

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL

SARA RODRIGUES PEREIRA ASSIS

**DO CARIMBO À MESA DE NEGOCIAÇÃO: limites para o controle judicial sobre o
acordo de não persecução penal em um sistema acusatório**

VITÓRIA/ES

2024

SARA RODRIGUES PEREIRA ASSIS

**DO CARIMBO À MESA DE NEGOCIAÇÃO: limites para o controle judicial sobre o
acordo de não persecução penal em um sistema acusatório**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Processual do Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração “Justiça, Processo e Constituição” e na linha de pesquisa “Sistemas de Justiça, Constitucionalidade e Tutelas de Direitos Individuais e Coletivos”.

Orientador: Professor Doutor Ricardo Gueiros Bernardes Dias.

VITÓRIA/ES

2024

Ficha catalográfica disponibilizada pelo Sistema Integrado de
Bibliotecas - SIBI/UFES e elaborada pelo autor

A848c Assis, Sara Rodrigues Pereira, 1995-
Do carimbo à mesa de negociação: : limites para o controle
judicial sobre o acordo de não persecução penal em um sistema
acusatório / Sara Rodrigues Pereira Assis. - 2024.
162 f.

Orientador: Ricardo Gueiros Bernardes Dias.
Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Universidade
Federal do Espírito Santo, Centro de Ciências Jurídicas e
Econômicas.

1. Processo Penal. 2. Negociação. 3. Persecução Penal. I. Dias,
Ricardo Gueiros Bernardes. II. Universidade Federal do Espírito
Santo. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. III. Título.

CDU: 340

SARA RODRIGUES PEREIRA ASSIS

**DO CARIMBO À MESA DE NEGOCIAÇÃO: limites para o controle judicial sobre o
acordo de não persecução penal em um sistema acusatório**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Processual do Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração “Justiça, Processo e Constituição” e na linha de pesquisa “Sistemas de Justiça, Constitucionalidade e Tutelas de Direitos Individuais e Coletivos”.

Aprovada em 16 de maio de 2024.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Ricardo Gueiros Bernardes Dias
Universidade Federal do Espírito Santo
Presidente – Orientador

Prof. Dr. Roberto Kant de Lima
Universidade Federal Fluminense
Membro Externo

Prof. Dr. Ricardo Jacobsen Gloeckner
Pontifícia Universidade Católica
Membro Externo

Prof. Dr. Geovany Cardoso Jevaux
Universidade Federal do Espírito Santo
Membro Interno

Ao Paulo Henrique, por seguir segurando firme minha mão desde que entramos juntos na mesma embarcação. Continue a trazer a caneta e o papel para, com amor constante, seguirmos a descrever a rota diante de nós.

AGRADECIMENTOS

Apesar de, em alguns momentos, o curso de mestrado parecer uma caminhada solitária, por certo não o foi. Nos últimos dois anos, não faltaram expressões de incentivo, de ajuda e de amparo, pelo que sou extremamente grata.

Grata, de início e sempre, a Deus, que dispensou, diariamente, graça, amor, bondade e cuidado sobre mim. A percepção de Sua presença e de Seu sustento em todo tempo permitiu percorrer todas as etapas até aqui com alegria e satisfação, a despeito das dificuldades. Nas fases mais difíceis, como diz a canção, pude seguir em frente ao ouvir o Caminho a me chamar: dê o passo, que eu providencio o chão. Por tudo, então, resta imensa gratidão.

Tenho muito a agradecer a meu orientador, Prof. Dr. Ricardo Gueiros Bernardes Dias, tanto pela oportunidade de orientação acadêmica no desenvolvimento desta pesquisa, como pela confiança e pela amizade a mim dirigidas nestes dois anos. Sou grata pela troca de ideias, pelo ensino, pelo espaço que me conferiu para construir este trabalho, pela disponibilidade e pela paciência com as dúvidas durante o caminho. Admiro o senhor não só pelo amplo conhecimento e pela habilidade em transmiti-lo em suas aulas, como também por sua humildade, sua empatia e seu cuidado com todos os alunos e orientandos.

Agradeço, também, aos professores e aos funcionários do Programa de Pós-Graduação em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo (PPGDIR-UFES) por contribuírem com a pesquisa, o ensino e a extensão, construindo, assim, uma educação pública de qualidade. Sou grata, especialmente, pelo compartilhamento de conhecimento, pela disponibilização de recursos, pelo incentivo à vivência no ambiente acadêmico e por todo suporte técnico.

Meus agradecimentos se direcionam, de igual modo, aos membros da banca de defesa Prof. Dr. Geovany Cardoso Jevaux, Prof. Dr. Ricardo Jacobsen Gloeckner e Prof. Dr. Roberto Kant de Lima, por disporem tempo e dedicação na avaliação deste trabalho e por gentilmente apresentarem contribuições valiosas na etapa de qualificação, as quais serviram para o aprofundamento e aprimoramento da pesquisa.

Minha sincera gratidão à Turma 176 (Gazeteiros) do curso de Direito da Universidade Federal do Espírito Santo, a primeira pela qual fui responsável enquanto professora voluntária. A colaboração, o respeito, o entusiasmo e a compreensão quanto às minhas limitações tornar essa experiência gratificante e inesquecível.

A meu esposo Paulo Henrique Assis, muito obrigada. Obrigada pelo amor constante, pelo apoio incondicional, pela compreensão frente à correria e à falta de tempo e pela alegria

compartilhada diante de cada etapa concluída. A jornada foi mais leve tendo você para dela partilhar.

Agradeço, também, à minha família, especialmente aos meus pais Samuel Pereira e Aurea Rodrigues Pereira e à minha irmã Débora Rodrigues, pelo amor demonstrado nos mínimos detalhes, pelo encorajamento constante na realização dos sonhos desenhados desde muito tempo e pelo amparo de toda espécie, dando-me a base para construir o que hoje alcançamos.

Agradeço à comunidade da Igreja Presbiteriana do Brasil em Jardim da Penha, pela comunhão ofertada em todo tempo, pelas orações incessantes, pelo carinho e pelo interesse em me ver tornar concretos os planos compartilhados já há algum tempo.

À equipe dedicada do 2º Ofício Criminal da Procuradoria da República no Estado do Espírito Santo – cito aqui Dr. Edmar Machado, Dra. Andrea de Brito, Gabriel Drumond e Amanda Façanha –, expresso minha gratidão tanto pela compreensão e pela assistência logística, como pelo incentivo constante.

Às amigas que se estenderam desde os dias da graduação também tenho a agradecer. Fabiane Sena, Ricardo Morgan, Maria Júlia Mansur e Daniella Stefanelli são parceiros e incentivadores inigualáveis, um presente precioso que guardo da querida turma dos *Lawrds*. Especialmente à Daniella, deixo minha profunda gratidão, diante da generosidade em oferecer ótimas sugestões para o aperfeiçoamento do trabalho. Também agradeço aos novos amigos que o mestrado trouxe, citando, com especial carinho, Marcela Pavesi, Alexandre Fortuna, Hian Gualberto, Amanda Misael e Bianca Persici. Obrigada pelo apoio e pelo companheirismo. Vocês tornaram os desafios da academia mais leves e satisfatórios.

A todos com quem pude compartilhar essa jornada, muito obrigada.

RESUMO

A expansão dos espaços de consenso na justiça criminal brasileira apresenta-se como possibilidade de resposta à sobrecarga do sistema judiciário, à morosidade e aos insatisfatórios resultados entregues às partes, à sociedade e ao suposto agressor quando findo o longo caminho do processo penal em sua estrutura tradicional. Desde o final do século XX, vê-se, no Brasil, o incremento de mecanismos a promoverem o tratamento do conflito penal mediante a adoção da via negocial, figurando o acordo de não persecução penal como o mais recente instrumento previsto na legislação brasileira como alternativa ao tradicional processo penal. Frente a essas mudanças, revela-se necessária a análise dos principais caracteres, dos possíveis resultados e da adequação desse novo mecanismo a um processo penal de feição acusatória. À vista disso, este trabalho se propõe a examinar a disciplina legal conferida ao controle judicial sobre o acordo de não persecução penal, identificando as razões de sua previsão, bem como os limites para sua realização. A partir do estudo de literatura jurídica especializada, de dispositivos legais e de julgados das Cortes Superiores brasileiras sobre a matéria, objetiva-se verificar o modo como delimitada a atuação do órgão julgador sobre as manifestações do consenso no processo penal e, especialmente, no âmbito do acordo de não persecução penal, de modo a se apurar em que medida a previsão deste controle se coaduna ao sistema processual de caráter acusatório, cujas principais características também serão objeto de exame. Do estudo ora proposto, extrai-se como necessária a cautela na interpretação a ser conferida à previsão do controle judicial sobre o acordo de não persecução penal, com vistas à efetiva e imparcial atuação do órgão julgador na apreciação dos termos ajustados entre acusação e defesa. O presente trabalho também estende sua análise à prática forense, com a realização de pesquisa de campo. A partir do exame de dados coletados em observação participante, estudou-se a dinâmica com a qual têm se desenvolvido as audiências destinadas à homologação judicial dos acordos de não persecução penal, concluindo-se ser necessário o ajuste do papel assumido pelo magistrado no controle dos acordos de não persecução penal, a fim de que este controle não seja reduzido a mera formalidade, nem represente uma usurpação do papel do órgão acusador pelo juiz.

PALAVRAS-CHAVE

Justiça penal negociada; Controle judicial sobre acordos; Acordo de não persecução penal; Sistema acusatório.

ABSTRACT

The expansion of spaces of consensus in Brazilian criminal justice is presented as a possibility of responding to the overload of the judicial system, its slowness and the unsatisfactory results delivered to the parties, society and the alleged perpetrator when the long path of criminal proceedings in its traditional structure ends. Since the end of the 20th century, Brazil has seen an increase in mechanisms for dealing with criminal conflicts through negotiation, with the non-prosecution agreement being the most recent instrument provided for in Brazilian legislation as an alternative to traditional criminal proceedings. Considering these changes, it is necessary to analyze the main characteristics, the possible results and the adequacy of these new mechanisms of the accusatory criminal process. In view of this, this paper sets out to examine the legal discipline conferred on the judicial control over the non-prosecution agreement, identifying the reasons for its prediction and the limits for its realization. Based on the study of specialized legal literature, legal provisions and rulings of the Brazilian Superior Courts on the matter, the aim is to verify the way in which the performance of the judging body is delimited on the manifestations of consensus in criminal proceedings and, especially, in the context of the criminal non-prosecution agreement, in order to determine to what extent the provision for this control is consistent with the procedural system of an accusatory nature, whose main characteristics will also be examined. From the study proposed herein, caution is required in interpreting the provision of judicial control over the criminal non-prosecution agreement, with a view to the Court's effective and impartial performance in assessing the terms agreed between the defense and the prosecution. This paper also extends its analysis to forensic practice, conducting field research. From the examination of data collected through participant observation, the dynamics with which hearings aimed at the judicial approval of non-prosecution agreements have developed were studied, concluding that it is necessary to adjust the role assumed by the magistrate in controlling the non-prosecution agreements so that this control is not reduced to a mere formality, nor does it represent a usurpation of the role of the accusing body by the judge.

KEYWORDS

Negotiated criminal justice; Judicial control over agreements; Non-prosecution agreement; Accusatorial system.

LISTA DE SIGLAS

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

Art. – Artigo

CF – Constituição Federal

CNMP – Conselho Nacional do Ministério Público

CONAMP – Associação Nacional dos Membros do Ministério Público

CP - Código Penal

CPC – Código de Processo Civil

CPP – Código de Processo Penal

EUA – Estados Unidos da América

Pet. – Petição

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

StPO – *Strafprozessordnung*

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
 1 O SISTEMA ACUSATÓRIO ENQUANTO ESCOLHA CONSTITUCIONAL PARA O PROCESSO PENAL BRASILEIRO	18
1.1 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIIS HISTORICAMENTE RECONHECIDOS E SUAS DISTINÇÕES	18
1.2 LIMITES À ATUAÇÃO DO ÓRGÃO JULGADOR EM UM PROCESSO PENAL ACUSATÓRIO	31
1.3 ENTRE A ESCOLHA CONSTITUCIONAL E O SISTEMA PROCESSUAL PENAL EFETIVAMENTE DESENVOLVIDO NO BRASIL	37
 2 A ADOÇÃO E A AMPLIAÇÃO DOS ESPAÇOS DE NEGOCIAÇÃO NA JUSTIÇA CRIMINAL	45
2.1 O PROCESSO PENAL “TRADICIONAL” E SUA INAPTIDÃO PARA RESPONDER À TOTALIDADE DAS DEMANDAS: UM PANORAMA DA CRISE NO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL BRASILEIRO	45
2.2 A NEGOCIAÇÃO NA JUSTIÇA CRIMINAL BRASILEIRA	61
2.2.1 Os Juizados Especiais Criminais e a abertura de espaço ao consenso no processo penal brasileiro	61
2.2.2 Colaboração premiada	72
2.2.3 Acordo de não persecução penal: generalidades e controvérsias	76
2.3 ATUAÇÃO JUDICIAL SOBRE OS TERMOS DA NEGOCIAÇÃO CRIMINAL	90
 3 O CONTROLE JUDICIAL DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL EM UM SISTEMA PROCESSUAL QUE SE PRETENDE ACUSATÓRIO	98
3.1 DA RELEVÂNCIA DO CONTROLE JUDICIAL SOBRE O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E DA NECESSÁRIA FIXAÇÃO DE LIMITES PARA A SUA REALIZAÇÃO.....	98
3.2 UM OLHAR SOBRE A PRÁTICA FORENSE: “AQUI É SÓ ‘BOA TARDE’ E ‘TCHAU’”	118
3.2.1 O controle judicial sobre o acordo de não persecução penal em “linha de montagem”	120
3.2.2 Limites para a apreciação judicial sobre o conteúdo das condições do acordo de não persecução penal e o necessário controle de sua base fática	129

3.2.3 O risco do incentivo judicial ao acordo e seus reflexos sobre a aparência de terceiro interessado	136
CONCLUSÃO	143
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	150

INTRODUÇÃO

A sobrecarga do sistema de justiça criminal brasileiro, a culminar na morosidade no andamento dos processos e na entrega de resultados pouco satisfatórios à vítima, ao acusado e à sociedade, conduz à reflexão sobre a inaptidão do processo penal em sua feição tradicional para responder a todas as causas que lhe são submetidas. Frente a esse cenário, foram e são pensados caminhos alternativos para o tratamento dos conflitos de natureza penal, abrindo-se espaço para as soluções negociadas com vistas a evitar o próprio processo ou a imposição de sanção penal mais gravosa.

A partir da Lei n.º 9.099/1995 e da instituição do microssistema dos Juizados Especiais Criminais, foram viabilizados acordos no âmbito da justiça criminal, notadamente a composição civil, a transação penal e a suspensão condicional do processo. A tendência inaugurada ao final do século XX e reforçada pela Lei n.º 12.850/2013, com a previsão do instituto da colaboração premiada, ainda está em expansão.

Recentemente publicada, a Lei n.º 13.964/2019 acrescentou ao Código de Processo Penal (CPP) brasileiro novo instrumento da chamada justiça penal negociada: o acordo de não persecução penal. Permanecem, ainda, debates doutrinários e legislativos sobre a possível adoção da barganha pelo ordenamento jurídico brasileiro, de modo a se viabilizar a negociação sobre os próprios termos de uma sentença penal condenatória, como implementado em modelos estrangeiros.

Analisando este cenário de admissão e de ampliação da negociação no âmbito criminal, tanto no Brasil, como em ordenamentos jurídicos estrangeiros, este trabalho objetiva, especificamente, examinar de maneira crítica a previsão legal relativa à apreciação judicial sobre o acordo de não persecução penal, partindo, ainda, à análise do modo como esta apreciação tem se dado na prática forense, a fim de se apontarem seus acertos e desacertos.

A inquietação que conduziu a esta pesquisa parte, então, de problema consistente na imprecisão – própria da abertura do texto legal – quanto ao modo como deve se dar o controle do órgão julgador sobre os termos do acordo de não persecução penal, imprecisão esta que faz surgir a possibilidade de ofensa ao modelo acusatório de processo que se afirma estar estruturado pela Constituição Federal (CF).

O enfrentamento do problema supracitado perpassa a pormenorizada análise dos sistemas processuais penais, com o fim de compreender os aspectos fundantes de um processo

penal que pretende conformar-se ao modelo acusatório. A partir disso, torna-se possível averiguar se assim se configura a estrutura desenhada no texto constitucional brasileiro.

Nesta análise, revela-se necessário o afastamento de confusões terminológicas comuns no estudo do tema, demandando-se o exame das distinções e principais caracteres dos sistemas acusatório, inquisitivo e misto, a permitir a apreciação sobre a aproximação deste ou daquele instituto em relação ao sistema constitucionalmente eleito para o processo penal pátrio.

No ponto, não pode ser ignorado o papel conferido ao órgão julgador em cada um desses sistemas. A maior ou menor passividade do magistrado na condução do processo e da instrução probatória é afirmada, com frequência, como aspecto central a delimitar o caráter acusatório ou inquisitivo de dado sistema processual penal. Objetiva-se, pois, apurar se a qualificação deste aspecto como fundante para a caracterização dos sistemas mantém-se, conclusão a influenciar o enfrentamento do problema desta pesquisa.

Para além da compreensão sobre os sistemas processuais penais e a escolha constitucional de 1988, tem-se como central a percepção do fenômeno da expansão da negociação no direito brasileiro, especialmente no tratamento de conflitos jurídicos de natureza penal. Como mencionado alhures, a partir da edição da Lei n.º 9.099/95, verifica-se a tendência de desenvolvimento de alternativas ao modelo tradicional de processo, reconhecido como burocrático e moroso. A referida demora na entrega da prestação jurisdicional e a consequente ausência de resultados adequados e efetivos resultam no alargamento dos espaços conferidos aos instrumentos negociais na seara criminal.

O incremento destes novos instrumentos, no entanto, não deve se dar de forma irrefletida e acrítica. A importação de institutos já consolidados no direito estrangeiro e a criação de novas figuras no direito brasileiro requerem análise cautelosa sobre sua necessidade, sua legitimação, sua adequação ao ordenamento nacional e seu controle.

Destarte, com o fim de avançar no enfrentamento do problema da presente pesquisa, necessária a análise do contexto que antecede e cerca a figura do acordo de não persecução penal. Neste ponto, do exame sobre os instrumentos negociais já previstos na legislação brasileira como a transação penal, a suspensão condicional do processo (Lei n.º 9.099/95) e a colaboração premiada (Lei n.º 12.850/2013), é possível notar a disciplina da atuação judicial no controle e na homologação dos acordos celebrados.

No âmbito destas figuras negociais, incumbe ao órgão julgador, dentre outras atribuições, o esclarecimento sobre o cabimento da negociação e a apreciação tanto da regularidade formal, como da legalidade e da adequação da avença aos requisitos para ela estabelecidos.

Dúvidas exsurtem, porém, quando examinada a disposição do art. 28-A do CPP, incluído pela Lei n.º 13.964/2019, a disciplinar o acordo de não persecução penal. Isso porque, dispondo sobre o controle judicial exercido sobre a avença, os §§ 5º e 7º do art. 28-A do CPP abrem espaço para uma análise do magistrado sobre a voluntariedade e a legalidade do acordo, a incluir o exame sobre a adequação, a suficiência e a não abusividade de suas condições.

Como se nota, as expressões utilizadas pelo texto legal contam com tectura aberta, viabilizando diversas interpretações sobre sua abrangência e, especialmente, sobre sua conformidade a um processo penal de natureza acusatória. A partir disso, questionam-se as razões para a previsão legal do controle judicial das condições firmadas em sede de acordo de não persecução penal, bem como os limites para sua efetivação.

Quatro, portanto, são os objetivos desta pesquisa: (i) compreender o contexto de expansão dos espaços de negociação na justiça criminal, no qual o acordo de não persecução se insere; (ii) examinar os principais aspectos a integrarem os tipos ideais dos sistemas processuais penais, averiguando qual deles resta caracterizado a partir do desenho de processo penal proposto no Brasil a partir de 1988; (iii) averiguar se a previsão legal da apreciação judicial sobre o acordo de não persecução penal extrapola o papel conferido ao juiz no sistema eleito pelo texto constitucional; e (iv) analisar o modo como esta apreciação tem se dado na prática forense, a fim de se apontarem seus acertos e desacertos, averiguando, primordialmente, sua adequação ao modelo constitucionalmente eleito para o processo penal pátrio e desenvolvendo novos questionamentos com o fim de contribuir no debate da matéria.

Para o alcance dos objetivos delineados, propõe-se uma investigação de tipos jurídico-interpretativo e jurídico-propositivo, visando-se à análise do tema com profundidade, em seus múltiplos aspectos, e, a partir dos questionamentos formulados, à apresentação de novas alternativas ou novos questionamentos.¹ Nesta tarefa de delimitar e compreender de maneira aprofundada o problema desta pesquisa, são adotadas, inicialmente, enquanto procedimentos técnicos, a pesquisa bibliográfica e a pesquisa documental.

Recorre-se, neste sentido, à apreciação dos dispositivos legais e constitucionais que tocam a matéria em exame, buscando-se averiguar o tratamento dado pela ordem jurídica aos instrumentos para a solução do conflito penal pela via negocial, notadamente, à atuação judicial na apreciação dos termos acordados. Esta pesquisa ainda se desenvolve mediante revisão bibliográfica, almejando compreender, a partir de análise da literatura especializada, como

¹ GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 22.

ocorre o estudo destes instrumentos – seus fundamentos, caracteres, limites e resultados – e dos sistemas processuais penais.

Já com o intuito de melhor apreender a realidade da apreciação judicial sobre os termos dos acordos de não persecução penal submetidos a homologação, foram adotados métodos de observação, assumindo a pesquisadora o papel de “observadora como participante”, de modo a ser conhecido o seu papel no campo, em contato breve e superficial com os integrantes dos ambientes observados.²

No ponto, mediante a observação de dinâmicas e interações, almejou-se identificar posturas comumente assumidas, variações da compreensão e da aplicação das disposições legais e possíveis fragilidades na prática jurídica. Para tanto, em um período de seis meses, compreendido entre fevereiro e julho de 2023,³ foram presenciadas audiências destinadas à homologação de acordos de não persecução penal realizadas no âmbito de varas criminais da Comarca da Capital,⁴ elaborando-se caderno de campo, com relatórios relacionados à entrada no ambiente observado, aos contatos realizados, às interações e às manifestações constatadas no período de permanência no ato judicial.

Em um universo de cerca de 60 varas criminais vinculadas ao Tribunal de Justiça do Espírito Santo, foram selecionadas apenas quatro delas para serem observadas. Tratou-se de etapa da pesquisa destinada a averiguar, na prática forense, a relevância e a necessidade de aperfeiçoamento do modo como previsto e implementado o controle judicial sobre o acordo de não persecução penal.

Embora a observação desenvolvida tenha permitido a análise dos papéis de diversos sujeitos envolvidos nas audiências de homologação de acordos de não persecução penal, como servidores e servidoras das varas, advogados e advogadas, estudantes de Direito, promotores e promotoras e acusados e acusadas, o principal alvo da pesquisa foi a figura do(a) magistrado(a).

Na escolha dos Juízos a participarem da pesquisa – os quais serão identificados pelas letras do alfabeto A, B, C e D, resguardando-se os dados de seus titulares –, foram levados em conta o distanciamento dos participantes em relação à atuação profissional da pesquisadora,

² CRESWELL, John. W. *Projeto de pesquisa: métodos qualitativo, quantitativo e misto*. 2. ed. Tradução de Luciana de Oliveira da Rocha. Porto Alegre: Artmed, 2007, p. 190-191; GOLD, Raymond L. Roles in sociological field observation. *Social Forces*, v.36, n. 3, p.217-223, 1958, esp. p. 221.

³ Tão somente em relação ao Juízo D, a pesquisa estendeu-se até o mês de setembro de 2023, a fim de viabilizar a participação da pesquisadora em maior número de audiências, todas designadas naquele Juízo para um mesmo dia. O Juízo B, de modo semelhante, agendou todas as audiências de um período para um mesmo dia, porém, para data posterior à possível data da sessão de qualificação relativa a esta pesquisa, o que exigiria um maior e inviável prolongamento da coleta de dados pretendida.

⁴ Integrada pelos Juízos de Vitória, Vila Velha, Cariacica, Serra, Viana, Guarapari e Fundão, nos termos do art. 3º, § 1º, da Lei Complementar 234/2002.

bem como a distância das comarcas em relação à Universidade. Por essa razão, optou-se por realizar a observação no âmbito da Justiça Estadual – pois esta pesquisadora atua profissionalmente perante Juízos Criminais Federais no Estado do Espírito Santo – e na Comarca da Capital, a qual abrange cidades próximas ao *campus* de Goiabeiras da Universidade Federal do Espírito Santo.

Realizada a primeira delimitação do local de pesquisa, foram realizadas consultas iniciais junto aos cartórios de diversos Juízos criminais da Comarca da Capital, com o fim de apurar: (i) se naquela vara criminal eram realizadas audiências de homologação de acordos de não persecução penal; (ii) sendo positiva a resposta, em que formato essas audiências eram realizadas, se presencialmente ou virtualmente; e (iii) se o magistrado titular da vara permitiria a participação nestes atos.

Quanto ao primeiro questionamento, foi possível identificar que, em razão da matéria dos processos sob julgamento em determinados Juízos, a celebração de acordos era inviável, como no caso de Varas privativas do Tribunal do Júri. Além disso, colheu-se a informação de que certos magistrados optam pela não realização da audiência para homologação dos ajustes, entendendo ser esta uma medida de economia processual.

Já em relação ao formato das audiências, apurou-se que, dos quatro Juízos criminais selecionados para integrarem a pesquisa, dois deles realizavam os atos presencialmente, os quais serão identificados daqui em diante como Juízos A e D (letras que também identificarão seus titulares), e dois deles estruturaram-se para que as audiências de homologação de acordos se dessem virtualmente, por meio do aplicativo *Zoom*. Estes dois últimos Juízos, bem como seus titulares, serão mencionados neste trabalho com o uso das letras B e C. Ressalte-se, ainda, que todos os magistrados consultados admitem a participação de acadêmicos de Direito nas audiências em comento.

Feito este levantamento inicial, estabeleceu-se contato com servidores e estagiários das varas criminais selecionadas, a fim de obter a pauta de audiências agendadas para o mês de fevereiro. A coleta de informações sobre as datas dos atos a serem observados pela pesquisadora ocorreu da seguinte maneira: ao final de cada mês, eram averiguadas junto aos cartórios das varas as datas das “audiências de ANPP” – assim conhecidas por todos os participantes – do mês subsequente.

A pesquisadora ainda realizou reuniões com os titulares dos Juízos B e C, explicando-lhes o problema e os objetivos da pesquisa e colhendo o termo de consentimento esclarecido, por meio do qual aceitaram participar desta investigação. Este procedimento foi adotado

também com os juízes A e D, porém já em sala de audiência, em momento anterior à realização do ato judicial.

Nas datas designadas para as audiências, esta pesquisadora dirigiu-se aos locais de pesquisa, físicos ou virtuais, tomando notas de campo desde os momentos na sala de espera até a saída da sala de audiência. Estas anotações estão consolidadas em diário/caderno de campo e serviram, especialmente, no cotejo entre os resultados da pesquisa bibliográfica e documental e as percepções coletadas em pesquisa empírica.

De todo o exposto, é possível depreender a vinculação deste trabalho à área de concentração “Justiça, Processo e Constituição”, do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo. Evidencia-se, ainda, a pertinência dos escopos da pesquisa à Linha “Sistemas de Justiça, Constitucionalidade e Tutelas de Direitos Individuais e Coletivos”.

Isso porque, dispondo-se a examinar a adequação da previsão legal relacionada à apreciação judicial do acordo de não persecução penal sob a perspectiva de um modelo acusatório de processo penal, o presente trabalho interroga “a doutrina, a legislação e a jurisprudência em relação aos procedimentos de resolução de conflitos, realização de justiça e da pacificação social”.⁵

A fim de organizar a exposição de resultados da pesquisa, o presente trabalho está estruturado em quatro capítulos, além desta introdução e de sua conclusão.

Diante da dúvida quanto à adequação da previsão legal do controle judicial do acordo de não persecução penal a um processo penal acusatório, no Capítulo 1 serão discutidos os principais elementos a comporem o núcleo básico dos sistemas processuais penais inquisitivo, acusatório e misto, para, a partir dessa discussão, buscar-se identificar a escolha constitucional para o processo penal brasileiro e sua efetiva caracterização na estrutura processual penal desenhada pela legislação infraconstitucional. Neste capítulo, será analisada com maior enfoque a posição ocupada pelo órgão julgador e a sua relevância para a caracterização de cada um dos sistemas processuais mencionados.

O Capítulo 2, por seu turno, destina-se à exposição do estudo quanto à admissão e à expansão dos espaços de negociação na seara penal, abordando-se os fatores a fomentarem esse movimento no ordenamento jurídico brasileiro, com destaque para a propagada crise do sistema de justiça criminal nacional. O exame proposto volta-se, ainda, à realidade estrangeira,

⁵ UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO. *Detalhes da linha de pesquisa: Direito*. Disponível em: <<https://direito.ufes.br/pt-br/pos-graduacao/PPGDIR/detalhes-da-linha-de-pesquisa?id=427>>. Acesso em: 02 ago. 2023.

alcançando o modelo estadunidense, com caracteres próprios de uma jurisdição de *Common Law*, e os modelos alemão e italiano, ambos a seguirem a tradição da *Civil Law*. Avança-se, ainda, ao cenário de reformas processuais penais na América Latina, especialmente a partir da década de 1980. Da análise do direito comparado, parte-se, ainda neste capítulo, ao estudo dos principais aspectos dos mecanismos já adotados no direito brasileiro para promoverem a resolução negociada das causas criminais.

Voltando-se a apurar de maneira detalhada a roupagem legal conferida ao acordo de não persecução penal, o Capítulo 2 também dedica especial espaço à análise da disciplina legal conferida a este novo instrumento de justiça penal negociada. Desse modo, perpassando os caracteres centrais do acordo de não persecução penal, serão apresentadas as principais controvérsias a circundarem o instituto, demonstrando-se a necessária seriedade e cautela no debate sobre cada uma delas.

Dentre os aspectos controversos do acordo de não persecução penal, apresenta-se a maneira como fixado na legislação o controle judicial sobre os termos dos acordos, em cotejo com a delimitação do espaço do magistrado na negociação criminal estabelecida em ordens jurídicas estrangeiras e no próprio ordenamento brasileiro a anteceder o instituto incluído no art. 28-A do CPP.

Por fim, no Capítulo 3, enfrenta-se o problema da abertura do texto legal quanto ao controle judicial sobre o acordo de não persecução penal, a erigir questionamentos sobre a consonância da legislação pátria ao modelo processual exigido pela Constituição Federal. Para além de propostos limites para este controle judicial, dada a sua relevância para a regularidade da negociação criminal, são apresentadas as principais percepções alcançadas durante a pesquisa de campo, traçando-se, desde o cartório das Varas Criminais até as salas de audiências, as concepções, as expressões e os desacertos averiguados quanto ao ato de homologação judicial dos acordos de não persecução penal.

1 O SISTEMA ACUSATÓRIO ENQUANTO ESCOLHA CONSTITUCIONAL PARA O PROCESSO PENAL BRASILEIRO

1.1 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIIS HISTORICAMENTE RECONHECIDOS E SUAS DISTINÇÕES

O enfrentamento do problema de pesquisa proposto neste trabalho perpassa a fixação de balizas na compreensão dos sistemas processuais penais. O exame quanto a eventual ofensa ao sistema acusatório no modo como previsto o controle judicial sobre o acordo de não persecução penal demanda a delimitação dos aspectos fundantes do sistema em comento, para, a partir disso, iniciar-se o estudo dos espaços de negociação criminal disciplinados pela ordem jurídica brasileira, com especial atenção ao acordo de não persecução penal.

A literatura jurídica aponta como historicamente reconhecidos os sistemas acusatório, inquisitivo e misto.⁶ Ocorre que, se, de um lado, questiona-se a subsistência da categoria “sistema misto”,⁷ de outro, nota-se a ausência de univocidade na abordagem dos dois outros sistemas, de modo a ser necessária a análise dos debates sobre a matéria a fim de posicionar este trabalho entre as diversas proposições formuladas a respeito.

Não se ignoram, no ponto, as limitações teóricas das categorias inquisitivo-acusatório-misto para o estudo do processo penal, tratando-se de conceitos em alguma medida desgastados, especialmente frente à circulação de institutos entre tradições jurídicas diversas.⁸ Entretanto, entende-se como ainda necessário o debate sobre a matéria, ao se considerarem as discussões existentes no cenário jurídico brasileiro, no qual subsistem severas controvérsias, especialmente quanto à qualificação do modelo processual pátrio, seu avanço democrático e seus resquícios autoritários. Mormente diante da reforma promovida pela Lei n.º 13.964/2019, entende-se por adequado o exame sobre os sistemas processuais penais e seus reflexos sobre a atual ordem jurídica brasileira.

Para tanto, parte-se da percepção compartilhada por Lorena Bachmaier Winter, que, apesar de propor a superação da dicotomia “acusatório-inquisitivo”, examina estes conceitos, apontando como reducionista e incorreta a consideração do sistema acusatório como o “ideal processual” e do sistema inquisitivo como “tudo de negativo no processo”,⁹ sobretudo ao se

⁶ ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas processuais e seus princípios reitores*. 2. ed. rev. e ampl. Curitiba: Juruá, 2008, p. 31.

⁷ LOPES JR., Aury. Sistemas processuais penais: ainda precisamos falar a respeito? In: GLOECKNER, Ricardo. *Sistemas processuais penais*. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021, p. 37.

⁸ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Metástases do sistema inquisitório. In: GLOECKNER, Ricardo. *Sistemas processuais penais*. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021, p. 17.

⁹ WINTER, Lorena Bachmaier. Acusatório versus inquisitório: reflexões sobre o processo penal. In: GLOECKNER, Ricardo. *Sistemas processuais penais*. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021, p. 72 e 111.

averiguarem as expressões históricas destes sistemas. Comumente, o modelo acusatório é associado a um processo garantista e, até mesmo, como único formato admissível de verdadeiro processo,¹⁰ ao passo que o modelo inquisitivo estaria reservado tão somente a um espaço “antiguarantista, incompatível com os direitos individuais, autoritário, totalitário e preocupado com a repressão ao indivíduo”.¹¹

A averiguação das diversas manifestações dos modelos acusatório e inquisitivo permite concluir que o aperfeiçoamento do sistema acusatório contemporâneo se deu tanto com a exclusão de elementos de sua feição clássica que cediam espaço para excessos e injustiças, quanto com a inclusão de aspectos de herança inquisitiva conformados a um Estado de ordem democrática, a fim de viabilizar a proteção da pessoa acusada frente ao poderio estatal e a repressão à criminalidade, somada à adequada consideração da vítima.¹²

Tendo por berço o processo ateniense, o sistema acusatório clássico foi marcado pela iniciativa popular na instauração da persecução penal, incumbindo ao autor da acusação a apresentação dos fatos, a indicação do crime e o requerimento da pena, com a passividade judicial na produção probatória como regra, admitindo-se a tortura como instrumento para a obtenção da confissão e rejeitando-se, de um modo geral, o recurso contra a decisão dos tribunais.¹³ O processo ateniense também contava com a publicidade e a oralidade nos julgamentos, figurando a liberdade do acusado como regra, ainda que condicionada à caução.¹⁴

No estudo do sistema acusatório clássico, também merece destaque o processo romano, no qual, a partir da transição entre os sistemas inquisitivo e acusatório conforme alteradas as estruturas de poder, vislumbrou-se, em 123-122 a.C., a criação de um tribunal criminal, com a estruturação de processo público e oral cuja instauração somente era possível a partir da atuação de acusador diverso do julgador e do pretor e a quem incumbia a investigação. De igual modo, não se admitiam os recursos, sendo a tortura instrumento aplicável em processos contra escravos. Já no campo da prova, observa-se que sua produção era atribuída às partes para a

¹⁰ AROCA, Juan Montero. El principio acusatorio entendido como eslogan político. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 66-87, 2015, esp. p. 70.

¹¹ ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas processuais e seus princípios reitores*. 2. ed. rev. e ampl. Curitiba: Juruá, 2008, p. 397.

¹² WINTER, Lorena Bachmaier. Acusatório versus inquisitório: reflexões sobre o processo penal. In: GLOECKNER, Ricardo. *Sistemas processuais penais*. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021, p. 113.

¹³ ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas processuais e seus princípios reitores*. 2. ed. rev. e ampl. Curitiba: Juruá, 2008, p. 59-75.

¹⁴ PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 87.

conveniência dos tribunais no exercício daquele apontado como seu principal dever: fixar-se à verdade.¹⁵

Direcionando-se o olhar ao sistema inquisitivo em seus modelos históricos – presentes nas Idades Média e Moderna –, deve-se rememorar que, à época de sua estruturação, este representava, como aponta Geraldo Prado, a “luz da racionalidade” frente às ordálias e juízos de Deus próprios da justiça feudal.¹⁶ O sistema ora em comento teve sua expressão de maior relevo no período da Inquisição (a partir do século XII), quando os procedimentos e técnicas adotados não necessariamente estavam relacionados à criminalidade, mas, em muitos casos, diziam respeito ao combate a supostos desvios aos preceitos adotados pela Igreja.¹⁷

Apesar de, até mesmo pelo nome que lhe é atribuído, tal sistema comumente remontar ao período da Inquisição, tem-se no direito romano os primeiros sinais do sistema inquisitivo a partir da *cognitio extra ordinem*, quando concentradas nas mãos do órgão julgador as funções de acusar e julgar e admitida a tortura de réus e de testemunhas para alcance da “verdade” pretendida.¹⁸ Com caracteres mantidos no direito canônico e sendo preservado durante séculos pela Igreja, pelas universidades e pelos glosadores, o sistema inquisitivo foi reinserido no âmbito europeu em substituição à estrutura fundada no uso da força e do misticismo, contando com expressões diversas conforme a estrutura política e a repressão religiosa subjacente ao processo penal.¹⁹

No âmbito do direito canônico, durante a Inquisição medieval (século XII), a Inquisição espanhola (século XV) e a Inquisição romana (século XVI), observou-se a perpetuação do sistema inquisitivo, em um processo estruturado com especial atenção à perseguição aos hereges, transformando-se o réu em pecador de quem a verdade deveria ser extraída.²⁰

Para esse fim, admitiam-se, nos três modelos de inquisição mencionados, processos instaurados por acusação, por *notitia criminis* ou de ofício, configurando-se o segredo como regra no curso dos julgamentos, nos quais, a partir dos dois últimos modelos de inquisição,

¹⁵ CICERO, Marco Tulio. *Dos deveres*. São Paulo: Editora Martin Claret, 2007. Tradução de: Alex Marins. XIV; ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas processuais e seus princípios reitores*. 2. ed. rev. e ampl. Curitiba: Juruá, 2008, p. 83-99.

¹⁶ PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 97.

¹⁷ KHALED JR., Salah Hassan. O sistema processual penal brasileiro: acusatório, misto ou inquisitório? *Civitas*, v. 10, n. 2, p. 293-308, 2010.

¹⁸ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 1, p. 110-111.

¹⁹ ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas processuais e seus princípios reitores*. 2. ed. rev. e ampl. Curitiba: Juruá, 2008, p. 279-281.

²⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 183, p. 103-115, 2009, esp. p. 105.

eram aceitos recursos, cenário diverso daquele vislumbrado quando analisado o sistema acusatório clássico. Ainda sobre o desenvolvimento do processo penal no direito canônico, abraçava-se a tortura para a obtenção da prova plena, com comum incentivo à confissão do acusado, erigida ao posto de *regina probationum* em um sistema de prova legal, passando o imputado a mero objeto da investigação.²¹

Noutro giro, o sistema inquisitivo comum, destinado a servir à monarquia na Idade Média e Moderna e também influenciado pelo direito canônico, contou com configurações diversas conforme o contexto em que inserido. Se, na França, a prisão cautelar era decretada com maior facilidade, na Alemanha ostentava caráter excepcional. Neste último ordenamento, também se revelava excepcional o segredo processual, apesar de aplicada a tortura e de não previstos recursos, os quais eram admitidos em Portugal e na França. Apesar de diversos arranjos do sistema inquisitivo comum, havia uma regra nos ordenamentos em que este fora desenvolvido: a possibilidade de o processo penal ser iniciado de ofício, com a investigação e a instrução probatória concentradas dentre as atribuições do juiz, que acessava a diversos elementos de prova tão somente após a conversão de todo material à forma escrita.²²

O cenário de injustiças e de trato violento no processo penal inquisitivo serviu para a propulsão a reformas pós Revolução Francesa, com a intenção declarada de aproximar o sistema processual daquele modelo acusatório romano. A implementação das reformas no processo penal francês resultou, porém, na estruturação de modelo ora aproximado do sistema inquisitivo, ora aproximado no sistema acusatório, o que conduz parcela da literatura jurídica a classificar o referido modelo como misto.²³

A estrutura processual desenhada pelo *Code d’Instruction Criminelle* de 1808, a caracterizar o que se convencionou chamar de “sistema misto”, tinha como um de seus elementos centrais a divisão do processo em duas fases: a primeira, coordenada por aspectos do sistema inquisitivo como a instauração de ofício pelo magistrado, destinava-se à investigação criminal; a segunda, por seu turno, iniciada a partir de acusação formulada por

²¹ PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 98; ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas processuais e seus princípios reitores*. 2. ed. rev. e ampl. Curitiba: Juruá, 2008, p. 285-312; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 183, p. 103-115, 2009, esp. p. 105; WINTER, Lorena Bachmaier. Acusatório versus inquisitório: reflexões sobre o processo penal. In: GLOECKNER, Ricardo. *Sistemas processuais penais*. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021, p. 76.

²² ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas processuais e seus princípios reitores*. 2. ed. rev. e ampl. Curitiba: Juruá, 2008, p. 315-337.

