a defesa técnica a se manter firme quanto ao aceite do acordo da Justiça Criminal Negocial, mesmo se houver um cenário favorável para o acusado no processo penal.

científico retoma a Justiça negocial brasileira, ao tratar do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), previsto no artigo 28-A do Código de Processo Penal, correlacionando-o com o *plea bargaining*. Não obstante, foram realizadas diversas críticas ao ANPP, onde foram constatadas práticas de abuso de poder, que levaram inocentes à prisão.

Precedentemente à exposição do histórico da Justiça criminal negocial brasileira, tendo como amparo a Lei Complementar nº 40, de 14 de dezembro de 1981, foram apresentadas as funções institucionais do Ministério Público (MP), importante órgão de manutenção da Justiça brasileira, que é parte essencial para a formulação do ANPP e de outros elementos negociais. Seguidamente, foram traçados os motivos que levaram à criação da Justiça negocial no Brasil, que se deu para garantir o princípio da celeridade processual, onde se buscou resolver os conflitos de maneira mais rápida e eficaz, o que não aconteceu na prática.

Nesses termos, além de não satisfazer os desejos formulados pelos legisladores ao introduzirem a Justiça negocial criminal no Brasil, foram detectadas falhas na introdução das práticas de negociação da pena, uma vez que foi criado um ambiente propício para o cometimento de abusos de poder pelas autoridades devido ao “transplante jurídico” realizado, que implementou no Judiciário brasileiro certos elementos de barganha do *plea bargaining*. Tal instituto, portanto, originário do sistema inglês de *common law*, teve seus elementos elencados, como a falta de produção de provas e contraditório, assim como a atribuição de ampla discricionariedade à parte acusatória, o que gera resultados negativos nos Estados Unidos da América,

umentando a população carcerária e o número de casos de inocentes presos.

Foi portanto analisado que o aumento da taxa de condenação de pessoas que não praticaram o crime pelo qual foram imputadas decorre, principalmente, do *overcharging*, prática de abuso de poder cometido pela autoridade acusatória. Essa prática pode ocorrer pelo aumento da pena mínima e máxima da pena imposta, pela imputação de crime mais gravoso ou pela adição de prática de mais crimes, com o intuito de gerar medo ao acusado para conseguir a sua confissão, ou o chamado *guilty plea*, havendo, desta forma, a renúncia do seu direito ao julgamento.

Não muito díspare do instituto do *plea bargaining*, e colecionando práticas abusivas semelhantes ao *overcharging*, foram analisadas as condições de admissibilidade e hipóteses de inaplicabilidade do ANPP, dispostas no artigo 28-A do Decreto-Lei n. 3.689/41, assim como medidas que buscaram proporcionar maior segurança jurídica ao imputado, como, por exemplo, a devolução dos autos ao MP. Porém, tais medidas legislativas não protegem o acusado em sua totalidade, o que gerou críticas à Justiça criminal negocial brasileira, trazidas pelo artigo científico.

Nesse diapasão, foram indicados os axiomas do garantismo penal infringidos devido à utilização de meios que evitam o processo penal no Brasil, sendo eles o *nulla culpa sine iudicio* e o *nulla accusatio sine probatione*, que indicam, respectivamente, que não há culpa sem processo e não há acusação sem provas. Os institutos de barganha brasileiros sofrem críticas, ainda, quanto ao abuso de poder pelas autoridades acusatórias, que formulam acusações sem suficiente justa causa, a fim de conseguirem a

confissão do imputado, cuja prova é vista pela Justiça negocial brasileira como “prova suprema” devido aos resquícios inquisitoriais presentes na estrutura judiciária do Brasil.

Por fim, foi determinado que a falta de ampla defesa e contraditório, assim como a utilização de elementos de informação para a convicção do juiz, geram meios para que a condenação de pessoas inocentes seja frequente. Isso acontece, pois, uma vez formulada a pressão psicológica decorrente do abuso de poder, o imputado terá medo de iniciar um processo, pois, de acordo com a sua visão coagida, poderá ter uma pena muito superior àquela que teria se aceitar o ANPP, por exemplo.

### REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Débora de Souza de. A teoria do garantismo penal em questão: o olhar anti-inquisitorial da axiologia de Luigi Ferrajoli. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, Lisboa, n. 7, p. 6147-6168. Ano 2, 2013.

ANDRADE, Maria Margarida de. **Introdução à metodologia do trabalho científico**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

ARAS, Vladimir. **Acordo de não persecução penal**. 3ª. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

BARROS, Francisco Dirceu. **Acordos criminais**. 1ª. ed. São Paulo: Ed. JH Mizuno, 2020. 312 p.

BORRI, Luiz Antonio; BATTINI, Lucas Andrey; SOARES, Rafael Junior. Breves considerações sobre o acordo de não persecução penal. **Revista do Instituto de Ciências Penais**. v. 5. p. 215-218, dez-maio/2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Constituição Federal**. Brasília, 1988.