²³ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, n.p. [E-book]; PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 110-111; ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas processuais e seus princípios reitores*. 2. ed. rev. e ampl. Curitiba: Juruá, 2008, p. 413.

pessoa diversa do juiz e informada por princípios comumente apontados como próprios do sistema acusatório, voltava-se ao julgamento do caso.²⁴

Como se nota, a manifestação histórica dos sistemas processuais penais revelou a necessária reformulação dos caracteres do sistema acusatório clássico a fim de que se adequasse às exigências de um Estado Democrático de Direito. Nota-se, ademais, que, apesar de estruturado de forma a atentar diretamente contra a imparcialidade do julgador e marcado por excessos persecutórios, o sistema inquisitivo não se revelou despido de garantias processuais, as quais são, agora, apontadas como integrantes do modelo acusatório contemporâneo.

Isto posto, recomendável se revela a cautela na análise dos elementos centrais de cada sistema processual penal, tendo-se em mente suas expressões clássica e contemporânea. Essencial, ainda, a percepção de inexistência de sistemas puros na prática jurídica, pois, apesar de formulados tipos ideais a esse respeito, não se verifica integral correspondência entre estes e a realidade que lhes é subjacente.²⁵

Este aspecto, inclusive, conduz à percepção de que todos os sistemas são mistos, revelando-se como essencial a consideração de seu “núcleo básico”, de seu princípio informador, fundante ou reitor, para que sejam identificados como acusatórios ou inquisitivos.²⁶ É possível, então, que, em um sistema qualificado como acusatório, sejam identificados, em escala menor, características comumente apontadas como de ordem inquisitiva, sem, porém, desnaturar o sistema com o qual se identifica, desde que não afetada sua essência acusatória.

A identificação dessa essência, contudo, tem recebido tratamento não homogêneo na discussão doutrinária sobre a matéria. Diante das diversas controvérsias na definição dos elementos fundantes dos sistemas processuais penais, são necessários cuidados a fim de que, segundo propõe Mauro Fonseca de Andrade, sistemas distintos não sejam tratados como se iguais fossem e expressões diversas de um mesmo modelo não sejam abordadas como pertencentes a sistemas distintos.²⁷

²⁴ ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas processuais e seus princípios reitores*. 2. ed. rev. e ampl. Curitiba: Juruá, 2008, p. 418.

²⁵ ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas processuais e seus princípios reitores*. 2. ed. rev. e ampl. Curitiba: Juruá, 2008, p. 66.

²⁶ LOPES JR., Aury. Sistemas processuais penais: ainda precisamos falar a respeito? In: GLOECKNER, Ricardo. *Sistemas processuais penais*. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021, p. 37; KHALED JR., Salah Hassan. O sistema processual penal brasileiro: acusatório, misto ou inquisitório? *Civitas*, v. 10, n. 2, p. 293-308, 2010; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 183, p. 103-115, 2009, esp. p. 107-109.

²⁷ ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas processuais e seus princípios reitores*. 2. ed. rev. e ampl. Curitiba: Juruá, 2008, p. 40-41.

Nesse sentido, correntemente, são apontados como elementos caracterizadores do sistema acusatório: (i) separação das funções de acusar, defender e julgar;²⁸ (ii) publicidade processual;²⁹ (iii) oralidade;³⁰ (iv) presença do contraditório;³¹ (v) livre convencimento motivado como sistema de provas;³² (vi) juiz como árbitro imparcial, sem iniciativa probatória ou gestão da prova.³³ Mister averiguar, porém, em que medida estes elementos revelam-se como essenciais para a configuração de um sistema processual como acusatório, afastando-se, então, aqueles a figurarem como elementos variáveis³⁴ ou apenas integrantes de seu plano histórico.³⁵

O (i) exercício da acusação, da defesa e do julgamento por pessoas/órgãos distintos constitui-se como característica central na consideração de um sistema processual como

²⁸ RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 29. ed. Barueri: Atlas, 2021, n.p. [E-book]; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, n.p. [E-book]; FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 452; LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal: introdução crítica*. 9. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023, n. p. [E-book]; FREIRE JR., Américo Bedê. A reforma do CPP e o juiz no processo penal brasileiro. Juiz criminal no seu lugar: nem protagonista nem espectador. Motivos pelos quais precisa ter poderes instrutórios. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/ajufe/a-reforma-do-cpp-e-o-juiz-no-processo-penal-brasileiro-18062020>>. Acesso em: 05 set. 2023; JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal: estudos e pareceres*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 43; MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual*. Campinas: Bookseller, 1997, v. 1, p. 70; FENOLL, Jodri Nieva. *La duda en el proceso penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 146.

²⁹ KHALED JR., Salah Hassan. O sistema processual penal brasileiro: acusatório, misto ou inquisitório? *Civitas*, v. 10, n. 2, p. 293-308, 2010; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, n.p. [E-book]; FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 452; LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal: introdução crítica*. 9. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023. [E-book].

³⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 452; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, n.p. [E-book]; LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal: introdução crítica*. 9. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023, n. p. [E-book].

³¹ RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 29. ed. Barueri: Atlas, 2021, n.p. [E-book]; PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 171; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, n.p. [E-book]; LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal: introdução crítica*. 9. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023. [E-book]; MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual*. Campinas: Bookseller, 1997, v. 1, p. 71.

³² RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 29. ed. Barueri: Atlas, 2021, n.p. [E-book]; FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 452; LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal: introdução crítica*. 9. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023. [E-book].

³³ KHALED JR., Salah Hassan. O sistema processual penal brasileiro: acusatório, misto ou inquisitório? *Civitas*, v. 10, n. 2, p. 293-308, 2010; PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 156; LOPES JR., Aury. Sistemas processuais penais: ainda precisamos falar a respeito? In: GLOECKNER, Ricardo. *Sistemas processuais penais*. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021, p. 48; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 183, p. 103-115, 2009, esp. p. 109.

³⁴ Aqueles apontados por Mauro Fonseca de Andrade como destinados a “permitir a mobilidade e funcionamento dos sistemas jurídicos”, havendo liberdade na movimentação desses elementos entre sistemas processuais distintos sem que isso represente a perda da identidade ou a extinção de determinado sistema. ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas processuais e seus princípios reitores*. 2. ed. rev. e ampl. Curitiba: Juruá, 2008, p. 39.

³⁵ Luigi Ferrajoli aponta como elementos pertencentes a determinada tradição histórica, mas não necessários logicamente a nenhum dos sistemas. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 451-452.

acusatório. A separação das referidas funções e sua atribuição a sujeitos processuais diversos constitui-se marca do sistema acusatório tanto em sua feição clássica, como contemporânea, consistindo em pressuposto para a imparcialidade do magistrado. Para tanto, imprescindível que esta separação não seja garantida apenas na fase inicial do processo, revelando-se essencial que, ao longo de todo o processo, o magistrado não se envolva na defesa de uma das versões trazidas ao julgamento.

Como aponta Geraldo Prado,³⁶ a imparcialidade do julgador, peça fundamental da “real acusatoriedade”, depende não apenas da vedação para que exerça expressamente o papel de acusador, mas demanda que, no exercício da jurisdição, o juiz não se comprometa com uma das alternativas trazidas pelas partes. Deve o magistrado, com efeito, ocupar-se na manutenção da equidistância em relação às referidas alternativas antes de dentre elas decidir após a devida instrução processual. Inadmissível, portanto, que o órgão julgador passe a dispor sobre a existência ou inexistência da acusação ou sobre seu conteúdo, imiscuindo-se no papel de acusador ou demonstrando interesse/desinteresse prévio por uma das versões, de modo a promover a indevida “justaposição entre as atividades-fim próprias” de sujeitos processuais diversos.³⁷

Diante desse quadro, a separação das funções de acusar, defender e julgar é apontada como elemento fixo do sistema acusatório, a integrar seu “núcleo duro”, sendo sua essência, *conditio sine qua non* de um processo penal de feição acusatória.³⁸

A exigência em comento corresponde, ainda, ao conteúdo do denominado princípio acusatório, que não se confunde com o sistema de mesmo nome, mas o integra e rege, assegurando a imparcialidade pretendida no processo.

Para a observância deste princípio, não se está a falar da mera existência de acusação, ante a possibilidade de que esta parta do próprio julgador ou deste sofra influência, o que, como visto, não corresponde à estrutura processual própria do sistema acusatório.³⁹ Trata-se, pois, da imposição de que o julgador não assuma papel na arena das partes e que a estas sejam atribuídos

³⁶ PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 127.

³⁷ ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas processuais e seus princípios reitores*. 2. ed. rev. e ampl. Curitiba: Juruá, 2008, p. 369.

³⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, n.p. [E-book]; ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas processuais e seus princípios reitores*. 2. ed. rev. e ampl. Curitiba: Juruá, 2008, p. 269.

³⁹ ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas processuais e seus princípios reitores*. 2. ed. rev. e ampl. Curitiba: Juruá, 2008, p. 257.

direitos, deveres, ônus e faculdades próprios, reconhecendo-se, essencialmente, o papel do acusado não enquanto objeto do processo, mas como sujeito processual.⁴⁰

Partindo-se à (ii) publicidade enquanto elemento apontado na caracterização do sistema acusatório, é possível notar a sua presença nas expressões contemporâneas do sistema em questão, figurando também em contextos próprios do sistema inquisitivo. Atualmente reconhecida como garantia até mesmo política, dada a possibilidade de fiscalização dos serviços de justiça pelos cidadãos,⁴¹ a publicidade processual relaciona-se à legitimidade da atuação estatal na persecução penal.

Notadamente em um Estado que se pretenda democrático, tem-se por necessária a promoção de um processo público, dando transparência à atividade estatal e viabilizando o seu controle interno e externo, com a admissão do sigilo processual dentro dos limites estabelecidos pelo próprio texto constitucional, especialmente para a preservação de outros direitos fundamentais.⁴²

Ocorre, porém, que, apesar da relevância da publicidade para um processo penal democrático e para o sistema acusatório, sendo, sim, traço comumente observado neste último, não se configura como determinante para sua existência. O processo acusatório nem sempre ostentou o caráter público, observando-se, ainda, a possibilidade de restrição legítima da publicidade sem que o modelo ora sob análise reste desnaturado, de modo a se concluir que a acusatoriedade do sistema não resta eliminada com a afetação deste elemento, que, apesar de historicamente ter passado a compor o modelo acusatório, não constitui seu núcleo básico.⁴³

Conclusões similares podem ser alcançadas quando analisado o elemento da (iii) oralidade. Também essencial para a conformação democrática do processo penal e incluído historicamente no modelo acusatório, a oralidade processual constitui-se como instrumento para a efetivação da publicidade. Assim como esta, portanto, a predominância da oralidade,

⁴⁰ PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 127; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, n.p. [E-book].

⁴¹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 77.

⁴² PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 176.

⁴³ ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas processuais e seus princípios reitores*. 2. ed. rev. e ampl. Curitiba: Juruá, 2008, p. 138; PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 126; MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual*. Campinas: Bookseller, 1997, v. 1, p. 72.

apesar de se configurar como relevante garantia processual no sistema acusatório, não integra o seu núcleo básico.⁴⁴

A (iv) previsão do contraditório e da ampla defesa, por seu turno, apesar de não se configurar como elemento exclusivo do sistema acusatório, dada a sua presença, em alguma medida, em processos dirigidos pelo sistema inquisitivo,⁴⁵ está estreitamente vinculada à efetiva acusatoriedade do processo penal. A observância do contraditório e da ampla defesa permite a delimitação do modo como as funções de acusar, defender e julgar serão exercidas pelas partes e viabiliza o papel determinante destas para a formação da decisão a ser proferida por juiz que, mesmo imparcial, garante o exercício da ação/defesa, prova e debate das questões de fato e de direito surgidas ao longo do processo.

Desse modo, embora o contraditório não se qualifique como princípio central/reitor/fundante do sistema acusatório, é primordial para a expressão devida do princípio acusatório, a garantir a “estrutura triangular” com a divisão de funções entre acusação e defesa – a quem incumbem a prova e a refutação – e o juiz, terceiro imparcial a quem se atribui a decisão.⁴⁶ Desvia-se, pois, de um monólogo judicial, em que o papel central é apropriado pelo magistrado-acusador, e parte-se a uma estrutura dialética, na qual cada sujeito processual assume sua atividade-fim no tratamento da demanda penal.

Não se ignora a possibilidade legítima de limitação do contraditório, sendo este postergado a fim de viabilizar a persecução penal – como na hipótese de decretação judicial de quebras de sigilos constitucionalmente garantidos – ou de impedir que esta se desenvolva indevidamente, como com a rejeição liminar da denúncia. Note-se, porém, que não se trata de supressão integral do contraditório, sendo este diferido, permitindo o debate das partes sobre a medida judicial anteriormente determinada e seus resultados.

Concorda-se, então, com a afirmação de que a ausência momentânea do contraditório não afasta a natureza acusatória do processo,⁴⁷ entendendo-se, porém, que a sua supressão integral no curso procedimental inviabiliza a efetiva aplicação do princípio acusatório, tornando sem efeito e apenas figurativa a separação das funções de acusar, defender e julgar. Isso porque, retirada a relevância da acusação e da defesa para, contrapostas em ambiente democrático,

⁴⁴ ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas processuais e seus princípios reitores*. 2. ed. rev. e ampl. Curitiba: Juruá, 2008, p. 160; PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 126.

⁴⁵ ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas processuais e seus princípios reitores*. 2. ed. rev. e ampl. Curitiba: Juruá, 2008, p. 376.

⁴⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 484.

⁴⁷ ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas processuais e seus princípios reitores*. 2. ed. rev. e ampl. Curitiba: Juruá, 2008, p. 148.

conduzirem à construção da decisão judicial, abre-se espaço à hipertrofia da atuação judicial, que, em lugar de marcadamente imparcial, passa a se comprometer, autoritariamente e ilegitimamente, com apenas uma das alternativas postas sob julgamento.

A (v) livre convicção – agora compreendida como necessariamente motivada – enquanto sistema de prova apresenta-se como superação da estrutura de provas legais, própria da consolidação do sistema inquisitivo e estabelecida como forma de controlar a atividade dos juízes e, assim, evitar os abusos judiciais, a desconfiança popular e o descrédito em relação ao processo penal recém estabelecido.⁴⁸ Com a superação desta estrutura, passa-se, da atribuição predeterminada de valores ou pesos às provas, à liberdade judicial na apreciação do material probatório constante no processo,⁴⁹ liberdade esta que não se constitui como absoluta, estando o julgador vinculado ao relato demonstrado pelas provas contidas nos autos. Assim, o magistrado está “obrigado a dar razão àquele que melhor consiga, pela utilização de meios técnicos apropriados, convencê-lo”.⁵⁰

Embora o sistema de provas legais tenha sido arquitetado no âmbito do sistema inquisitivo histórico, sendo grande propulsor da tortura para a obtenção da chamada prova plena, ostentava caráter secundário neste modelo. De modo similar, a livre convicção do magistrado na apreciação das provas, apesar de se propor a superar estrutura pensada para sistema processual diverso, não toca a acusatoriedade do processo. Mesmo se tratando de elemento inserido historicamente em processos acusatórios e apto a fomentar o debate judicial e a privilegiar um processo penal democrático, o livre convencimento motivado do juiz não integra o núcleo básico do sistema acusatório.

Por fim, a (vi) ausência de iniciativa probatória do magistrado também é apontada por parcela da literatura jurídica como elemento essencial ao sistema acusatório, sendo a gestão da prova reputada como central na definição do princípio unificador e do sistema adotado por determinada ordem jurídica.⁵¹ Adotando-se sentido diverso no presente trabalho, a discussão acerca deste elemento será melhor desenvolvida no subcapítulo 1.2, oportunidade na qual se examinará de maneira mais detida o papel do magistrado em um processo de natureza acusatória.

⁴⁸ ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas processuais e seus princípios reitores*. 2. ed. rev. e ampl. Curitiba: Juruá, 2008, p. 382.

⁴⁹ RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 29. ed. Barueri: Atlas, 2021, n.p. [E-book]

⁵⁰ LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal: introdução crítica*. 9. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023. [E-book]

⁵¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 183, p. 103-115, 2009, esp. p. 109.

A análise dos elementos acima realizada conduz à compreensão de que a essência do caráter acusatório do sistema processual penal reside na separação entre as funções de acusar, defender e julgar, a serem exercidas por sujeitos processuais diversos ao longo de todo o *iter* procedimental e dentro dos limites próprios de suas atividades-fim. Não se propõe a desconsideração dos demais elementos expostos para a estruturação de um processo penal acusatório, mas sim o seu caráter secundário neste mister, servindo ao reforço do princípio acusatório – correspondente à referida separação de funções – ou ao desenvolvimento de um processo penal de natureza democrática.

Dirigindo-se o olhar ao tratamento conferido ao sistema inquisitivo, são elencados como seus principais caracteres: (i) a reunião, em um mesmo órgão/pessoa das funções de acusar e julgar, sendo dispensável a figura de um acusador⁵²; (ii) a ausência de contraditório⁵³; (iii) o processo escrito e secreto⁵⁴; (iv) a normalização da prisão provisória⁵⁵; (v) a admissão da tortura⁵⁶; (vi) o sistema de provas legais⁵⁷; e (vii) a iniciativa probatória do julgador.⁵⁸

Característica comum indicada pela doutrina e verificada historicamente na configuração do sistema inquisitivo é o (i) acúmulo das funções de acusar e julgar dentre as atribuições de um mesmo sujeito processual. Não se trata da integral supressão da figura do

⁵² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 452; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, n.p. [E-book]; ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas processuais e seus princípios reitores*. 2. ed. rev. e ampl. Curitiba: Juruá, 2008, p. 360; PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 105; JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal: estudos e pareceres*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 42; MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual*. Campinas: Bookseller, 1997, v. 1, p. 70.

⁵³ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 452; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, n.p. [E-book]; PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 105.

⁵⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 452; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, n.p. [E-book]; KHALED JR., Salah Hassan. O sistema processual penal brasileiro: acusatório, misto ou inquisitório? *Civitas*, v. 10, n. 2, p. 293-308, 2010; PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 105.

⁵⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, n.p. [E-book]; PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 105.

⁵⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, n.p. [E-book];

⁵⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 453

⁵⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, n.p. [E-book]; KHALED JR., Salah Hassan. O sistema processual penal brasileiro: acusatório, misto ou inquisitório? *Civitas*, v. 10, n. 2, p. 293-308, 2010; PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 156; LOPES JR., Aury. Sistemas processuais penais: ainda precisamos falar a respeito? In: GLOECKNER, Ricardo. *Sistemas processuais penais*. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021, p. 48; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 183, p. 103-115, 2009, esp. p. 109.

acusador, bastando, para a determinação de um sistema como inquisitivo a prescindibilidade deste acusador enquanto sujeito processual diverso e autônomo em relação ao juiz.⁵⁹

Tendo em vista que a razão de ser da separação das funções processuais no sistema acusatório reside no asseguramento da imparcialidade do julgador, a se manter desinteressado nas versões narradas no processo, tem-se por comprometida tal imparcialidade não apenas quando reunidas as funções de acusar e julgar nas mãos do magistrado, mas também quando, mesmo prevista a presença de acusador, a atuação deste se revela dispensável para a persecução penal. Essa dispensabilidade pode restar caracterizada seja pela possibilidade de ajuizamento de ação penal pelo julgador, seja pela abertura à interferência deste sobre o conteúdo e o exercício da acusação, assumindo, de forma expressa ou velada, o papel de juiz-acusador, inimigo do acusado, de modo a, assim, suprimindo a autonomia do órgão de acusação, portar-se com vistas a, no réu, “descobrir um culpado”.⁶⁰

Isto posto, tem-se que o acúmulo das funções de acusar e julgar no feixe de atribuições do juiz corresponde ao princípio inquisitivo, que ostenta o caráter de princípio informador/reitor/fundante do sistema de mesmo nome, configurando-se, por conseguinte, como elemento fixo deste sistema, a compor seu núcleo básico.

Passando-se à (ii) ausência de contraditório, à semelhança do exposto quanto à sua presença no sistema acusatório, reforça-se que a limitação deste princípio, por si só, não conduz à caracterização do sistema inquisitivo.

Entretanto, em que pese a ausência do contraditório não figure como elemento fixo do sistema inquisitivo, serve de reforço à característica que lhe é fundamental, já descrita no item anterior. A supressão do contraditório relaciona-se diretamente com a postura do juiz-acusador, dado que, ao assumir as funções dos demais sujeitos processuais como se suas fossem, o magistrado suprime o devido debate judicial, transformando-o em monólogo, em “processo unilateral de um juiz com atividade multiforme”.⁶¹

Quanto aos elementos indicados nos itens (iii) e (vi), valem os apontamentos firmados quando da análise do sistema acusatório. Assim como a oralidade, a publicidade e o livre convencimento motivado do juiz não constituem aspectos essenciais do modelo acusatório – mesmo contribuindo para a edificação de um processo penal democrático –, de igual modo, o

⁵⁹ ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas processuais e seus princípios reitores*. 2. ed. rev. e ampl. Curitiba: Juruá, 2008, p. 367.

⁶⁰ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução: Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 101.

⁶¹ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto; LEVENE HIJO, Ricardo. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Editorial Guillermo Kraft, 1945, tomo II, p. 219.

caráter escrito e secreto do processo, bem como a adoção do sistema de provas legais, apesar de comumente inseridos em uma lógica processual inquisitiva, não são centrais à caracterização de um sistema como tal. Constituem-se, com efeito, como caracteres inseridos em estruturas inquisitórias ao longo da história, sem, contudo, integrarem o seu fundamento.

Na mesma linha, percebe-se a (iv) prisão provisória do acusado como regra e a (v) admissão da tortura como elementos secundários do sistema inquisitivo. Decerto, tais expedientes devem ser rechaçados, pois refletem clara desconsideração da pessoa acusada como sujeito de direitos, deveres, ônus e faculdades, desconsideração observada especialmente no processo inquisitivo histórico e, até mesmo, no sistema acusatório clássico.

Embora devam ser rejeitadas em um processo penal que almeja se adequar às exigências de um Estado democrático e se comprometer com as garantias da pessoa acusada, especialmente, com a sua dignidade e com a presunção de sua inocência, observa-se que, de modo semelhante aos elementos anteriormente expostos, a normalização da prisão provisória e a admissão da tortura configuram-se como caracteres inseridos em determinadas expressões históricas do sistema inquisitivo, em maior ou menor grau, e, inclusive, em estruturas reconhecidas como acusatórias. Não é possível, portanto, a sua consideração enquanto elementos essenciais em um sistema inquisitivo.

Quanto à (vii) possibilidade de iniciativa probatória do magistrado, faz-se, neste momento, a mesma ressalva apresentada no item contraposto a este quando da análise do sistema acusatório. Adiantando-se a compreensão adotada neste trabalho no sentido de que a atuação judicial na produção probatória, em si, não veste o processo penal de uma natureza inquisitiva, tem-se por reservado subcapítulo próprio (1.2) para maior detalhamento da discussão.

Em que pese o sistema inquisitivo tenha sido pensado como saída de racionalidade diante do modelo que lhe antecederia, com contribuições ao processo,⁶² nota-se grave problema em sua essência, qual seja, o comprometimento da imparcialidade do juiz. Como mencionado alhures, esse atributo do órgão julgador garante legitimidade à atividade estatal e compõe a estrutura do processo democrático.⁶³ Desse modo, ainda que estruturado um processo penal com todos os elementos secundários atribuídos normalmente ao sistema acusatório e a um ambiente democrático, uma vez presente o elemento essencial do modelo teórico inquisitivo,

⁶² GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas*. 2. ed. São Paulo: RT, 1982, p. 36.

⁶³ RICCIO, Giuseppe. Imparcialidade: entre situação subjetiva e paradigma de sistema. In: GLOECKNER, Ricardo. *Sistemas processuais penais*. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021, p. 230.

não seria aceitável a defesa do retorno a este sistema processual, uma vez que “nega o atributo da imparcialidade a quem irá definir a inocência ou a culpabilidade de uma pessoa”.⁶⁴

1.2 LIMITES À ATUAÇÃO DO ÓRGÃO JULGADOR EM UM PROCESSO PENAL ACUSATÓRIO

O papel designado para o órgão julgador no processo penal é ponto de destaque na ainda acentuada discussão pela qualificação dos sistemas processuais, tocando, ademais, o problema enfrentado nesta pesquisa. Na busca pela definição do núcleo fundante dos mencionados sistemas, há respeitada e crescente doutrina a erigir a gestão da prova como central à compreensão dos princípios informadores dos modelos acusatório e inquisitivo.⁶⁵

Nos termos anteriormente apresentados, tem-se como acertada a compreensão de que o aspecto essencial para a qualificação do sistema processual como acusatório reside na separação das funções de acusar e julgar no feixe de atribuições de órgãos/pessoas diversas. Não basta, porém, que esta separação se restrinja à fase inicial do processo, sendo imprescindível que, para assegurar a razão de ser desta separação, o juiz mantenha-se em postura equidistante e desinteressada frente às versões apresentadas no processo.

Na compreensão dessa postura equidistante, a doutrina supracitada entende que, para preservação da imparcialidade do julgador e com vistas à caracterização da acusatoriedade do processo, é necessário o completo afastamento do magistrado da “arena das partes”⁶⁶, sendo-lhe vedada qualquer iniciativa probatória. O papel do magistrado, pois, consistiria no de mero espectador, de árbitro imparcial, com postura notadamente passiva.

Seguindo nesta linha, Aury Lopes Jr. aponta ser indispensável à imparcialidade do juiz que a iniciativa probatória e, por conseguinte, a gestão da prova estejam sempre nas mãos das partes. Admitir a busca probatória pelo julgador (juiz-ator) seria admitir a regência do processo penal pelo princípio inquisitivo.⁶⁷ O autor vislumbra nesta iniciativa judicial no campo

⁶⁴ ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas processuais e seus princípios reitores*. 2. ed. rev. e ampl. Curitiba: Juruá, 2008, p. 401.

⁶⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 183, p. 103-115, 2009, esp. p. 109; KHALED JR., Salah Hassan. O sistema processual penal brasileiro: acusatório, misto ou inquisitório? *Civitas*, v. 10, n. 2, p. 293-308, 2010; PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 156; LOPES JR., Aury. Sistemas processuais penais: ainda precisamos falar a respeito? In: GLOECKNER, Ricardo. *Sistemas processuais penais*. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021, p. 48.

⁶⁶ LOPES JR., Aury. Sistemas processuais penais: ainda precisamos falar a respeito? In: GLOECKNER, Ricardo. *Sistemas processuais penais*. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021, p. 51-52.

⁶⁷ LOPES JR., Aury. Sistemas processuais penais: ainda precisamos falar a respeito? In: GLOECKNER, Ricardo. *Sistemas processuais penais*. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021, p. 48 e 54.

probatório a figura dos juízes inquisidores, descritos por Franco Cordero como detentores de quadros mentais paranoicos, com a prevalência da hipótese sobre os fatos, de modo a, optando por uma versão a respeito destes, fechar os olhos para as demais em sua investigação.⁶⁸

Seguindo o entendimento em questão, havendo lacunas probatórias, o único caminho possível ao julgador, a partir de uma opção pelo sistema acusatório, seria a absolvição do acusado, com fulcro na presunção de inocência. Na hipótese de o juiz partir em busca de provas favoráveis ou desfavoráveis ao réu ou destinadas a “dirimir dúvida sobre ponto relevante”, haveria, então, um desvirtuamento das funções judiciais, com a configuração de um juiz inquisidor, em ofensa “a um processo penal democrático e acusatório”.⁶⁹

O processo penal brasileiro desenhado pelo CPP de 1941, nessa linha de percepção, seria fundado sobre uma base inquisitória com acréscimo de alguns elementos do modelo acusatório, tendo em vista a sobreposição constante das funções de acusar e julgar. Nas palavras de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, na estrutura atualmente posta, o juiz figura como “senhor plenipotenciário do processo”, atuando, então, como “senhor das provas e [...] [que] pode decidir antes [...] e depois sair à cata da prova que justifique a decisão antes tomada”.⁷⁰

Ao examinar o texto do art. 4º do Projeto de Lei do Senado n.º 156/2009, a contar com a mesma redação do art. 3º-A do CPP, inserido pela Lei n.º 13.964/2019, Coutinho aponta, então, como adequada a vedação à iniciativa do juiz que se converte em atividade de “substituição da atuação probatória do órgão de acusação”, ficando a gestão da prova, então, dentre as atribuições das partes. O respeitado autor admite, porém, que, em algumas hipóteses, o magistrado proceda de modo a esclarecer dúvidas pontuais.⁷¹

Em sentido semelhante, mas admitindo a iniciativa probatória do magistrado para, supletivamente, beneficiar o acusado, Geraldo Prado destaca ser própria do sistema inquisitivo a concentração de poderes pelo juiz ao lado de uma “subalternidade das partes” na fase de produção probatória. A possibilidade de iniciativa probatória do magistrado é apontada, então, como apta a comprometer a imparcialidade do magistrado, pois este, ao determinar a produção da prova, já saberia “ao certo o que pretende encontrar”, pois “ao tipo de prova que se pesquisa corresponde um prognóstico, mais ou menos seguro, da real existência do *thema probandum*,

⁶⁸ LOPES JR., Aury. Sistemas processuais penais: ainda precisamos falar a respeito? In: GLOECKNER, Ricardo. *Sistemas processuais penais*. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021, p. 47; CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*. Torino: UTET, 1986, p. 51.

⁶⁹ KHALED JR., Salah Hassan. O sistema processual penal brasileiro: acusatório, misto ou inquisitório? *Civitas*, v. 10, n. 2, p. 293-308, 2010.

⁷⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 183, p. 103-115, 2009, esp. p. 109 e 111.

⁷¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 183, p. 103-115, 2009, esp. p. 114.

e, sem dúvida, também das consequências jurídicas que podem advir da positivação da questão fática”.⁷²

Esta percepção sobre a iniciativa probatória do magistrado, com efeito, assemelha-se à descrição do domínio do magistrado no processo inquisitivo apresentada por Franco Cordero. Segundo ressaltado por este, o juiz inquisidor, tendo todas as cartas do jogo em suas mãos e tendo ele mesmo o iniciado, poderia apostar na hipótese por ele eleita, direcionando o resultado para onde quisesse, sobretudo ao contar com elementos como a tortura a seu dispor.⁷³

Não parece, porém, ser este o quadro gerado com a iniciativa probatória do magistrado que se entende aceitável no processo penal, nos limites que adiante serão apresentados.

Por certo, não se defende a admissão de poder judicial na busca de elementos na fase investigatória da persecução penal. De igual modo, não se advoga por uma atuação irrestrita do magistrado na produção probatória e na ingerência sobre as atividades desenvolvidas pelas partes. Entende-se, no entanto, não haver violação ao princípio acusatório na possibilidade de ingerência judicial na produção probatória, desde que estabelecidos limites precisos para tanto.

De início, compreende-se que a escolha pela admissão da iniciativa probatória do juiz posiciona-se, essencialmente, na discussão acerca da contraposição – marcada atualmente por um cenário de aproximação – entre o *adversarial system* e o *inquisitorial system*. Se, no primeiro, vislumbra-se a predominância das partes para a condução do processo e da produção das provas, incumbindo ao juiz a função de espectador, de decisor passivo e de fiscalizador de regras do jogo, no *inquisitorial system*, estas atividades de gestão são assumidas, em certa medida, pelo juiz.⁷⁴

A permissão para a atuação do decisor na produção probatória não se revela, assim, como aspecto essencial para a caracterização do sistema processual penal como acusatório ou inquisitivo, muito embora a distorção no modelo *inquisitorial*, com a caracterização do arbítrio judicial, possa conduzir ao comprometimento da imparcialidade do julgador. Não há, conforme se nota, correspondência necessária entre o modelo *adversarial* e o sistema acusatório, assim

⁷² PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 158.

⁷³ CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*. Torino: UTET, 1986, p. 51.

⁷⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 7, n. 27, jul./set. 1999, p. 16; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Gestão de conflitos nos Estados Unidos e no Brasil. *Revista de Processo Comparado*, v. 4, p. 43-63, jul./dez. 2016, n. p. [versão digital]; LANGER, Maximo. The rise of managerial judging in international criminal law. *The American Journal of Comparative Law*, v. 53, n. 4, p. 835-909, 2005, esp. p. 839.

como não se confundem o conceito e a dinâmica procedimental do *inquisitorial system* e do sistema inquisitivo.⁷⁵

A mencionada imparcialidade, porém, não resta vulnerada quando admitida a iniciativa do magistrado na seara probatória de maneira limitada, tendo em vista que, com a devida vênia, entende-se por mais acertada a compreensão segundo a qual a determinação da prova não será sempre direcionada em função de resultado já previsto pelo julgador. Não se ignora a possibilidade de que este cenário se configure quando a iniciativa judicial se apresenta de forma patológica. O que se defende, contudo, é que esta realidade não se constitui como regra e, portanto, não deve servir ao impedimento da atuação judicial no campo da prova, a qual deve se dar, repita-se, de maneira controlada.

De regra, tem-se que o resultado da prova determinada pelo órgão julgador pode servir tanto à defesa do acusado, como à acusação. Isto posto, como bem indicado por Américo Bedê Jr., ao se admitir a iniciativa probatória do juiz tão somente para benefício do imputado – como viabilizado pela redação conferida ao art. 3º-A do CPP –, cria-se a possibilidade de que o acerto do julgador na determinação da prova e a validade desta somente sejam aferidos após a obtenção de seu resultado, que deverá beneficiar o réu.⁷⁶

Isto posto, mister ter em conta que a imparcialidade do julgador não se confunde com sua manipulação pelas partes, de modo que, frente à escassez do material probatório decorrente da deficiência na atuação das partes, não se tem por vulnerado o agir imparcial do juiz quando, para o devido esclarecimento dos fatos descritos pelos demais sujeitos processuais no curso da ação penal, intervenha na produção probatória com vistas a um “julgamento fático mais adequado possível”.⁷⁷

De um lado, entende-se que o alcance deste “julgamento fático adequado” não deve se dar mediante uma busca incansável e ilimitada pela verdade. De outro, porém, concorda-se com Ada Grinover quando afirma a possibilidade de o juiz, após promover e estimular o

⁷⁵ PEREIRA, Frederico Valdez. Para além do reducionismo acusatório-inquisitório: a inserção do justo processo no estudo dos temas do processo penal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 964, p. 349-374, fev. 2016, n. p. [versão digital]; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas*. 2. ed. São Paulo: RT, 1982, p. 17.

⁷⁶ FREIRE JR., Américo Bedê. *A reforma do CPP e o juiz no processo penal brasileiro. Juiz criminal no seu lugar: nem protagonista nem espectador. Motivos pelos quais precisa ter poderes instrutórios*. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/ajufe/a-reforma-do-cpp-e-o-juiz-no-processo-penal-brasileiro-18062020>>. Acesso em: 05 set. 2023.

⁷⁷ FREIRE JR., Américo Bedê. *A reforma do CPP e o juiz no processo penal brasileiro. Juiz criminal no seu lugar: nem protagonista nem espectador. Motivos pelos quais precisa ter poderes instrutórios*. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/ajufe/a-reforma-do-cpp-e-o-juiz-no-processo-penal-brasileiro-18062020>>. Acesso em: 05 set. 2023; FENOLL, Jodri Nieva. *La duda en el proceso penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 147.

contraditório efetivo e concreto e sem fazer do processo instrumento a serviço do “mais poderoso ou astucioso”, diligenciar para, dentro das possibilidades probatórias e respeitado o objeto do processo, aproximar-se do maior grau de probabilidade.⁷⁸

Depreende-se, assim, que a produção de provas a partir de determinação judicial não ofende, em si, ao princípio acusatório, compreendendo-se, nesse sentido, que a atribuição de iniciativa probatória ao juiz, a bem da verdade, não se confunde com o exercício da função de acusar. Esta, exercida pelo Ministério Público, conduz à fixação do objeto do processo e, assim, servirá como um dos limites à determinação de provas pelo juiz.

A atribuição de papel ativo ao juiz durante a instrução processual demanda, para sua legitimidade, a efetiva e concreta possibilidade de controle dos atos judiciais, o que é viabilizado com o estabelecimento de limites claros para tanto. Voltando-se o olhar para a ordem jurídica brasileira, todavia, o que se nota é a necessidade de avanços a esse respeito, tendo em vista que os limites hoje reconhecidos se revelam sobretudo genéricos, abrindo espaço a uma indesejada proeminência do julgador sobre a prova e o objeto do processo.

O julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) 6298, 6299, 6300 e 6305, em agosto de 2023, reflete a ainda escassa previsão de limites para a iniciativa probatória do magistrado. Muito embora esta não seja admitida de forma irrestrita no processo penal brasileiro (expressamente), o tratamento conferido pelo Supremo Tribunal Federal ao disposto no art. 3º-A do CPP manteve o aspecto lacunoso da disciplina legal sobre o papel do julgador no campo da prova.

Apreciando a constitucionalidade de dispositivos inseridos na legislação processual penal pela Lei n.º 13.964/2019, a Corte, reconhecendo estar agora expressa a escolha pelo sistema acusatório para o processo penal pátrio e indicando como seu aspecto fundante a separação das funções de acusar, defender e julgar, acertadamente concluiu que a vedação tanto à iniciativa do juiz na fase de investigação, como à substituição probatória da acusação ao longo do processo atende ao texto constitucional e ao modelo acusatório de processo.

Entretanto, prosseguindo no julgamento, o Supremo Tribunal Federal (STF), adotando a técnica de interpretação conforme à Constituição, teve por remanescente a atuação de ofício do magistrado nas situações previstas em lei, sendo elas:

determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante” (artigo 156, II); (b) determinar a oitiva de uma testemunha (artigo 209); (c) complementar a sua inquirição (artigo

⁷⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 7, n. 27, jul./set. 1999, p. 18-19.

212) e (d) “proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição” (artigo 385).⁷⁹

Embora aparente conferir caráter secundário à iniciativa probatória do julgador, que deverá se dar “pontualmente”, a interpretação conferida ao art. 3º-A do CPP dá sobrevida a dispositivos que, em alguma medida, perpetuam aspectos inquisitivos no processo penal brasileiro, conforme se indicará no subcapítulo 1.3.

Reconhecendo-se, portanto, que os limites dispostos no CPP/1941 para a iniciativa probatória do órgão julgador se mostram insuficientes para preservar adequadamente a acusatoriedade da estrutura processual penal pátria, tem-se como balizas essenciais, para além da licitude e da legitimidade da prova: (i) a efetiva promoção do contraditório⁸⁰ acerca dos elementos a serem produzidos, oportunizando-se às partes a manifestação prévia a este respeito; (ii) a obrigatória e concreta motivação da decisão que determina a produção da prova,⁸¹ exigência constitucional pouco atendida e levada a sério na prática forense, mas com aptidão para promover a transparência acerca das razões para a iniciativa do julgador e, assim, permitir seu controle e impugnação; (iii) a vinculação aos fatos em debate no processo em que as provas serão produzidas, obstando, assim, a indevida e inquisitória atuação judicial na alteração do objeto do processo já delimitado pelo órgão/pessoa a quem atribuída a acusação;⁸² (iv) a restrição da iniciativa judicial à necessidade de suprir dúvida,⁸³ retirando-se, assim, o protagonismo do magistrado na produção probatória; e (v) a necessária relação com as fontes de prova já contidas no processo ou neste noticiadas,⁸⁴ impedindo-se, de igual modo, que o magistrado vista-se de investigador e saia à caça de meios de prova a serem obtidos em fontes

⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 6298. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 24 de agosto de 2023. *Diário de Justiça Eletrônico*. Brasília, 19 dez. 2023.

⁸⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 7, n. 27, jul./set. 1999, p. 20; ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas processuais e seus princípios reitores*. 2. ed. rev. e ampl. Curitiba: Juruá, 2008, p. 238.

⁸¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 7, n. 27, jul./set. 1999, p. 20; FREIRE JR., Américo Bedê. *A reforma do CPP e o juiz no processo penal brasileiro. Juiz criminal no seu lugar: nem protagonista nem espectador*. Motivos pelos quais precisa ter poderes instrutórios. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/ajufe/a-reforma-do-cpp-e-o-juiz-no-processo-penal-brasileiro-18062020>>. Acesso em: 05 set. 2023; ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas processuais e seus princípios reitores*. 2. ed. rev. e ampl. Curitiba: Juruá, 2008, p. 238.

⁸² ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas processuais e seus princípios reitores*. 2. ed. rev. e ampl. Curitiba: Juruá, 2008, p. 238; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia judiciária e prova penal*. São Paulo: Thomson Reuters, 2023, n. p. [E-book].

⁸³ ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas processuais e seus princípios reitores*. 2. ed. rev. e ampl. Curitiba: Juruá, 2008, p. 238.

⁸⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia judiciária e prova penal*. São Paulo: Thomson Reuters, 2023, n. p. [E-book]; ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas processuais e seus princípios reitores*. 2. ed. rev. e ampl. Curitiba: Juruá, 2008, p. 238.

sequer citadas no curso do processo e das quais tenha notícia em função de conhecimento prévio ou estranho aos autos, a marcar interesse indevido com a causa sob seu julgamento.

Destarte, em um processo penal de natureza acusatória, a atuação do magistrado na condução do feito deve estar fundada em sua função de garantidor de direitos fundamentais dos sujeitos envolvidos no conflito submetido a tratamento pela via da jurisdição estatal. Na atividade de reconhecimento, voltada à obtenção de uma decisão de mérito,⁸⁵ assegurando o devido processo legal e, assim, fazendo do processo um instrumento de garantia de direitos,⁸⁶ depreende-se que o magistrado não deve figurar como protagonista, nem como espectador do embate das partes ou convidado de pedra.⁸⁷ Essencial, então, que se atente a um adequado julgamento fático, sem, contudo, imiscuir-se no papel das partes na delimitação do objeto do processo, de modo a preservar seu agir delas equidistante e, assim, imparcial.

1.3 ENTRE A ESCOLHA CONSTITUCIONAL E O SISTEMA PROCESSUAL PENAL EFETIVAMENTE DESENVOLVIDO NO BRASIL

A análise dos aspectos essenciais dos sistemas acusatório e inquisitivo nos subcapítulos anteriores, apesar de breve, permitiu posicionar este estudo no debate sobre a matéria e forneceu condições mínimas para averiguar a escolha constitucional em relação ao processo penal brasileiro, para perquirir a (in)adequação da estrutura processual praticada às diretrizes estabelecidas na Constituição e, ainda, para, ao final deste trabalho, enfrentar o problema de pesquisa ora proposto.

Sabidamente, a Constituição Federal de 1988 estabelece em seu texto princípios a traçarem as linhas mestras do processo penal brasileiro, podendo ser citados: a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), o juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII), o contraditório (art. 5º, LV), a ampla defesa (art. 5º, LV), a igualdade (art. 5º, *caput*), a presunção de inocência (art. 5º, LVII), a publicidade (art. 5º, LX) e a motivação das decisões judiciais (art. 93, IX).

São escolhas constitucionais a estabelecerem uma base democrática e garantista após a consolidação de práticas punitivas firmadas sob a égide de um Estado manifestamente

⁸⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Uma breve síntese histórica-filosófica-jurídica-processual sobre os sistemas processuais penais. *Revista brasileira de ciências criminais*, São Paulo, v. 185, p. 101-114, nov. 2021, n.p. [versão digital]

⁸⁶ PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 57.

⁸⁷ FREIRE JR., Américo Bedê. *A reforma do CPP e o juiz no processo penal brasileiro. Juiz criminal no seu lugar: nem protagonista nem espectador. Motivos pelos quais precisa ter poderes instrutórios*. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/ajufe/a-reforma-do-cpp-e-o-juiz-no-processo-penal-brasileiro-18062020>>. Acesso em: 05 set. 2023; MOREIRA, José Carlos Barbosa. O processo penal norte-americano e sua influência. *Revista de processo*, v. 103/2001, p. 95-107, jul./set. 2001. [versão digital].

autoritário que antecederia a ordem constitucional erigida a partir de 1988. Como descreve Fauzi Hassan Choukr, a “Constituição de 1988 tratou a persecução penal com o zelo de quem edifica algo novo, em substituição a uma ordem positiva superada pelo desuso do figurino autoritário que a inspirou, e buscou [...] dar ao processo penal uma roupagem democrática.”⁸⁸

No debate sobre os sistemas processuais penais, resta evidenciada, então, a opção constitucional pelo sistema acusatório. Isso, porém, não se deve apenas à expressa afirmação de direitos fundamentais contrários a práticas historicamente observadas em demonstrações do sistema inquisitivo.

Nota-se a escolha constitucional pelo modelo acusatório, ainda, a partir da estrutura conferida pelo constituinte de 1988 ao processo penal brasileiro, com o estabelecimento da obrigatória separação das funções de acusar e julgar e a previsão de garantias para que estas funções sejam exercidas de modo a manter a imparcialidade do órgão julgador e a fazer autônomo e privativo o exercício da ação penal pública, na forma da lei, pelo Ministério Público.⁸⁹ O disposto no art. 129, I, da CF não constitui, portanto, apenas uma conquista “corporativa”, mas se configura como “a própria matriz do princípio acusatório”⁹⁰ ao afastar as funções acusadora e julgadora, atribuindo-as a sujeitos processuais distintos.

A Constituição de 1988, mesmo sem o fazer expressamente, adotou o princípio acusatório, o que, como aponta Geraldo Prado, constitui-se mera promessa, dados os resquícios inquisitivos ainda verificados na realidade jurídica nacional.⁹¹ Não obstante inaugurado um Estado Democrático de Direito com a chamada Constituição Cidadã, ainda são vislumbradas opções ou omissões legislativas a abrirem espaço para práticas punitivas autoritárias e, assim, sonegadas de direitos e garantias.

A compreensão deste cenário perpassa a noção de que o atual CPP data de 1941, tendo por inspiração e base legal o fascista Código Rocco de 1930 e reproduzindo seu padrão autoritário. Apesar de reformas substanciais no texto legal, que, em alguma medida, se propuseram a refletir no processo penal brasileiro o modelo desenhado no texto constitucional, persiste, como se mencionará no capítulo seguinte, um modelo de justiça criminal degradante, ineficiente, que reflete a seletividade latente do Direito Penal, excluindo vulneráveis da arena

⁸⁸ CHOUKR, Fauzi Hassan. A ordem constitucional e o processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 8, p. 57-68, out./dez. 1994, n. p. [versão digital].

⁸⁹ GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016, n.p. [E-book].

⁹⁰ CHOUKR, Fauzi Hassan. A ordem constitucional e o processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 8, p. 57-68, out./dez. 1994, n. p. [versão digital].

⁹¹ PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 219-220.

de debate e privando-lhes da plena condição de sujeitos de direito. Vê-se, ainda, claro descompasso entre a nova realidade jurídica proposta pelas reformas implementadas e as práticas punitivas cotidianamente averiguadas.

Fugiria ao escopo deste trabalho a indicação das problemáticas identificáveis no âmbito da justiça criminal brasileira, que tocam aspectos como as falhas na administração da persecução criminal, as lacunas e fraquezas da formação jurídica nacional, a desigualdade social e a seletividade do direito penal e processual penal, a violência e a letalidade das práticas policiais e o uso indevido e desmedido de prisões cautelares. Não se pode deixar de mencionar, porém, ser patente a necessidade de compatibilizar a legislação processual penal vigente e a ordem constitucional a fim de se promover alguma mudança neste cenário.

Como mencionado, não devem ser ignorados os avanços no texto legal em decorrência das alterações legislativas promovidas. No ponto, dentre várias outras, podem ser mencionadas a retirada – ao menos do texto legal – da possibilidade de o silêncio do acusado ser interpretado em prejuízo da defesa (Lei n.º 10.792/2003), o deslocamento do interrogatório do acusado ao final da instrução probatória e o fim da exigência de recolhimento à prisão ou de pagamento de fiança para a interposição de apelação pelo acusado (Lei n.º 11.719/2008).⁹²

Estas, com efeito, são mudanças que buscaram “adaptar o processo penal brasileiro aos parâmetros definidos pela Constituição da República de 1988 e pelos tratados internacionais sobre direitos humanos”, com nova estrutura processual e novos papéis aos sujeitos nesta atuantes.⁹³

A nova configuração do processo penal após múltiplas reformas, que se assemelha a uma “colcha de retalhos”⁹⁴ dado o caráter sempre parcial e pontual das alterações, mesmo a contar com ganhos em termos de garantias e de conformação fragmentada e, ao menos, em tese,

⁹² No ponto, também não se ignoram decisões relevantes no âmbito do STF, na apreciação da compatibilidade material da legislação processual penal pré-constitucional em relação à Constituição de 1988. Embora se vislumbre considerável lapso temporal no enfrentamento da matéria pela Corte, merecem menção julgados a evidenciarem o problemático mosaico legislativo que persistirá enquanto não implementada reforma global do texto legal. Nesse sentido, importa destacar o quanto decidido pelo Tribunal no julgamento do Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* n.º 83.810/RJ (julgado em 05/03/2009), ocasião na qual reconhecida a não recepção do art. 594 do CPP pela CF/1988, apontando-se que a exigência de recolhimento do condenado à prisão enquanto requisito para o conhecimento da apelação resultaria em ofensa aos direitos de ampla defesa e de igualdade entre as partes, constitucionalmente assegurados. De modo semelhante, destaca-se o entendimento fixado no julgamento das Ações de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 395 e 444 (julgadas em 14/06/2018), oportunidade em que o STF concluiu pela não recepção da expressão “para o interrogatório” constante no art. 260 do CPP, reputando a condução coercitiva de investigados e de acusados a este ato como incompatível com a CF.

⁹³ PRADO, Geraldo. O processo penal brasileiro vinte e cinco anos depois da Constituição: transformações, permanências. *Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 18, n. 67, p. 550-569, jan./fev. 2015, esp. p. 551.

⁹⁴ ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas processuais e seus princípios reitores*. 2. ed. rev. e ampl. Curitiba: Juruá, 2008, p. 474.

a uma ordem democrática, ainda convive com profundos problemas e omissões que, dentre outros aspectos, influem na percepção do sistema processual penal brasileiro.

Na espécie, rememore-se a pobre disciplina legal dispensada ao inquérito policial. Em que pese lhe seja atribuída natureza de procedimento de natureza administrativa, com caráter preparatório e informativo, consistindo na primeira fase da persecução penal,⁹⁵ na prática, sua utilidade é outra. A fase investigatória não apenas serve à formação da convicção ministerial quanto à presença de elementos suficientes de autoria e materialidade para o ajuizamento da ação penal, mas acaba por fundamentar condenações com elementos colhidos sem observância do contraditório, da ampla defesa e de um controle mais rígido de sua licitude.⁹⁶

Como aponta Salah Hassan Khaled Jr., são carregados para a etapa processual elementos originados em um ambiente passível de maior quantidade de distorções.⁹⁷ Tais elementos, que deveriam servir exclusivamente para a formação da *opinio delicti* do órgão acusador quanto à justa causa para a denúncia, são utilizados na formação do juízo sobre a culpabilidade, sendo, até mesmo, preponderantes sobre aqueles produzidos em Juízo, especialmente no tocante à prova testemunhal e ao interrogatório do acusado. Sob a compreensão de que este sujeito, no curso do inquérito policial, está despreparado “para dar outra versão que não seja a real”, maior valor acaba por ser dado ao material produzido na esfera policial na tentativa de reconstruir a verdade.⁹⁸ Não há como se afirmar, pois, que a etapa investigatória assume, atualmente, apenas caráter preparatório para o processo.⁹⁹

Como caminho ideal, na tentativa de minimizar este quadro, tem-se a exclusão física dos autos do inquérito policial em relação à ação penal,¹⁰⁰ solução já preconizada no art. 3º-C, § 3º, do CPP. Este, porém, restou reconhecido como inconstitucional no julgamento das ADIs 6298, 6299, 6300 e 6305, oportunidade na qual, em interpretação conforme a Constituição,

⁹⁵ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual*. Campinas: Bookseller, 1997, v. 1, p. 139; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, n.p. [E-book]

⁹⁶ LOPES JR., Aury. Sistemas processuais penais: ainda precisamos falar a respeito? In: GLOECKNER, Ricardo. *Sistemas processuais penais*. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021, p. 49.

⁹⁷ KHALED JR., Salah Hassan. O sistema processual penal brasileiro: acusatório, misto ou inquisitório? *Civitas*, v. 10, n. 2, p. 293-308, 2010.

⁹⁸ FIGUEIRA, Luiz. *A produção da verdade nas práticas judiciais criminais brasileiras: uma perspectiva antropológica de um processo criminal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 32.

⁹⁹ WINTER, Lorena Bachmaier. Acusatório versus inquisitório: reflexões sobre o processo penal. In: GLOECKNER, Ricardo. *Sistemas processuais penais*. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021, p. 101.

¹⁰⁰ LOPES JR., Aury. Sistemas processuais penais: ainda precisamos falar a respeito? In: GLOECKNER, Ricardo. *Sistemas processuais penais*. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021, p. 62; CHOUKR, Fauzi Hassan. A ordem constitucional e o processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 8, p. 57-68, out./dez. 1994, n. p. [versão digital].

fixou-se: “os autos que compõem as matérias de competência do juiz das garantias serão remetidos ao juiz da instrução e julgamento”.¹⁰¹

Deve-se ter em conta, porém, que, enquanto não admitida a solução acima destacada e, mesmo quando admitida, mister sejam intensificados movimentos para a ampla disciplina legal dos atos desenvolvidos no inquérito policial, viabilizando-se (i) o ajuste dos meios de investigação, (ii) o estabelecimento de mecanismos efetivos para o controle dos pressupostos para início da persecução penal, da licitude e da proporcionalidade das medidas investigativas e (iii) a ampliação do contraditório sobre a colheita de elementos na fase preparatória da ação penal, especialmente para permitir o adequado uso de elementos de caráter irrepetível no bojo da ação penal.¹⁰²

Ainda a tocar o sistema processual penal eleito constitucionalmente e desenhado na legislação infraconstitucional, verifica-se que ainda persistem, em uma mesma codificação, a expressa indicação da estrutura acusatória do processo penal brasileiro (art. 3º-A do CPP), a possibilidade de prolação de sentença condenatória mesmo diante de manifestação ministerial pela absolvição do acusado (art. 385 do CPP), a abertura textual para atuação judicial na produção probatória sem o estabelecimento de limites claros para tanto (arts. 156, 209 e 234 do CPP).

Vê-se, no mosaico legislativo, a subsistência de previsões legais que afrontam ou abrem espaço para a afronta do caráter acusatório eleito pela Constituição de 1988 para o processo penal pátrio.

De um lado, com o disposto no art. 385 do CPP, oportuniza-se que, mesmo quando o titular da ação penal, não convencido da materialidade ou da autoria do crime, deixa de formular pedido condenatório e, assim, esvazia a pretensão processual, o juiz tome as vestes de acusador, misture as funções processuais, acumule poderes em seu feixe de atribuições e, assim, recaia em clara violação ao sistema acusatório.¹⁰³ Há, como aponta Américo Bedê Freire Júnior

uma relação de prejudicialidade entre o convencimento do promotor e o do magistrado, melhor explicando: entendendo o Ministério Público pela não existência de crime, não cabe ao magistrado exercer qualquer juízo de valor sobre a existência ou não do crime, uma vez que a partir desse momento o magistrado estaria atuando de ofício, ou seja, sem acusação e em flagrante desrespeito ao sistema acusatório.¹⁰⁴

¹⁰¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 6298. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 24 de agosto de 2023. *Diário de Justiça Eletrônico*. Brasília, 19 dez. 2023.

¹⁰² WINTER, Lorena Bachmaier. Acusatório versus inquisitório: reflexões sobre o processo penal. In: GLOECKNER, Ricardo. *Sistemas processuais penais*. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021, p. 94 e 100.

¹⁰³ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; LEONEL, Juliano de Oliveira. O manifesto autoritarismo inquisitorial do artigo 385 do Código de Processo Penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 175, p. 251-281, jan. 2021, n. p. [versão digital].

¹⁰⁴ FREIRE JR, Américo Bedê. Da impossibilidade do juiz condenar quando há o pedido de absolvição formulado pelo ministério público. *Boletim IBCCrim*. São Paulo, a. 13, n. 152, p. 19, jul. 2005.

De outro lado, a partir de previsões como as insculpidas nos arts. 156, 209 e 234 do CPP, abre-se amplo espaço para a iniciativa probatória do juiz que, por si só, segundo já indicado no subcapítulo anterior, não se entende como suficiente para caracterizar dado sistema processual como inquisitivo. Para tanto, porém, imprescindível o estabelecimento de limites claros e rígidos, o que está ausente no texto legal.

Mais uma vez, oportuniza-se que o juiz enfeixe papéis legitimamente atribuídos ao órgão de acusação, sobreponha-se às partes e passe a conduzir a instrução probatória como sujeito interessado, como o clássico inquisidor. Se a separação das funções de acusar e julgar perde sentido quando apenas a vontade do juiz basta para uma condenação¹⁰⁵ – nos moldes do art. 385 anteriormente referido –, de igual modo, não se sustenta a acusatoriedade do processo penal quando, indiscriminadamente, se confere ao julgador a atribuição de, em substituição às partes, ir à caça de material probatório.

Tais disposições legais, contraditoriamente, são mantidas em um mesmo código que, em função de mais uma reforma parcial, propôs um “giro acusatório” no processo penal.¹⁰⁶ À semelhança do *Código Procesal Penal Federal* argentino, a legislação brasileira passou a prever expressamente o caráter acusatório do processo penal (art. 3º-A do CPP) a partir da promulgação da Lei n.º 13.964/2019. Apesar de reproduzir escolha constitucional, o referido dispositivo teve sua eficácia suspensa em decisão monocrática de lavra do Min. Luiz Fux, no bojo das ADIs 6.298, 6299 e 6300, as quais foram julgadas apenas em agosto de 2023, conforme já abordado anteriormente.

Conhecida como “Lei Anticrime”, a Lei n.º 13.964/2019, com proposta inicial voltada a, nas palavras do à época Ministro da Justiça e Segurança Pública Sergio Moro, “produzir efeitos práticos e não para agradar professores de direito penal”,¹⁰⁷ reformou a legislação penal pátria sob o discurso de combate à violência e à criminalidade. Oportunizou-se, assim, maior punição, com, por exemplo, a ampliação do tempo de cumprimento de pena (art. 75 do CP) e a inclusão de formas circunstanciadas do crime de roubo no rol de crimes hediondos (art. 1º, II, da Lei n.º 8.072/90). Sob o pretexto de enfretamento da corrupção, os mais afetados pelo

¹⁰⁵ FREIRE JR, Américo Bedê. Da impossibilidade do juiz condenar quando há o pedido de absolvição formulado pelo ministério público. *Boletim IBCCrim*. São Paulo, a. 13, n. 152, p. 19, jul. 2005.

¹⁰⁶ LOPES JR., Aury; PINHO, Ana Cláudia Bastos de; ROSA, Alexandre Moraes da. *Pacote anticrime: um ano depois*. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, n.p. [E-book].

¹⁰⁷ MARTINS, Luísa; PERON, Isadora. Não é fascismo endurecer penas contra crimes graves, diz Moro. *Valor Econômico*, 04 fev. 2019. Disponível em: <https://valor.globo.com/politica/noticia/2019/02/04/nao-e-fascismo-endurecer-penas-contra-crimes-graves-diz-moro.gh.html>. Acesso em: 15 jan. 2024.

endurecimento da legislação penal foram os que por ela já são tocados cotidianamente: pobres e negros.¹⁰⁸

Entretanto, a alteração promovida no âmbito processual penal, especialmente a inclusão do supracitado art. 3º-A ao CPP, representou algum avanço em sua aproximação das diretrizes constitucionais. Enunciar o sistema processual pretendido na ordem jurídica brasileira, além de apontar alguma vontade política de conformar o processo penal ao modelo já desenhado na CF, abre caminho para uma organização consciente da persecução penal, passando-se a pensar caminhos para a superação das indefinições e distorções que subsistem no atual texto legal.¹⁰⁹

A despeito dos avanços promovidos pela reforma de 2019 na seara do processo penal, é possível notar que persistem consideráveis incongruências e aberturas inquisitivas dentre as disposições do CPP, como as previsões normativas mencionadas alhures. Com seu caráter parcial, a reforma realizada pela Lei n.º 13.964/2019 deixou de alcançar aspectos essenciais para a consolidação do sistema acusatório, quedando-se silente quanto a uma efetiva disciplina do inquérito policial, mesmo ante a relevância do tema.

Depreende-se, pois, que o cenário processual penal brasileiro demanda não apenas reformas parciais como as acima referenciadas. Necessário que a legislação infraconstitucional efetivamente se adeque à ordem estabelecida na CF, para, assim como esta, despir-se, na maior medida, da herança autoritária deixada por regimes políticos anteriores.¹¹⁰

Nesse sentido, embora se averigüe, na prática, o descumprimento recorrente da legislação processual penal, a colocar em dúvida sua força normativa, reformas profundas da codificação, com a eliminação de estruturas que servem ao sistema inquisitivo, podem figurar como impulso inicial para uma nova configuração do sistema de justiça criminal. Nas palavras de Binder, “mudar a justiça penal não é mudar um código por outro, mas é impossível mudar a justiça penal se não se modifica integralmente a legislação que é funcional à tradição inquisitorial”.¹¹¹

Sem ignorar as peculiaridades do ordenamento jurídico brasileiro, evitando-se traduções acrílicas de categorias próprias de outros países, revela-se primordial uma “refundação”¹¹² da

¹⁰⁸ LOPES JR., Aury; PINHO, Ana Cláudia Bastos de; ROSA, Alexandre Moraes da. *Pacote anticrime: um ano depois*. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, n.p. [E-book].

¹⁰⁹ ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas processuais e seus princípios reitores*. 2. ed. rev. e ampl. Curitiba: Junú, 2008, p. 476 e 482.

¹¹⁰ CHOUKR, Fauzi Hassan. A ordem constitucional e o processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 8, p. 57-68, out./dez. 1994, n. p. [versão digital].

¹¹¹ BINDER, Alberto. *Fundamentos para a reforma da justiça penal*. Tradução: Augusto Jobim do Amaral. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 43.

¹¹² CHOUKR, Fauzi Hassan. Permanências inquisitivas e refundação do processo penal – gestão administrativa do processo penal. In: GLOECKNER, Ricardo. *Sistemas processuais penais*. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021, p. 463.

legislação processual penal pátria. Não se trata de mudança de fase única, nem repentina, dado que a efetivação da pretendida reforma tem o condão de afetar dinâmicas de poder.¹¹³ Essencial, pois, que seja acompanhada de uma ampla e refletida mudança de cultura jurídica,¹¹⁴ com vistas à concretização do ideal democrático e do modelo de processo penal eficiente e garantidor de direitos pretendido pelo texto constitucional.

¹¹³ BINDER, Alberto. *Fundamentos para a reforma da justiça penal*. Tradução: Augusto Jobim do Amaral. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 43.

¹¹⁴ PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 220.

2 A ADOÇÃO E A AMPLIAÇÃO DOS ESPAÇOS DE NEGOCIAÇÃO NA JUSTIÇA CRIMINAL

2.1 O PROCESSO PENAL “TRADICIONAL” E SUA INAPTIDÃO PARA RESPONDER À TOTALIDADE DAS DEMANDAS: UM PANORAMA DA CRISE NO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL BRASILEIRO

A compreensão quanto à exclusividade estatal no exercício do poder punitivo mediante a aplicação da sanção penal não foge à necessária imposição de limites a este exercício. Configurando-se como um dos braços mais fortes do Estado a intervir nas liberdades individuais dos cidadãos, o direito penal, diversamente de outros ramos do ordenamento jurídico, não é autoexecutável, sendo necessária a estrutura do processo penal para o desenvolvimento legítimo da atividade persecutória.¹¹⁵

Desse modo, não possuindo o direito penal uma realidade concreta para além do processo, este acaba por se constituir como caminho indispensável à fixação e à aplicação da pena.¹¹⁶ A estrutura processual serve, portanto, à contenção do arbítrio estatal¹¹⁷ e à efetiva prestação da tutela jurisdicional criminal: se, de um lado, o Estado depende do processo para exercer a pretensão acusatória e, assim, ver implementado o poder punitivo estatal, de outro lado, o cidadão acusado tem, no processo, o espaço para responder à imputação criminal e resguardar seu estado de inocência e sua liberdade.¹¹⁸

Assim ordenado, o processo penal assume o papel de garantia, conformando-se aos princípios constitucionais e servindo de forma instrumental ao exercício dos direitos de ação e de defesa com vistas à “justa solução do conflito de interesse penal”.¹¹⁹ Depreende-se, então, que a estrutura processual penal não se põe apenas à disposição do poder punitivo estatal, mas presta-se, também, à limitação deste mesmo poder, promovendo – ou devendo promover – a

¹¹⁵ PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 1-2.

¹¹⁶ LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal: introdução crítica*. 8. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2022, n. p. [E-book].

¹¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). *Habeas Corpus 73.338/RJ*. Habeas Corpus. Prova Criminal. Menoridade. Reconhecimento. Corrupção de menores (Lei n.º 2.252/54). Inexistência de prova específica. Impossibilidade de configuração típica da conduta imputada ao réu. Condenação por outros ilícitos penais. Exacerbação da pena. Decisão plenamente motivada. Legitimidade do tratamento penal mais rigoroso. Pedido deferido em parte. Relator: Min. Celso de Mello, 13 de agosto de 1996. Disponível em: < <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=74424> >. Acesso em: 24 fev. 2023.

¹¹⁸ GIACOMOLLI, Nereu J. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 468. [E-book].

¹¹⁹ PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 55.

coexistência entre a necessária repressão às condutas criminosas e a essencial concretização das garantias constitucionais.¹²⁰

Observa-se, então, que o processo penal, analisado sob as lentes da Constituição e por esta estruturado, não impõe a observância de formas destituídas de finalidade. Em verdade, as formas previstas para o desenvolvimento do curso procedimental e para a eventual aplicação da sanção penal voltam-se a garantir o exercício de direitos e a evitar a ingerência estatal indevida sobre as liberdades da pessoa imputada.

O processo penal, em sua feição tradicional – marcada por uma sequência de atividades e de atos desenvolvidos no tempo e no espaço a partir da atuação de diversos sujeitos e da condução pelo juiz, a quem incumbe prestar tutela judicial efetiva¹²¹ – é, portanto, caminho necessário à pena.¹²²

No entanto, da análise da atual conjuntura brasileira, o que se nota é a afirmação de um cenário de crise do sistema de justiça criminal. Em lugar de um pretense espaço democrático no processo penal, nota-se a edificação de uma estrutura burocrática, morosa e marcada, em grande medida, pela supressão de garantias e direitos e pela entrega de resultados degradantes ou insuficientes ao suposto agressor, à vítima e à comunidade.

Decerto, não se pode ignorar que a forma prevista para a prática dos atos processuais não se mostra despida de finalidade. Como mencionado, especialmente no âmbito processual penal, no qual a intervenção do Estado sobre as liberdades individuais mostra-se em elevada intensidade, a forma assume a condição de garantia, de freio ao poder de punir, cujo exercício é legitimado pela observância das diretrizes constitucionais e das regras do jogo por estas fixadas.¹²³

A forma alijada desta finalidade, contudo, conduz, não poucas vezes, a estruturas procedimentais engessadas e pouco efetivas, servindo a máquina burocrática ao alongamento indevido do processo e a uma prestação jurisdicional distante do contexto ético, social, econômico e político que envolve a ofensa penal¹²⁴ levada a Juízo. Aqueles diretamente afetados pelo conflito são suplantados, sendo a vítima nulificada e empurrada para fora do

¹²⁰ LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal: introdução crítica*. 8. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022, n. p. [E-book].

¹²¹ GIACOMOLLI, O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica, 2016, p. 469. E-book.

¹²² LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal: introdução crítica*. 8. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022, n. p. [E-book].

¹²³ LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal: introdução crítica*. 8. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022, n. p. [E-book].

¹²⁴ ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*. São Paulo: Palas Athena, 2008, p. 174-175.

debate.¹²⁵ Já o suposto ofensor, por vezes, ocupa o papel de mero objeto. Nessa moldura burocrática, então, o processo fica reduzido à simples concatenação de atos, a ignorar o conflito e os sujeitos de direitos neste envolvidos.

Neste cenário, vê-se um sistema de justiça criminal colapsado, que falha na pretensão – quase inexistente – de solucionar o conflito penal e é inapto para responder a todos os relatos de infrações penais a ele apresentados, tendo a morosidade e a inefetividade como marcas características. Diante do aumento da criminalização primária,¹²⁶ do acréscimo populacional e do surgimento de novas formas de criminalidade,¹²⁷ o congestionamento dos órgãos judiciários erigiu-se como realidade no cenário nacional.

Este inchaço dos órgãos judiciais resulta em um indevido prolongamento do período verificado entre a prática do fato típico e a resposta estatal, afetando diretamente a garantia da duração razoável do processo e trazendo prejuízos a todos os interessados em seu resultado.¹²⁸ Se, para a vítima, o prolongamento indevido do processo conduz à incerteza, à submissão a novas situações degradantes no curso da instrução probatória e à dificuldade na efetiva reparação do dano sofrido, para a sociedade, resulta em profunda sensação de insegurança e impunidade, com clara insatisfação pública em relação ao sistema de justiça criminal.¹²⁹

Ao acusado, contudo, a demora processual pode parecer benéfica, tendo em vista o retardamento de uma provável condenação. Esta percepção, contudo, ignora os graves danos suportados pela pessoa imputada em função da dilação indevida do curso processual. Neste ponto, mister destacar que a tramitação de processo criminal compromete a vida pessoal e profissional do acusado, põe em risco sua liberdade e produz, ainda, forte estigmatização, comprometendo a própria presunção de inocência perante a sociedade,¹³⁰ notadamente em

¹²⁵ CHRISTIE, Nils. Conflicts as property. *The British Journal of Criminology*, Oxford, v. 17, n. 1, p. 1-15, jan. 1977, p. 3 e 5.

¹²⁶ Para Salo de Carvalho, o aumento da criminalização primária e o enrijecimento da execução das penas figuram como causa ao incremento vertiginoso dos índices de encarceramento, que acabam por contribuir para o cenário de crise no sistema de justiça criminal brasileiro (CARVALHO, Salo de. Substitutos penais na era do grande encarceramento. *Revista Científica dos Estudantes de Direito da UFRGS*. Porto Alegre, v. 2, n. 2, nov. 2010, n. p.).

¹²⁷ ANDRADE, Flávio da Silva. *Justiça penal consensual: controvérsias e desafios*. 2. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022, p. 61.

¹²⁸ BRANDALISE, Rodrigo da Silva. *Justiça penal negociada: negociação da sentença criminal e princípios processuais relevantes*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 32.

¹²⁹ BRANDALISE, Rodrigo da Silva. *Justiça penal negociada: negociação da sentença criminal e princípios processuais relevantes*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 32.

¹³⁰ BRANDALISE, Rodrigo da Silva. *Justiça penal negociada: negociação da sentença criminal e princípios processuais relevantes*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 31.

causas com repercussões midiáticas. O processo com prolongamentos constitui-se, portanto, como pena suportada pela pessoa acusada.¹³¹

Perdura, neste ponto, a constante luta entre a busca por rapidez na prestação jurisdicional e a segurança no decidir,¹³² pois, se a prestação jurisdicional tardia não pode ser considerada justiça, a “prestação jurisdicional imediata, açodada, é risco à democracia.”¹³³ A compreensão da duração razoável do processo perpassa as peculiaridades da causa, sendo necessário considerar a quantidade de acusados, a complexidade das provas e a natureza do crime, fatores que, legitimamente, podem resultar no prolongamento do curso procedimental.

Estas, contudo, não são as principais causas observadas para a morosidade do sistema de justiça criminal brasileiro, sendo este quadro, em grande medida, devido ao aumento da criminalização de condutas em um cenário de inflação penal¹³⁴ – a resultar no incremento do número de processos –, ao excesso de burocracia e formalismos e à carência do aparato judiciário brasileiro, em termos de pessoal e recursos.¹³⁵

O cenário de crise ora apontado ainda é reforçado pelos elevados índices de encarceramento no Brasil. Diante da permanente sensação de insegurança e de impunidade, medidas de maior repressão são requeridas pela sociedade. Tais medidas, apesar de conduzirem ao incremento da superlotação carcerária, não têm viabilizado a redução expressiva dos índices de delinquência.¹³⁶ Mantidos altos níveis de criminalidade, tem-se, ainda, uma “violação massiva e persistente de direitos fundamentais” no sistema penitenciário brasileiro, com estabelecimentos prisionais em condições degradantes e sem efetivo intuito reintegrador do preso à convivência social.¹³⁷

¹³¹ LOPES JR. Aury. O direito a ser julgado em um prazo razoável: o tempo como pena e a (de)mora jurisdicional no processo penal. *Doutrinas Essenciais Direito Penal e Processo Penal*, São Paulo, v. 6, jan-dez./2015.

¹³² COUTINHO, Nelson de Miranda. O papel do pensamento economicista no direito criminal de hoje. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 32, p. 297-310, out-dez./2000.

¹³³ RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 30. ed. Barueri: Atlas, 2023, p. 63. [E-book].

¹³⁴ BINDER, Alberto. *Fundamentos para a reforma da justiça penal*. Tradução: Augusto Jobim do Amaral. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 195.

¹³⁵ ANDRADE, Flávio da Silva. *Justiça penal consensual: controvérsias e desafios*. 2. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022, p. 61 e 67; BRANDALISE, Rodrigo da Silva. *Justiça penal negociada: negociação da sentença criminal e princípios processuais relevantes*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 20.

¹³⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, n. p. [E-book].

¹³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347/DF*. Custodiado. Integridade física e moral. Sistema penitenciário. Arguição de descumprimento de Preceito Fundamental. Adequação. Sistema penitenciário nacional. Superlotação carcerária. Condições desumanas de custódia. Violação massiva de direitos fundamentais. Falhas estruturais. Estado de coisas inconstitucional. Configuração. Fundo penitenciário nacional. Verbas. Contingenciamento. Audiência de custódia. Observância obrigatória. Rel. Min. Marco Aurélio, 09 de setembro de 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/pagina.dorpub/pagina.dor.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 7 mar. 2023.

Segundo dados do Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2022, ainda no ano de 2021, 820.689 pessoas encontravam-se privadas de liberdade – seja em decorrência de sentença condenatória em seu desfavor, seja provisoriamente –,¹³⁸ muitas delas submetidas a condições precárias, envolvendo falta de higiene, ausência de serviços médicos e de alimentação regular e maus tratos constantes, não se podendo ignorar, ainda, o aumento do consumo de drogas no ambiente prisional e a continuidade de vivências violentas.¹³⁹

Dentre as alternativas para contornar a realidade ora descrita, há a possibilidade de incremento de verbas destinadas ao aparato judiciário brasileiro, com o aperfeiçoamento de sua estrutura e de seus sistemas e com a especialização e ampliação de pessoal. De outro lado, porém, tem-se a ampliação do espaço conferido aos envolvidos no conflito penal na busca por sua solução,¹⁴⁰ servindo a negociação e o consenso, em tese, para a satisfação das partes em controvérsia e, de fato, para o encurtamento do caminho processual.

Esta última alternativa ganha força no cenário internacional, alcançando, ainda, a ordem jurídica brasileira, de modo a exigir permanente reflexão sobre seus pressupostos, seus requisitos seus caracteres e seus possíveis resultados.

Nesse sentido, observa-se que estruturação de um processo penal burocrático, moroso, inefetivo e degradante, conforme descrito nas linhas anteriores, é realidade em diversos ordenamentos jurídicos, nos quais, frente à crise descrita ou em decorrência das próprias peculiaridades na atuação prevista para os sujeitos processuais, foram criados ou traduzidos¹⁴¹ de outros modelos jurídicos meios alternativos ao processo penal de feição “tradicional” ou mecanismos para sua simplificação.

De um modelo de conflito, fundado na ideia de disputa e enfrentamento, de justiça adversarial e de guerra bem regulamentada,¹⁴² passa-se a conferir espaço, também no âmbito

¹³⁸ FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. Anuário brasileiro de segurança pública 2022, p. 384. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/anuario-brasileiro-seguranca-publica/>. Acesso em: 8 mar. 2023.

¹³⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, n. p. [E-book].

¹⁴⁰ BRANDALISE, Rodrigo da Silva. *Justiça penal negociada: negociação da sentença criminal e princípios processuais relevantes*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 20.

¹⁴¹ Optou-se, neste trabalho, pela adoção da metáfora da tradução proposta por Máximo Langer ao analisar a circulação de instituições jurídicas entre sistemas jurídicos diversos. Apesar da predominância da metáfora do transplante jurídico, tem-se na ideia da tradução a distinção entre a linguagem fonte e a linguagem receptora, bem como a consideração de que o instituto circulante pode sofrer transformações em suas estruturas de significado, afetando, ainda, o sistema jurídico receptor de maneira profunda. LANGER, Máximo. Dos transplantes jurídicos às traduções jurídicas: a globalização do plea bargaining e a tese da americanização do processo penal. *Delictae Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito*, v. 2, n. 3, p. 19-115, jul-dez. 2017. Esp. p. 63-72.

¹⁴² ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*, 2008, p. 75.

penal, para o paradigma do consenso.¹⁴³ Observa-se, pois, que, a partir da compreensão de que “o processo pode não ser a única solução para resolver um conflito entre as pessoas”¹⁴⁴ e de que o Estado não conta com estrutura para responder adequadamente às demandas criminais numerosas, foram desenvolvidos mecanismos de justiça negociada, com a admissão de acordos celebrados entre a acusação e o acusado ou entre este e a vítima, a fim de promover o tratamento do conflito decorrente da prática criminosa.

A expansão dos espaços conferidos a esses mecanismos, contudo, não se volta à extinção do modelo conflitivo, visando-se à coexistência e à complementação entre o modelo negocial e o processo penal tradicionalmente estruturado.¹⁴⁵ Afasta-se, assim, a compreensão de que a resolução da situação problemática oriunda do crime deve, necessariamente, percorrer todo o caminho procedimental até o alcance da sentença, sendo viável, por conseguinte, construir tal resolução pela via da negociação e do consenso.

A adoção da negociação no processo penal, no entanto, não conta com irrestrita aprovação, não sendo poucas as críticas dirigidas ao novo modelo desenhado na realidade jurídica brasileira. A expansão de zonas de negociação no sistema de justiça criminal é apontada por Aury Lopes Jr.¹⁴⁶ como degeneração do processo e expressão de ofensa ao sistema acusatório, servindo a acusação como instrumento de pressão na hipertrofiada esfera de poder do Ministério Público.

Lopes Jr. ainda aponta que a negociação, no processo penal, constitui-se como pseudo-solução para o entulhamento do sistema de justiça criminal brasileiro, podendo, até mesmo, gerar mais injustiça no atual cenário de banalização da intervenção penal. Compreendendo, porém, que a adoção do consenso se constitui como tendência inexorável, conclui o mencionado autor que, se bem utilizada, sem abusos, a via negocial pode trazer resultados proveitosos ao processo penal sem absurdas injustiças e erros judiciários.¹⁴⁷

Como aspectos a não recomendarem a celebração de acordos na esfera penal, também são citadas, além da ofensa ao sistema acusatório já mencionada anteriormente, a violação à

¹⁴³ ANDRADE, Flávio da Silva. *Justiça penal consensual: controvérsias e desafios*. 2. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022, p. 29.

¹⁴⁴ NALINI, José Renato. É urgente construir alternativas à justiça. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos*. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. v. 9. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 28.

¹⁴⁵ ANDRADE, Flávio da Silva. *Justiça penal consensual: controvérsias e desafios*. 2. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022, p. 57

¹⁴⁶ LOPES JR., Aury. Justiça negociada: utilitarismo processual e eficiência antigarantista. In: CARVALHO, Sab; WUNDERLICH, Alexandre (Org.). *Diálogos sobre a justiça dialogal: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da Justiça Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 116-123.

¹⁴⁷ LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal: introdução crítica*. 8. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2022, n. p. [E-book].

presunção de inocência e à garantia de não autoincriminação e a inexistência de efetiva voluntariedade nos acordos.¹⁴⁸

Da análise das críticas mencionadas, é possível depreender que, em grande medida, direcionam-se a patologias verificadas na aplicação de instrumentos de justiça penal negociada, seja frente ao exercício de pressões indevidas sobre o suposto ofensor – como o excesso de acusação e ameaças de aplicação de penas elevadas na hipótese de não celebração do acordo –, seja na ausência ou insuficiência de defesa técnica e na falta de regular controle sobre a legalidade, a voluntariedade e o conhecimento do acusado sobre os termos e as consequências do ajuste celebrado.

O emprego da via negociada para a simplificação, a não instauração ou a extinção de processos penais, apesar de contar com críticas de variadas naturezas, é previsto em ordenamentos jurídicos estrangeiros, contando com múltiplas roupagens, as quais são resultado da importação e tradução de institutos de outros países e da própria elaboração de instrumentos alternativos a partir da realidade jurídica nacional.

O estudo das previsões normativas a esse respeito em ordens jurídicas estrangeiras permite averiguar que, em grande medida, a adoção de soluções consensuais na seara criminal teve, como principal elemento propulsor, a verificação de dificuldades e de crises no sistema de justiça penal em sua conformação tradicional, sendo as alterações implementadas por razões de ordem majoritariamente pragmática.

Com efeito, a pesquisa sobre a negociação e o emprego do consenso na justiça criminal não pode prescindir de uma compreensão básica do modelo estruturado nos Estados Unidos da América (EUA), que influenciou e segue a influenciar uma variedade de ordenamentos jurídicos. Por certo, esta análise deve ser implementada com cautela, de modo a não se apontarem “identidades entre institutos que se originam de distintas tradições jurídicas”.¹⁴⁹

Dito isto, tem-se que o desenho do processo penal estadunidense, visto como berço da negociação sobre a sentença criminal, é marcado pela forte presença de verdades acordadas. Constituindo a verdade o resultado de “decisão consensual sistematicamente negociada”,¹⁵⁰ demonstra-se a maior ênfase sobre o resultado do que sobre a efetiva compreensão dos fatos

¹⁴⁸ ANDRADE, Flávio da Silva. *Justiça penal consensual: controvérsias e desafios*. 2. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022, p. 94-118.

¹⁴⁹ FERREIRA, Marco Aurélio Gonçalves. Direito de acesso à prestação jurisdicional: uma análise comparada entre os sistemas judiciais criminais dos EUA e do Brasil. In: AMORIM, Maria Stella de; LIMA, Roberto Kant de; BURGOS, Marcelo Baumann (Org.). *Juizados especiais criminais, sistema judicial e sociedade no Brasil*. Niterói: Intertexto, 2003, p. 60.

¹⁵⁰ LIMA, Roberto Kant de. *Ensaio de antropologia e de direito: acesso à justiça e processos institucionais de administração de conflitos e produção da verdade jurídica em uma perspectiva comparada*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 173.

debatidos no processo, assumindo o órgão julgador um papel mais próximo ao de um árbitro ao longo da persecução penal.¹⁵¹

Como um processo de partes, o processo penal estadunidense abre espaço à composição entre acusação e defesa quando este caminho para resolução do conflito mostrar-se mais conveniente, inclusive à promotoria, cuja discricionariedade (*prosecutorial discretion*)¹⁵² representa um dos fatores que viabilizou e fomentou a abertura de espaços de consenso na justiça criminal daquele país. Desse modo, por meio da barganha, cada uma das partes abre mão de sua verdade, a fim de estabelecer uma terceira versão que se mostre satisfatória para todos.¹⁵³

Não obstante o seu desenvolvimento nos EUA seja comumente atribuído a elementos como a discricionariedade ministerial, o aumento da complexidade do julgamento no processo penal, a grande carga de trabalho dos tribunais e o movimento de racionalização e profissionalização da justiça criminal,¹⁵⁴ já em 1971, no julgamento do caso *Santobello v. New York* pela Suprema Corte, o denominado *plea bargaining* chegou a ser apontado pelo *Chief Justice* Warren E. Burger como um “componente essencial para a administração da justiça”, devendo ser encorajada se adequadamente implementada.¹⁵⁵ Na mesma oportunidade em que apreciada a vinculação do órgão de acusação aos termos acordado, reconheceu-se que, extinta a negociação criminal no cenário estadunidense, seria exigido acentuado aumento no número de juízes e de tribunais para a manutenção dos mesmos níveis de eficiência,¹⁵⁶ já que a maior parte das disputas levadas ao tribunal são resolvidas por barganha implementada nos bastidores da sala de audiência, entre acusação e defesa técnica.¹⁵⁷

Destaque-se, porém, que a manifestação das negociações no processo penal estadunidense não se resume ao *plea bargaining*, sendo figura de destaque, ainda, o *nolo contendere*. Enquanto na primeira espécie de negociação, o acusado declara-se culpado (*guilty*

¹⁵¹ BRANDALISE, Rodrigo da Silva. *Justiça penal negociada: negociação da sentença criminal e princípios processuais relevantes*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 59-60.