\_\_\_\_\_. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2019**. Brasília: CNJ, 2019.

\_\_\_\_\_. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Brasília, 1941.

\_\_\_\_\_. Lei Complementar nº 40, de 14 de dezembro de 1981. **Estabelece normas gerais a serem adotadas na organização do Ministério Público estadual**. Brasília, 1981.

\_\_\_\_\_. Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. **Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências**. Brasília, 1995.

\_\_\_\_\_. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Brasília, 2015.

\_\_\_\_\_. Lei n. 3.964, de 24 de dezembro de 2019. **Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal**. Brasília, 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). **Habeas Corpus 175.945**. PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. Relator: Roberto Barroso, Brasília, DF, 27 de abril de 2020.

CABRERA, Michelle Gironde; RIBEIRO, Bárbara Feijó. Os acordos penais como efeito da retórica do catastrofismo: uma análise a partir do plea bargaining estadunidense. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 14, p 12-14, jul. 2021.

CAMARGO, Pedro Luís de Almeida. O risco de overcharging na prática negocial do processo penal brasileiro. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n 14, p. 29-31, jul. 2021.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 27. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

CARVALHO, Maria Clara Pereira de; FREITAS, Rita de Cássia Souza Tabosa. SUL EPISTÊMICO E SISTEMA INQUISITIVO: Resquícios punitivistas no processo penal como perca da identidade democrática do processo penal brasileiro. **Revista Científica do UniRios**. Ano 15, v. 30, p. 254-285, maio 2021.

FRANCO, Ivan Candido da Silva de. O Ministério Público e a Justiça Negocial no Brasil: entre a obrigatoriedade e a discricionariedade. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 14, p. 20-22, jul. 2021.

GIL, Lise Anne de Borba Franzoni. **O garantismo jurídico de Luigi Ferrajoli e a teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy: uma aproximação teórica**. Dissertação de mestrado. Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis. 2006.

GOMES, Luiz Flávio. **Suspensão Condicional do Processo Penal**. Ed. RT, 1995.

GOUVEIA FILHO, Eduardo Correia. O uso perverso da confissão no Processo Penal Brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal**, v. 4, n. 1, 2016.

HOLLAND, Luiz Guilherme Gruber. **Plea bargaining**: uma introdução à barganha dos tribunais dos Estados Unidos da América. 1ª. ed. São Paulo, 2020.

KANG-BROWN, Jacob; MONTAGNET, Chase; HEISS, Jasmine. **People in Jail and Prison in Spring 2021**. New York: Vera Institute of Justice, 2021.

LANGER, Máximo. Dos transplantes jurídicos às traduções jurídicas: a globalização do plea bargaining e a tese da americanização do processo penal. **DELICTAE**, v. 2, n. 3, jul.-dez. 2017.

LOPES JÚNIOR, Aury. A crise existencial da justiça negocial e o que (não) aprendemos com o JECrim. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 14, p. 4-6, jul. 2021.

\_\_\_\_\_. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LUCCHESI, Guilherme Benner; OLIVEIRA, Marlus H. Arns de. Sobre a discricionariedade do Ministério Público no ANPP e o seu controle jurisdicional: uma proposta pela legalidade. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 14, p. 26-28, jul. 2021.

NATIONAL REGISTRY OF EXONERATIONS. **Innocents Who Plead Guilty**. 24 November 2015. Disponível em: <https://www.law.umich.edu/special/exoneration/Documents/NRE.Guilty.Plea.Article1.pdf>. Acesso em: 07 de dezembro de 2021.

OLIVEIRA, Ana Carolina Borges de. Diferenças e semelhanças entre os sistemas da civil law e da common law. **Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica Da Academia Brasileira De Direito Constitucional**, Curitiba, v.6, p. 43-68, jan.-jul. 2014.

SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Comentários ao pacote anticrime**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Novo curso de Direito Processual Penal**. 15. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

VALOIS, Luís Carlos. **Conflito entre ressocialização e princípio da legalidade penal**. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2012.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro**. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito, PUCRS. Porto Alegre. 2014.

\_\_\_\_\_. Colaboração premiada e negociação na justiça criminal brasileira: acordos para aplicação de sanção penal consentida pelo réu no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 166, p. 241-271, abr. 2020.

\_\_\_\_\_. **Colaboração premiada no processo penal**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

\_\_\_\_\_. Justiça criminal negocial e o direito de defesa: os acordos no processo penal e seus limites necessários. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 14, p. 7-9, jul. 2021.

VIEIRA, Renato Stanziola. O que vem depois dos “legal transplants”? Uma análise do processo penal brasileiro atual à luz de direito comparado. **Revista Brasileira De Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 4. n. 2, p. 767-806. 2018.