¹⁵² ANDRADE, Flávio da Silva. *Justiça penal consensual: controvérsias e desafios*. 2. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022, p. 121.

¹⁵³ LIMA, Roberto Kant de. *Ensaio de antropologia e de direito: acesso à justiça e processos institucionais de administração de conflitos e produção da verdade jurídica em uma perspectiva comparada*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 174.

¹⁵⁴ VOGEL, Mary E. *As origens sociais do plea bargaining*. Tradução: Caroline Bussoloto de Brum. Revisão Técnica: Ricardo Jacobsen Gloeckner. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2024, p. 25 [E-book].

¹⁵⁵ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Santobello v. New York*, 404 U.S. 260, 1971. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/404/257/>>. Acesso em: 19 jan. 2024.

¹⁵⁶ LANGBEIN, John. H. Understanding the short history of plea bargaining. *Law and Society Review*, v. 13, n. 2, p. 261-272, 1979, esp. p. 262.

¹⁵⁷ DIAS, Ricardo Gueiros Bernardes. A comparative empirical study of negotiation in criminal proceedings between Brazil and the United States of America. *University of Baltimore Journal of International Law*, v. 4, n. 2, p. 59-96, 2016, esp. p. 66.

plea), produzindo-se, portanto, reflexos na seara cível, no *nolo contendere*, de aplicação limitada, o imputado apenas deixa de contestar a acusação, não confessando a prática das condutas que lhe foram atribuídas.¹⁵⁸

Voltando-se o olhar para o *plea bargaining*, tem-se que, apesar de não contar com homogeneidade em seu conceito e em sua aplicação, pode ser compreendido, em termos genéricos, como procedimento sem julgamento no qual o acusado, de forma voluntária e consciente, assume a culpa pela prática da conduta criminosa com a expectativa de receber tratamento mais benéfico do Estado.¹⁵⁹

Deve-se ter em conta, porém, que a ideia da barganha no processo penal estadunidense ganhou espaço somente no século XIX. Se as práticas do *plea bargaining* não receberam a atenção esperada dos primeiros tribunais, as mudanças sociais e políticas, a exigirem mecanismos de promoção da ordem e da estabilidade, somadas à demora, aos altos custos dos julgamentos nos EUA e à ampla discricionariedade conferida ao órgão de acusação, são apontados como elementos que conduziram ao crescente emprego da declaração de culpa para a solução dos casos criminais.¹⁶⁰

Este movimento, portanto, não foi impulsionado pela criação de figura legislativa a prever a barganha como método de tratamento de conflitos, mas sim pela atuação dos agentes processuais e políticos voltada ao fornecimento de respostas em um cenário de crise, sendo uma destas respostas a obtenção de atalhos para o desenvolvimento de suas atividades.¹⁶¹

Diante de julgamentos mais complexos e numerosos, atribuiu-se, especialmente, ao órgão de acusação a iniciativa em promover a negociação da culpa por razões de ordem pragmática, visando ao encerramento de processos. Assim, com a consciência sobre a ausência de tempo e de recursos para resolução de todos os casos levados ao tribunal e frente à necessidade de “limpar a agenda”, desenvolveu-se modelo de negociação apto a manter, em números, a eficiência da justiça criminal e, notadamente, do *prosecutor*.¹⁶²

¹⁵⁸ BRANDALISE, Rodrigo da Silva. *Justiça penal negociada: negociação da sentença criminal e princípios processuais relevantes*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 65.

¹⁵⁹ HILL, Flávia Pereira. *Plea bargaining: uma incursão no sistema processual penal norte-americano*. In: PINHO, Humberto Dalla Bernadina de. *Temas contemporâneos de direito processual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 492.

¹⁶⁰ HAAG, Ernest Van Den. Limiting plea bargaining and prosecutorial discretion. *Cumberland Law Review*, v. 15, n. 1, p. 1-22, 1984, esp. p. 3-4; VOGEL, Mary E. *As origens sociais do plea bargaining*. Tradução: Caroline Bussoloto de Brum. Revisão Técnica: Ricardo Jacobsen Gloeckner. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2024, p. 25 [E-book].

¹⁶¹ BRANDALISE, Rodrigo da Silva. *Justiça penal negociada: negociação da sentença criminal e princípios processuais relevantes*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 64.

¹⁶² DIAS, Ricardo Gueiros Bernardes. A comparative empirical study of negotiation in criminal proceedings between Brazil and the United States of America. *University of Baltimore Journal of International Law*, v. 4, n. 2, p. 59-96, 2016, esp. p. 75-77.

O modelo alemão para a solução negociada de conflitos de natureza criminal, por seu turno, apesar de sofrer influências do sistema processual penal estadunidense, não se conforma totalmente à barganha verificada nos EUA. Desenvolvendo-se como resposta às demandas do dia a dia forense, as negociações na esfera penal iniciaram-se em reduzida escala no início da década de 1970, sendo realizadas antes e durante a instrução, mas de maneira restrita e excepcional, por carecerem de fundamento legal até 2009.¹⁷²

O incremento da complexidade do processo penal alemão, especialmente a partir da segunda metade do século XX, somado à criação de novos crimes, resultou em um cenário de sobrecarga do sistema de justiça criminal, cogitando-se seu possível colapso. Serviram ao impulsionamento de soluções negociadas no processo penal alemão, então, a constatada sobrecarga de demandas em curso, a complexidade dessas demandas, a percepção de que a via consensual serve à resolução de processos prolongados e a compreensão de que o processo deve se ajustar com vistas à efetiva resolução das situações problemáticas enfrentadas no meio social, prestando-se à recuperação da harmonia.¹⁷³

Observou-se, nesse sentido, que, com a expansão do Direito Penal, um único modelo de resolução de conflitos penais seria insuficiente,¹⁷⁴ razão pela qual o processo penal alemão deixou de contar com uniformidade, não se falando apenas em um único formato de procedimento, o qual é ajustado à espécie criminosa sob julgamento.¹⁷⁵

Diante disso, um modelo de cooperação entre promotores, juízes, advogado e acusado passou a ser gradualmente erigido.¹⁷⁶ Apontado inicialmente como contrário aos princípios do processo penal alemão, o modelo negocial construído naquele país é apresentado por Máximo Langer, em linhas gerais, como acordo firmado após o acusado ofertar sua confissão, seja em procedimento preparatório, seja no curso do próprio processo, recebendo do órgão julgador, em

¹⁷² BRANDALISE, Rodrigo da Silva. *Justiça penal negociada: negociação da sentença criminal e princípios processuais relevantes*. Curitiba: Juruá, 2016; HERRMANN, Joachim Herrmann. Bargaining Justice: a bargain for german criminal justice? *University of Pittsburgh Law Review*, 53, n. 3, 755-776, Spring 1992, esp. p. 755-756.

¹⁷³ BRANDALISE, Rodrigo da Silva. *Justiça penal negociada: negociação da sentença criminal e princípios processuais relevantes*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 87.

¹⁷⁴ GOMES FILHO, Demerval Farias. *Direito penal negocial: a legitimação da resposta penal*. São Paulo: Editora JusPodivm, 2023, p. 178.

¹⁷⁵ JUNG, Heike. O processo penal na República Federal da Alemanha. In: DELMAS-MARTY, Mireille. *Processo penal e direitos do homem: rumo à consciência europeia*. Tradução: Fernando de Freitas Franco. São Paulo: Manole, 2004, p. 82.

¹⁷⁶ ; HERRMANN, Joachim Herrmann. Bargaining Justice: a bargain for german criminal justice? *University of Pittsburgh Law Review*, 53, n. 3, 755-776, Spring 1992, p. 775.

contrapartida, a garantia de limitação da pena fixada em sentença ou de retirada de imputações pelo promotor.¹⁷⁷

Observa-se, então, que, na Alemanha, a principal figura de negociação na seara criminal deu-se em inversão das características do processo penal da tradição *civil law* próprio daquele país, no qual o procedimento penal é construído pela atuação do legislador federal.¹⁷⁸ Apesar de as cortes alemãs não serem comumente responsáveis pela criação do direito pátrio, configuraram-se como o nascedouro dos acordos penais.¹⁷⁹

Desse modo, em clara resposta à sobrecarga do Judiciário, estruturou-se no direito alemão modalidade de negociação em casos nos quais é verificada a confissão, com o encurtamento – e não o encerramento – do processo: o *absprachen*, que, surgido de maneira informal no processo penal alemão, passou a ser previsto expressamente no *Strafprozessordnung* (StPO) a partir de 2009, quando inserido o § 257c no Código de Processo Penal, disciplinando a negociação.¹⁸⁰

Já com o olhar voltado ao processo penal italiano, verifica-se que este, com herança da tradição *civil law* e conhecido por seu histórico inquisitorial, foi alvo de reformas inspiradas por um “espírito acusatório”,¹⁸⁵ notadamente ao final do século XX. Revogando o denominado “Código Rocco”, que remontava ao regime de Mussolini, o Código de Processo Penal italiano de 1988 postou-se entre duas tradições,¹⁸⁶ inserindo em uma jurisdição de tradição inquisitorial estruturas do modelo adversarial,¹⁸⁷ de modo a se mover, ainda, em direção ao sistema acusatório.

Propondo-se à construção de um processo penal mais justo, aberto e ágil, a reforma de 1988, dentre outros aspectos, propôs-se a reconduzir as partes ao protagonismo processual,

¹⁷⁷ LANGER, Máximo. Dos transplantes jurídicos às traduções jurídicas: a globalização do plea bargaining e a tese da americanização do processo penal. *Delictae Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito*, v. 2, n. 3, p. 19-115, jul-dez. 2017, esp. p. 79.

¹⁷⁸ JUNG, Heike. O processo penal na República Federal da Alemanha. In: DELMAS-MARTY, Mireille. *Processo penal e direitos do homem: rumo à consciência europeia*. Tradução: Fernando de Freitas Franco. São Paulo: Manole, 2004, p. 79.

¹⁷⁹ BRANDALISE, Rodrigo da Silva. *Justiça penal negociada: negociação da sentença criminal e princípios processuais relevantes*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 79.

¹⁸⁰ BRANDALISE, Rodrigo da Silva. *Justiça penal negociada: negociação da sentença criminal e princípios processuais relevantes*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 87.

¹⁸⁵ CHIAVARIO, Mario. O processo penal na Itália. In: DELMAS-MARTY, Mireille. *Processo penal e direitos do homem: rumo à consciência europeia*. Tradução: Fernando de Freitas Franco. São Paulo: Manole, 2004, p. 45.

¹⁸⁶ PIZZI, William T; MARAFIOTI, Luca. The new italian code of criminal procedure: the difficulties of building an adversarial trial system on a civil law foundation. *The Yale Journal of International Law*, v. 17, n. 1, p. 3-40, 1992.

¹⁸⁷ LANGER, Máximo. Dos transplantes jurídicos às traduções jurídicas: a globalização do plea bargaining e a tese da americanização do processo penal. *Delictae Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito*, v. 2, n. 3, p. 19-115, jul-dez. 2017, esp. p. 90.

outrora conferido ao órgão julgador, a quem se atribuía, no modelo anterior, a condução da investigação preliminar e da instrução probatória.¹⁸⁸

Para além de dispor sobre a oralidade e a publicidade dos processos e dos julgamentos, prevendo, ainda, clara separação entre as fases da investigação e do processo judicial, o Código de Processo Penal italiano de 1988 estabeleceu instrumentos voltados à simplificação e à aceleração dos julgamentos,¹⁸⁹ com influência do modelo aplicado à justiça criminal estadunidense.

Dentre estes mecanismos, a indicarem o consenso sobre o processo e sobre a pena, merece destaque, para os fins deste trabalho, a aplicação da pena por requisição das partes (*applicazione dela pena su richiesta delle parti* ou *patteggiamento*).

O *patteggiamento*, também conhecido como barganha italiana, representou uma maior aproximação em relação ao modelo de negociação criminal desenvolvido na *common law*. O antecedente da figura ora em análise já era previsto na Lei n.º 689/1981 e consistia na solicitação formulada pelo acusado com vistas à substituição de sua pena por outra de natureza pecuniária. Este instrumento, contudo, restou reformulado pela legislação de 1988, quando criada a *applicazione dela pena su richiesta delle parti*, ainda ampliada em 2003.¹⁹¹

A partir da edição do Código de Processo Penal italiano de 1988, portanto, o modelo de barganha naquele país passou a ter sua aplicação em casos em que apuradas infrações penais com penas privativas de liberdade não superiores a dois anos. O *patteggiamento* serve, então, à antecipação da decisão de mérito fundada em pedido das partes pela aplicação de pena por elas acordada – a admitir a redução de até um terço da pena abstratamente prevista para condenação oriunda do procedimento tradicional.¹⁹²

Cumprir destacar que o *patteggiamento* tradicional, previsto a partir da alteração legislativa supracitada, teve seu alcance ampliado em 2003, após ser constatada a manutenção do congestionamento do Judiciário do país e a necessária aceleração dos processos, sendo,

¹⁸⁸ BRANDALISE, Rodrigo da Silva. *Justiça penal negociada: negociação da sentença criminal e princípios processuais relevantes*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 94; VASSALLI, Luciana Sperb Duarte. Acordos entre Ministério Público e imputado no Brasil e na Itália: aplicação da pena a pedido das partes, transação penal e acordo de não persecução penal, *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 90, p. 341-381, jul./dez. 2021, esp. p. 355.

¹⁸⁹ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes; CAPPARELLI, Bruna. Barganha no processo penal italiano: análise crítica do *patteggiamento* e das alternativas procedimentais na justiça criminal. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 15, p. 435-453, jan./jun. 2015, esp. p. 438 e 443.

¹⁹¹ VASSALLI, Luciana Sperb Duarte. Acordos entre Ministério Público e imputado no Brasil e na Itália: aplicação da pena a pedido das partes, transação penal e acordo de não persecução penal, *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 90, p. 341-381, jul./dez. 2021, esp. p. 357-358.

¹⁹² VASSALLI, Luciana Sperb Duarte. Acordos entre Ministério Público e imputado no Brasil e na Itália: aplicação da pena a pedido das partes, transação penal e acordo de não persecução penal, *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 90, p. 341-381, jul./dez. 2021, esp. p. 359.

então, alcançadas novas modalidades criminosas, às quais pode ser aplicada pena superior a dois anos, mas limitada ao patamar de cinco anos, com requisitos mais restritos para sua celebração.¹⁹³

Em que pese sejam verificadas acentuadas diferenças entre o *patteggiamento* e o modelo que lhe serviu de inspiração – justificadas, em grande medida, pela cautela dos legisladores/tradutores na inserção de instrumento originado em modelo adversarial e herdeiro da *Common Law* em um outro sistema com forte influência do modelo inquisitorial e herdeiro da *Civil Law* –, não se pode ignorar as profundas mudanças experimentadas no processo penal italiano a partir da reforma de 1988, na qual restou evidenciada a influência estadunidense sobre o ordenamento jurídico daquele país.

Por tal reforma, a viabilizar a ampliação dos espaços de negociação na justiça criminal da Itália e a incrementar a distinção dos papéis exercidos pelos atores processuais, operou-se o movimento da estrutura processual penal daquele país de um sistema inquisitivo a um caminho intermediário e mais aproximado de um sistema acusatório.

Apesar da referida mudança na própria estrutura do processo penal italiano, a busca por celeridade também figura como fator de fomento à adoção da negociação naquele sistema, a qual também se fundou na Recomendação n. R(87) do Conselho de Ministros da Europa, que apontou a possibilidade de as demandas penais serem simplificadas e aceleradas pela via consensual.²⁰³

A admissão de respostas alternativas à conformação tradicional do processo penal na América Latina, por sua vez, ganha espaço em um contexto de acentuadas e complexas reformas no processo penal da região especialmente a partir do final da década de 1980. Estas reformas, apesar de avançarem com profundidades e dimensões diversas em cada um dos países, foram expressamente estabelecidas como uma passagem de um sistema processual inquisitivo para um sistema de natureza acusatória.²⁰⁴

¹⁹³ BRANDALISE, Rodrigo da Silva. *Justiça penal negociada: negociação da sentença criminal e princípios processuais relevantes*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 96; VASSALLI, Luciana Sperb Duarte. Acordos entre Ministério Público e imputado no Brasil e na Itália: aplicação da pena a pedido das partes, transação penal e acordo de não persecução penal, *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 90, p. 341-381, jul./dez. 2021, esp. p. 360-361.

²⁰³ GOMES FILHO, Demerval Farias. *Direito penal negocial: a legitimação da resposta penal*. São Paulo: Editora JusPodivm, 2023, p. 165.

²⁰⁴ POSTIGO, Leonel González. Bases da reforma processual penal no Brasil: lições a partir da experiência na América Latina. In: POSTIGO, Leonel Gonzáles (Dir.). *Desafiando a inquisição: ideias e propostas para a reforma processual penal no Brasil*. Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2017, p. 18; LANGER, Máximo. Revolution in Latin American Criminal Procedure: diffusion of legal ideas from the periphery. *The American Journal of Comparative Law*, Los Angeles, v. 55, p. 617-676, 2007, esp. p. 618.

As reformas que se seguiram nas duas últimas décadas do século XX e no início do século XXI em 14 países e em diversas províncias e estados latino-americanos voltaram-se à introdução de novos Códigos de Processo Penal, no que Máximo Langer classifica como transformação mais profunda que o processo penal latino-americano experimentou em dois séculos.²⁰⁵ Em primeiro momento, este movimento vinculou-se à transição de regimes autoritários a um período de democratização, consistindo, pois, em reflexo desse processo sobre a política criminal.²⁰⁶

Tais programas de reforma receberam patrocínio de influência de diversas agências internacionais interessadas no fortalecimento do sistema de justiça criminal latino-americano, destacando-se, porém, a influência estadunidense neste processo, ora em respeito às diferenças culturais entre os sistemas jurídicos em mudança, ora tentando aplicar em cenário diverso os mesmos mecanismos adotados nos EUA, com a preocupação precípua de frear a criminalidade latino-americana e seus efeitos sobre a ordem estadunidense.²⁰⁷

A difusão de códigos de processo penal com caracteres acusatórios, no entanto, não ocorreu apenas em função do impulso fundado em interesses internacionais. A formação de uma rede de atores diversos, desde sujeitos processuais, a professores, estudantes, legisladores e agentes com influência política, conforme expõe Langer, viabilizou a propagação da necessidade de mudança ampla e profunda das legislações inquisitivas. Para tanto, foram promovidas conferências e desenvolvidos centros de pesquisa, de modo a ser gerada a compreensão de um “movimento regional”, em efeito cascata.²⁰⁸

Marcado por reformas e contrarreformas, em mudanças de estruturas formais e esforços para a efetivação do modelo democrático em tese desenhado,²⁰⁹ o movimento das duas últimas décadas na legislação processual latino-americana pôde seguir prioridades diversas e, até mesmo, contraditórias, passando da redução de prisões provisórias até o incremento da

²⁰⁵ LANGER, Máximo. Revolution in Latin American Criminal Procedure: diffusion of legal ideas from the periphery. *The American Journal of Comparative Law*, Los Angeles, v. 55, p. 617-676, 2007, esp. p. 618.

²⁰⁶ ANITUA, Gabriel Ignacio. A importação de mecanismos consensuais do processo penal estadunidense nas reformas processuais latino-americanas. In: GLOECKNER, Ricardo. *Sistemas processuais penais*. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021, p. 439.

²⁰⁷ LANGER, Máximo. Revolution in Latin American Criminal Procedure: diffusion of legal ideas from the periphery. *The American Journal of Comparative Law*, Los Angeles, v. 55, p. 617-676, 2007, esp. p. 649 e 658.

²⁰⁸ LANGER, Máximo. Revolution in Latin American Criminal Procedure: diffusion of legal ideas from the periphery. *The American Journal of Comparative Law*, Los Angeles, v. 55, p. 617-676, 2007, esp. p. 659.

²⁰⁹ BINDER, Alberto. *Fundamentos para a reforma da justiça penal*. Tradução: Augusto Jobim do Amaral. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 25.

eficiência do sistema de justiça criminal,²¹⁰ sendo esta última convertida em mote das alterações já em andamento.

Dessa forma, ante a constatação da impossibilidade de que o processo penal conduza à solução, em tempo razoável, da imensa quantidade de causas criminais, em lugar de serem estabelecidas medidas com o fim de reduzir a criminalização de condutas e, assim, desinflar o Direito Penal, seguiu-se o caminho da simplificação processual, apto a ampliar a eficácia do sistema punitivo em razão da rápida imposição de sanções criminais.²¹¹

Se, em um primeiro momento, a reestruturação do processo penal da maioria dos países da América Latina esteve focada na substituição do processo escrito pela oralidade e pela distinção entre as funções do acusador e do julgador,²¹² passaram a ser pensados mecanismos alternativos ao processo e à pena, como a mediação extraprocessual (art. 382 do Código de Processo Penal uruguaio, como exemplo), a suspensão condicional do processo e o arquivamento da apuração.²¹³ Conforme aponta Binder, foram estabelecidas regras – a depender da particularidade de cada país – que flexibilizaram a obrigação de exercer a ação penal, bem como a indisponibilidade desta última, sendo tal mudança “uma das características mais claras do novo direito processual penal latino-americano”.²¹⁴

Ainda na década de 1990, países como Guatemala, Panamá, Costa Rica, Chile, Bolívia, Paraguai, El Salvador, bem como regimes processuais argentinos, instituíram juízos de procedimento abreviado, com caminhos para a supressão ou redução do processo, promovendo o célere encerramento da persecução penal mediante não oferecimento de resistência pelo imputado.²¹⁵

Como se observa, razões de ordem pragmática figuram como elemento comum a anteceder a adoção do consenso/negociação nos ordenamentos jurídicos supramencionados. Verifica-se, assim, que o maior alcance do direito penal e o incremento de sua complexidade

²¹⁰ LANGER, Máximo. Revolution in Latin American Criminal Procedure: diffusion of legal ideas from the periphery. *The American Journal of Comparative Law*, Los Angeles, v. 55, p. 617-676, 2007, esp. p. 660.

²¹¹ ANITUA, Gabriel Ignacio. A importação de mecanismos consensuais do processo penal estadunidense nas reformas processuais latino-americanas. In: GLOECKNER, Ricardo. *Sistemas processuais penais*. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021, p. 440.

²¹² POSTIGO, Leonel González. Bases da reforma processual penal no Brasil: lições a partir da experiência na América Latina. In: POSTIGO, Leonel González (Dir.). *Desafiando a inquisição: ideias e propostas para a reforma processual penal no Brasil*. Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2017, p. 19.

²¹³ SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da Silveira. Justiça sem processo? O acordo de não persecução penal como possível instrumento político-criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 191, p. 305-327, jul-ago/2022, n. p. [versão digital].

²¹⁴ BINDER, Alberto. *Fundamentos para a reforma da justiça penal*. Tradução: Augusto Jobim do Amaral. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 150.

²¹⁵ ANITUA, Gabriel Ignacio. A importação de mecanismos consensuais do processo penal estadunidense nas reformas processuais latino-americanas. In: GLOECKNER, Ricardo. *Sistemas processuais penais*. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021, p. 442.

são indicados como causas do inchaço do sistema de justiça criminal, cuja morosidade e inefetividade demandaram a criação de mecanismos de aceleração processual e, até mesmo, de supressão do processo.

Nos modelos estrangeiros de processo penal selecionados para este estudo, a instituição da via negociada serviu, essencialmente, como fator a viabilizar o próprio funcionamento da justiça criminal, desafogando, em alguma medida, os tribunais. Como exceção a merecer destaque, tem-se o sistema alemão, no qual, somada à busca por celeridade nos julgamentos, tem-se a compreensão de que o caminho alternativo pode se mostrar mais adequado para a resolução de casos complexos e prolongados – como aqueles envolvendo crimes econômicos – e para a promoção da harmonia social. Vislumbra-se assim, ainda que em caráter secundário, preocupação em conceder tratamento adequado ao conflito penal.

No cenário brasileiro, a adoção da negociação na seara criminal encontra seu fundamento em razões não muito diversas daquelas observadas nos ordenamentos jurídicos retromencionados. Já na exposição de motivos do Projeto de Lei n.º 633/1975, fruto da revisão do Anteprojeto de Código de Processo Penal elaborado sob a direção do professor José Frederico Marques, há expressa menção ao fundamento para a adoção de mecanismos de simplificação procedimental. Nesse sentido, visando a um “curso procedimental mais célere” e tendo em vista “algumas legislações alienígenas”, foram pensados caminhos para que “o réu primário, pagando desde logo a pena pecuniária fixada, se subtraia ao julgamento da acusação que se lhe faz, o que, sem dúvida, facilitará o trabalho dos juízes criminais, aliviando-lhe as respectivas pautas”.²¹⁶

Voltando-se o olhar para a criação dos Juizados Especiais Criminais na Lei n.º 9.099/1995, apesar da anunciada busca por uma aproximação entre o Judiciário e a sociedade, nota-se que, na realidade dos fóruns, este alvo não foi alcançado. A bem da verdade, verifica-se um distanciamento do juiz em relação às partes em conflito. A intenção de obter o encerramento da causa de forma célere, porém, é muito clara.²¹⁷

Na prática, a implementação da negociação nos Juizados Especiais Criminais se dá, em muitos casos, sem que o suposto autor do fato e a vítima contem com a devida orientação

²¹⁶ BRASIL. *Projeto de Lei n.º 633, de 13 de junho de 1975*. Código de Processo Penal. Brasília: Câmara dos Deputados, 1975. Disponível em:

<https://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD13JUN1975SUP_A.pdf#page=1>. Acesso em 18 mar. 2024.

²¹⁷ ANÁTOCLES, Marcelo. A Lei n.º 9.099/95: intenções e realizações (1996-2001). In: AMORIM, Maria Stella de; LIMA, Roberto Kant de; BURGOS, Marcelo Baumann (Org.). *Juizados especiais criminais, sistema judicial e sociedade no Brasil*. Niterói: Intertexto, 2003, p. 109-110.

jurídica, não compreendendo os termos negociados e suas consequências.²¹⁸ A busca pela “liberação de agenda”, portanto, é uma constante, buscando-se não o tratamento que se mostre mais adequado ao conflito, a permitir que os contendores “vivam em paz”, mas aquele mais célere para findar a causa.²¹⁹

A celeridade e a eficiência processual figuram, então, como fatores propulsores da abertura de espaços para a via negocial no âmbito da justiça criminal. Embora o equilíbrio entre a duração do processo e a tutela efetiva de direitos e garantias fundamentais seja desejável, não se ignora que, por vezes, as medidas de supressão de atos processuais ou do próprio processo, sob o argumento declarado de combate à impunidade,²²⁰ prestam-se à expansão do poder punitivo estatal, a ser exercido com a dispensa das referidas garantias fundamentais e de formas procedimentais. Estas formas são, por vezes, vislumbradas como formalismos sem utilidade e, portanto, como entraves a serem removidos para a promoção da almejada eficiência do sistema punitivo,²²¹ o que, decerto, demanda cautela no estudo e na implementação dos caminhos alternativos à concepção tradicional do processo penal.

2.2 A NEGOCIAÇÃO NA JUSTIÇA CRIMINAL BRASILEIRA

2.2.1 Os Juizados Especiais Criminais e a abertura de espaço à negociação no processo penal brasileiro

A atual realidade do sistema judiciário brasileiro demonstra a necessária compreensão de que o processo não deve figurar como único caminho para a solução de conflitos,²²² demandando-se, assim, alternativas e métodos mais adequados para o tratamento das situações problemáticas interpessoais. No âmbito criminal, o cenário não é diverso, sendo possível notar que a expansão do direito penal e a demora da persecução estatal constituem-se fatores

²¹⁸ LIMA, Roberto Kant de; AMORIM, Maria Stella de; BURGOS, Marcelo Baumann. A administração da violência cotidiana no Brasil: a experiência dos Juizados Especiais Criminais. In: AMORIM, Maria Stella de; LIMA, Roberto Kant de; BURGOS, Marcelo Baumann (Org.). *Juizados especiais criminais, sistema judicial e sociedade no Brasil*. Niterói: Intertexto, 2003, p. 37.

²¹⁹ DIAS, Ricardo Gueiros Bernardes. A comparative empirical study of negotiation in criminal proceedings between Brazil and the United States of America. *University of Baltimore Journal of International Law*, v. 4, n. 2, p. 59-96, 2016, esp. p. 88.

²²⁰ CANI, Luiz Eduardo; EBERHARDT, Marcos. Inexigibilidade do pagamento do tributo devido como condição objetiva do acordo de não persecução penal nos crimes tributários. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 191/2022, p. 49-92, jul-ago. 2022, n. p. [versão digital]

²²¹ WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. Expansionismo punitivo e acordo de não persecução penal: garantias processuais em risco? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 191, p. 285-304, jul-ago. 2022, n. p. [versão digital]

²²² NALINI, José Renato. É urgente construir alternativas à justiça. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos*. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. v. 9. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 28.

propulsores de acordos a suprimirem fases processuais ou, até mesmo, o processo em sua integralidade.²²³ Observa-se, nesse sentido, a falibilidade da ideia de que o Estado teria condições de perseguir penalmente toda infração penal, sem espaços para a disponibilidade nas ações penais públicas.²²⁴

A propagada crise do sistema de justiça criminal culminou na instituição de ferramentas voltadas à redução do inchaço verificado no sistema carcerário e da morosidade do processo penal. Especialmente quanto a esta morosidade, surgem duas alternativas: melhor aparelhar o atual sistema, com mais estrutura, mais pessoal e, por óbvio, mais verbas, ou aumentar, em tese, a participação dos envolvidos na resolução do conflito mediante a negociação e o consenso.²²⁵

Apesar de contar com forte influência da tradição do *Civil Law* e tendo como princípios comuns os da obrigatoriedade e da indisponibilidade da ação penal, historicamente inacessível à negociação entre as partes,²²⁶ o Brasil experimentou, a partir da edição da Lei n.º 9.099/1995, uma mudança de paradigma em seu processo penal,²²⁷ mitigando-se os princípios mencionados a partir da criação e da implementação de caminhos alternativos ao cárcere e ao processo judicial em sua feição tradicional.

A promulgação da Lei n.º 9.099, em 26 de setembro de 1995, seguiu na contramão da tendência verificada nas medidas que lhe antecederam. Isso porque, em um período descrito como de *hard control*, com o incremento das penas previstas em abstrato, o corte de direitos e de garantias e a criação de novos tipos penais,²²⁸ vislumbrou-se a proposta de um novo ambiente para a resolução de conflitos de natureza criminal. Este novo ambiente, fora das “zonas tradicionais de Justiça distributiva-formal”, passou a se fundar em um modelo de caráter compositivo-material.²²⁹

A chamada Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais representa a concretização do

²²³ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Acordo de não persecução penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022, n. p. [E-book].

²²⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Juizados Especiais Criminais: comentários à Lei 9.099 de 26.09.1995*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 35.

²²⁵ BRANDALISE, Rodrigo da Silva. *Justiça penal negociada: negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 20.

²²⁶ LIMA, Roberto Kant de; AMORIM, Maria Stella de; BURGOS, Marcelo Baumann. A administração da violência cotidiana no Brasil: a experiência dos Juizados Especiais Criminais. In: AMORIM, Maria Stella de; LIMA, Roberto Kant de; BURGOS, Marcelo Baumann (Org.). *Juizados especiais criminais, sistema judicial e sociedade no Brasil*. Niterói: Intertexto, 2003, p. 42.

²²⁷ BRANDALISE, Rodrigo da Silva. *Justiça penal negociada: negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 136.

²²⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Juizados Especiais Criminais: comentários à Lei 9.099 de 26.09.1995*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 47.

²²⁹ JÚNIOR FIGUEIRA, Joel Dias; LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. *Comentários à lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais: Lei 9.099, de 26.09.1995*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 466.

mandamento insculpido no art. 98, I, da Constituição Federal. Resultado da aprovação do Substitutivo Abi-Ackel, no qual se realizou a junção dos Projetos de Lei apresentados pelos então Deputados Michel Temer e Nelson Jobim – o primeiro a estruturar a área penal e, o segundo, a área civil –, a Lei n.º 9.099/1995, foi reconhecida como “uma revolução no sistema processual penal brasileiro”, que, apesar de inspirada em ordenamentos estrangeiros, como o estadunidense e o italiano, criou um modelo próprio de justiça penal negociada, “sem paralelo no direito comparado”.²³⁰

Desse modo, de um contexto “paleorrepressivo”,²³¹ passa-se à admissão de uma justiça penal negociada, uma alternativa ao modelo de processo penal até então delineado. De um modelo em que suplantados os sujeitos afetados diretamente pela prática criminosa e no qual a vítima é nulificada e empurrada para fora do debate, com um processo desenvolvido não entre partes concretas, mas entre uma das partes e o Estado,²³² vislumbra-se a possibilidade de algum diálogo na seara penal e viabiliza-se a recondução da vítima a um papel de maior destaque, com a busca, ainda que tímida, da reparação dos danos por ela suportados e de sua inclusão no tratamento do conflito.

As discussões no âmbito do processo penal passaram, então, a não se direcionar apenas a uma decisão autoritativa e formal para o caso, mas sim a uma possibilidade de solução diversa para o conflito e à proposta de um programa de despenalização pela via processual.²³³

As chamadas “medidas despenalizadoras”, instituídas pela lei supracitada, trouxeram a lume um novo modelo de justiça criminal. Apesar de questionável a efetividade destas medidas quanto ao seu propósito desencarcerador – dada a restrição de seu alcance a crimes que, geralmente, não resultam na privação da liberdade do ofensor –, não se pode ignorar a mudança de paradigma verificada no processo penal brasileiro especialmente com a admissão da negociação para o encerramento da persecução penal.

Inaugurando este novo modelo de justiça criminal, a Lei n.º 9.099/1995 instituiu instrumentos a admitirem a abordagem negociada de questões de ordem material e processual, viabilizando que, por um acordo de colaboração, o imputado abra mão de garantias e usufrua

²³⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Juizados Especiais Criminais*: comentários à Lei 9.099 de 26.09.1995. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 41.

²³¹ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Juizados Especiais Criminais*: comentários à Lei 9.099 de 26.09.1995. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 47.

²³² CHRISTIE, Nils. Conflicts as property. *The British Journal of Criminology*, Oxford, v. 17, n. 1, p. 1-15, jan. 1977, p. 3 e 5.

²³³ MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*: introdução a seus fundamentos teóricos. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 438; GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Juizados Especiais Criminais*: comentários à Lei 9.099 de 26.09.1995. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 48.

de amenização da resposta punitiva.²³⁴ Nesse sentido, tem-se a composição civil, a transação penal e a suspensão condicional do processo, sendo as duas primeiras direcionadas, especialmente, a superar “o velho paradigma conflitivo nas infrações de menor potencial ofensivo”.²³⁵

Tais medidas, para além de se proporem a promover avanços de ordem econômica, ao privilegiarem a destinação de investimentos ao combate à criminalidade de maior expressão, voltaram-se à desburocratização, bem como à celeridade e à eficiência no tratamento de casos mais graves.²³⁶ A partir dos institutos adiante analisados, foi possível, em um primeiro momento, cogitar o descongestionamento das varas criminais, o afastamento da estigmatização promovida pela estrutura tradicional do processo penal, a entrega de resultados mais céleres às partes envolvidas diretamente no conflito e à sociedade e a maior possibilidade de ressocialização do acusado.²³⁷

Como primeira ferramenta prevista no texto legal para a solução da causa criminal pela via do consenso, tem-se a composição civil dos danos, a partir da qual se observa a reinserção da vítima no debate para a solução do conflito penal. Se a pessoa ofendida pela prática criminosa comumente era posta de lado, sendo chamada apenas para ser ouvida em sede policial e em Juízo ou para se submeter a exame de corpo de delito, com a introdução da composição dos danos,²³⁸ abriu-se algum espaço – ainda que reduzido – para que a vítima se manifeste sobre o dano sofrido e sobre o que entende adequado para sua satisfação.

Como aponta Rodrigo Brandalise, tal instrumento é o que se tem de mais aproximado da mediação na seara penal, permitindo-se ao ofendido afastar-se das formalidades e da hostilidade próprias do ambiente dos foros. Por meio desta via, viabiliza-se a satisfação da vítima seja pela reparação ou por simples pedido de desculpas formulado pelo ofensor.²³⁹

Disciplinada pelo art. 74 da Lei n.º 9.099/1995, a composição civil dos danos tem seu cabimento tanto nas hipóteses em que verificada a prática de crimes submetidos à ação penal

²³⁴ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e justiça criminal negociada: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

²³⁵ GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. Criminalidade organizada e justiça penal negociada: delação premiada. *Revista FIDES*, Natal, v. 6, n. 1, p. 164-175, Jan./jun. 2015, esp. p. 164

²³⁶ BRANDALISE, Rodrigo da Silva. *Justiça penal negociada: negociação da sentença criminal e princípios processuais relevantes*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 137.

²³⁷ ANDRADE, Flávio da Silva. *Justiça penal consensual: controvérsias e desafios*. 2. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022, p. 212.

²³⁸ TOURINHO NETO, Fernando da Costa; FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Juizados especiais estaduais cíveis e criminais: comentários à Lei 9.099/1995*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 524.

²³⁹ BRANDALISE, Rodrigo da Silva. *Justiça penal negociada: negociação da sentença criminal e princípios processuais relevantes*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 139.

privada, como em casos de ação penal pública condicionada ou incondicionada. A distinção e a inovação da legislação, porém, é notada quanto às consequências desse ajuste entre ofendido e suposto ofensor: a possibilidade de, em função da composição, haver a extinção da punibilidade.

Segundo o parágrafo único do art. 74, a decisão alcançada pela composição de danos viabilizará o encerramento da persecução penal, com a extinção da punibilidade, somente em casos de ação penal privada ou pública condicionada à representação. O diálogo para o alcance da composição deve se dar em sede de audiência preliminar, na qual, conforme preceitua o art. 72, estarão presentes membro do Ministério Público, o suposto ofensor e a vítima, estes dois últimos acompanhados por sua defesa técnica.

A condução do referido diálogo será realizada pelo juiz ou por conciliador por ele orientado (art. 73) e, uma vez esclarecidos os termos, as possibilidades e as consequências do acordo, a vítima e o suposto ofensor poderão, de forma consciente e voluntária, dar tratamento ao conflito penal pela via negociada. Após ser reduzida a termo, a composição de danos será submetida à homologação judicial por sentença que, segundo expressa previsão legal, será irrecorrível e executável perante juízo civil competente.

Com efeito, a homologação da composição de danos resulta na renúncia ao direito de queixa ou de representação pela vítima, verificando-se, assim, claro cenário de disponibilidade sobre a ação penal. Ademais, a reparação do dano passa a figurar como meio de obtenção de justiça e de reconstrução do tecido social afetado pela prática criminosa. Essencial, porém, o cuidado para se evitar o retorno à justiça privada e à supressão indevida de direitos da pessoa acusada, cuidado este a demandar a adequada condução da via conciliativa pelo juiz e/ou conciliador, bem como a atuação efetiva da defesa técnica no curso das negociações.²⁴⁰

De outro lado, não sendo celebrada a composição civil ou em se tratando de infração penal submetida a ação penal pública incondicionada, viabiliza-se o que a legislação denomina de “aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas” com a celebração da transação penal (art. 76 da Lei n.º 9.099/1995). O cumprimento da medida fixada no ajuste conduzirá, de igual modo, à extinção da punibilidade, o que permite concluir se tratar de negócio jurídico de natureza mista, pois conta com aspectos de direito processual penal (óbice à instauração do

²⁴⁰ BRANDALISE, Rodrigo da Silva. *Justiça penal negociada: negociação da sentença criminal e princípios processuais relevantes*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 138 e 140; MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 438; GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Juizados Especiais Criminais: comentários à Lei 9.099 de 26.09.1995*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 447.

processo) e de direito penal material (extinção da punibilidade).²⁴¹

Com previsão inicial no art. 98, I, da Constituição Federal, a transação penal consiste em negociação entabulada entre o suposto ofensor e o órgão de acusação, a fim de afastar o ajuizamento da ação penal. Como aponta Flávio da Silva Andrade, para o alcance da solução por esta via, é necessário que a negociação entre as partes se dê mediante um “processo comunicativo horizontal”, em que se verifiquem entre elas condições de igualdade e de liberdade.²⁴²

Nos termos do art. 76 da Lei n.º 9.099/1995, a transação penal terá lugar em casos em que apuradas infrações penais com pena máxima não superior a dois anos e submetidas a ação penal pública condicionada (quando não houver a composição civil de danos) ou incondicionada e nos quais não se verifica hipótese para o arquivamento do feito. Nesse último aspecto, tem-se ponto crítico, a exigir cautela do órgão de acusação e atenção dos julgadores e da defesa técnica.

Isso porque pode ser observada a tendência de que o instrumento disciplinado pelo art. 76 sirva como saída acusatória em casos pouco esclarecidos e sem mínimo acervo probatório ou linha investigativa viável. Assim, há o risco de, nos chamados “casos fracos” para a acusação, com poucos e insuficientes elementos aptos para demonstrar a materialidade e a autoria delitivas, ser ofertada transação penal ao suposto autor da infração como caminho a evitar o arquivamento, que, para alguns, pode representar plena derrota. Nessas hipóteses, é possível a aceitação da indevida proposta se descuidada a defesa técnica e se desatento o órgão julgador, sendo o imputado submetido a medidas restritivas em situação na qual ausente justa causa para ajuizamento da ação penal.

Deve ser destacada, então, a relevância de uma análise adequada dos termos circunstanciados pelo Ministério Público e pelo magistrado, permitindo a identificação de eventuais causas a imponham o arquivamento dos autos em lugar da designação de audiência preliminar. Uma detida análise destes termos torna possível a verificação da existência de excludentes da tipicidade, ilicitude ou culpabilidade, da ocorrência de prescrição ou da ausência de elementos probatórios mínimos sobre a prática criminosa,²⁴³ hipóteses a impedirem a celebração de acordo em causa que não passaria por crivos elementares para a continuidade da

²⁴¹ MIRANDA, Acacio; SILVA, Leonardo Henriques da Silva. *Juizados especiais criminais*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 174.

²⁴² ANDRADE, Flávio da Silva. *Justiça penal consensual: controvérsias e desafios*. 2. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022, p. 204.

²⁴³ ANDRADE, Flávio da Silva. *Justiça penal consensual: controvérsias e desafios*. 2. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022, p. 203.

persecução penal.

Devidamente analisado o termo circunstanciado e designada audiência preliminar, poderá ser proposta a transação penal, desde que ausentes as causas indicadas no § 2º do art. 76.

Noutro giro, mister mencionar que ao juiz não é dado o papel de negociador, razão pela qual, discordando da negativa de proposta pela acusação, deverá respeitar a vontade manifestada pela parte, determinando, como última medida, a remessa dos autos ao órgão de revisão do Ministério Público. Não se admite, portanto, que o magistrado ofereça os benefícios da transação penal ao imputado, como praticado no *patteggiamento*.²⁴⁴

A transação penal afasta-se do *patteggiamento* como também se distancia do *plea bargaining*, não havendo, no instrumento brasileiro ora em análise, a admissão da culpa pela pessoa supostamente responsável pela prática criminosa. Não se exige a confissão para que o acordo seja celebrado, não recaindo sobre o suposto ofensor qualquer juízo de culpabilidade, nem importando a transação penal em reconhecimento de sua responsabilidade civil. A anotação do acordo nos registros criminais do investigado serve, portanto, apenas para evitar que o agente seja beneficiado pelo mesmo instituto em um período de cinco anos (art. 76, § 2º, II, e § 4º).²⁴⁵

As distinções entre a transação penal e os modelos identificados no direito comparado são muitas, fugindo ao âmbito da presente pesquisa enumerá-las uma a uma. Merece menção, contudo, a restrição à discricionariedade da acusação no âmbito do acordo ora analisado. Os termos da negociação conduzida para a transação penal não passam perto de uma alteração das imputações possíveis no caso concreto,²⁴⁶ especialmente por não se estar diante da barganha sobre os termos da sentença criminal.

O ajuste entre acusação e defesa não toca a imputação a ser realizada em eventual processo, observando-se, em verdade, que a definição da conduta criminosa não é objeto do acordo, mas pressuposto para a transação penal. Esta definição permite aferir se o crime cuja

²⁴⁴ ANDRADE, Flávio da Silva. *Justiça penal consensual: controvérsias e desafios*. 2. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022, p. 199; GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Juizados Especiais Criminais: comentários à Lei 9.099 de 26.09.1995*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 41; VASSALLI, Luciana Sperb Duarte. Acordos entre Ministério Público e imputado no Brasil e na Itália: aplicação da pena a pedido das partes, transação penal e acordo de não persecução penal, *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 90, p. 341-381, jul./dez. 2021, esp. p. 372. Em sentido contrário: TOURINHO NETO, Fernando da Costa; FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Juizados especiais estaduais cíveis e criminais: comentários à Lei 9.099/1995*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 563.

²⁴⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Juizados Especiais Criminais: comentários à Lei 9.099 de 26.09.1995*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 171.

²⁴⁶ ANDRADE, Flávio da Silva. *Justiça penal consensual: controvérsias e desafios*. 2. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022, p. 199.

prática é atribuída ao suposto autor do fato admite a aplicação do instituto que servirá de óbice ao processo.

Aceita a proposta pelo suposto autor do fato, o acordo será submetido à homologação judicial, oportunidade na qual, nos termos da lei, “o juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa”. Em que pese o texto legal apresente a aplicação de pena em função da transação penal, entendimento acolhido por parte da literatura jurídica,²⁴⁷ tem-se como mais acertada a compreensão de que, na aplicação do art. 76 da Lei n.º 9.099/1995, não se está a viabilizar a imposição de pena, mas sim de seus equivalentes funcionais.²⁴⁸

Com efeito, importa destacar que a indicação do termo “pena” no texto legal, por si só, não basta para transformar as condições firmadas na transação penal em pena.

Não havendo assunção de culpa no curso da negociação, não se formando juízo de culpabilidade, nem sendo proferida sentença condenatória em face do investigado, não parece adequado qualificar as restrições impostas a este como pena. Ademais, não se pode ignorar a impossibilidade de execução forçada dos termos da transação penal, estando o Estado impedido de, imperativamente, levar o investigado ao cumprimento das “penas” ajustadas caso as desobedeça.²⁴⁹

A transação penal, portanto, não substitui o processo na aplicação da pena a pessoa acusada, servindo-lhe apenas como uma alternativa que depende do regular cumprimento das condições pela pessoa investigada para conduzir à solução do conflito penal sem juízo condenatório e sem a imposição de pena.

Mediante ajuste entre o Ministério Público e o investigado, impõem-se a este último equivalentes funcionais da pena, que, visando alcançar os mesmos fins desta, possibilitam eventual reparação do dano à vítima, buscam comunicar a resposta penal a esta e à sociedade, bem como podem transmitir ao investigado a noção de sua autorresponsabilidade.²⁵⁰ Uma vez descumpridos os equivalentes funcionais da pena, ressurge para o Ministério Público a

²⁴⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Juizados Especiais Criminais*: comentários à Lei 9.099 de 26.09.1995. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 157-158; BRANDALISE, Rodrigo da Silva. *Justiça penal negociada*: negociação da sentença criminal e princípios processuais relevantes. Curitiba: Juruá, 2016, p. 141; ANDRADE, Flávio da Silva. *Justiça penal consensual*: controvérsias e desafios. 2. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022, p. 197; TOURINHO NETO, Fernando da Costa; FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Juizados especiais estaduais cíveis e criminais*: comentários à Lei 9.099/1995. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 504.

²⁴⁸ GOMES FILHO, Demerval Farias. *Direito penal negocial*: a legitimação da resposta penal. São Paulo: Editora JusPodivm, 2023, p. 205.

²⁴⁹ GOMES FILHO, Demerval Farias. *Direito penal negocial*: a legitimação da resposta penal. São Paulo: Editora JusPodivm, 2023, p. 205.

²⁵⁰ GOMES FILHO, Demerval Farias. *Direito penal negocial*: a legitimação da resposta penal. São Paulo: Editora JusPodivm, 2023, p. 208.

possibilidade de ajuizar ação penal em face do investigado, retomando-se a persecução penal em seus tradicionais termos.

Por fim, ultrapassando o limite das infrações penais de menor potencial ofensivo e a competência dos Juizados Especiais Criminais, a suspensão condicional do processo, disciplinada pelo art. 89 da Lei n.º 9.099/1995, possibilita a celebração de acordo entre a acusação e o acusado com vistas à suspensão do curso procedimental em casos envolvendo crimes com pena mínima não superior a um ano.

Trata-se, pois, de paralisação processual por um período de prova, sem a discussão da culpabilidade e com potencial extinção da punibilidade caso as condições fixadas consensualmente sejam integralmente cumpridas pelo acusado.²⁵¹ Assim como a transação penal, a suspensão condicional do processo conta com natureza mista, pois, apesar de se configurar como instituto essencialmente processual, possui face material, por viabilizar a extinção da punibilidade.²⁵²

Vista até mesmo como a maior novidade trazida pela Lei n.º 9.099/1995²⁵³ ou como “um dos mais revolucionários institutos”²⁵⁴ à época, a suspensão condicional do processo conta com apenas um artigo para sua disciplina, verificando-se, no texto legal, uma moldura mínima do instrumento.²⁵⁵ Este só tem lugar em casos envolvendo a prática de crime com pena mínima não superior a um ano. Exige-se, ainda, o preenchimento dos requisitos para a suspensão condicional da pena, elencados no art. 77 do Código Penal (CP), e a inexistência de processo em curso em face do investigado ou de condenação anterior pela prática de crime (art. 89, *caput*).

Atendidos todos os requisitos acima indicados, o Ministério Público poderá apresentar proposta de suspensão condicional do processo no momento em que oferecida a denúncia. Há certa controvérsia sobre a natureza deste instrumento, se direito público subjetivo do imputado ou se ato consensual, a impedir que a acusação seja obrigada a formular a proposta.²⁵⁶ Este

²⁵¹ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Juizados Especiais Criminais*: comentários à Lei 9.099 de 26.09.1995. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 253.

²⁵² GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Juizados Especiais Criminais*: comentários à Lei 9.099 de 26.09.1995. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 258.

²⁵³ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias; LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. *Comentários à lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais*: Lei 9.099, de 26.09.1995. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 687.

²⁵⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Juizados Especiais Criminais*: comentários à Lei 9.099 de 26.09.1995. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 254.

²⁵⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Juizados Especiais Criminais*: comentários à Lei 9.099 de 26.09.1995. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 254.

²⁵⁶ BRANDALISE, Rodrigo da Silva. *Justiça penal negociada*: negociação da sentença criminal e princípios processuais relevantes. Curitiba: Juruá, 2016, p. 145; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, n.p. [E-book]

segundo entendimento restou acolhido pelo STF no Enunciado da Súmula 696, segundo o qual, na hipótese de recusa pelo promotor de justiça ou procurador da república em propor a suspensão condicional do processo, o juiz, discordando, remeterá a questão ao órgão de revisão do próprio Ministério Público .

A negociação ocorrerá em momento posterior ao oferecimento da denúncia – uma exceção à indisponibilidade da ação penal –, exigindo-se, por certo, o recebimento da inicial acusatória para a sua realização. Se um dos principais resultados do acordo entre a acusação e a defesa na hipótese do art. 89 da Lei n.º 9.099/1995 é a suspensão do processo, evidente que este deverá ter sido instaurado a partir do recebimento da denúncia, que, para tanto, deve ser apta.²⁵⁷

Por essa razão, proposta a suspensão condicional do processo pelo Ministério Público, o magistrado não deve, de pronto, intimar o acusado para se manifestar sobre os termos propostos. Antes, porém, deve analisar detidamente a inicial acusatória, averiguando se atendidos os requisitos do art. 41 do CPP e se presente a justa causa. Admitida a denúncia, será possível a negociação da proposta ministerial.

Esta exigência de apreciação prévia da inicial acusatória antes de se iniciarem as tratativas para o acordo serve como barreira para a formulação e a aceitação de proposta em casos em que verificada acusação despida de fundamento.

Formulada a proposta de suspensão condicional do processo, recebida a denúncia e aceita a oferta pelo acusado – devidamente assistido por sua defesa técnica –, será este último submetido ao que o texto legal denomina de “condições”, por um período de prova de dois a quatro anos, durante o qual o processo e o curso do prazo prescricional permanecerão suspensos. As mencionadas condições podem ostentar caráter legal ou judicial.

Enquanto o § 1º do art. 89 elenca a reparação do dano, a proibição de frequentar determinados locais, a proibição de se ausentar da comarca de sua residência sem autorização judicial e o comparecimento mensal, obrigatório e pessoal em Juízo (condições legais), o § 2º abre espaço para que o magistrado fixe outras condições compreendidas como adequadas aos fatos e à situação da pessoa acusada, sendo, nestas hipóteses, comumente fixada a prestação de serviços à comunidade.

Na escolha destas condições judiciais, contudo, não deve o magistrado descurar-se das

²⁵⁷ ANDRADE, Flávio da Silva. *Justiça penal consensual: controvérsias e desafios*. 2. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022 , p. 208.

finalidades político-criminais do próprio instituto,²⁵⁸ incumbindo-lhe, portanto, afastar-se do risco de delimitar medida inócua ou desproporcional frente à prática criminosa e o ideal despenalizador da suspensão condicional do processo.

Durante o período de prova, pode ser verificada a revogação da suspensão do processo, extraindo-se do texto legal a existência de causas obrigatórias e de causas facultativas.²⁵⁹ Ultrapassado o período delimitado pelo magistrado para a suspensão do processo e não se verificando qualquer causa de revogação da medida, tem-se o encerramento da persecução penal com o reconhecimento judicial da extinção da punibilidade (§ 5º).

Vê-se que, assim como verificado na transação penal, a suspensão condicional do processo não conduz à aplicação de pena, nem reflete na culpabilidade do acusado, pois não exigida sua declaração de culpa.

Por essa razão, depreende-se que tais institutos, além de, em si, não ferirem o princípio constitucional da presunção de inocência, tendo em vista que o acusado não é considerado culpado,²⁶⁰ acabam por se aproximar do *nolo contendere*.²⁶¹ Com este, porém, não se confundem, dadas as peculiaridades desta figura no ordenamento jurídico estadunidense e a estrutura processual penal brasileira.

Diante da possibilidade de o Ministério Público, na transação penal, deixar de promover a ação penal ou de, na suspensão condicional do processo, mesmo oferecida a denúncia, abrir mão de seu completo processamento, fala-se, como mencionado anteriormente, na mitigação dos princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade da ação penal. Tem-se, então, o que comumente se denomina de discricionariedade regulada ou regrada.²⁶²

Não se trata apenas de criar espaços de disponibilidade e de oportunidade ao órgão de acusação, mas, especialmente, de regular os espaços em que tais princípios já são amplamente aplicados no dia a dia forense. Conforme indicado na Exposição de Motivos da Lei n.º 9.099/95, na realidade em que esta seria aplicada, a discricionariedade na persecução penal já era amplamente implementada mediante a aplicação de critérios informais e caóticos.

²⁵⁸ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias; LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. *Comentários à lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais*: Lei 9.099, de 26.09.1995. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 712.

²⁵⁹ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias; LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. *Comentários à lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais*: Lei 9.099, de 26.09.1995. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 713-715.

²⁶⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Juizados Especiais Criminais*: comentários à Lei 9.099 de 26.09.1995. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 266.

²⁶¹ BRANDALISE, Rodrigo da Silva. *Justiça penal negociada*: negociação da sentença criminal e princípios processuais relevantes. Curitiba: Juruá, 2016, p. 146.

²⁶² GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Juizados Especiais Criminais*: comentários à Lei 9.099 de 26.09.1995. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 48.

Conforme exposto no referido texto, não podia, nem pode ser ignorado que, em grande porcentagem de determinados crimes de ação penal pública “a polícia não instaura o inquérito e o MP e o juiz atuam de modo a que se atinja a prescrição”. Com a criação e disciplina de institutos como a transação penal e a suspensão condicional do processo, foram minimamente estabelecidos critérios comuns com vistas à “seleção dos casos de maneira racional e obedecendo a determinadas escolhas políticas”.

A Lei n.º 9.099/95, portanto, é resultado do reconhecimento de que o processo penal em sua estrutura tradicional não é apto a solucionar as múltiplas e multiplicáveis demandas oriundas de práticas criminosas.

Uma vez aberto o espaço para a solução de conflitos penais de menor proporção por meio da negociação, tem-se, na última década, a sua tendente expansão, cujos principais aspectos são objeto de análise nas partes seguintes deste trabalho. Optou-se, pois, pelo tratamento desses outros instrumentos de negociação em itens apartados tendo em vista sua previsão em textos legais diversos e, especialmente quanto à colaboração premiada, sua natureza, em alguma medida, diversa da dos mecanismos até então expostos.

2.2.2 Colaboração premiada

O esforço na ampliação da negociação no campo penal não se limitou à Lei dos Juizados Especiais. Quase duas décadas após sua edição, viu-se, novamente, o empenho para a expansão dos espaços para a via negocial na esfera penal.

Destinada ao combate das organizações criminosas, a Lei n.º 12.850/2013, consideravelmente alterada pela Lei n.º 13.964/2019, passou a disciplinar de maneira mais estruturada a colaboração premiada, meio de obtenção de prova e negócio jurídico processual celebrado entre acusação e defesa. Neste acordo, o acusado esvazia sua resistência, facilitando a persecução penal e, em troca, tem reduzidas as consequências sancionatórias da conduta delitiva.²⁶³

Por certo, tem-se na Lei n.º 12.850/2013 a principal e mais completa previsão da colaboração premiada. Entretanto, não podem ser desconsideradas as disposições legais que antecederam a referida lei, inaugurando e ampliando o âmbito de aplicação do instituto.

²⁶³ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Colaboração premiada no processo penal*. 5.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, n. p. [E-book]

Nesse particular, tem-se, no período recente,²⁶⁴ a incorporação deste instrumento na ordem jurídica brasileira a partir da disposição do art. 8º, parágrafo único, da Lei n.º 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos). Com reflexos essencialmente sobre o direito material, referido dispositivo abriu espaço para que a colaboração de coautor em crime praticado por quadrilha ou bando pudesse resultar na redução de pena desde que auxiliasse no desmantelamento do grupo ou na libertação de eventual sequestrado.

Além de posteriormente disciplinado pela Lei n.º 9.034/1995 no âmbito das organizações criminosas, a colaboração premiada teve seu escopo de aplicação ampliado pela Lei n.º 9.080/1995, que viabilizou o uso deste mecanismo negocial em casos envolvendo crimes contra o Sistema Financeiro Nacional e contra a ordem tributária. De igual modo, não se pode deixar de mencionar a Lei n.º 9.613/98, a qual, voltada ao combate à lavagem de capitais, incorporou a colaboração premiada também nesta seara, bem como a Lei n.º 11.343/2006, a reforçar o instituto no enfrentamento ao tráfico de entorpecentes.

Nas legislações retromencionadas, o acordo de colaboração premiada destacava-se por refletir em maior medida sobre o direito material, ganhando realce, justamente, por seu aspecto premial. Entretanto, especialmente com a Lei n.º 12.850/2013, este mecanismo passou a contar com especial viés processual, dedicando-se o texto legal à descrição do procedimento para o ajuste entre acusação e investigado/acusado. Apesar de contar com claras e inegáveis disposições sobre o direito material,²⁶⁵ o instituto ora examinado possui essência processual, tendo em vista que se volta a facilitar a persecução penal sob a ótica probatória,²⁶⁶ destinando-se “precipualemente a produzir efeitos no âmbito do processo penal”.²⁶⁷

É a partir da disciplina prevista nos arts. 4º, 5º e 6º da Lei n.º 12.850/2013 que se observa maior clareza e previsibilidade para a celebração da colaboração premiada, que passou a ter o seu procedimento estabelecido de forma pormenorizada, mesmo com disposições sujeitas a críticas e aperfeiçoamentos.

Trata-se, pois, de instrumento cuja relevância no cenário jurídico brasileiro aumentou sobremaneira nos últimos anos, dado o seu potencial para o desmantelamento de grandes grupos criminosos e para a facilitação da persecução penal. Isso pode ser identificado em grandes

²⁶⁴ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Colaboração premiada no processo penal*. 5.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, n. p. [E-book]

²⁶⁵ CABRAL, Antonio do Passo. Pactum de non petendo: a promessa de não processar no direito brasileiro, São Paulo, *Revista de Processo*, n. 305. p. 17-44, jul. 2020, esp. p. 5 [versão digital].

²⁶⁶ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Colaboração premiada no processo penal*. 5.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, n. p. [E-book]

²⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 127.483, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 27/08/2015. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/pagina/dorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10199666>>. Acesso em 17 ago. 2023.

operações que ganharam espaço e destaque nos meios de comunicação, gerando, inclusive, acentuadas críticas ao seu uso exacerbado e, por vezes, fora da moldura legal.

Enquanto mecanismo de política criminal desenvolvido em resposta ao desejado aumento da eficiência do sistema de justiça criminal²⁶⁸ e sendo apta a conferir maior celeridade e maior êxito na apuração de condutas delitivas, a colaboração premiada deve ser analisada sob a ótica constitucional, visando à preservação das garantias da pessoa acusada. Esta, esvaziando sua posição de resistência na investigação ou no processo, deve fazê-lo de forma livre, esclarecida e voluntária.

Como mencionado, o acordo de colaboração premiada tem lugar, por expressa previsão legal, tanto no curso do inquérito policial, quanto durante o processo e, até mesmo, após a sentença (art. 4º, §§ 2º e 5º).

Quanto aos sujeitos envolvidos na fase de negociação, dispõe o § 6º do art. 4º sobre a possibilidade de o acusado ou investigado e seu defensor realizarem as tratativas com o Ministério Público ou, durante o inquérito policial, com o delegado de polícia, com necessária manifestação ministerial. Esta última hipótese, contudo, é alvo de ampla discussão, sobretudo em função da compreensão de que a titularidade para promover a ação penal de iniciativa pública é atribuída ao Ministério Público, não podendo a autoridade policial dispor da persecução penal sem a concordância do órgão ministerial.

Se no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5.508, em 20 de junho de 2018, o STF afirmou a constitucionalidade da realização de acordos de colaboração premiada por delegados de polícia, ao julgar a Pet. 8482, a Corte, em 31 de maio de 2021, por maioria, acolheu entendimento – que se compreende, neste trabalho, como mais acertado – no sentido de que os acordos em questão não podem ser firmados pela autoridade policial sem a concordância do Ministério Público. Embora a decisão na ADI 5.508 mantenha seu efeito vinculante e geral, há, então, a demonstração de tendência de mudança do entendimento nela fixado e a criação de cenário de insegurança jurídica.²⁶⁹

Uma vez iniciadas as negociações com o recebimento da proposta pelo celebrante, surge para as partes o dever de confidencialidade, não havendo, contudo, qualquer previsão de suspensão de eventual investigação em curso sobre os fatos objeto da colaboração. Nesta fase, permite-se que seja acordado o não ajuizamento de medidas cautelares em face do colaborador,

²⁶⁸ FERNANDES, Fernando Andrade; AIRES, Murilo Thomas. A colaboração premiada como instrumento de política criminal: a tensão em relação às garantias fundamentais do réu colaborador. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 3, n. 1, p. 253-284, 2017, esp. 255.

²⁶⁹ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Colaboração premiada no processo penal*. 5.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, n. p. [E-book]

em clara previsão legal (art. 3º-B, § 3º) de promessa de não ajuizar pretensão (*pactum de non petendo*).²⁷⁰

Também com o fim de obter a colaboração do investigado ou acusado, são viabilizados como benefícios: a redução de até dois terços da pena – ou de até metade se o acordo se der no curso da execução penal –, o perdão judicial, a conversão da pena em restritiva de direitos, o não oferecimento da denúncia e a progressão de regime de cumprimento de pena ainda que não preenchidos os requisitos objetivos para tanto. Objeto de debate, porém, é a tipicidade dos benefícios arrolados no texto legal.

Em recente julgado (Agravos Regimentais nos Embargos de Declaração na Petição 13974/DF), o Superior Tribunal de Justiça fixou entendimento pelo cabimento de sanções penais atípicas na celebração de acordo de colaboração premiada, em um “aprofundamento do modelo consensual”, com maior influência da “autonomia privada da vontade”. A conclusão alcançada pela Corte Superior, no entanto, deve ser vista com reserva, por abrir espaço à fixação de benefícios sem balizas bem delimitadas, podendo, desse modo, produzir situações de injustiça e de arbitrariedades.

A fixação em texto de lei de critérios mínimos e de limites aos benefícios a serem disponibilizados ao colaborador – como feito no art. 4º, § 7º, II, da Lei n.º 12.850/2013 –, mostra-se, portanto, essencial à promoção de um ambiente de segurança jurídica na aplicação deste mecanismo. Neste ponto, embora seja vedado ao juiz participar das negociações, essencial seu papel na homologação do acordo, momento em que atuará resguardando direitos fundamentais e garantindo a legalidade da colaboração premiada.²⁷¹

Nesse sentido, após a celebração do acordo ora em análise, tem-se a sua remessa ao magistrado em um mecanismo de “dupla verificação judicial”.²⁷² Em um primeiro momento, o juízo exercido será o de homologação, nos termos do art. 4º, § 7º. Homologados os termos da colaboração premiada, o colaborador iniciará o cumprimento das obrigações assumidas, com a entrega de documentos e a prestação de seu depoimento, por exemplo. Já em sede de sentença, incumbirá ao órgão julgador apreciar a efetividade destas obrigações, oportunidade em que aplicará ao acusado o benefício se efetiva a colaboração (art. 4º, § 11).

Ainda sobre o papel do magistrado no âmbito da colaboração premiada, mister rememorar a limitação imposta ao órgão julgador no recebimento da denúncia, na determinação

²⁷⁰ CABRAL, Antonio do Passo. *Pactum de non petendo: a promessa de não processar no direito brasileiro*, São Paulo, *Revista de Processo*, n. 305. p. 17-44, jul. 2020, esp. p. 6 [versão digital].

²⁷¹ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Colaboração premiada no processo penal*. 5.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, n. p. [E-book]

²⁷² BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, n.p. [E-book]

de medidas cautelares e na formação de juízo condenatório (art. 4º, § 16): a exigência de elementos corroboração das afirmações do colaborador.

Fragilizando a força probatória dos elementos apresentados nas declarações do colaborador,²⁷³ em espécie de “regime de prova legal negativa”, o legislador estabeleceu, ao privilegiar a presunção de inocência, “o que é insuficiente para superar a dúvida razoável”²⁷⁴ e conduzir a um juízo condenatório, de recebimento de denúncia ou de determinação de cautelares.

Isto posto, em breve análise do instituto, é possível notar, de um lado, a aptidão da colaboração premiada para facilitar em grande medida a persecução penal, e, de outro lado, a necessidade de sua limitação e de seu controle. Como caminho alternativo para a crise no sistema de justiça criminal, a colaboração premiada não deve ser vislumbrada como instrumento de legitimação incontestável, sob pena de se legitimar, também, o seu uso indiscriminado e de se conduzir para segundo plano a necessária reflexão – incidente sobre todos os instrumentos de negociação na justiça criminal – quanto à inadequação do hipertrofiado controle social pela via do Direito Penal.²⁷⁵

2.2.3. Acordo de não persecução penal: generalidades e controvérsias

Seguindo a tendência de incremento das figuras negociais no processo penal brasileiro, a Lei n.º 13.964/2019 incluiu no arcabouço legislativo nacional o acordo de não persecução penal, atualmente previsto no art. 28-A do CPP. Trata-se de mecanismo a promover a simplificação procedimental com a celebração de negócio jurídico entre a acusação e o investigado. Este, de um lado, abre mão de exercer direitos fundamentais – como o silêncio e a prova –, submete-se às condições ajustadas, confessa e, de outro lado, recebe benefícios, dentre os quais, o de não responder à ação penal e o de não estar submetido a possível sentença condenatória.²⁷⁶

Apesar de sua inserção no CPP ter ocorrido a partir da Lei n.º 13.964/2019, a figura do acordo de não persecução penal não foi inaugurada por este diploma legal, mas inicialmente prevista na ordem jurídica pátria com a edição da Resolução n.º 181/2017 do CNMP. Esta

²⁷³ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Colaboração premiada no processo penal*. 5.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, n. p. [E-book]

²⁷⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, n.p. [E-book]

²⁷⁵ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Colaboração premiada no processo penal*. 5.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, n. p. [E-book]

²⁷⁶ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Acordo de não persecução penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022, n. p. [E-book]

normativa destinou-se, precipuamente, à atualização da disciplina da instauração e da tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público e, em seu art. 18, instituiu o acordo de não persecução penal que, uma vez celebrado e cumprido, conduziria ao arquivamento da investigação pelo órgão ministerial.

Apesar de a adequação e a constitucionalidade do art. 18 da Resolução n.º 181/2017 do CNMP terem sido amplamente contestadas, não se podem ignorar os reflexos de sua previsão na ordem jurídica brasileira.²⁷⁷ Isso porque, além de não ter sido revogado ou anulado, o que viabiliza a aplicação concomitante de seu texto e do art. 28-A do Código de Processo Penal, o dispositivo em comento serviu à celebração de numerosos negócios jurídicos, muitos dos quais já resultaram, até mesmo, no reconhecimento da extinção da punibilidade dos investigados-compromissários.

Trata-se de relevante debate. Afinal, as Ações Diretas de Inconstitucionalidade ajuizadas em face do referido dispositivo perderam o objeto com a edição da Lei n.º 13.964/2019? Os acordos celebrados antes da vigência da chamada “Lei Anticrime” deverão ser anulados? Esta problemática ultrapassa a proposta deste estudo, mas, por certo, demandará atenção em seu debate e solução, dados os seus acentuados reflexos práticos.

Seja no âmbito da normativa do CNMP, seja no texto inserido no CPP, a análise do recente instituto permite observar que, mesmo não impedindo a persecução penal como propõe o nome que lhe fora dado – pois a existência de investigação criminal, por si só, já explicita o início da persecução estatal –, sua celebração viabiliza a redução de processos nas Varas e Tribunais, bem como permite o deslinde da causa de forma mais célere quando comparado ao procedimento penal em sua roupagem tradicional.

Agora previsto no art. 28-A do CPP, o acordo de não persecução penal é cabível quando presente a justa causa para a imputação da prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e para a qual é prevista pena mínima inferior a quatro anos. Configura-se, pois, como “pacto de arquivamento condicionado”.²⁷⁸

Isso porque, tendo o acusado preenchido os requisitos elencados no § 2º do referido dispositivo legal e cumprido as condições firmadas no acordo, restará extinta sua punibilidade

²⁷⁷ Sobre tudo a se considerar que, enquanto não definidas as questões suscitadas no âmbito dos Tribunais Superiores, a Resolução n.º 181/2017 do CNMP permanece válida e seus efeitos na ordem jurídica brasileira se mantêm, eis que, enquanto ato administrativo, presume-se legítimo (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024, n.p. [E-book]), muito embora possam ser erigidas, na hipótese ora em análise, dúvidas sobre a observância de seu caráter regulamentar.

²⁷⁸ ARAS, Vladimir. Acordos penais no Brasil: uma análise à luz do direito comparado. In: CUNHA, Rogério Sanches et al (Coord.). *Acordos de não persecução penal e cível*. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2022. p. 90.

(§ 13), incumbindo à acusação promover o arquivamento da investigação criminal, sem proceder a qualquer anotação de maus antecedentes em desfavor do compromissário. Trata-se, assim, de negócio jurídico processual que também produz efeitos de ordem material, dada sua influência sobre a pretensão punitiva estatal.

A criação do acordo de não persecução penal representa acentuada ampliação do espaço de consenso no âmbito criminal, ao viabilizar que ampla gama de infrações penais seja alcançada pela possibilidade de acordo (composição civil, transação penal, suspensão condicional do processo e acordo de não persecução penal) entre investigado e acusação – um equivalente a 70% dos tipos penais presentes no ordenamento jurídico brasileiro.²⁷⁹ A indicação da pena mínima inferior a quatro anos abre caminho para a celebração de ajuste em casos envolvendo, por exemplo, estelionato, crimes financeiros – especialmente aqueles dispostos na Lei dos Crimes de Colarinho Branco (Lei n.º 7.492/86) e o crime de lavagem de capitais –, contra a ordem tributária e contra a Administração Pública.

Diante desse quadro, vê-se que o patamar de pena eleito pelo legislador, fixado um dia abaixo daquele indicado no art. 44, I, do CP, mirou, justamente, casos penais nos quais seria possível condenação a pena privativa de liberdade a ser substituída por restritivas de direitos.²⁸⁰ Evidencia-se, assim, o reduzido potencial desencarcerador do acordo de não persecução penal. Com o limite escolhido, excluem-se de seu âmbito de aplicação, por exemplo, algumas espécies de furto qualificado, a extorsão e, ainda, o tráfico de entorpecentes (art. 33 da Lei n.º 11.343/2006).

Esta previsão, somada ao óbice à sua aplicação em casos de violência e grave ameaça à pessoa, escancara a seletividade já presente na seara penal, a atingir com especial rigor os desvios típicos dos grupos socialmente marginalizados e eleger não apenas as condutas delitivas, mas as pessoas a receberem o selo de “criminosas”.²⁸¹ Na espécie, é possível notar que os requisitos para o cabimento do acordo conduzem à sua utilização em maior escala por investigados com melhor situação econômico-financeira e por grupos diversos daqueles em estado de vulnerabilidade social e que majoritariamente ocupam o cárcere.

Vê-se, pois, que o mecanismo disciplinado pelo art. 28-A do CPP volta-se, como mencionado alhures, à resolução célere de demandas criminais, à redução da quantidade de

²⁷⁹ LOPES JR., AURY. *Direito processual penal*. 20. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023, n.p. [E-book]

²⁸⁰ GOMES FILHO, Demerval Farias. *Direito penal negocial: a legitimação da resposta penal*. São Paulo: Editora JusPodivm, 2023, p. 222.

²⁸¹ WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. Uma análise histórica da imposição do medo do direito penal aos setores subalternos da população brasileira. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 90, p. 373-399, mai./jun. 2011. [versão digital]

processos em tramitação e à efetividade no tratamento do conflito penal. Não conta, porém, com aptidão para reduzir significativamente os níveis de encarceramento, saltando aos olhos a quem este novo instrumento beneficiará de maneira mais efetiva.

Para além das limitações acima indicadas, o *caput* do art. 28-A do CPP ainda estabelece para o cabimento do acordo a não caracterização de hipótese de arquivamento. Aqui se observa a mesma cautela a ser adotada na celebração da transação penal, com o intuito de que estes instrumentos não resultem no aumento da atuação punitiva estatal em casos nos quais ausentes elementos probatórios suficientes para delimitação da materialidade e da autoria delitivas.

Para subsidiar o acordo de não persecução penal, portanto, a investigação deve estar madura, tendo aptidão para demonstrar a justa causa para o oferecimento de denúncia na hipótese de não celebrado ou descumprido o negócio jurídico processual. Este não deve servir para obter a suficiência probatória para o futuro e eventual ajuizamento de ação penal,²⁸² o que reforça o debate sobre a razão de ser da exigência da confissão para a celebração do acordo.

A confissão formal e circunstancial, enquanto requisito para o acordo de não persecução penal, conduz à percepção deste instrumento como mais gravoso do que seus antecedentes. No âmbito da transação penal e da suspensão condicional do processo, além de serem potencialmente aplicados equivalentes funcionais da pena menos custosos do que aqueles previstos para o acordo ora analisado, não há nenhuma exigência de confissão ou de declaração similar a tornar a sua aceitação menos interessante ou inviável ao investigado/acusado.²⁸³

Os questionamentos acerca da confissão neste instituto vão além das dúvidas sobre o uso do termo “circunstancialmente”: se erro do legislador ou demonstração da intenção de que a confissão tenha seu uso restringido apenas à esfera penal e ao procedimento em que celebrado o acordo.²⁸⁴ De início, há quem questione a constitucionalidade do referido requisito, ao argumento de que restaria violada a presunção de inocência, com a antecipação de juízo sobre a culpa em um momento pré-processual.²⁸⁵ Entende-se, contudo, de modo diverso.

Ocorrendo na presença e com a orientação da defesa técnica do investigado, sendo, ainda, livre, voluntária e informada, a confissão exigida não viola direitos e garantias constitucionais. Ao investigado, enquanto pessoa com dignidade e autonomia, incumbe a

²⁸² CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Manual do acordo de não persecução penal: à luz da Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime). 4. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora JusPodivm, 2023, p. 116.

²⁸³ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Acordo de não persecução penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022, n. p. [E-book]

²⁸⁴ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Acordo de não persecução penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022, n. p. [E-book]

²⁸⁵ SILVA, José Carlos Félix da; REIS, Debora Cristyna Ferreira; SILVA, Klinsmann Alison Rodrigues Félix da. Inconstitucionalidade material da confissão no acordo de não persecução penal. *Revista da Escola Superior do Ministério Público do Ceará, Fortaleza*, ano 12, n. 2, p. 81-97, jul./dez. 2020, esp. p. 93.

escolha sobre exercer ou não o direito ao silêncio e à não autoincriminação, podendo optar pela obtenção de tratamento mais benéfico ao confessar e negociar em acordo de não persecução penal. Trata-se, assim, de escolha constitucionalmente admitida, a reforçar a relevância do papel da defesa nas negociações, com a promoção de decisão esclarecida após serem sopesados os direitos mitigados e os proveitos obtidos a partir dessa mitigação.²⁸⁶

Essencial, então, a análise detida e séria sobre a voluntariedade do agente em celebrar o acordo e confessar, o que envolve sua adequada compreensão acerca da investigação e das consequências de suas escolhas na negociação. Durante a etapa de observação participante desenvolvida nesta pesquisa, foi possível notar certo grau de alheamento dos investigados – à exceção daqueles com formação jurídica – acerca do acordo celebrado e de suas consequências, pouco compreendendo o rito pelo qual passavam. Dessa realidade se extrai a necessidade de averiguação do esclarecimento da pessoa imputada quanto ao alcance de sua escolha pela confissão e pelo acordo, bem como acerca das consequências de seu cumprimento ou descumprimento, sendo o seu consentimento dado sem qualquer coerção indevida.

Reconhecida a constitucionalidade da confissão e tendo em conta que não se trata de elemento de comprovação de justa causa anteriormente duvidosa, mantém-se acentuado o debate sobre a matéria, especialmente ao se considerar que não há exigência correspondente nos instrumentos negociais de natureza similar.

Tal debate não se restringe ao âmbito doutrinário, mas reflete de forma acentuada sobre a prática jurídica. Na ausência de definição legal sobre a finalidade, o alcance, o momento e a utilização da confissão apresentada para o acordo de não persecução penal, criam-se espaços para interpretações e aplicações distintas e até mesmo antagônicas do instituto.

Também durante a observação participante desenvolvida nesta pesquisa, a confissão figurou como tópico de pouco destaque nas audiências presenciadas. Se, em uma delas, a celebração do acordo não foi possível pois o investigado recusava-se a confessar, em todas as demais, quando mencionada, a confissão seguia identificada como uma das condições do ajuste – não como seu requisito –, não havendo referência aos seus termos, à sua efetiva realização, à sua regularidade ou à sua conformidade em relação à base fática relatada nas investigações.

As inconsistências dessa ausência de disciplina legal razoavelmente estabelecida acerca

²⁸⁶ No mesmo sentido: CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Manual do acordo de não persecução penal*: à luz da Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime). 4. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora JusPodivm, 2023, p. 136; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Acordo de não persecução penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022, n. p. [E-book]; SOUZA, Renee do Ó; DOWER, Patrícia Eleutério Campos. Algumas Respostas sobre o acordo de não persecução penal. In: CUNHA, Rogério Sanches et al. *Acordos de não persecução penal e cível*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Juspodivm, 2022, p. 234.

da confissão também puderam ser notadas em pesquisa de campo desenvolvida por Maurício Mendonça de Carvalho, que, em entrevistas diretas realizadas com promotores de justiça e juízes de direito atuantes em varas criminais da cidade do Rio de Janeiro/RJ e na observação de uma audiência conduzida por um dos juízes entrevistados, constatou as diferentes formas com as quais a exigência da confissão fora apreendida pelos aplicadores do instituto:

Diferente do que é praticado no ambiente da vara criminal do Juiz 1, em que a confissão fica formalizada nos autos, e de acordo com o Promotor que lá atua fica arquivada como documento eternamente, para eventual utilização caso o haja descumprimento do acordo, na vara do Juiz 3, o acordo não fica registrado em lugar nenhum, e o próprio juiz frisa que o réu está confessando integralmente a imputação para fins de ANPP.

“[...] E ele aceitando a proposta eles me chamam de volta e eu confirmo que o réu está confessando integralmente a imputação para fins de ANPP, porque eu sei que eu não posso usar a confissão num eventual descumprimento do acordo, e eu sei que eu não posso usar a confissão para fins de um eventual processamento e julgamento, então eu faço questão de frisar que aquela confissão é para fins de ANPP” [Juiz 3]²⁸⁷

Em sentido semelhante, o Levantamento Nacional de Aplicação do Acordo de Não Persecução Penal no Brasil, realizado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em 2023, aponta que as compreensões dos magistrados entrevistados sobre a exigência da confissão para o acordo são muito diversas, sendo marcante a presença de hesitação e de desconforto frente a este requisito. A confissão, então, é vista como “um problema mal resolvido pela legislação”, eis que, se há juízes que consideram desnecessária a confissão para o acordo e preocupante o seu uso como prova no processo, há magistrados a entenderem como possível a utilização desta confissão para a condenação tanto no processo penal vinculado ao caso em que celebrado o acordo, como em processos de outra natureza.²⁸⁸

Nota-se, pois, que os principais questionamentos sobre o requisito da confissão formal e circunstancial repousam sobre a compreensão da finalidade de sua exigência para a celebração do acordo de não persecução penal e a possibilidade de seu uso na hipótese de rescindido o negócio processual

Quanto à finalidade da confissão, tem-se, de um lado, a compreensão de que esta se constitui como meio de “controle fático mais forte em relação à narrativa acusatória e aos elementos investigativos de corroboração”.²⁸⁹ Nesse sentido, a confissão não seria o objetivo do acordo (com vistas à colheita de provas), mas exerceria função de garantia, enquanto

²⁸⁷ CARVALHO, Maurício Mendonça de. *Doutrina, legislação e práticas do acordo de não persecução penal - "O Sr. confessa?"*. 66 f. Dissertação (Mestrado). Universidade Veiga de Almeida, Rio de Janeiro, 2022, p. 58.

²⁸⁸ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Fortalecendo vias para as alternativas penais: um levantamento nacional da aplicação do acordo de não persecução penal no Brasil*. Brasília, 2023, p. 78-79.

²⁸⁹ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Acordo de não persecução penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022, n. p. [E-book]

requisito a legitimizar a imposição de sanção ao investigado.

Apesar de não se ignorar este papel da confissão na corroboração da hipótese acusatória narrada na proposta de acordo, não parece ser esta a única e principal finalidade de sua exigência.

Diversamente do observado no modelo de negociação estadunidense, no qual são admitidas, além da negociação sobre a pena a ser pleiteada pela acusação junto ao Juízo (*sentence bargaining*), a *charge bargaining* e a *count bargaining*, ambas a viabilizarem que os fatos imputados sejam convencionados quanto à sua gravidade ou à sua extensão,²⁹⁰ o acordo de não persecução não confere às partes a possibilidade de alterarem o contexto fático-jurídico demonstrado pelos elementos colhidos na fase de investigação. Desse modo, tem-se que o controle da narrativa acusatória não constitui principal finalidade da confissão.

A análise quanto ao acerto da hipótese acusatória veiculada no acordo deve se dar, essencialmente, a partir dos elementos probatórios já colhidos antes da celebração do acordo e, portanto, antes da confissão. Estes elementos, que deverão ser suficientes para a constatação da justa causa de eventual denúncia, também servirão à legitimação das condições às quais o investigado se submeterá. Destarte, embora a confissão reforce esta legitimação, não tem nela sua única finalidade.

Não se pode ignorar que, apesar de a função de garantia ser vista como meio para evitar a produção de injustiças a partir da submissão de pessoa inocente às condições do acordo,²⁹¹ trata-se de finalidade cujo alcance é questionável. De fato, tem-se como possível que investigados rejeitem o acordo por considerarem a confissão como “moralmente inconciliável”²⁹² dada a sua percepção de que são inocentes ou alcançados por alguma excludente. Entretanto, na dúvida não rara sobre ser “recomendável confessar aquilo que não recordava e não tinha consciência de ter realizado para livrar-se de eventual processo e dos riscos de uma condenação”,²⁹³ esta última alternativa conta com relevante peso na balança decisória.

²⁹⁰ HILL, Flávia Pereira. Plea bargaining: uma incursão no sistema processual penal norte-americano. In: PINHO, Humberto Dalla Bernadina de. *Temas contemporâneos de direito processual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 496; ANDRADE, Flávio da Silva. *Justiça penal consensual: controvérsias e desafios*. 2. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022, p. 126.

²⁹¹ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Manual do acordo de não persecução penal: à luz da Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime)*. 4. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora JusPodivm, 2023, p. 128.

²⁹² GOULART, Maykhel Beltrame. *Acordo de não persecução penal (ANPP) e mudanças de paradigma: perspectivas e controvérsias*. 2021. 95 f. Dissertação (Mestrado). Mestrado em Direito, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu*, Universidade Veiga de Almeida, Rio de Janeiro, 2021, p. 79.

²⁹³ GOULART, Maykhel Beltrame. *Acordo de não persecução penal (ANPP) e mudanças de paradigma: perspectivas e controvérsias*. 2021. 95 f. Dissertação (Mestrado). Mestrado em Direito, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu*, Universidade Veiga de Almeida, Rio de Janeiro, 2021, p. 79.

Suportar ser réu no processo penal brasileiro constitui-se tarefa árdua. Isso porque, embora deva servir para o estabelecimento de garantias com vistas à lícita aplicação do direito penal e à redução de riscos de abuso do ente estatal no exercício do *jus puniendi*,²⁹⁴ o que se vê na realidade pátria é um quadro de incertezas quanto à salvaguarda de direitos, gerando temor a repercutir sobre a própria voluntariedade do investigado/acusado, que confessa para afastar os riscos de se responder a uma ação penal.

Dessa forma, a condenação é vista por muitos sujeitos como regra, pois, ainda que se declare inocente, o investigado, não contando com prova apta para afastar a hipótese acusatória e uma vez enfraquecida a presunção de inocência, julga ser o acordo a única opção favorável, sendo, inclusive, orientado por sua defesa técnica a esse respeito. Essa realidade é bem ilustrada pelo trecho a seguir das declarações apresentadas por defensores públicos atuantes na cidade do Rio de Janeiro/RJ em entrevistas também desenvolvidas por Maurício Mendonça no curso de sua pesquisa de mestrado:

Você sabe o que aconteceu, se você praticou ou não praticou, e você sabe que não praticou, mas sabe também que não tem como você provar sua inocência. É o que eu falo, não interessa você saber que é inocente, você tem que ter prova da sua inocência? (Defensor 1)

Eu falo: como está sua vida? Não pode estar encrencado com nada? Então é melhor você aceitar, se você vê alguma chance de ser condenado. Eu acho que pro Defensor Público que não vai ali ter um contato com a produção de provas muito aprofundada, o assistido dele normalmente não tem prova nenhuma a ser usada em favor dele, ele não tem um alibi. Ele já entra no processo condenado. Então eu acho muito complicado eu falar: vai lá, aposta no Estado Democrático de Direito, seu processo vai ser justo sim. (Defensor 3)²⁹⁵

A insegurança quanto à efetividade do processo na consecução dos objetivos outrora mencionados resulta, então, em pressão sobre o investigado, que, mesmo ao se considerar inocente, vislumbra como opção mais viável confessar formal e circunstancialmente a prática de infração penal para viabilizar o acordo, dada a dificuldade em provar sua versão dos fatos e frente a dúvidas sobre a preservação de suas garantias no bojo do procedimento. Em hipóteses como essa, resta enfraquecida a função de garantia a ser atribuída à exigência de confissão, pois esta não tem o condão de impedir a celebração do acordo por agentes inocentes.

No ponto, precisa a exposição de Lorena Bachmaier Winter ao analisar o aspecto da voluntariedade em negociações sobre a condenação, com as quais o acordo de não persecução

²⁹⁴ WINTER, Lorena Bachmaier. A justiça negociada e coerção: reflexões à luz da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (Org.). *Plea bargaining*. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 16.

²⁹⁵ CARVALHO, Maurício Mendonça de. *Doutrina, legislação e práticas do acordo de não persecução penal - "O Sr. confessa?"*. 66 f. Dissertação (Mestrado). Universidade Veiga de Almeida, Rio de Janeiro, 2022, p. 46.

não se confunde, aplicando-se a ele, contudo, a necessária cautela indicada pela autora no tocante à coerção e aos abusos do poder estatal:

Penso, portanto, que o decisivo não é simplesmente o fato de poder escolher, senão sabero que ocorrerá no caso de renunciar à proposta de acordo: em concreto, se optar pelo processo, se existem expectativas razoáveis de que se realize justiça. Em outras palavras, se recorrer ao processo não oferecer ao acusado garantias suficientes de que sendo inocente será absolvido e de que sendo culpado será prolatada sentença corresponde aos fatos que realmente cometeu, praticamente não lhe restará outra opção que escolher o mal menor, isto é, o acordo de conformidade. Isto é o que acontece quando o processo penal em seu conjunto não está estruturado de tal maneira que o acusado confie em seu êxito ou os atores não oferecem garantias suficientes de imparcialidade. Na prática, a falta de confiança no sistema converte o recurso ao acordo de conformidade em coercitivo, seja qual for a liberdade de escolha formal do acusado.²⁹⁶

Feitas tais considerações críticas sobre a “função de garantia”, importa destacar que há quem atribua à confissão uma função processual. Nesse sentido, Rodrigo Ferreira Leite Cabral aponta que, além de reforçar a justa causa já presente, a confissão confere ao Ministério Público “elemento de vantagem processual”.²⁹⁷

Na espécie, uma vez descumprido o acordo de não persecução penal, a confissão fornecida para a sua celebração poderá figurar como elemento de corroboração, servir ao confronto com outras provas e à exposição de suas contradições e fragilidades e ampliar linhas investigativas e fontes de prova.²⁹⁸ Tem-se, assim, uma contrapartida oferecida ao Estado por abrir mão do exercício da ação penal e um caminho para impedir que o investigado, descumprindo o acordo injustificadamente, beneficie-se com ganho indevido de tempo e embaraço à persecução penal.²⁹⁹

Não se vislumbra óbice, portanto, ao uso, pelo Ministério Público, da confissão realizada para o acordo. Na hipótese, não está a se falar de utilização das informações fornecidas pelo investigado quando o acordo não restar homologado. Neste caso, impõe-se o desentranhamento da confissão anteriormente juntada aos autos da investigação.³⁰⁰ O que se revela possível, no entanto, é a utilização do termo de confissão quando o acordo for rescindido

²⁹⁶ WINTER, Lorena Bachmaier. A justiça negociada e coerção: reflexões à luz da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (Org.). *Plea bargaining*. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 34.

²⁹⁷ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Manual do acordo de não persecução penal: à luz da Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime)*. 4. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora JusPodivm, 2023, p. 128. Em sentido semelhante, GOMES FILHO, Demerval Farias. *Direito penal negocial: a legitimação da resposta penal*. São Paulo: Editora JusPodivm, 2023, p. 229.

²⁹⁸ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Manual do acordo de não persecução penal: à luz da Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime)*. 4. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora JusPodivm, 2023, p. 129-131.

²⁹⁹ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Manual do acordo de não persecução penal: à luz da Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime)*. 4. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora JusPodivm, 2023, p. 132.

³⁰⁰ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Acordo de não persecução penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022, n. p. [E-book]

em função do descumprimento das condições às quais o investigado se submetera.

Nesse aspecto, também não se defende o acordo de não persecução penal como meio de obtenção de prova essencialmente através da confissão, tendo em vista que o instituto ora examinado se volta, em maior medida, à simplificação processual.³⁰¹ Afirma-se, porém, a ausência de impedimento ao emprego desta confissão como elemento de corroboração de provas produzidas em contraditório, sendo esta uma consequência do descumprimento injustificado do acordo apto motivar a sua rescisão.

Isto posto, depreende-se que a exigência da confissão enquanto requisito para a celebração do acordo de não persecução penal constitui-se como vantagem processual conferida à acusação na hipótese de rescisão decorrente de seu descumprimento pelo compromissário, assumindo, ainda, o papel de reforço à justa causa para o ajuste, impedindo a banalização do instrumento e seu uso em face de inocentes.

Especialmente neste ponto, não se pode admitir que, mesmo afirmando categoricamente ser inocente, o investigado confesse a prática criminosa com o único objetivo de desfrutar das vantagens do acordo frente ao custoso, prolongado e arriscado processo judicial.³⁰² Em sentido contrário, porém, Demerval Farias Gomes Filho entende ser possível a chamada “confissão finalística”, realizada sob a afirmação de inocência e após uma análise de custo benefício pelo investigado e sua defesa. Assim, mesmo afirmando ser inocente, o investigado poderia confessar formalmente para celebrar o acordo, já que este não se constitui em pacto relacionado à culpabilidade ou à pena.³⁰³

Na observação participante desenvolvida na presente pesquisa, foi possível notar clara demonstração de “confissão finalística” em audiência de homologação de acordo de não persecução penal conduzida pelo Juiz D. O acordo sob apreciação fora celebrado em caso envolvendo o crime de receptação de uma motocicleta, com anotação de furto/roubo. O investigado ingressou em sala de audiência visivelmente tenso, sem demonstrar compreensão acerca do ato que presenciava e das particularidades do negócio jurídico por ele celebrado.

Quando questionado sobre quem efetivamente utilizava o bem receptado, pois pairavam dúvidas a esse respeito nos autos, o imputado, em um primeiro momento, reconheceu que seu filho era responsável pela condução da motocicleta, tendo, expressamente, afirmado que fez

³⁰¹ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Acordo de não persecução penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022, n. p. [E-book]

³⁰² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta turma. Habeas Corpus n.º 636279/SP. Relator: Ministro JOEL ILAN PACIORNIK. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, 23 mar. 2021.

³⁰³ GOMES FILHO, Demerval Farias. *Direito penal negocial: a legitimação da resposta penal*. São Paulo: Editora JusPodivm, 2023, p. 231.

constar o seu próprio nome como autor da infração, alterando, portanto, o relato dos fatos. Sendo alertado sobre a necessidade da confissão para a celebração e homologação do acordo e novamente instado a informar quem realmente utilizara o bem furtado/roubado, o investigado, em baixo tom de voz, afirmou ter sido o autor do crime, assumindo, assim, o pagamento de prestação pecuniária de R\$ 1.000,00 e a perda da fiança no valor de R\$ 500,00.

Depreende-se, então, que, ao se admitir hipóteses como a acima narrada, com a confissão sendo apresentada pelo compromissário com o único intuito de viabilizar os benefícios da negociação, corre-se o risco de abrir espaço ao uso abusivo do acordo de não persecução penal, mediante confissões oportunistas e que seguem na contramão dos demais elementos probatórios colhidos.³⁰⁴ Embora o instituto volte-se, precipuamente, à celeridade e à simplificação na resolução do caso concreto, não basta que esta resolução seja rápida e simples, mas que seja adequada e efetiva, o que não se dará na hipótese de responsabilizada pessoa não envolvida com a prática criminosa.

Frente às discussões ora expostas, observa-se que melhor teria andado o legislador se houvesse incluído no texto legal o objetivo da exigência de confissão, bem como a admissão ou não de sua utilização quando rescindido o acordo de não persecução penal. Esta omissão permanece no projeto de novo CPP.³⁰⁵ Sendo este aprovado, incumbirá, então, à literatura jurídica e aos Tribunais o aprofundamento do debate e a delimitação de respostas essenciais à regular aplicação do instituto.

Aos requisitos indicados nas linhas acima se soma a necessidade e a suficiência do acordo para a reprovação e prevenção do crime, expressão cuja vagueza abre espaço para o exercício da política criminal pelo Ministério Público, ao mesmo tempo em que cria riscos de abusos pelo órgão de acusação.³⁰⁶ Tal como mencionado na abordagem da suspensão condicional do processo e da transação penal, tem-se, aqui, mais uma expressão da chamada discricionariedade regrada.

Autoriza-se, desse modo, que o Ministério Público defina, no caso concreto, se o acordo de não persecução penal se mostra como medida suficiente e necessária, definição esta a se dar por decisão motivada e passível de controle e revisão (§ 14). Reconhece-se, por meio do acordo,

³⁰⁴ SOUZA, Renee do Ó; DOWER, Patrícia Eleutério Campos. Algumas Respostas sobre o acordo de não persecução penal. In: CUNHA, Rogério Sanches *et al.* *Acordos de não persecução penal e cível*. 2. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Juspodivm, 2022, p. 235-236.

³⁰⁵ MENDONÇA, Andrey Borges de. O acordo de não persecução penal no projeto de novo CPP. In: CUNHA, Rogério Sanches *et al.* (Coord.). *Acordos de não persecução penal e cível*. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2022. p. 297.

³⁰⁶ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Acordo de não persecução penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022, n. p. [E-book]

o espaço decisório próprio da atuação ministerial, conferindo-lhe, porém, algum grau de transparência e viabilizando a sua fiscalização. Como aponta Antonio Suxberger, lança-se “luz sobre um espaço decisório que sempre existiu” frente à impossibilidade organizacional de efetivar a obrigatoriedade da ação penal, permitindo, então, sua percepção, regulação e controle.³⁰⁷

É essencial, nesse sentido, que sejam bem estabelecidos os espaços conferidos ao Ministério Público para o exercício desta discricionariedade, com a previsão e a efetivação de sua fiscalização. Seja da disciplina legal do instituto, seja de sua aplicação, como averiguado na observação das audiências de homologação por esta pesquisadora, extrai-se que o papel conferido ao órgão de acusação é amplo e decisivo em relação à situação jurídica a que será submetida a pessoa investigada, assumindo, não poucas vezes, a figura de protagonista, não apenas no desenvolvimento da negociação, mas até mesmo no ato destinado à apreciação judicial sobre os termos acordados.

Preenchidos todos estes requisitos, devem, ainda, estar ausentes as hipóteses elencadas no § 2º do art. 28-A. Quanto ao alcance dos incisos I e IV, não se vislumbram dificuldades, dada a clareza e objetividade do texto legal – destacando-se apenas o erro na redação do inciso IV, ao mencionar o termo “sexo” em lugar de “gênero” feminino. Maiores cautelas, porém, são necessárias na compreensão dos incisos II e III, sendo este último apto a criar situações problemáticas na prática forense.

Ao exigir que, para a celebração do acordo, o investigado não seja reincidente, nem ostente conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, o texto inserido no inciso II é carregado de imprecisão. Depreende-se de sua redação o objetivo de afastar a aplicação do instituto quando o agente, de maneira prolongada e regular, envolve-se com a prática de infrações penais, dispensando-se a existência de sentença condenatória transitada em julgado, frente ao uso da expressão “elementos probatórios”.³⁰⁸ Entretanto, o que servirá como elemento probatório suficiente?

Na prática, incumbirá a cada promotor de justiça ou procurador da república a decisão a esse respeito, podendo ser considerados boletins de ocorrência, inquéritos policiais, ações penais em curso, assim como condenações transitadas em julgado com o decurso do prazo

³⁰⁷ SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. *Acordo de não persecução penal: alternativa à judicialização do caso penal*. In: CUNHA, Rogério Sanches et al (Coord.). *Acordos de não persecução penal e cível*. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2022. p. 177-178.

³⁰⁸ GOMES FILHO, Demerval Farias. *Direito penal negocial: a legitimação da resposta penal*. São Paulo: Editora JusPodivm, 2023, p. 225-226; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Acordo de não persecução penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022, n. p. [E-book]

depurador da reincidência. Necessário, assim, algum grau de uniformização, com definição de critérios pelas Cortes Superiores ou, até mesmo, pelas instâncias de revisão no âmbito ministerial, de modo a se afastarem tratamentos desiguais dispensados a situações semelhantes.

A imprecisão do texto legal não se restringe à primeira parte do inciso II. Ao indicar que o acordo será cabível na hipótese de habitualidade, reiteração ou profissionalismo envolvendo infrações penais insignificantes, a parte final do referido inciso demonstra grave contradição. Para viabilizar sua aplicação, é necessário concluir que o legislador, ao empregar o termo “insignificantes” não pretendia se referir à insignificância como comumente considerada no ordenamento jurídico brasileiro.

Como causa a excluir a tipicidade material da conduta, a insignificância não pode ser levada em conta na interpretação do dispositivo legal em análise, pois, se atípica a conduta, inexistente a infração penal pretérita a afastar a possibilidade do acordo de não persecução penal, não subsistindo razão, portanto, para a exceção inserida no inciso II. Esta, pois, somente faz sentido se o termo “insignificantes” fizer referência a infrações penais de menor intensidade, as quais, mesmo não sendo tecnicamente insignificantes, contam com reduzida gravidade.³⁰⁹

Na tentativa de salvar o dispositivo de sua contradição, porém, abre-se novo espaço para a discricionariedade, dada a ausência de critérios objetivos para a qualificação das infrações como de menor gravidade/intensidade.

Avançando-se, por fim, ao inciso III, tem-se a problemática indicação da data do cometimento da infração como parâmetro para a contagem dos cinco anos anteriores nos quais o investigado não poderá ter sido beneficiado com outro acordo de não persecução penal, com a suspensão condicional do processo ou com a transação penal. Permite-se, assim, a celebração de acordos sucessivos em intervalo de tempo inferior a cinco anos, o que esvazia a razão de ser da vedação elencada no inciso III.³¹⁰

Imagine-se a seguinte situação: um mesmo agente pratica crimes diversos nos dias 10/05/2022 e 10/12/2022. Em 15/12/2022, o investigado, não beneficiado anteriormente com qualquer outro mecanismo de negociação criminal, celebra acordo de não persecução quanto ao primeiro crime. Em 19/12/2022, não haverá qualquer óbice para a celebração de um segundo acordo quanto à prática do crime do dia 10/12/2022, sendo ambos os ajustes realizados em

³⁰⁹ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Manual do acordo de não persecução penal*: à luz da Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime). 4. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora JusPodivm, 2023, p. 121; GOMES FILHO, Demerval Farias. *Direito penal negocial: a legitimação da resposta penal*. São Paulo: Editora JusPodivm, 2023, p. 226.

³¹⁰ MENDONÇA, Andrey Borges de. O acordo de não persecução penal no projeto de novo CPP. In: CUNHA, Rogério Sanches et al (Coord.). *Acordos de não persecução penal e cível*. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2022. p. 298.

conformidade com o texto legal, eis que o agente somente foi beneficiado com outro acordo em data posterior ao cometimento desta última infração penal.

Destarte, tem-se a alteração do referido dispositivo legal como medida salutar, de modo a ser considerado como marco temporal para a contagem do prazo de cinco anos a data da assinatura do acordo de não persecução penal.

Atestado o cabimento e celebrado o acordo, torna-se possível a submissão do investigado a condições elencadas no texto legal. Trata-se de rol exemplificativo frente à possibilidade de o Ministério Público indicar “outra condição [...] proporcional e compatível com a infração penal imputada”. Recorrendo o órgão de acusação a esta cláusula aberta e propondo condições complementares àquelas já listadas no texto legal, deverá ser exigida adequada fundamentação, de modo a se permitir a apreciação da proporcionalidade e da compatibilidade da condição proposta – como equivalente funcional da pena –³¹¹ com a conduta atribuída ao investigado.

Por previsão expressa, admite-se que as condições do acordo sejam delimitadas de maneira cumulativa e alternativa. O uso da conjunção aditiva “e”, contudo, chama atenção, dada a contrariedade entre os termos por ela unidos. Neste ponto, Rodrigo Cabral entende que as medidas dos incisos I, II e III deverão sempre estar presentes e de forma cumulativa, ao passo que aquelas indicadas nos incisos IV e V seriam alternativas em função da conjunção “ou” a separá-las no texto legal. Américo Bedê Jr e Letícia Lembruger, por seu turno, compreendem como cumulativas apenas as condições descritas nos incisos I e II, dada sua vinculação à reparação e à composição do dano, sempre necessárias.³¹²

Diante da inexatidão do texto legal, observa-se que, enquanto não reformulada a redação do dispositivo, restará ao intérprete admitir esta ou aquela condição como cumulativa ou alternativa.

A despeito deste aspecto redacional a merecer ajustes, ao se analisarem as condições a serem previstas no acordo, para além daquelas similares às penas restritivas de direitos (incisos III e IV), da cláusula aberta (inciso V) e do confisco consentido pelo investigado (inciso II), tem-se como relevante o papel conferido a vítima no inciso I. Comumente alijada do debate

³¹¹ GOMES FILHO, Demerval Farias. *Direito penal negocial*: a legitimação da resposta penal. São Paulo: Editora JusPodivm, 2023, p. 219; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Acordo de não persecução penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022, n. p. [E-book]; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Manual do acordo de não persecução penal*: à luz da Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime). 4. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora JusPodivm, 2023, p. 92.

³¹² FREIRE JR., Américo Bedê; LEMGRUBER, Letícia. Os acordos de não persecução penal e cível: permissões e vedações. In: CUNHA, Rogério Sanches et al (Coord.). *Acordos de não persecução penal e cível*. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2022, p. 378.

quanto à prática criminosa, a vítima é reconduzida a papel de maior destaque no tratamento do conflito penal a partir da previsão da reparação dos danos por ela suportados em decorrência da infração penal.

Não se trata de restituir à vítima o *ius puniendi* ou de armá-la para sua vingança privada, mas sim de minimizar os prejuízos por ela sofridos, dando-lhe voz na resolução da demanda.³¹³ Desse modo, apesar de ausente previsão legal a este respeito, mostra-se recomendável a intimação da pessoa ofendida para participar da negociação do acordo de não persecução penal, para que se promova a definição e a quantificação do dano com maior precisão.³¹⁴

À vista do panorama apresentado acerca da disciplina legal dispensada ao acordo de não persecução penal e das suas principais controvérsias, nota-se que o instituto traz potenciais soluções para impasses do sistema de justiça criminal, carregando consigo, porém, sérias questões a serem debatidas e definidas no âmbito legislativo e jurisprudencial.

Enquanto não esclarecidas tais questões, recairá sobre o órgão julgador a exigência de atuar com considerável cautela ao exercer o controle sobre a avença entre o investigado, sua defesa e a acusação, visando ao equacionamento das controvérsias apresentadas neste capítulo e, principalmente, à justa solução da causa.

2.3 ATUAÇÃO JUDICIAL SOBRE OS TERMOS DA NEGOCIAÇÃO CRIMINAL

Como indicado nas linhas anteriores, não são poucas as controvérsias que cercam a disciplina e a aplicação do acordo de não persecução penal. A compreensão de cada um dos aspectos problemáticos mencionados toca a atuação judicial no controle da negociação entre a acusação e o investigado, eis que o entendimento do órgão julgador sobre cada um desses quadros pode refletir no modo como direcionará sua fiscalização.

Nesse particular, tem-se que a percepção do juiz sobre o alcance da discricionariedade regrada conferida ao órgão ministerial, os fins da confissão, as condições firmadas entre as partes, o espaço dedicado à vítima na negociação e as hipóteses elencadas no § 2º do art. 28-A do CPP, por exemplo, poderá refletir no desfecho da causa. A proporção desses reflexos dependerá, contudo, do papel atribuído ao julgador na apreciação das tratativas e do acordo.

O exame dos caracteres determinados em lei para o controle judicial sobre o acordo de

³¹³ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Manual do acordo de não persecução penal*: à luz da Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime). 4. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora JusPodivm, 2023, p. 151; GOMES FILHO, Demerval Farias. *Direito penal negocial*: a legitimação da resposta penal. São Paulo: Editora JusPodivm, 2023, p. 232.

³¹⁴ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Acordo de não persecução penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022, n. p. [E-book]; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Manual do acordo de não persecução penal*: à luz da Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime). 4. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora JusPodivm, 2023, p. 157.

não persecução penal não permite a identificação de modelo correlato em ordenamentos jurídicos estrangeiros. A forma estabelecida pelo art. 28-A ora se aproxima do controle judicial no sistema estadunidense de barganha, ora se assemelha aos padrões de controle verificados em ordens jurídicas com um processo penal carregado de raízes inquisitoriais.

Neste ponto, mister rememorar que o *plea bargaining* estadunidense pode assumir feições distintas, sendo suas espécies mais usuais a *charge bargaining*, a *count bargaining* e a *sentence bargaining*. As duas primeiras relacionam-se à imputação. Enquanto na *charge bargaining* o acusado é beneficiado com a apresentação de uma denúncia por crime menos grave do que aquele caracterizado a partir da conduta apurada, na *count bargaining* o órgão de acusação desconsidera algumas condutas ilícitas passíveis de serem imputadas ao acusado. A *sentence bargaining*, por seu turno, constitui-se como negociação sobre a pena a ser aplicada ao imputado que declara sua culpa, havendo o comprometimento do órgão de acusação em pugnar em Juízo a aplicação de tratamento menos gravoso no julgamento do caso.³¹⁵

Destes breves delineamentos, nota-se a discricionariedade e os amplos poderes conferidos à acusação, o que se constitui como campo fértil à prática de abusos. Com atuação judicial reduzida, sendo o órgão julgador conduzido ao papel de coadjuvante, o processo penal estadunidense tem seus rumos predominantemente dirigidos pelo *prosecutor*, e, em alguma medida, pela defesa técnica do réu, quando este possui recursos para a contratação de notáveis e experientes escritórios de advocacia. As atribuições do juiz são limitadas, consistindo, essencialmente, na aferição da voluntariedade e da inteligibilidade em relação à declaração de culpa,³¹⁶ zelando pelo regular cumprimento das regras do jogo.³¹⁷

Se, ao se voltar o olhar para a barganha nos EUA, é possível identificar, então, uma preponderância na atuação do órgão de acusação e uma passividade judicial, examinando-se o *absprachen* alemão, observa-se cenário distinto, com o destaque na atuação da defesa e do magistrado.

À defesa confere-se maior acesso ao acervo probatório e maior conhecimento sobre o caso. Diversamente da barganha estadunidense, na qual o órgão de acusação não tem o dever de revelar todas as evidências que possui, a negociação alemã exige a integral divulgação das

³¹⁵ HILL, Flávia Pereira. *Plea bargaining: uma incursão no sistema processual penal norte-americano*. In: PINHO, Humberto Dalla Bernadina de. *Temas contemporâneos de direito processual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 496; ANDRADE, Flávio da Silva. *Justiça penal consensual: controvérsias e desafios*. 2. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022, p. 126.

³¹⁶ GOMES FILHO, Demerval Farias. *Direito penal negocial: a legitimação da resposta penal*. São Paulo: Editora JusPodivm, 2023, p. 158.

³¹⁷ LIMA, Roberto Kant de. *Ensaio de antropologia e de direito: acesso à justiça e processos institucionais de administração de conflitos e produção da verdade jurídica em uma perspectiva comparada*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 45.

provas. Isto se justifica frente ao modelo de processo penal desenvolvido na Alemanha, fundado na denominada “busca da verdade”, a exigir que a negociação conduza a um julgamento condizente com a culpa do imputado, demonstrada por outros elementos para além da confissão.³¹⁸

O juiz, por sua vez, assume papel central na formação do acordo. Conforme se extrai do § 257c do StPO, o órgão julgador, observando seu dever na busca da verdade (§ 244, n. 2, StPO), poderá promover o acordo entre as partes (§ 257c, n. 1), determinando seu conteúdo e realizando a proposta de ajuste, com as quais o acusado e o acusador poderão concordar (§ 257c, n. 3). Nota-se, portanto, que o sistema de justiça criminal alemão confere ao magistrado atuação de relevo nas negociações, dando-lhe espaço para delimitar seus termos e buscar elementos probatórios a confirmarem a declaração obtida com o acordo.³¹⁹

A estrutura do *plea bargaining*, uma vez traduzida para a Alemanha, sofreu diversas mudanças para adaptar-se à estrutura de interpretação inquisitorial predominante no sistema processual penal daquele país. Desse modo, como conclui Langer, o *Absprachen* não resultou na americanização do processo penal alemão, tendo, contudo, conduzido esta estrutura a um termo médio entre os modelos adversarial e inquisitorial, no qual, apesar de não monopolizar o papel de investigação e determinação da verdade, o juiz não se tornou um árbitro passivo, mas manteve a gestão do processo com vistas à resolução do caso.³²⁰

Partindo-se à análise do papel atribuído ao julgador no modelo italiano, já mencionado anteriormente, também é possível observar sua clara distinção em relação à figura estadunidense traduzida para aquele ordenamento. Não obstante tenha o Código de Processo Penal italiano de 1988 reformulado as atribuições dos atores processuais com vistas à instituição de um sistema processual de natureza acusatória, mediante a implementação de uma postura passiva do Juízo, a construção legal e jurisprudencial do *patteggiamento* dá ao julgador zonas de interferência não pensadas no *plea bargaining*.

Formulado o pedido das partes para a aplicação da pena na forma por elas ajustada, pode o juiz acolhê-lo ou não, sem a possibilidade de alterar o conteúdo do acordo. Ao magistrado é viabilizada apenas a devolução do ajuste às partes para reformulação dos termos negociados.³²¹

³¹⁸ ALEMANHA. Bundesgerichtshofs (BGH), 4 StR 240/97 – Urteil vom 28. August 1997 (LG Dortmund). Disponível em: < <https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/4/97/4-240-97.php3> >. Acesso em 22 jul. 2023.

³¹⁹ BRANDALISE, Rodrigo da Silva. *Justiça penal negociada: negociação da sentença criminal e princípios processuais relevantes*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 89-90.

³²⁰ LANGER, Máximo. Dos transplantes jurídicos às traduções jurídicas: a globalização do *plea bargaining* e a tese da americanização do processo penal. *Delictae Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito*, v. 2, n. 3, p. 19-115, jul-dez. 2017, esp. p. 85-89.

³²¹ BRANDALISE, Rodrigo da Silva. *Justiça penal negociada: negociação da sentença criminal e princípios processuais relevantes*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 98.

Apreciando o requerimento de aplicação de pena, o juiz analisará eventual inexistência do fato, inexistência de crime, ausência de condição de admissibilidade ou insuficiência probatória,³²² rejeitando o acordo caso verificada uma destas hipóteses, ainda que diante da aceitação da pena pelo imputado. E não só.

A partir da Decisão n.º 313/1990 da Corte Constitucional italiana,³²³ reconheceu-se que o controle judicial sobre o *patteggiamento* não se constitui como mera formalidade, afirmando-se como devido o poder do magistrado para controlar a adequação entre a pena apontada pelas partes e a gravidade do crime. Esta análise passou a ser expressamente prevista no texto legal já no ano de 1999,³²⁴ e parece, em alguma medida, aproximar-se da previsão de controle do acordo de não persecução penal pelo magistrado, conforme se verá adiante.

A atuação judicial sobre o *patteggiamento*, no entanto, não se limita aos termos acima expostos. Mister mencionar o caminho conferido ao Juízo para, mesmo diante da discordância da acusação, aplicar a redução de pena e os prêmios próprios do *patteggiamento*. Nesse sentido, caso o Ministério Público, de maneira injustificada, rejeite a aceleração procedimental viabilizada pelo *patteggiamento*, poderá o julgador conceder ao acusado, ao final do processo, todos os benefícios que lhe seriam devidos pelo acordo.³²⁵

A ausência de modelo paralelo ao controle judicial do acordo de não persecução – mais adiante exposto – não é vislumbrada apenas ao se contemplar o direito comparado. Do cotejo entre a previsão do art. 28-A do CPP e a disciplina da atuação do magistrado na celebração da composição civil, da transação penal, da suspensão condicional do processo e da colaboração premiada, depreende-se que, além de se aproximar, em alguma medida, das previsões que lhe antecederam na seara da justiça penal negociada, a alteração promovida pela Lei Anticrime inovou no tratamento da matéria.

Em todos os instrumentos acima mencionados, não é dado ao magistrado participar das negociações, uma vez que não é parte na investigação ou na ação penal. Apesar disso, mesmo não assumindo o papel de vencedor ou de vencido no processo, não se ignora que o juiz não

³²² GOMES FILHO, Demerval Farias. *Direito penal negocial: a legitimação da resposta penal*. São Paulo: Editora JusPodivm, 2023, p. 170.

³²³ ITÁLIA. Corte Costituzionale. Giudizio di Legittimità Costituzionale in Via Incidentale. *Sentenza n.º 313/1990*. Redattore: Presidente dott. Francesco Saja. Roma: Corte Costituzionale, 1990. Disponível em: < <http://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do> >. Acesso em: 28 jul. 2023.

³²⁴ LANGER, Máximo. Dos transplantes jurídicos às traduções jurídicas: a globalização do plea bargaining e a tese da americanização do processo penal. *Delictae Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito*, v. 2, n. 3, p. 19-115, jul-dez. 2017, esp. p. 98; GOMES FILHO, Demerval Farias. *Direito penal negocial: a legitimação da resposta penal*. São Paulo: Editora JusPodivm, 2023, p. 170.

³²⁵ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes; CAPPARELLI, Bruna. Barganha no processo penal italiano: análise crítica do *patteggiamento* e das alternativas procedimentais na justiça criminal. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 15, p. 435-453, jan./jun. 2015, esp. p. 446.

pode figurar como simples espectador, como juiz Pilatos,³²⁶ incumbindo-lhe, com efeito, a análise da validade dos acordos e da observância dos limites legais para sua realização.³²⁷

Por essa razão, no âmbito da composição civil de danos, reservou-se ao magistrado o papel de informar a possibilidade do ajuste, bem como de conduzir a conciliação (arts. 72 e 73) – na ausência de um conciliador. Nesta oportunidade, o juiz deverá respeitar os termos negociados pelas partes, independentemente de sua concordância, não podendo ampliá-los ou reduzi-los,³²⁸ mas apenas homologá-los uma vez atendidos os requisitos legais.

Noutro giro, incumbe ao órgão julgador, na análise da transação penal, além de esclarecer a possibilidade de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade (art. 72) – equivalentes funcionais da pena –, apreciar a proposta formulada pelo Ministério Público e aceita pelo autor do fato, podendo acolhê-la, homologando-a, e, em seguida, aplicar a pena restritiva de direitos (art. 76, §§ 3º e 4º). A decisão de homologação não possui efeitos condenatórios ou absolutórios.³²⁹

O controle judicial sobre a proposta aceita pelo autor da infração deve ser limitado, a fim de que o magistrado não se imiscua no papel das partes na negociação. A vontade destas deve prevalecer na celebração da transação penal, desde que respeitados os limites legais. Por se tratar de sentença homologatória, a decisão que avalia a proposta de acordo se restringe ao controle da legalidade deste,³³⁰ não possuindo aptidão para ampliar ou reduzir os termos fixados pela acusação e pela defesa sem a anuência destas, o que se assemelha à previsão do art. 28-A do CPP, conforme se analisará adiante.

A disciplina legal da suspensão condicional do processo, por seu turno, confere ao juiz maior atuação no aperfeiçoamento do ajuste. Conforme disposição do art. 89 da Lei n.º 9.099/95, preenchidos os requisitos, será possível ao Ministério Público formular proposta de suspensão do processo, a qual, aceita pelo acusado, viabilizará ao magistrado a submissão do suposto autor da infração a determinadas condições no período de prova. Depreende-se, desse modo, que o controle judicial no âmbito da suspensão condicional do processo não possui apenas natureza homologatória, de análise da legalidade, sendo-lhe autorizada pela literalidade

³²⁶ FREIRE JR., Américo Bedê. *A reforma do CPP e o juiz no processo penal brasileiro*. Juiz criminal no seu lugar: nem protagonista nem espectador. Motivos pelos quais precisa ter poderes instrutórios. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/ajufe/a-reforma-do-cpp-e-o-juiz-no-processo-penal-brasileiro-18062020>>. Acesso em: 05 set. 2023.

³²⁷ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 228.

³²⁸ MIRANDA, Acacio; SILVA, Leonardo Henriques da Silva. *Juizados especiais criminais*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 162.

³²⁹ MIRANDA, Acacio; SILVA, Leonardo Henriques da Silva. *Juizados especiais criminais*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 176

³³⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Juizados Especiais Criminais: comentários à Lei 9.099 de 26.09.1995*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 166.

do § 2º do art. 89 da Lei n.º 9.099/95 a fixação de condições diversas daquelas elencadas no § 1º, o que erige dúvidas sobre sua adequação ao modelo acusatório.³³¹

Observa-se que, no âmbito dos Juizados Especiais Criminais, o magistrado, em verdade, assume um papel de “supervisão, treinamento e monitoramento”, pois os casos que lhes são submetidos encontram solução, em grande medida, na conciliação e na transação penal, conduzidas majoritariamente por conciliadores.³³²

Outro cenário é vislumbrado ao se analisar o controle judicial sobre a colaboração premiada. Atuando como garantidor do devido processo legal e de direitos fundamentais do acusado, o magistrado tem atribuição em dois momentos principais, na homologação do acordo e no sentenciamento.³³³ Examinando-se esses momentos em ordem inversa, nota-se que, na sentença, o juiz averiguará a efetividade da colaboração, determinando, a partir disso, o benefício a ser conferido ao delator, com base no acordo anteriormente firmado.³³⁴ De outro lado, quanto à homologação do acordo de colaboração premiada, observa-se a descrição legal dos critérios para tanto (art. 4º, § 7º, da Lei n.º 12.850/2013), devendo o juiz apreciar os aspectos formais da avença, a voluntariedade e a legalidade das cláusulas propostas.³³⁵

Do breve reconhecimento da apreciação exercida pelo Judiciário sobre os instrumentos de negociação criminal que antecederam a edição da Lei n.º 13.964/2019, observa-se um desenho legal a permitir maior previsibilidade quanto à atuação do magistrado, sem a concessão de maiores zonas para a sua ingerência sobre o conteúdo da avença.

A forma como estabelecido o controle judicial sobre o acordo de não persecução penal representa, entretanto, considerável inovação frente ao desenho legal supracitado, transitando, ainda, entre os sistemas estrangeiros analisados neste trabalho, ora sendo vedada maior intervenção judicial na negociação, ora se permitindo ao magistrado maior ingerência em seus termos.

De início, importa destacar que, de modo diverso do averiguado no modelo italiano, não

³³¹ ANDRADE, Flávio da Silva. *Justiça penal consensual: controvérsias e desafios*. 2. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022, p. 210.

³³² LIMA, Roberto Kant de; AMORIM, Maria Stella de; BURGOS, Marcelo Baumann. A administração da violência cotidiana no Brasil: a experiência dos Juizados Especiais Criminais. In: AMORIM, Maria Stella de; LIMA, Roberto Kant de; BURGOS, Marcelo Baumann (Org.). *Juizados especiais criminais, sistema judicial e sociedade no Brasil*. Niterói: Intertexto, 2003, p. 37; DIAS, Ricardo Gueiros Bernardes. A comparative empirical study of negotiation in criminal proceedings between Brazil and the United States of America. *University of Baltimore Journal of International Law*, v. 4, n. 2, p. 59-96, 2016, esp. p. 88.

³³³ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Colaboração premiada no processo penal*. 5.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, n. p. [E-book]

³³⁴ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Colaboração premiada no processo penal*. 5.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, n. p. [E-book]

³³⁵ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Colaboração premiada no processo penal*. 5.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, n. p. [E-book]

se confere ao juiz a possibilidade de, diante da recusa ministerial em propor o acordo de não persecução penal, conceder ao investigado os benefícios próprios do instituto. O magistrado não assume papel de parte, devendo ser provocado pelo investigado para que providencie a remessa dos autos ao órgão de revisão do Ministério Público, a quem incumbirá decidir pela manutenção da recusa ou pela devida formulação de proposta de acordo.

Ainda que se admita a iniciativa do julgador em remeter os autos à instância de revisão ministerial diante de recusa injustificada de formulação de proposta de acordo,³³⁶ a última palavra a este respeito será sempre do titular da ação penal.

Avançando-se no procedimento fixado no art. 28-A, tem-se que, para a execução dos termos fixados em acordo de não persecução penal, necessária sua submissão à apreciação judicial, oportunidade na qual, em juízo homologatório, serão apreciadas a legalidade e a voluntariedade do ajuste, após audiência específica para tanto. O juiz não conta, então, com a atribuição de propor o acordo, nem de homologá-lo sem prévio ajuste e consenso entre a acusação e a defesa.³³⁷

A apreciação quanto à legalidade, especificamente, dá-se sob duas perspectivas. A primeira delas envolve a legalidade de sua celebração, requerendo, nesse ponto, a análise judicial sobre o preenchimento as exigências legais para o acordo. A segunda perspectiva, porém, envolve o controle judicial sobre o conteúdo do acordo de não persecução penal (art. 28-A, § 5º, do CPP). Trata-se de efetiva análise do mérito da avença, quando o juiz apreciará se as condições firmadas no acordo são inadequadas, insuficientes ou abusivas. Não o sendo, procederá à sua homologação, devolvendo os autos ao Ministério Público para que inicie a execução junto ao juízo da execução penal – previsão um tanto quanto questionável, eis que inexistente pena a ser cumprida, mas apenas condições, equivalentes funcionais da pena.

Destarte, por meio de sentença de natureza homologatória – e que, portanto, não produz, por si, os efeitos previstos no art. 91 do CP –, enseja-se o cumprimento do quanto ajustado pelas partes no acordo de não persecução penal, o que não reflete, porém, a adesão do magistrado ao ajuste de vontade das partes. O juízo de homologação configura-se como condição de eficácia deste acordo,³³⁸ não servindo à revisão ou à alteração de seus termos e de suas condições.³³⁹

³³⁶ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Colaboração premiada no processo penal*. 5.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, n. p. [E-book]

³³⁷ ARAS, Vladimir. Acordos penais no Brasil: uma análise à luz do direito comparado. In: CUNHA, Rogério Sanches *et al.* Acordos de não persecução penal e cível. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2022, p. 68.

³³⁸ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Manual do acordo de não persecução penal: à luz da Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime)*. 4. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora JusPodivm, 2023, p. 147 e 186.

³³⁹ SOUZA, Renee do Ó; DOWER, Patrícia Eleutério Campos. Algumas Respostas sobre o acordo de não persecução penal. In: CUNHA, Rogério Sanches *et al.* *Acordos de não persecução penal e cível*. 2. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Juspodivm, 2022, p. 242.

Cenário diverso será delineado se exercido um juízo negativo sobre a legalidade do conteúdo da avença, ocasião em que o órgão judicial deverá devolver os autos ao Ministério Público, para reformulação da proposta. Não sendo esta readequada, poderá o juiz recusar sua homologação (§ 7º), decisão em face da qual será cabível a interposição de recurso em sentido estrito (art. 581, XXV, do CPP).

Na estrutura desenhada no art. 28-A do CPP, constata-se, então, que, se a última palavra quanto à propositura do acordo de não persecução penal é atribuída ao Ministério Público, a última palavra sobre sua homologação será dada pelo Judiciário. As exigências e os limites para essa relevante atuação judicial na fiscalização das condições do acordo devem ser claros e objetivos, de modo a reduzir espaços para arbitrariedades e evitar que este controle ou se torne mera formalidade, perdendo sua função de garantia de direitos – do acusado, da vítima e da sociedade –, ou avance indevidamente sobre o papel das partes na negociação, cogitando-se, neste ponto, ofensa ao sistema processual penal constitucionalmente eleito.

3 O CONTROLE JUDICIAL DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL EM UM SISTEMA PROCESSUAL QUE SE PRETENDE ACUSATÓRIO

3.1 DA RELEVÂNCIA DO CONTROLE JUDICIAL SOBRE O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E DA NECESSÁRIA FIXAÇÃO DE LIMITES PARA A SUA REALIZAÇÃO

As linhas gerais descritas no capítulo anterior permitem compreender o potencial impacto da aplicação do acordo de não persecução penal no dia a dia forense. Se, apenas consideradas as disposições do Código Penal, tem-se 48,5% dos crimes neste tipificados alcançados pela nova ferramenta de negociação,³⁴⁰ é possível projetar a mudança a ser experimentada pelo sistema de justiça criminal brasileiro nos anos a seguir. Este sistema, portanto, segue sendo reformado com o impulso do mote da eficácia penal, a mover as mudanças das legislações processuais penais latino-americanas nas últimas décadas e tomar por modelo o processo penal estadunidense, ainda que em doses isoladas.³⁴¹

O instituto com o impacto acima mencionado é disciplinado por um único artigo de lei, que, mesmo com seus 14 parágrafos, mostra-se insuficiente e lacônico em diversos aspectos, resultando em controvérsias profundas e sérias, como as poucas já citadas neste trabalho.

Com precisão, Vinicius Vasconcellos³⁴² ressalta a inviabilidade de que o texto legal aborde de maneira exauriente as diversas variáveis e minúcias do acordo de não persecução penal, o que, porém, não afasta a relevância de maior detalhamento da disciplina jurídica de mecanismos como o ora estudado. O que se vê, porém, são lacunas a serem preenchidas por eventuais reformas legislativas ou, como alternativa mais provável, pela atuação dos Tribunais Superiores.

Nesse quadro, o controle judicial sobre o acordo de não persecução penal constitui temática circundada por controvérsias, notadamente em função da falta de clareza do reduzido texto legal a dispor sobre a matéria.

Consoante já delineado alhures, após celebrado o acordo de não persecução penal, a fim de viabilizar a execução dos termos ajustados, faz-se necessária sua submissão à apreciação judicial, oportunidade na qual, em juízo homologatório, serão apreciadas a voluntariedade do

³⁴⁰ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Justiça negocial e acordo de não persecução penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 191, p. 329-373, jul-ago/2022, n. p. [versão digital]

³⁴¹ ANITUA, Gabriel Ignacio. A importação de mecanismos consensuais do processo penal estadunidense nas reformas processuais latino-americanas. In: GLOECKNER, Ricardo. *Sistemas processuais penais*. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021, p. 439-440.

³⁴² VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. O acordo de não persecução penal na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em 2020 e 2021. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 191, p. 93-120, jul-ago/2022, n. p. [versão digital].

investigado e a legalidade do acordo, com especial atenção à adequação, à suficiência e à não abusividade de suas condições. A previsão a esse respeito é passível de consideráveis questionamentos, tendo em vista que a abertura das diretrizes legais para este pronunciamento pode resultar em cenários que seguem na contramão de um sistema processual penal declarado como acusatório.

No âmbito da justiça criminal negociada, não há dúvidas de que o magistrado não participa das tratativas como parte interessada, exercendo, contudo, relevante função de frear a discricionariedade negocial, com o fim de que esta não afaste indevidamente direitos fundamentais³⁴³ ou se distancie da base fático-probatória constante nos autos. Apesar de não se identificar, na ordem jurídica brasileira, a possibilidade de negociação sobre a condenação tal como se observa no ordenamento estadunidense, há, nos instrumentos negociais disciplinados na legislação pátria, a supressão de garantias do investigado, como a da produção probatória e a do contraditório, em troca de uma espécie de sanção mais célere e consentida.³⁴⁴

Voltando-se o olhar para o acordo de não persecução penal, de igual modo, tem-se que o juiz não poderá propô-lo, nem o homologar sem prévio ajuste e consenso entre o órgão de acusação, o investigado e sua defesa.³⁴⁵ Sua atuação, contudo, mostra-se sobremodo relevante para a acertada implementação de instrumento de tão amplo alcance. A submissão do acordo à homologação judicial abre espaço à benéfica contenção tanto de tratativas realizadas sem efetiva voluntariedade, como de acordos firmados em substituição a promoções de arquivamento em casos sem o mínimo suporte probatório e de cláusulas teratológicas eventualmente fixadas.

Decerto, com a ampliação dos espaços para o exercício da oportunidade pelo Ministério Público iniciada na década de 90 e acentuada pela Lei n.º 13.964/2019, demanda-se a fixação de limites e de mecanismos de controle sobre a atuação ministerial. Isso porque a hipertrofia do órgão acusador no desenvolvimento do processo penal, no que Bernd Schunemann denomina “aglomeração quântica de poder”,³⁴⁶ acompanhada da ausência de fiscalização por ente diverso, abre caminho para o manejo indevido da persecução penal, apto a propagar mais desigualdades e arbitrariedades no já problemático sistema de justiça criminal brasileiro.

³⁴³ MILHOMEM, Leonardo Dantas; SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. Justiça criminal negociada como resposta penal alternativa. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 318, p. 51-74, ago. 2021, esp. p. 2. [versão digital]

³⁴⁴ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. O acordo de não persecução penal na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em 2020 e 2021. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 191, p. 93-120, jul-ago/2022, n. p. [versão digital].

³⁴⁵ ARAS, Vladimir. Acordos penais no Brasil: uma análise à luz do direito comparado. In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Acordos de não persecução penal e cível*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2022, p. 68.

³⁴⁶ SCHUNEMANN, Bernd. *La Reforma del Proceso Penal*. Madrid: Dykinson, 2005, p. 35.

A admissão da negociação para a resolução da causa penal confere ao Ministério Público maior espaço para a formulação e a execução de políticas criminais, passando de titular da ação àquele que determinará a continuidade ou não da persecução penal.³⁴⁷ Esta última, com efeito, acaba por consistir em resultado de decisão política, seja no âmbito da produção legislativa, seja na própria seara administrativa, frente às escolhas diárias realizadas pelas polícias – a respeito de quais condutas serão alvo de suas ações de enfrentamento, comunicação e investigação – e pelo Ministério Público, ao definir quais investigações não levar adiante e quais casos submeter a julgamento ou a negociação. Ainda que haja alguma limitação especialmente neste último aspecto da atuação ministerial, com a definição de parâmetros legais mínimos para a escolha de casos aptos à via negocial, a seletividade segue presente e crescente na codificação penal e processual, bem como na atuação dos agentes públicos na “gestão de casos individuais”.³⁴⁸

O quadro acima desenhado pode ser visualizado com maior clareza e de maneira acentuada no processo penal estadunidense, em que se vê no órgão de acusação o papel de juiz de fato. Embora ao Judiciário atribua-se, ao menos em tese, a função de verificar a voluntariedade e a base fática da confissão, quem decide efetivamente e traça os rumos da condenação é o *prosecutor*. Este detém o controle sobre a acusação, sobre os fatos a ela subjacentes e até sobre os termos da sentença,³⁴⁹ decidindo, com ampla discricionariedade, quem suportará os custos, a ansiedade e o constrangimento de um processo penal.³⁵⁰

Tal como no cenário estadunidense, a negociação criminal no contexto jurídico brasileiro, ainda que sem envolver efetiva condenação, viabiliza a transformação do órgão de acusação em “verdadeiro adjudicador”,³⁵¹ com o reforço de seus poderes no nascedouro, na condução e no encerramento da persecução penal, e, por certo, na delimitação do conteúdo do acordo. Própria do exercício deste mister é a discricionariedade atribuída ao Ministério Público. Esta, porém, ao ser conferida e operada de maneira inapropriada quando da decisão sobre

³⁴⁷ RIOS, Rodrigo Sánches. Contributo para a interpretação das finalidades do acordo de não persecução penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 191, p. 207-233, jul-ago/2022, n. p. [versão digital]

³⁴⁸ SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da Silveira. Justiça sem processo? O acordo de não persecução penal como possível instrumento político-criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 191, p. 305-327, jul-ago/2022, n. p. [versão digital].

³⁴⁹ LANGER, Máximo. Plea bargaining, conviction without trial, and the global administratization os criminal convictions. *Annual Review of Criminology*, 2021, p. 377-411. Disponível em: <<https://www.annualreviews.org/doi/abs/10.1146/annurev-criminol-032317-092255>>. Acesso em: 19 jan. 2024.

³⁵⁰ MA, Yue. Prosecutorial Discretion and Plea Bargaining in the United States, France, Germany, and Italy: A Comparative Perspective. *International Criminal Justice Review*, Georgia State University, v. 12, pp. 22-52, 2002, esp. p. 25.

³⁵¹ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Justiça negocial e acordo de não persecução penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 191, p. 329-373, jul-ago/2022, n. p. [versão digital]

prosseguir com a persecução penal (mediante o ajuizamento da denúncia ou a celebração de acordo) ou promover o arquivamento da causa criminal, pode facilmente conduzir a injustiças.³⁵²

Sendo a discricionariedade espaço de concentração destas injustiças, tem-se na sua adequada limitação fator essencial para o correto funcionamento do sistema processual penal na resolução das causas a ele submetidas. Nesse sentido, Kenneth Davis³⁵³ propõe como caminho a evitar tais injustiças a limitação, a estruturação e o controle da discricionariedade.

Com o confinamento/limitação, especialmente por meio de regras expressas, são traçadas de forma clara as barreiras para além das quais o poder exercido pelo ente estatal não poderá avançar. Já mediante a estruturação, Davis propõe o controle sobre a maneira com a qual será exercida a discricionariedade dentro dos limites previamente estabelecidos, tendo em vista que, mesmo dentro das balizas propostas, o agir discricionário pode revelar-se inapropriado ao se mover para finalidades ou por interesses ilegítimos. Para tanto, a transparência e a fundamentação são essenciais, pois a abertura por estas promovida constitui uma “inimiga natural da arbitrariedade e aliada natural na luta contra a injustiça.”³⁵⁴

Por fim, quanto ao controle e à fiscalização da discricionariedade, exsurge como de grande relevância a previsão e a possibilidade de que órgãos administrativos superiores, instituições privadas, a imprensa e os tribunais exerçam efetiva verificação sobre o modo como exercido o poder.

Aplicando-se essas noções à atuação ministerial na formulação de propostas de acordos penais e reconhecendo-se no órgão acusador um dos principais pontos de concentração de discricionariedade indesejada³⁵⁵ a serviço da seletividade e da injustiça que a acompanha, é essencial pensar caminhos para o seu regular exercício.

Pensando-se na limitação desta discricionariedade, faz-se necessária a previsão de critérios e procedimentos claros na legislação processual penal, com a descrição das hipóteses em que possível abrir mão da ação penal pela via negocial, bem como das etapas procedimentais exigidas para tanto. Desse modo, mesmo que apenas em tese, pode-se reduzir a acumulação de poderes pelo órgão acusador na definição do destino da persecução penal.

³⁵² MA, Yue. Prosecutorial Discretion and Plea Bargaining in the United States, France, Germany, and Italy: A Comparative Perspective. *International Criminal Justice Review*, Georgia State University, v. 12, pp. 22-52, 2002, esp. p. 25.

³⁵³ DAVIS, Kenneth Culp. Discretionary Justice. *Journal of Legal Education*, v. 23, n. 1, p. 56-62, 1970, esp. p. 58. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/42892041>>. Acesso em: 19 jan. 2024.

³⁵⁴ DAVIS, Kenneth Culp. Discretionary Justice. *Journal of Legal Education*, v. 23, n. 1, p. 56-62, 1970, esp. p. 59. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/42892041>>. Acesso em: 19 jan. 2024. Tradução nossa.

³⁵⁵ DAVIS, Kenneth Culp. Discretionary Justice. *Journal of Legal Education*, v. 23, n. 1, p. 56-62, 1970, esp. p. 58. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/42892041>>. Acesso em: 19 jan. 2024.

Noutro giro, visando ao regular exercício de alguma discricionariedade dentro das balizas legais, tem-se por imprescindível a exigência de fundamentação concreta do Ministério Público quanto ao não oferecimento dos acordos ou, quando oferecidos, quanto à adequação e necessidade das condições propostas. Por meio dessa exigência, passa a ser necessária maior cautela da acusação na análise dos casos e na formulação dos termos a serem negociados, que, devidamente justificados e fundamentados, poderão ser submetidos à efetiva fiscalização interna e ao controle pelo Judiciário.³⁵⁶

Relativamente a essa última forma de verificação/controle da discricionariedade do Ministério Público no cenário brasileiro, observa-se sua consonância com o papel do magistrado a partir da perspectiva constitucional, incumbindo-lhe efetiva atuação na preservação de direitos e garantias fundamentais no âmbito da justiça criminal.

Embora ainda não se identifique no Brasil a “administrativização” de efetiva condenação criminal – uma tendência em ampliação nos ordenamentos jurídicos latino-americanos –,³⁵⁷ há a aplicação de gravosos equivalentes funcionais da pena àqueles que abrem mão das garantias próprias da via processual com o fim de evitar os custos do processo e o risco de condenação. O controle judicial dessa tendência de “administrativização do sistema punitivo”, portanto, representa mais um mecanismo de salvaguarda de direitos e garantias fundamentais.

No específico procedimento legalmente estruturado para a celebração de acordos de não persecução penal, tem-se na exigência da homologação judicial para a eficácia do ajuste um mecanismo para a fiscalização da discricionariedade da acusação. Trata-se de medida a evitar, dentre outros prejuízos, a manipulação da base fática para o acordo (com práticas próximas do *overcharging* estadunidense, guardadas as diferenças próprias do alcance da negociação), a fixação de condições draconianas em prejuízo do investigado, a negociação em casos em que esta é expressamente vedada e o exercício de coerção indevida para a aceitação do proposto.

Diante disso e a partir do desenho legal construído para o controle judicial do acordo de não persecução penal, conclui-se que ao magistrado não incumbe mera homologação formal. Conquanto este ato destine-se, essencialmente, à averiguação do preenchimento dos requisitos formais da avença, não se pode admitir a absoluta passividade judicial ao supervisionar seus

³⁵⁶ MA, Yue. Prosecutorial Discretion and Plea Bargaining in the United States, France, Germany, and Italy: A Comparative Perspective. *International Criminal Justice Review*, Georgia State University, v. 12, pp. 22-52, 2002, esp. p. 48.

³⁵⁷ LANGER, Máximo. Plea bargaining, conviction without trial, and the global administratization os criminal convictions. *Annual Review of Criminology*, 2021, p. 377-411. Disponível em: <<https://www.annualreviews.org/doi/abs/10.1146/annurev-criminol-032317-092255>>. Acesso em: 19 jan. 2024.

termos ao argumento de, assim, preservar sua imparcialidade e evitar a pressão do investigado para aceitar as propostas formuladas pela acusação.³⁵⁸ Admitir esta percepção amplia sobremodo o risco de, com a assunção pelos magistrados de postura de “extrema deferência” em relação às decisões tomadas pelo Ministério Público na persecução penal, ser criado cenário a se aproximar do modelo estadunidense, em que a passividade judicial serviu de incentivo a iniciativas acusatórias agressivas e indevidas.³⁵⁹

Com efeito, a imparcialidade do juiz constitui-se como um de seus principais atributos, contando com estatutura constitucional³⁶⁰ e presença necessária em um sistema acusatório. Um juiz imparcial, contudo, não corresponde a um juiz passivo no exercício de todas as suas atividades, reduzido a “convidado de pedra” no desenvolvimento da persecução penal.³⁶¹ Importa que o órgão judicial assuma papel ativo ao zelar pela observância das regras relacionadas ao devido processo legal, bem como atue como sujeito garantidor de direitos.

O modo como previsto o controle judicial sobre o acordo de não persecução penal aponta para a superação da ideia de uma supervisão meramente formal pelas varas e pelos tribunais. Nesse sentido, há quem indique o caráter publicista desse controle: se, de um lado, confere-se às partes espaço para disporem sobre sua situação jurídica, de outro lado, reforça-se que estão em jogo não apenas interesses privados – os quais são, por certo, existentes, como aqueles da vítima e do investigado –, mas, também, de transcendência pública.³⁶²

Para além da abstrata percepção sobre tutela de “interesses privados” e “interesses de transcendência pública”, vislumbra-se na disciplina legal da atuação do magistrado sobre o acordo de não persecução penal, ao incluir a homologação judicial como condição de eficácia do ajuste, o reconhecimento da relevância do papel exercido por esse sujeito processual na garantia dos direitos do investigado e na observância da legalidade.³⁶³ Ao não se limitar a homologar formalmente as cláusulas firmadas pelas partes, o juiz atua freando eventual ímpeto acusatório e impedindo o sucesso de negociações realizadas sem qualquer base fática ou

³⁵⁸ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Manual do acordo de não persecução penal: à luz da Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime)*. 4. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora JusPodivm, 2023, p. 184.

³⁵⁹ MA, Yue. Prosecutorial Discretion and Plea Bargaining in the United States, France, Germany, and Italy: A Comparative Perspective. *International Criminal Justice Review*, Georgia State University, v. 12, pp. 22-52, 2002, esp. p. 30.

³⁶⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. A defesa penal e sua relação com a atividade probatória. A vítima e o princípio de oportunidade. Relações entre juiz e Ministério Público – seus limites. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 40, p. 91-104, out./dez. 2002. [versão digital]

³⁶¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. O processo penal norte-americano e sua influência. *Revista de processo*, v. 103/2001, p. 95-107, jul./set. 2001. [versão digital]

³⁶² CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Manual do acordo de não persecução penal*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: JusPodivm, 2023, p. 185.

³⁶³ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Acordo de não persecução penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022, n. p. [E-book]

probatória.³⁶⁴ Esta intervenção do magistrado, contudo, deve ser limitada e controlável, a fim de que o órgão jurisdicional não assuma um protagonismo indevido.³⁶⁵

À vista disso, observa-se, de início, que a Lei n.º 13.964/2019 inova ao prever a necessidade de que, para a realização do juízo de homologação do acordo de não persecução penal, seja realizada audiência própria, oportunidade na qual deverão ser apreciadas a legalidade do acordo e a voluntariedade do investigado, a partir de sua oitiva.

Apesar de existir forte entendimento pela impossibilidade de juízo homologatório sem a oitiva do imputado em audiência,³⁶⁶ verifica-se, na prática, a opção de alguns magistrados por não realizarem o ato.

Para tanto, tem-se afirmado a celeridade promovida pela supressão da audiência, viabilizando-se que o investigado prontamente inicie o cumprimento das condições e se beneficie com o acordo. Ademais, ao se considerar a existência de gravação em vídeo, registrando a presença do Ministério Público, do investigado e de sua defesa técnica nas tratativas para o acordo, tem-se reputado a audiência judicial dispensável, tanto na modalidade presencial, como virtual, sob o fundamento de que a legalidade e a voluntariedade do acordo podem ser aferidas a partir dos registros em vídeo apresentados pela acusação.³⁶⁷

Entende-se, porém, que a realização da audiência prevista no § 4º do art. 28-A do CPP constitui-se como medida adequada e salutar para a correta aplicação do instituto. O registro audiovisual das tratativas para o acordo não é uma constante em todos os casos. Apesar de se tratar de procedimento indicado pela Resolução n.º 181/2017 do CNMP, ainda há dúvidas sobre em que medida a disciplina do acordo de não persecução penal por esta normativa ainda permanece, de modo que, seja por razões técnicas ou por descon sideração da mencionada resolução, há, em muitos casos, a dispensa da gravação.

Ainda que tal gravação exista, nem sempre refletirá a integralidade da negociação, podendo conter registros apenas de seus termos finais. Não se pode descon siderar, ademais, a possibilidade de o investigado não ser devidamente assistido e informado por sua defesa técnica sobre as condições e os resultados do acordo.

Conquanto esta última hipótese configure-se como anormal, compreende-se que a

³⁶⁴ MILHOMEM, Leonardo Dantas; SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. Justiça criminal negociada como resposta penal alternativa. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 318, p. 51-74, ago. 2021, esp. p. 11. [versão digital]

³⁶⁵ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Manual do acordo de não persecução penal: à luz da Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime). 4. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora JusPodivm, 2023, p. 185.

³⁶⁶ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Colaboração premiada no processo penal*. 5.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, n. p. [E-book].

³⁶⁷ GOMES FILHO, Demerval Farias. *Direito penal negocial: a legitimação da resposta penal*. São Paulo: Editora JusPodivm, 2023, p. 237.

audiência de homologação é prevista justamente para livrar o acordo de expedientes patológicos, tratando-se de oportunidade na qual o magistrado poderá averiguar se a manifestação de vontade do investigado, no acordo, se deu de forma livre e esclarecida.

Não se desconhece o atual congestionamento das varas criminais, realidade a fomentar a adoção de procedimentos simplificados. Entretanto, ao se defender a manutenção das audiências para homologação de acordos de não persecução penal, não se está a argumentar pela prática de atos prolongados, com a oitiva de diversas testemunhas e a realização de longos interrogatórios e debates entre as partes, próprios dos processos em que não realizado o acordo.

Apesar da seriedade com a qual deve ser realizado, o ato processual em questão não impõe estrutura burocrática ou dispêndio considerável de tempo e de recursos para sua realização, demandando essencialmente a verificação (i) das circunstâncias em que realizada a negociação, (ii) da completa e adequada compreensão do investigado quanto à natureza, às condições e às consequências do acordo e (iii) de seu real interesse e de suas possibilidades para celebrá-lo e cumpri-lo.

Ainda que não realizada a audiência, deverá o magistrado, por meios outros que não a oitiva do investigado e de sua defesa técnica, aferir a voluntariedade no acordo de não persecução penal submetido a homologação. Para tanto, impõe-se, inicialmente, a averiguação quanto ao consentimento do investigado, que, para a validade do ajuste, deverá ser dado de forma livre e informada.³⁶⁸ Trata-se de análise a ser realizada pelo juiz sem a necessidade de sua ingerência nos termos acertados pelas partes, incumbindo-lhe, nesse sentido, avaliar se o agente, devidamente assistido por sua defesa técnica, celebrou o acordo de não persecução penal ciente de seus direitos, das consequências das cláusulas aceitas e de sua situação frente à persecução penal.³⁶⁹

O exame judicial da voluntariedade tanto na confissão, como na celebração do acordo, não deve ser apenas formal, eis que, apesar de se presumir voluntário o acordo quando observadas as garantias do investigado, tal presunção não é absoluta. O controle judicial sério e independente serve, portanto, para afastar pressões excessivas a se converterem em coerção sobre o investigado, que, mesmo inocente, pode confessar para viabilizar o acordo.³⁷⁰

³⁶⁸ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Manual do acordo de não persecução penal: à luz da Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime). 4. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora JusPodivm, 2023, p. 280.

³⁶⁹ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Acordo de não persecução penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022, n. p. [E-book]

³⁷⁰ WINTER, Lorena Bachmaier. Justiça negociada e coerção: reflexos à luz da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (Org.). *Plea bargaining*. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 28 e 37.

A previsão insculpida no § 4º do art. 28-A do CPP não traz normas ou protocolos que uniformizem minimamente a verificação da voluntariedade, inexistindo, assim, requisitos expressos a serem preenchidos para se concluir pela declaração de vontade livre do investigado, razão pela qual incumbe a cada juiz determinar os parâmetros – ou seguir com a ausência deles em um casuísmo ou em um desinteresse pernicioso – para tanto.

Segundo o Levantamento Nacional de Aplicação do Acordo de Não Persecução Penal no Brasil, realizado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em 2023, ausentes os critérios para afastar eventual coerção, os juízes, em regra, questionam o investigado sobre sua concordância com os termos acordados ou solicitam a repetição da confissão.³⁷¹

Nesse sentido, algumas declarações de magistrados participantes do levantamento supramencionado:

Eu é que marco audiência, você fala do esclarecimento: “você está ciente, você está informado” a gente tenta fazer um esclarecimento, a defesa faz de novo, a gente consulta ambas as partes: “Fulano, eu sei aqui, mas qual acordo você se comprometeu lá você fala para mim? Você se lembra?”. Para ver se está com ele essa questão, a gente tenta. (Juiz 09)

Eu só pergunto pra ele se tem ciência de que com esse acordo, ele está confessando a prática daquele crime e que isso vai valer como prova caso ele descumpra as condições do acordo. Aí depois eu questiono a ele, se ele fez esse acordo de forma voluntária e espontânea. (Juiz 19)

Eu verifico as condições do acordo. Se ele tinha condições de manifestar a vontade dele sem qualquer tipo de coação ou pressão por parte do Ministério Público, eu verifico geralmente as condições que o acordo foi feito, não peço pra ele confessar de novo, falo, “o senhor confessou”, nem pergunto se ele confessou porque já vem a firmado que ele confessou, mas falo “o senhor sofreu alguma pressão, algum tipo de coação por parte do Ministério Público, o senhor acha que tá excessiva a obrigação?”, geralmente é isso que eu pergunto. (Juiz 16)

Medidas como as acima indicadas, porém, não foram implementadas em parte considerável das audiências observadas na presente pesquisa, conforme se descreverá em item próprio, cumprindo destacar, desde já, a possibilidade de se criarem profundas disparidades no tratamento judicial dispensado a casos semelhantes, uma vez não estabelecidos parâmetros normativos para a aferição da voluntariedade dos acordos a serem homologados.

Apesar de não se vislumbrar campo tão aberto à coerção indevida para a confissão com base na ameaça de imposição de penas draconianas – como se observa no cenário estadunidense, a colocar em cheque a voluntariedade no *plea bargaining* –,³⁷² persistem as

³⁷¹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Fortalecendo vias para as alternativas penais: um levantamento nacional da aplicação do acordo de não persecução penal no Brasil*. Brasília, 2023, p. 72-73.

³⁷² MA, Yue. Prosecutorial Discretion and Plea Bargaining in the United States, France, Germany, and Italy: A Comparative Perspective. *International Criminal Justice Review*, Georgia State University, v. 12, pp. 22-52, 2002, esp. p. 26.

possibilidades desta prática abusiva, como outrora já abordado. O modo como apresentada, na negociação, a alternativa do processo, por si só, pode consistir em pressão indevida sobre o investigado que, mesmo inocente, aceita negociar e se submeter às condições propostas, uma vez apresentado o quadro de um processo penal despido de garantias e de direitos e com a perspectiva de condenação certa e severa.

Não basta, no entanto, afastar a possibilidade de coerção na celebração do acordo. É imprescindível o esclarecimento do investigado e de sua defesa quanto à sua situação na persecução penal, ao conteúdo da investigação,³⁷³ aos termos negociados, às consequências de sua aceitação, ao modo de cumprimento das condições, às medidas a serem adotadas quando do descumprimento injustificado destas e aos cenários alternativos.³⁷⁴

É necessário, portanto, que se averigue, no caso concreto, a adoção de cautelas na negociação para a superação da assimetria de informação comum entre a acusação e o investigado,³⁷⁵ sendo dever do magistrado identificar a correta apreensão da realidade negocial pelo compromissário. Trata-se de ponto sensível na compreensão da voluntariedade, por perpassar a adequada e transparente prestação de informações pelo órgão acusador no momento das tratativas, bem como a efetiva assistência prestada pela defesa técnica ao investigado.

Na observação da prática forense realizada no curso deste trabalho, foi comum notar investigados que não sabiam a razão de ser de seu comparecimento em audiência, a natureza do acordo anteriormente celebrado e as consequências de seu (des)cumprimento. Nesse cenário, destacou-se a atuação dos defensores públicos no suporte e detalhamento do acordo, figurando, para um investigado assistido, como aqueles que “trabalham com o coração”.

À vista disso, tem-se como essencial para a regularidade do acordo de não persecução penal a postura ativa do magistrado na análise da voluntariedade do acordo, o que abrange a constatação da imputabilidade e da inocorrência de limitações cognitivas da pessoa investigada para a compreensão de sua situação, assim como da verificação da liberdade de agir do imputado, confirmando-se a ausência tanto de coerção indevida, como de promessas de benefícios irregulares para o acordo.³⁷⁶

³⁷³ O exercício do direito assegurado ao defensor para que acesse aos elementos de prova já documentados no curso da apuração (Súmula Vinculante n.º 14), nesse particular, mostra-se essencial para a manifestação de vontade esclarecida pelo investigado, tomando possível, assim, que este tenha a ideia clara acerca de sua situação frente à persecução penal e conte com condições para rejeitar proposta de acordo que não se adeque à realidade fático-probatória explicitada nos autos da investigação.

³⁷⁴ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Acordo de não persecução penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022, n. p. [E-book]

³⁷⁵ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Justiça negocial e acordo de não persecução penal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 191, p. 329-373, jul./ago. 2023, n. p. [versão digital].

³⁷⁶ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Acordo de não persecução penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022, n. p. [E-book]

Compreende-se, no entanto, que tal postura ativa adotada pelo juiz nessa primeira perspectiva de controle sobre o acordo de não persecução penal não se configura como ofensa ao sistema acusatório. Ao zelar pela efetiva voluntariedade do investigado na celebração do acordo, o magistrado, em verdade, figura como garante do equilíbrio entre os papéis das partes, freando a discricionariedade ministerial, reduzindo a assimetria de informações e zelando pelos direitos da pessoa imputada. Não há, pois, ingerência indevida do órgão judicial na arena de negociação das partes, pois, ao avaliar a liberdade e o esclarecimento do compromissário quanto aos termos acordados, não deixa seu posto de terceiro imparcial.

É primordial, porém, que sejam delimitados parâmetros para a séria averiguação da voluntariedade, seja em nível legislativo – em um cenário ideal –, seja por meio da uniformização de critérios pelos Tribunais Superiores. A ausência de mínima delimitação quanto aos fatores a serem examinados pelo juiz quando do exercício desse primeiro controle, na prática, deixa a cargo de cada vara e tribunal a criação de métodos para tanto. Dessa forma, podem ser criados espaços indevidos de discricionariedade judicial, terreno fértil para injustiças, seja pela adoção de parâmetros diversos para situações semelhantes, seja pela própria inexistência de real controle sobre a voluntariedade do investigado na negociação.

Passando-se à apreciação da legalidade do acordo de não persecução penal, já foi dito que se nota seu desenvolvimento sob duas perspectivas: legalidade da celebração e legalidade do conteúdo.

Quanto ao exame da legalidade da celebração do ajuste, observa-se que a atuação do magistrado ocorre dentro das estritas balizas delineadas pelo art. 28-A do CPP, reduzindo, dessa maneira, o espaço para arbitrariedades e subjetivismos. Do órgão judicial exige-se, tão somente, a avaliação quanto à presença dos requisitos objetivos e subjetivos descritos no CPP, bem como dos pressupostos de existência e requisitos de validade³⁷⁷ extraídos desta codificação, assim como da Teoria Geral dos Negócios Jurídicos, estabelecida pelo Código Civil e aplicada aos mais diversos ramos do direito brasileiro³⁷⁸ com as adaptações necessárias.

A verificação da base fática sobre a qual o acordo é erigido também se insere nesta perspectiva da análise da legalidade do acordo, devendo o magistrado apreciar, como proposto por Vinicius Vasconcellos, a adequação da imputação realizada e a presença de justa causa para

³⁷⁷ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Manual do acordo de não persecução penal*: à luz da Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime). 4. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora JusPodivm, 2023, p. 188.

³⁷⁸ ATAÍDE JR., Jaldemiro. Negócios jurídicos materiais e processuais - existência, validade e eficácia - campo-invariável e campos-dependentes: sobre os limites dos negócios jurídicos processuais. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 244, p. 393-423, 2015, esp. p. 6. [versão digital].

tanto.³⁷⁹ Desse modo, será possível afastar eventual causa de arquivamento (parco suporte probatório, presença de causas excludentes da tipicidade, da ilicitude e da culpabilidade) ou afastar a aplicação do acordo se presentes elementos probatórios que evidenciam fartamente erro na imputação, restando caracterizada infração penal com pena igual ou superior a quatro anos ou praticada com violência ou grave ameaça à pessoa, por exemplo.

Também em relação a esta perspectiva do controle judicial, não se verifica ofensa ao sistema acusatório. Mais uma vez, não há intrusão do magistrado na negociação, mas apenas o controle da sua conformação aos termos legais. Ao analisar o preenchimento de todos os requisitos previamente estabelecidos pelo legislador – o que importa em necessária apreciação da base fática do ajuste –, o juiz não toma para si o papel de acusador, seguindo, em verdade, em caminho oposto, de modo a fiscalizar os limites já fixados para a atuação do Ministério Público, conter eventual discricionariedade indevida e, assim, promover a correta aplicação do instituto de negociação.

Com a expressa previsão de critérios para essa fiscalização judicial, reduzem-se os espaços à atuação arbitrária do magistrado, facilitando sua impugnação na hipótese inobservância de tais parâmetros.

Já sob a segunda perspectiva, no controle da legalidade do conteúdo do acordo, mister uma interpretação cuidadosa sobre o § 5º do art. 28-A do CPP.

Dispõe o texto legal que o magistrado deverá apreciar se as condições do acordo podem ser consideradas inadequadas, insuficientes ou abusivas. Como se nota, não é dada ao juiz a atribuição de alterar o conteúdo da avença caso dele discorde. Reforce-se, nesse sentido, que o magistrado não se debruça no exame da conveniência, nem senta à mesa para negociar com as partes. Apesar disso, não assume o papel de carimbador de acordos, não estando, assim, vinculado às condições ajustadas pela acusação e pela defesa, incumbindo-lhe a sua rejeição quando caracterizada qualquer ilegalidade.³⁸⁰

Caso exerça um juízo negativo sobre a legalidade do conteúdo avençado, verificando irregularidades sanáveis, o órgão judicial deverá devolver os autos ao Ministério Público para reformulação da proposta. Não sendo esta readequada, poderá o juiz recusar sua homologação (§ 7º do art. 28-A do CPP).

³⁷⁹ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Colaboração premiada no processo penal*. 5.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, n. p. [E-book]

³⁸⁰ FREIRE JR., Américo Bedê; LEMGRUBER, Letícia. Os acordos de não persecução penal e cível: permissões e vedações. In: CUNHA, Rogério Sanches *et al* (Coord.). *Acordos de não persecução penal e cível*. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2022; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Manual do acordo de não persecução penal: à luz da Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime)*. 4. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora JusPodivm, 2023, p. 196.

Este controle exercido sobre o conteúdo do acordo, como se nota, pode trazer reflexos acentuados sobre a atuação das partes na negociação, mesmo não sendo permitido ao magistrado alterar as cláusulas acordadas. A margem desse controle, que foi pouco delimitada na legislação, merece atenção. A ausência de precisão do texto normativo permite que, na prática, sejam identificadas experiências muito distintas,³⁸¹ com a aplicação de métodos e interpretações conforme entendimento de cada vara e tribunal, a variar conforme o caso concreto, gerando, assim, mais um terreno fértil para a discricionariedade judicial inadequada, a resultar em injustiças.

Examinando a questão, Vinicius Vasconcellos avalia a fiscalização de eventual inadequação ou insuficiência do acordo como potencialmente danosa à imparcialidade do julgador e ao sistema acusatório. Para o autor, permitir ao juiz que, dada a gravidade do fato, deixe de homologar o ajuste por não o entender recomendável, ou, então, dar ao julgador a possibilidade de reconhecer as condições firmadas como lenientes resultaria em uma “indevida intrusão” do terceiro idealmente imparcial sobre as funções de acusação do Ministério Público.³⁸² Noutro giro, defende Vasconcellos que, enquanto garantidor de direitos, o juiz, ao verificar a previsão de condições abusivas, ilegais ou desproporcionais – ainda que assumidas voluntariamente pelo investigado –, deverá assumir um controle direto e ativo, recusando a homologação do acordo ou homologando-o parcialmente, com a supressão das cláusulas reputadas como abusivas.

O autor ainda destaca que a verificação da adequação e da suficiência de determinada condição estabelecida em acordo de não persecução penal integra o controle interno a se dar no âmbito do Ministério Público. Destarte, incumbiria ao juiz, apenas em situações excepcionais, remeter os autos à instância de revisão ministerial.³⁸³

Não obstante se concorde que a principal análise acerca da adequação e da insuficiência das condições acordadas deva se dar pelo órgão de acusação, entende-se que a supressão de controle judicial sobre esses aspectos não se configura como caminho de maior acerto, demandando-se, contudo, contenção em sua realização.

Quanto a este aspecto, reforça-se o posicionamento de que não se deve reduzir o órgão judicial a mero “convidado de pedra” na apreciação dos acordos no processo penal. Ainda que

³⁸¹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Fortalecendo vias para as alternativas penais: um levantamento nacional da aplicação do acordo de não persecução penal no Brasil*. Brasília, 2023, p. 77-78.

³⁸² VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Acordo de não persecução penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022, n. p. [E-book]

³⁸³ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Acordo de não persecução penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022, n. p. [E-book]

sua participação, em determinados momentos procedimentais, não seja minudentemente descrita pela legislação pátria – como se observa no § 5º do art. 28-A do CPP –, deve desenvolver-se em conformidade com os limites já previstos no texto legal e em consonância com os ditames constitucionais.

A ausência de critérios mais precisos na legislação brasileira para o exercício desse controle judicial sobre o conteúdo da negociação de fato pode abrir espaço a uma ingerência indevida do magistrado no espaço concedido às partes. A abertura do texto legal, adjetivando as condições aptas a conduzirem à rejeição da homologação do acordo como “inadequadas”, “insuficientes” ou “abusivas”, viabiliza, assim, ofensas ao sistema acusatório.

Nesse particular, não se está a aderir ao entendimento exposto pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP) ao ajuizar a ADI 6305 por reputar inconstitucional e violadora do sistema processual acusatório a análise do mérito do acordo de não persecução penal pelo juiz. Segundo a referida associação, ao extrapolar a “dimensão homologatória e fiscalizatória no plano da legalidade formal”, o controle judicial previsto nos §§ 5º, 7º e 8º do art. 28-A do CPP violaria “o sistema acusatório, a independência funcional do membro do Ministério Público e a própria imparcialidade objetiva do Magistrado”.³⁸⁴

O potencial de ofensa ao sistema acusatório, no entanto, não reside na possibilidade de análise judicial sobre o “mérito” (conteúdo) do acordo por si só,³⁸⁵ mas repousa na ausência de parâmetros para o exercício deste controle, o que dá ao magistrado espaço para, discricionariamente, tomar as vestes de acusador.

A inadequação se constitui como primeira característica das condições firmadas em acordo de não persecução penal apta a conduzir à devolução dos autos para a reformulação da avença pelo Ministério Público ou à rejeição de sua homologação pelo Judiciário caso tal reformulação não seja implementada. Pouco se extrai da literatura jurídica na descrição desta característica e dos fatores a serem observados a fim de averiguar sua presença ou ausência. Como definição de “proposta inadequada”, encontra-se a afirmação de que assim o será a condição “desajustada, imprópria ou inadaptada”, em um cenário em que “o crime praticado exige um determinado acordo e o MP quer fazer outro que não se ajusta ao crime”.³⁸⁶

³⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 6298. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 24 de agosto de 2023. *Diário de Justiça Eletrônico*. Brasília, 19 dez. 2023.

³⁸⁵ Em sentido contrário: POLI, Camilin Marcie de; VILLA, Giovani Frazão Della Villa. A disponibilidade do conteúdo do processo penal e o acordo de não persecução penal na Lei n.º 13.964/2019. In: FELIX, Yuri; CAMARGO, Rodrigo Oliveira de (Orgs.). *Pacote anticrime: reformas processuais*. 1. ed. Florianópolis: Emais, 2020, p. 178.

³⁸⁶ RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 29. ed. Barueri: Atlas, 2021 [E-book].

Ao se propor a detalhar a previsão legal relativa à inadequação, a definição acima pouco ou nada avança, mantendo-se a imprecisão do texto normativo e, por conseguinte, permitindo-se a atuação judicial apta a avançar, por exemplo, sobre critérios de conveniência da solução negociada e sobre o espaço de política criminal conferido ao órgão acusador.

A dificuldade na compreensão da inadequação das condições do acordo também foi aferida por ocasião da elaboração do Levantamento Nacional de Aplicação do Acordo de Não Persecução Penal no Brasil. Para a referida pesquisa, foram preenchidos formulários por 26 tribunais estaduais e por 27 seções judiciárias brasileiras; também foram respondidas 60 entrevistas semiestruturadas, sendo 40 delas com membros do Judiciário e 20 com membros do Ministério Público e da Defensoria Pública, bem como examinados 946 acordos realizados e homologados entre janeiro e julho de 2021.

Da análise implementada, apurou-se que, frente à ausência de regras definidas para a determinação da condição como adequada ou não, para alguns magistrados a medida fixada no acordo deverá ser sempre mais benéfica do que a resultante de eventual condenação. Nesse sentido, destacam-se os relatos a seguir:

Inadequadas eu verifico quando as condições podem ser mais maléficas do que uma eventual condenação. Por exemplo, um estelionato majorado contra o INSS, réu primário, valor do prejuízo mínimo. Se ele for condenado, a pena vai ficar no mínimo 1 ano e 6 meses, que com certeza vai ser substituída por restritiva de direito. Se o MP propõe um acordo de 2 anos de prestação de serviço à comunidade, ou seja, mais do que a pena, ainda uma prestação pecuniária muito alta, enfim, é inadequado. Então, o acordo não pode piorar a situação do réu em caso de condenação. Para o acordo ser razoável, tem que apresentar uma vantagem para o acusado, se não seria uma pena antecipada sem o devido processo legal. (Juiz 11)

Eu acho inadequada qualquer condição que fosse além ou que não fosse um dos efeitos de eventual condenação. A pena mínima é isso, mas muito e etc. e tal. Qualquer coisa que estivesse de fora disso, eu acho que não seria adequado. (Juiz 13)³⁸⁷

Já durante o período de observação da prática forense implementado na presente pesquisa, de igual modo, não foram identificados elementos a indicarem as medidas reputadas como inadequadas. Como todos os acordos submetidos a apreciação judicial foram homologados na primeira audiência, inviável notar eventuais fatores levados em conta pelos magistrados para indicar eventual inadequação das propostas. Este aspecto, a bem da verdade, não chegou a permear os tópicos abordados nas audiências presenciadas, conforme tratado em subcapítulo próprio, sendo a adequação das condições mencionada apenas em um dos atos conduzidos pelo Juiz B, o qual se limitou a dizer que “a proposta está adequada”.

³⁸⁷ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Fortalecendo vias para as alternativas penais: um levantamento nacional da aplicação do acordo de não persecução penal no Brasil*. Brasília, 2023, p. 76-77.

Como primeira conclusão alcançada acerca do controle judicial sobre as condições “inadequadas”, tem-se, então, a problemática imprecisão do texto legal, a ampliar o espaço de atuação discricionária do magistrado na análise do conteúdo do acordo de não persecução penal. Nesta zona de discricionariedade, vislumbra-se a possibilidade de ofensa ao sistema acusatório, quando cada juiz ou tribunal, criando seu próprio estatuto de controle da negociação criminal, fixa seus critérios de avaliação da adequação das condições firmadas pelas partes (ou, simplesmente, não procede a tal avaliação), acumulando, em seu feixe de atribuições, papéis próprios das partes.

Diante disso, depreende-se que a análise do magistrado acerca da adequação das condições fixadas em acordo de não persecução penal não deve representar um exame da conveniência deste instrumento e dos termos nele firmados para, no caso concreto, alcançar as finalidades político-criminais às quais proposto. Este exame deve ser realizado pelo Ministério Público, instituição à qual se atribui constitucionalmente a função de exercer a pretensão acusatória.

Ao controlar a adequação das condições firmadas, o juiz, em uma estrutura processual penal conforme a ordem constitucional e em respeito à distinção necessária entre os órgãos de acusação e de julgamento, deve limitar-se à apuração da consonância das cláusulas estabelecidas com as fronteiras legais previstas para esse instrumento.³⁸⁸

Nesse sentido, deverá averiguar, por exemplo, se a fixação de reparação de dano se deu em caso no qual há efetivo dano a ser reparado ou se a condição proposta com base no inciso V do art. 28-A do CPP se mostra proporcional e compatível com a infração penal imputada. Ora, se a suspensão da habilitação do investigado para dirigir se mostra como condição adequada na hipótese de embriaguez na condução de veículo automotor (art. 306 da Lei n.º 9.503/1997), o mesmo não se pode dizer de sua previsão na hipótese em que imputado ao compromissário o crime de estelionato (art. 171 do CP).

Note-se, ainda, que a eventual negativa de homologação do acordo com base na inadequação de suas condições demandará do magistrado fundamentação ampla, com vistas a permitir o efetivo controle sobre sua decisão, especialmente a demonstrar que, enquanto agente garantidor de direitos, fiscalizador da legalidade e limitador da discricionariedade ministerial, adotou postura cautelosa, apreciando o conteúdo do acordo sem assumir para si o papel do Ministério Público no exercício e na disposição sobre a pretensão acusatória.

³⁸⁸ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Manual do acordo de não persecução penal: à luz da Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime). 4. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora JusPodivm, 2023, p. 200.

Tal atenção deve, de igual modo, estar presente no exame judicial acerca da insuficiência das condições estabelecidas no acordo, pois a permissão para uma análise irrestrita do juiz sobre o *quantum* fixado pelas partes, de maneira consensual e informada, resultaria em evidente intromissão do juiz na negociação.

A negativa de homologação judicial do acordo com fundamento na insuficiência da proposta ministerial é apontada com ainda mais intensidade como resquício inquisitivo no processo penal pátrio.³⁸⁹ Este aspecto da previsão constante no § 5º do art. 28-A do CPP configura-se como mais questionável em uma estrutura acusatória de processo penal. Dá-se ao juiz o poder de impedir o encerramento da persecução penal pela via negocial por considerar que a atuação do titular da pretensão acusatória ocorreu de forma leniente. Não por outra razão, há magistrados que optam por não exercer juízo sobre a suficiência das condições, por entenderem que, ao fazê-lo, estarão “indo além do acusador”.³⁹⁰

Para Paulo Rangel, “será insuficiente quando não for o bastante, quando faltar algo mais diante da prática do crime. É como se o crime fosse maior que o acordo ou numa linguagem popular: praticar o crime compensou”.³⁹¹ Ao assim se definir a insuficiência que obstará a homologação judicial do acordo, salta aos olhos a possibilidade conferida pelo texto legal para que o magistrado usurpe o papel do acusador no encerramento da persecução penal pela via negocial.

A avaliação quanto à suficiência do instrumento para a reprovação e prevenção do crime se encontra entre as tarefas a serem exclusivamente executadas pelo Ministério Público, a quem se atribui a decisão definitiva sobre a formulação da proposta de acordo de não persecução penal ao investigado (art. 28-A, § 14, do CPP).

Superada essa primeira análise, faz-se essencial outra avaliação. Agora, sobre a suficiência das condições negociadas e a serem cumpridas pelo investigado com vistas à extinção da punibilidade. Tal mister também deve ser desempenhado pelo Ministério Público e submetido a controle essencialmente interno/hierárquico. Para tanto, devem ser sopesadas as particularidades da conduta criminosa imputada ao investigado, a pena prevista em abstrato e as circunstâncias individuais do compromissário, sendo certo que não apenas as condições

³⁸⁹ POLI, Camilin Marcie de; VILLA, Giovani Frazão Della Villa. A disponibilidade do conteúdo do processo penal e o acordo de não persecução penal na Lei n.º 13.964/2019. In: FELIX, Yuri; CAMARGO, Rodrigo Oliveira de (Orgs.). *Pacote anticrime: reformas processuais*. 1. ed. Florianópolis: Emais, 2020, p. 178; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Acordo de não persecução penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022, n. p. [E-book]

³⁹⁰ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Fortalecendo vias para as alternativas penais: um levantamento nacional da aplicação do acordo de não persecução penal no Brasil*. Brasília, 2023, p. 77.

³⁹¹ RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 29. ed. Barueri: Atlas, 2021 [E-book].

atípicas (art. 28-A, V, do CPP) devem ser fixadas de maneira compatível e proporcional à infração penal imputada.

Entende-se que a admissão de apreciação judicial ampla sobre a suficiência das condições delimitadas em acordo de não persecução penal corresponde à transigência com efetiva ofensa ao sistema acusatório, por tornar viável o compartilhamento de funções acusatórias entre o Ministério Público e o magistrado.

Dada a essencialidade de uma atuação imparcial do juiz, que deve se manter equidistante dos interesses em jogo no curso da persecução penal, tem-se como posicionamento conforme a estrutura de processo desenhada pela Constituição Federal aquele a relacionar a apreciação da insuficiência das condições a uma análise de sua estrita legalidade, limitando e estruturando a discricionariedade judicial, a ser submetida, ainda, à fiscalização das partes e de órgãos superiores. Assim, o parâmetro para a apreciação do *quantum* fixado poderá ser extraído do próprio art. 28-A do CPP.

Nessa perspectiva, somente será possível reputar como insuficiente a condição proposta em acordo de não persecução penal quando, em se tratando de prestação pecuniária, não observar o mínimo disposto no art. 45 do CP (art. 28-A, IV, do CPP). Já na hipótese de prestação de serviços à comunidade, será insuficiente a fixação de período inferior à pena mínima reduzida de dois terços (art. 28-A, III, do CPP).

Uma vez vinculado aos estritos termos da codificação penal e processual penal, este controle sobre a insuficiência das condições ajustadas pelas partes mostra-se como o único admissível em um sistema processual acusatório, eis que a intromissão judicial no conteúdo do acordo estará voltada apenas à preservação da legalidade e à limitação da discricionariedade do Ministério público.

Partindo-se ao reconhecimento da abusividade como causa para a rejeição da homologação judicial do acordo de não persecução penal, é possível notar, na literatura jurídica, maior aceitação quanto à sua previsão legal, embora, repita-se, ainda seja reduzido o debate da matéria. Justamente por se reconhecer no magistrado o papel de garantidor de direitos fundamentais e limitador do poder punitivo estatal,³⁹² tem-se por devida a ingerência judicial na hipótese de apurados excessos acusatórios.

Ocorre que, também quanto à abusividade, esbarra-se na abertura textual e na dificuldade em se delimitar a partir de qual medida a proposta de acordo será abusiva. Assim

³⁹² VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Acordo de não persecução penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022, n. p. [E-book]; LOPES JR., AURY. *Direito processual penal*. 20. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023, n. p. [E-book].

como em relação à inadequação e à insuficiência, no intuito de densificar os termos previstos no § 5º do art. 28-A do CPP, Paulo Rangel aponta que serão abusivas as condições draconianas, quando o Ministério Público se excede no exercício de sua função e faz “exigência que, por si só, já será pior do que eventual pena que o investigado possa cumprir caso seja processado e condenado”.³⁹³

Permanece, contudo, a vagueza da disposição legal, ficando a cargo da casuística a definição do que será considerado abusivo ou não. Como critério possível na definição desse quadro, tem-se o raciocínio inverso àquele exposto quando da análise da insuficiência. Desse modo, a prestação pecuniária fixada em patamar superior ao máximo delimitado no Código Penal deverá ser reputada como abusiva. De forma semelhante, a prestação de serviços à comunidade que não considere pena mínima prevista em abstrato para o crime imputado, reduzida de um a dois terços, também deverá ser reconhecida por sua abusividade.

Segue-se a lógica de que o patamar fixado nas condições acordadas entre o investigado e o Ministério Público, desde que dentro dos limites máximo e mínimo dispostos no art. 28-A do CPP, não deve ser objeto de interferência judicial.³⁹⁴ Este raciocínio, porém, ignora a necessidade de que as peculiaridades do caso sejam levadas em conta pelo órgão de acusação ao formular sua proposta. Ocorre que, apesar de esta proposta, tendencialmente, seguir à lógica dos modelos, com cláusulas já “pré-estabelecidas independentemente do tipo de crime”,³⁹⁵ em formato similar ao de um contrato de adesão, é essencial que os equivalentes funcionais da pena a que se submeterá o investigado guardem alguma correspondência com as particularidades do caso.

A exigência de compatibilidade e de proporcionalidade entre a condição acordada e a infração penal imputada não se limita à hipótese de condição atípica proposta pela acusação durante a celebração do acordo (art. 28-A, V, do CPP), devendo, pois, servir de guia na compreensão de eventual abusividade para além do parâmetro legal anteriormente descrito.

Pertinente, no ponto, a ressalva feita pelo Juiz D no intervalo entre audiências observadas neste trabalho. Após homologar um acordo envolvendo crime de trânsito supostamente praticado por um advogado, com graves lesões corporais à vítima e no qual fora fixada prestação pecuniária de R\$ 5.500,00, o magistrado apreciou ajuste em inquérito policial com relato de possível prática do crime de receptação, com uma confissão questionável e no

³⁹³ RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 29. ed. Barueri: Atlas, 2021 [E-book].

³⁹⁴ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Manual do acordo de não persecução penal: à luz da Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime)*. 4. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora JusPodivm, 2023, p. 198-199.

³⁹⁵ CARVALHO, Maurício Mendonça de. *Doutrina, legislação e práticas do acordo de não persecução penal - "O Sr. confessa?"*. 66 f. Dissertação (Mestrado). Universidade Veiga de Almeida, Rio de Janeiro, 2022, p. 43.

qual se fixou uma prestação pecuniária de R\$ 1.500,00 a ser paga por pessoa idosa e com renda reduzida. Posteriormente à homologação deste último acordo, o Juiz D dirigiu-se a esta pesquisadora e chamou a atenção para o cuidado exigido em relação à proporcionalidade das condições a serem fixadas, exemplificando com a diferença observada entre os valores firmados em cada um dos acordos, a gravidade das condutas praticadas e a condição financeira dos investigados.

Embora a análise da abusividade repouse, com maior frequência, sobre os valores de prestações pecuniárias considerados muito elevados frente à situação econômico-financeira dos compromissários,³⁹⁶ trata-se de aspecto essencial a ser considerado pelo magistrado no controle de todo o conteúdo da negociação entre as partes. A polissemia observada quanto ao termo “abusividade”, apesar de discutível, não ofende ao sistema acusatório, nem deve ser óbice à sua apreciação pelo juiz, a quem incumbirá decidir fundamentadamente, com o fim de viabilizar a fiscalização pelas partes e pelo tribunal quanto à regularidade dos parâmetros adotados para eventual negativa de homologação do acordo fundada na abusividade de seus termos.

A ausência de moldura legal razoavelmente precisa para o controle judicial sobre o acordo de não persecução penal a partir da Lei n.º 13.964/2019 permite, então, uma interferência judicial incompatível com um sistema processual de natureza acusatória tal como o delineado pela Constituição Federal, por viabilizar que o magistrado faça as vezes do acusador e torne cinzenta a essencial separação entre as funções a serem exercidas pelos sujeitos processuais. Tal panorama exige, então, cuidado na análise das disposições acrescentadas ao CPP pela Lei n.º 13.964/2019 que ampliam o espaço de negociação na justiça criminal, pois, se, de um lado, “a nova legislação sugere tirar a lógica inquisitorial pela porta do processo penal”, de outro, pode viabilizar que seja colocada de volta pelas janelas³⁹⁷ em função de sua interpretação e de sua aplicação em sentido contrário à lógica estabelecida pelo texto constitucional.

Reconhecendo-se, pelas razões já expostas, a relevância da fiscalização judicial quanto aos termos dos acordos celebrados entre a acusação e o investigado, essencial que sejam delimitados critérios precisos para tanto. Essa delimitação viabilizará que o exercício da necessária fiscalização pelos magistrados não seja reduzido a mera formalidade sem finalidade, nem seja transformado em espaço de discricionariedade judicial irrestrita ou pouco limitada, a

³⁹⁶ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Fortalecendo vias para as alternativas penais*: um levantamento nacional da aplicação do acordo de não persecução penal no Brasil. Brasília, 2023, p. 76.

³⁹⁷ DUCLERC, Elmir; MATOS, Lucas Vianna. A lei anticrime e a nova disciplina jurídica da persecução pública em juízo: pistas para uma interpretação crítica dos arts. 28 e 28-A do CPP. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 187, p. 233-258, jan. 2022, n. p. [versão digital]

conceder ao julgador papéis que, em um sistema processual acusatório, compõem a porção de poderes do órgão acusador.

Destarte, como parâmetros mínimos para o controle judicial sobre o acordo de não persecução penal a partir da Lei n.º 13.964/2019 e em respeito ao sistema acusatório constitucionalmente pretendido para o processo penal brasileiro, propõe-se neste trabalho que:

(i) quanto à voluntariedade: deve o magistrado proceder à averiguação tanto da ausência de coerção indevida no curso da negociação, como da vontade esclarecida do investigado, a ser demonstrada a partir de sua completa ciência e compreensão em relação aos elementos apurados em seu desfavor, às condutas que lhe são imputadas, à natureza do acordo de não persecução penal, às condições a que deverá se submeter, às consequências do cumprimento e do descumprimento do acordo e às alternativas a este;

(ii) quanto à legalidade da celebração: é essencial a verificação do preenchimento dos expressos requisitos legais para o cabimento do ajuste, com a análise da base fática e o controle sobre a justa causa para a negociação; e

(iii) quanto à legalidade do conteúdo do acordo: há prejudicial imprecisão do texto legal ao dispor sobre a inadequação, a insuficiência e a abusividade das condições como causa para a não homologação do acordo, viabilizando que o magistrado usurpe a função de acusador especialmente ao analisar apreciar as duas primeiras características. Com o fim de preservar/promover a estrutura acusatória de processo penal, mantendo-se, ainda, a efetiva fiscalização do conteúdo do acordo – necessária para a garantia de direitos e a limitação da discricionariedade ministerial –, deverá o juiz, quando da análise da adequação, da suficiência e da não abusividade dos termos acordados, limitar-se pelas estritas balizas já estabelecidas no texto legal para o ajuste entre as partes, recorrendo, ainda, aos critérios da compatibilidade e da proporcionalidade da condição em relação à infração penal imputada.

3.2 UM OLHAR SOBRE A PRÁTICA FORENSE: “AQUI É SÓ ‘BOA TARDE’ E ‘TCHAU’”

Partindo das percepções anteriormente construídas, avança-se, então, aos principais aspectos averiguados na implementação de métodos de observação durante um período da elaboração deste trabalho. Voltada à identificação de expressões do problema de pesquisa na prática forense e, assim, à demonstração da relevância do debate ora iniciado, esta etapa da investigação permitiu melhor apreensão das interações próprias do momento de homologação

dos acordos de não persecução penal, dando à pesquisadora nova perspectiva sobre fase da negociação criminal pouco enfrentada pela literatura jurídica especializada.

Conforme descrito na introdução deste trabalho, em um período de seis meses – entre fevereiro e julho de 2023 – esta pesquisadora presenciou audiências de homologação de acordo de não persecução penal realizadas em quatro varas criminais da Comarca da Capital, em Juízos identificados pelas letras do alfabeto A, B, C e D. Os levantamentos iniciais sobre o formato e a pauta de audiências foram realizados junto aos cartórios das respectivas varas. Ao menos no contato inicial junto aos cartórios vinculados aos Juízos B e C, mostrou-se necessário reforçar e confirmar o interesse desta pesquisadora em assistir apenas e especificamente as audiências de homologação, reputadas como ato processual que “só servia mesmo para homologar” o acordo entre acusação e defesa que realmente “acontecia lá no MP”.

Nos seis meses propostos para a observação, foram presenciadas dezenove audiências destinadas, ao menos, inicialmente, à homologação do acordo de não persecução penal, sendo onze delas realizadas em formato presencial e oito, virtualmente. Menciona-se o caráter “inicialmente” homologatório das audiências, pois em três delas o ajuste entre o Ministério Público e o investigado não se deu em momento anterior, ocorrendo apenas na presença do magistrado e em ato destinado, em tese, ao controle de sua voluntariedade e legalidade.

Ao longo desta etapa, apenas um acordo não foi homologado, não chegando, sequer, a ser celebrado, pois, em mais uma audiência voltada à proposta e à posterior homologação, o denunciado negou-se a confessar a prática criminosa que lhe fora imputada.

Interessante notar que a presença de membro do Ministério Público nas audiências de homologação foi uma constante. Em todos os atos e durante todo o ato o órgão de acusação mostrou-se não somente presente, como ativo, assumindo papel de destaque para a homologação, responsabilizando-se pelos esclarecimentos sobre os termos do acordo assinado. Trata-se de atuação ministerial sujeita a discussão.

Se o ato judicial se destina a aferir, entre outros fatores, a ausência de coerção indevida durante a negociação e a voluntária aceitação de seus termos pelo investigado, a participação do agente acusador, mencionado pelo compromissário na primeira audiência presenciada como aquele que “só sabe sentar o pau nos outros”, tem o condão de inibir eventual manifestação contrária à sua atuação e aos termos negociados.

Não se advoga a vedação à participação de representante do Ministério Público na audiência de homologação do acordo de não persecução, entendendo-se, porém, como aconselhável que seu ingresso no ato se dê após a apreciação judicial quanto à voluntariedade do investigado ao aceitar a proposta ministerial. Com o fracionamento do ato – medida simples

e que não compromete, em si, a simplificação procedimental pretendida pelo acordo –, viabiliza-se, maior espaço para a livre manifestação do compromissário e, ao mesmo tempo, permite-se que eventuais questões surgidas na análise da legalidade do acordo, em um segundo momento, sejam sanadas com a contribuição de ambas as partes envolvidas na negociação.

Conforme será melhor descrito nos itens adiante, também foram constantes nas audiências observadas o atraso no cumprimento da pauta e a celeridade com que homologados os acordos. Apesar disso, foram notadas diferenças sensíveis no modo como apreciados os casos pelos magistrados que integraram a pesquisa.

Se, quanto ao Juiz A, observou-se certo grau de desinteresse no ato realizado, pouco se comunicando com o investigado e sua defesa, em relação aos Juízes B, C e D foi possível notar a análise, ainda que superficial, das condições e maior contato com as partes. Enquanto os Juízes B e D voltavam sua atuação ao incentivo ao acordo e à averiguação do conhecimento do investigado sobre as condições firmadas, o Juiz C ainda avançava sobre a imputação, não chegando a analisa-la de modo detido, mas registrando-a em audiência e cientificando o compromissário a esse respeito.

Feitas estas anotações sobre uma visão geral do quanto observado nas audiências presenciadas entre fevereiro e julho de 2023, são apresentados, a seguir, episódios, interações e posturas reunidas em três eixos de discussão, todos a tocarem o papel do juiz na seara do acordo de não persecução penal e a necessidade de sua adequada, expressa e controlável delimitação. O primeiro destes eixos envolve o título deste subcapítulo, com o retrato de aspecto contemplado nesta fase da investigação que deu ares de irrelevância e dispensabilidade ao controle judicial sobre os termos da negociação entre o Ministério Público e o investigado/denunciado.

3.2.1 O controle judicial sobre o acordo de não persecução penal em “linha de montagem”

- Ah, o seu também é acordo de não persecução penal?

- Sim.

- Fique tranquilo, aqui é 'boa tarde e tchau'.

O diálogo acima transcrito ocorreu na área de espera para ingresso na sala de audiências do Juízo A. Na observação dos atos presenciais, esta pesquisadora chegava, ao menos, 30 minutos antes do início do cumprimento da pauta, de modo a permitir o seu contato com as partes envolvidas na negociação.

A conversa da qual extraído o diálogo em questão foi possível dado o atraso no atendimento à agenda da vara criminal, realidade comum durante o período de observação.

Nesse particular, pôde-se notar que, seja quando realizadas presencialmente, seja quando agendadas na plataforma *Zoom*, as audiências presenciadas nunca tiveram seu início no horário designado, contando, em verdade, com atrasos substanciais. Como primeira causa para esse cenário, tem-se o ingresso tardio do magistrado na sala presencial/virtual reservada para o ato, o que resultava na assunção do papel de esclarecimento pelo representante do Ministério Público. A este, em seis das dezenove audiências presenciadas, incumbiu esclarecer os termos do acordo e suas consequências para a persecução penal, bem como atestar, em um primeiro momento, a voluntariedade do investigado em sua celebração.

Esta postura ministerial, apesar de ter sido assumida em uma disposição colaborativa para a compreensão clara do acordo pelo investigado, toca e agrava a problemática anteriormente mencionada sobre a participação do órgão de acusação no momento destinado a aferir a voluntariedade nas tratativas e na celebração do acordo. Observou-se que o Ministério Público, em tais ocasiões, não apenas estava presente, como também se responsabilizava pelo primeiro contato com o investigado durante a audiência, questionando-lhe sobre a compreensão e efetiva aceitação dos termos acordados.

Embora, de pronto, não se vislumbre maior gravame neste contato – e, na prática e aparentemente, não foi possível notar qualquer reforço de coerção no primeiro contato estabelecido na audiência –, vê-se, na adoção desta rotina, potencial para afetar a expressão idônea da voluntariedade do compromissário dada a estética de imparcialidade comprometida por práticas judiciais observadas e melhor descritas no item 3.2.3.

Uma segunda razão anotada para a recorrência dos atrasos nas audiências foi a reserva de curto período da pauta para a realização do ato. Este não envolve apenas a aferição da voluntariedade e a análise dos termos do ajuste – que não tomavam, em regra, mais do que dez minutos –, mas, recorde-se, demanda tempo considerável para a redação e assinatura da ata, ainda exigida mesmo em contexto no qual disponíveis recursos audiovisuais que, de maneira fidedigna, podem captar e registrar o procedimento. Para além de não serem reservados mais do que trinta minutos para a apreciação de cada acordo, houve clara sobreposição de audiências na pauta do Juízo A, sendo reservados um mesmo dia e horário para a instrução e julgamento e para a apreciação do acordo em processos distintos, com a notória e esperada atribuição de menor relevância a este segundo ato.

Não se advoga pelo incremento de formas sem finalidade. De modo semelhante ao exposto quanto à defesa da manutenção da audiência para a homologação do acordo e quanto à

proposta de sua cisão em dois atos para que, no primeiro, não haja a participação do Ministério Público, não se pretende favorecer o dispêndio de tempo e de recursos financeiros e humanos para o cumprimento de mero protocolo. Tem-se por imprescindível, porém, o reconhecimento da relevância do controle judicial sobre a negociação criminal, a refletir no modo como este é previsto e implementado.

Como mencionado alhures, a atuação das varas e tribunais figura como essencial à fiscalização da discricionariedade do órgão acusatório, com especial destaque ante o acentuado incremento dos poderes que a este são conferidos na seara negocial, ampliando-se as hipóteses em que o Ministério Público pode deixar de ajuizar ação penal mesmo quando presente a justa causa para tanto. Exercendo esta fiscalização, o magistrado também atua na salvaguarda de direitos e garantias fundamentais, zelando pela voluntariedade do acordo e a legalidade de sua celebração e de seus termos.

Repise-se que não se trata de um controle meramente formal, nem de elemento apenas figurativo na estrutura negocial, pois, se assim o fosse, haveria a transferência ao acusador do papel assumido pelo magistrado no sistema inquisitivo, qual seja, de agente “pluripotenciário” e de senhor não do processo, mas da persecução penal, ditando os rumos desta sem supervisão adequada e séria. Justamente por essa razão, como aspecto alarmante no curso da observação adotada nesta pesquisa, a ausência de efetivo controle judicial sobre o acordo saltou aos olhos especialmente nos atos conduzidos pelo Juiz A.

Quanto aos Juízes B, C e D, o aspecto em questão não se mostrou de maior relevo. Os titulares das varas B e C, apesar de não chegarem a tocar no modo como realizada a confissão, dedicaram-se a esclarecer os termos acordados e a confirmar se o investigado estava ciente da negociação e de suas consequências, sendo o Juiz C o único a questionar ao compromissário se o fez “de forma livre, espontânea e isenta de qualquer forma de coação”.

O Juiz D, por seu turno, apesar de manter certa constância no modo de conduzir a audiência, sempre reforçando as condições do acordo e questionando se o investigado mantinha seu interesse em celebrá-lo e pôr fim ao processo, modificou sua postura a partir da segunda audiência presenciada por esta pesquisadora.

No primeiro ato, a participação da mestrandia foi consignada “apenas” como de uma estudante de Direito. A partir da segunda audiência, foram descritos ao juiz os termos da pesquisa desenvolvida durante o curso de mestrado junto à UFES, momento a partir do qual, para além de elogiar a pesquisa e destacar ao membro do Ministério Público a seriedade dos trabalhos desenvolvidos na universidade federal, o magistrado passou a se dirigir à pesquisadora e, de forma gentil e disposta, explicar as variáveis dos casos e as peculiaridades

dos acordos. E não só. A partir da segunda audiência de homologação, foi possível notar uma atuação muito mais esclarecedora e descritiva na análise dos termos submetidos à sua apreciação, que passou a se dar de maneira mais detalhada e aprofundada.

De outro lado, porém, o magistrado A manteve-se distante do diálogo entre as partes, pouco lhes dirigindo a palavra. Nas duas audiências em que homologado o acordo de não persecução penal, os esclarecimentos sobre a avença e a aferição da voluntariedade do investigado foram realizados pelos representantes do Ministério Público e da Defensoria Pública. O juiz, por seu turno, ocupou-se de orientar o estagiário na redação das atas, sendo uma delas abaixo parcialmente transcrita:

Aberta a Audiência, ouvido o compromissário, este declarou de forma espontânea a voluntariedade em dar cumprimento ao acordo de não persecução penal. Em seguida foi proferido o seguinte DESPACHO: Considerando as medidas fixadas no presente acordo são suficientes e adequadas, e verificado a voluntariedade e legalidade, homologo o acordo formulado pelo indiciado, às fls. [...], com o Ministério Público para que surta seus efeitos legais, na forma do art. 28-A, § 6º do Código Penal

Na respectiva audiência, iniciada com aproximadamente uma hora e meia de atraso, toda a averiguação da voluntariedade e do esclarecimento do investigado foi conduzida por sua defesa técnica, oportunidade na qual, apesar de efetivamente demonstrar interesse “em dar cumprimento ao acordo de não persecução penal”, o investigado expôs que a condição de prestar serviços à comunidade lhe seria muito árdua. Não obstante o quanto registrado na ata parcialmente transcrita, o que se observou, porém, foi a ausência de efetivo contato entre o Juiz A e o compromissário. E esta foi a realidade constatada nas duas ocasiões em que homologados acordos de não persecução penal perante o referido Juízo.

Enquanto direcionava sua atenção ao preenchimento dos dados variáveis da ata da audiência pelo estagiário, o magistrado, nas duas ocasiões, não consultou o investigado acerca das circunstâncias em que firmou o acordo e de suas possibilidades em dar cumprimento às medidas aceitas. Ademais, não houve menção/apreciação expressa do juiz quanto à imputação formulada pelo órgão ministerial, nem às condições ajustadas, verificando-se, em uma das audiências, que o investigado não disse uma palavra sequer.

Desse modo, nota-se como fortemente prejudicada a averiguação da voluntariedade do imputado ao aceitar o acordo. Esta voluntariedade, como aponta Paulo Rangel,³⁹⁸ é avaliada por meio da oralidade na audiência, oportunidade em que o investigado se manifestará sobre seu conhecimento acerca da avença, sendo cientificado pelo magistrado sobre as consequências de sua aceitação.

³⁹⁸ RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 29. ed. Barueri: Atlas, 2021, n. p. [E-book]

De modo semelhante, inviável identificar os critérios e fundamentos adotados para que estas condições fossem reputadas “suficientes e adequadas”, restando dificultada, ainda, a identificação do caminho percorrido pelo órgão julgador para considerar verificadas a voluntariedade e a legalidade do acordo. Tais critérios e fundamentos não foram minimamente expressos na audiência observada, nem mesmo constaram na ata publicada, de modo a se concluir que, nas ocasiões presenciadas, não se pode falar em efetivo controle judicial da avença entre acusação e investigado.

A sobreposição de audiências na pauta do dia, o curto período de sua duração – servindo a um “boa tarde e tchau” – e o reduzido ou inexistente contato entre o investigado e o magistrado para a homologação dos acordos de não persecução penal são claras expressões da pouca relevância atribuída ao controle judicial sobre os termos negociados. Este controle assume, assim, função de mero rito burocrático, a se encaixar em estrutura organizacional pensada para a celeridade e eficiência.

Não por outra razão, até mesmo a audiência destinada a esse fim, como já debatido anteriormente, é vislumbrada por alguns como dispensável. Os argumentos pela dispensabilidade da audiência, em verdade, dizem muito sobre a compreensão da própria fiscalização judicial sobre o acordo. Vejam-se, como exemplo, os dois relatos a seguir:

A gente recebe a petição do Ministério Público Federal com todo o inquérito, as peças de informação, os termos do acordo, assinatura da pessoa, do representante jurídico, tudo certinho, a gente faz, avalia, faz a homologação e dá sequência ao cumprimento. Hoje, a gente avalia se com o fim da pandemia, entre aspas, mas pelo menos a flexibilização das restrições, se a gente vai voltar a um tema de audiência para realização porque a nossa pauta realmente é muito pesada, sabe? A gente tem pauta de juizado, pauta de processos comuns, então se é uma audiência que a gente pode dispensar sem ter tanto prejuízo ao processo em si, enfim, a gente faz desse formato. Não tivemos problemas até agora e vamos avaliar se é algo que vale a pena continuar. (Juiz 20)

Bom, quando eu cheguei aqui na vara, eu conversei com o Ministério Público, eu acho desnecessário eu ter que agendar uma nova audiência pra uma audiência que já ocorreu, já teve o contato do Ministério Público com o infrator, não é, ele está ali acompanhado por um advogado, ou se não tiver o advogado, tem a Defensoria Pública que está o acompanhando. Então já vem minutado um termo, assinado pelo infrator, será que eu preciso de novo chamá-lo aqui pra perguntar: “o senhor concorda com isso que já passou lá?”, eu acho que são passos que a gente pode abreviar. (Juiz 28)³⁹⁹

A “pauta realmente pesada” e a ausência de “tanto prejuízo”, como se nota, são razões reputadas como suficientes para a não designação da audiência exigida por lei, abreviando-se passos procedimentais ao se considerar que o contato e a negociação desenvolvidos pelo órgão acusador na presença da defesa técnica bastam ao asseguramento de direitos e da legalidade.

³⁹⁹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Fortalecendo vias para as alternativas penais: um levantamento nacional da aplicação do acordo de não persecução penal no Brasil*. Brasília, 2023, p. 73.

Em uma lógica pautada pela exigência de alta produtividade e por pressões internas e externas ao Judiciário para a resolução de um elevado número de casos, com vistas a dar vazão à “sobrecarga da pauta”, tem-se a manifestação do que Abraham Blumberg denominou de “justiça em linha de montagem”.⁴⁰⁰

Nessa perspectiva, são implementados atalhos no curso do procedimento, os quais passam a integrar o repertório de ferramentas dos atores jurídicos. Em âmbito organizacional, a fim de enfrentar o conflito constante entre a exigência para a resolução de grande número de causas e os parâmetros estabelecidos como direitos e garantias para a regularidade procedimental, são pensadas estratégias de trabalho que conduzem, não poucas vezes, a violações padronizadas, encobertas e informais da legalidade e do devido processo legal.⁴⁰¹

Apesar de se tratar de fenômeno apontado por Blumberg a partir da análise do contexto estadunidense, é possível sua observação na realidade jurídica brasileira, em que a lei é “estrategicamente ignorada ou reinterpretada conforme as necessidades organizacionais”⁴⁰² dada a exigência de alta produtividade e a sobrecarga das varas criminais. Esta pressão pela eficiência do sistema punitivo, para além de conduzir à criação de ferramentas legais para a aceleração da resposta estatal à causa penal em discussão – como mediante a adoção de mecanismos negociais no Brasil em uma perspectiva utilitarista do processo penal⁴⁰³ –, resulta em práticas que, apesar de não formalmente institucionalizadas, compõem o cotidiano forense.

Diante da estabelecida crise do sistema de justiça criminal, caracterizada, entre outros aspectos, pela aposição da crescente quantidade de causas penais sob julgamento e da limitação de recursos e de pessoal, a lógica de otimização de procedimentos, com economia de tempo, de trabalho e de despesas ganha espaço em ritmo de normalidade. A servir a esta lógica, tem-se a padronização no tratamento das demandas, em uma “justiça feita em série”, com a definição de padrões de decisões e de condutas processuais e o olhar direcionado à meta da eficiência, em uma rotina própria de linha de montagem.⁴⁰⁴

⁴⁰⁰ BLUMBERG, Abraham S. The practice of law as confidence game: organizational cooptation of a profession. *Law & society review*. Danvers: Wiley-Blackwell, v. 1, n. 2, jun, p. 15-39, 1967, esp. p. 22.

⁴⁰¹ BLUMBERG, Abraham S. The practice of law as confidence game: organizational cooptation of a profession. *Law & society review*. Danvers: Wiley-Blackwell, v. 1, n. 2, jun, p. 15-39, 1967, esp. p. 22.

⁴⁰² SAPORI, Luiz Flavio. A justiça criminal brasileira como um sistema frouxamente articulado. In: SLAKMON, Catherine; MACHADO, Maíra Rocha; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Orgs.). *Novas direções na governança da justiça e da segurança*. Brasília-DF: Ministério da Justiça, 2006, p. 773.

⁴⁰³ WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. Expansionismo punitivo e acordo de não persecução penal: garantias processuais em risco? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 191, p. 285-304, jul-ago/2022, n. p. [versão digital]

⁴⁰⁴ SAPORI, Luiz Flavio. A justiça criminal brasileira como um sistema frouxamente articulado. In: SLAKMON, Catherine; MACHADO, Maíra Rocha; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Orgs.). *Novas direções na governança da justiça e da segurança*. Brasília-DF: Ministério da Justiça, 2006, p. 773.

Observar a prática jurídica permite, sem muita dificuldade, perceber a estrutura padronizada, voltada à máxima produtividade e alheia às particularidades da situação fática narrada nos autos. No ponto, preciso o retrato de Saporì a descrever uma das facetas da padronização própria da linha de montagem:

A prevalência do processo de categorização na justiça criminal é reforçada pelo fato de que os atores legais, conforme já mostrado, raramente recorrem a doutrinas jurídicas, ou mesmo a jurisprudências, para fundamentar suas argumentações, seja nas alegações finais, seja nas sentenças. A pesquisa doutrinária, ou mesmo jurisprudencial, exige dedicação mais intensa ao processo. E, mais do que isso, exige o estudo das peculiaridades contidas nos autos. Atenta-se antes de tudo ao que é singular no caso, a despeito do que ele tenha de comum com os demais casos que estão sob análise. Isso acarretará, portanto, um tratamento mais individualizado dos processos. E, conforme vimos, tal comportamento é muito mais uma exceção do que uma regra no cotidiano das Varas criminais.⁴⁰⁵

A transposição desta realidade à seara da negociação criminal, especificamente ao âmbito do acordo de não persecução penal e de sua fiscalização pelo Judiciário, é possível e demanda atenção e discussão. A observação empreendida nesta pesquisa, seguida da leitura das atas das audiências presenciadas e da análise de outros estudos sobre este aspecto da prática jurídica permitem averiguar a perpetuação da mesma lógica.

Se são utilizados modelos pré-estabelecidos estruturados pelo representante do Ministério Público para a celebração dos acordos na seara extrajudicial, o cenário não é outro para o registro de audiências. A fundamentação para a homologação, pouco presente nas audiências, é registrada em ata sob um mesmo padrão, apesar de serem verificadas circunstâncias diversas em cada uma das causas encerradas pela negociação. As particularidades do caso, de um modo geral, pouco foram consideradas em audiência, especialmente pelo Juízo A, como já descrito outrora.

Nas atas, como, de certa forma, já se esperava, poucos elementos retrataram os aspectos individuais do caso. Em síntese, a qualificação dos presentes em audiência e, em alguns quadros, as condições ajustadas e homologadas são os únicos elementos variáveis constantes nas atas.

O modo como estas atas eram registradas, somado aos caracteres observados nas audiências já descritos anteriormente, com especial atenção à velocidade empregada em sua realização, demonstram outro aspecto identificado em um contexto de justiça em linha de montagem: arranjos informais do sistema de justiça criminal que, apesar de não integrarem

⁴⁰⁵ SAPORI, Luiz Flavio. A justiça criminal brasileira como um sistema frouxamente articulado. In: SLAKMON, Catherine; MACHADO, Máira Rocha; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Orgs.). *Novas direções na governança da justiça e da segurança*. Brasília-DF: Ministério da Justiça, 2006, p. 773.

expressamente arcabouço normativo a disciplinar a estrutura organizacional, compõem um conjunto de práticas, técnicas e estratégias que permeiam o dia a dia das varas criminais.⁴⁰⁶

Tais rotinas voltadas à alta produtividade e à redução de custos, entretanto, são estruturadas não poucas vezes a partir da supressão de garantias processuais, as quais são julgadas como elementos a incrementarem o tempo de duração do processo e a necessidade de recursos financeiros e pessoais para o deslinde da demanda. Esta realidade, porém, deve ser enfrentada com seriedade, dado o seu potencial de distorcer até mesmo a atuação da defesa técnica, que, segundo descrito por Blumberg, pode ter aspectos que privilegiam a disposição organizacional de produção máxima, como a economia de tempo e de despesas, como prevaletentes em sua relação com o cliente/assistido.⁴⁰⁷

Se, de um lado, a promoção da eficiência e a redução de custos não devem ser desconsideradas, pois um julgamento em prazo razoável, sem dilações indevidas, também se constitui como direito fundamental da pessoa imputada, de outro lado, não podem ser estabelecidos como “parâmetros para medir a justiça e regular sua administração”.⁴⁰⁸

Desse modo, aos magistrados e demais atores jurídicos diretamente responsáveis pelo funcionamento e pela organização do sistema de justiça criminal, impõem-se demandas de naturezas diversas e, até mesmo, contraditórias: exige-se celeridade, alta produtividade e redução de custos, assim como se demanda o respeito às normas jurídicas estabelecidas e aos direitos e às garantias do imputado, os quais, apesar de caros a um processo penal democrático, ditam um ritmo menos célere ao procedimento.⁴⁰⁹

Sob perspectiva do problema de pesquisa erigido neste trabalho, tem-se sobre os magistrados a pressão para atender à principal finalidade para a qual o acordo de não persecução penal fora criado: simplificar a persecução penal e impulsionar sua celeridade, “abrindo a pauta” para o tratamento de modalidades criminosas mais graves e complexas. Ademais, dos juízes também se exige a averiguação quanto à ausência de coerção sobre o investigado, à sua efetiva voluntariedade e à legalidade do conteúdo do acordo e de sua celebração, o que envolve o exame da base fática sobre a qual erigida a hipótese acusatória. Tais medidas requerem

⁴⁰⁶ SAPORI, Luiz Flavio. A justiça criminal brasileira como um sistema frouxamente articulado. In: SLAKMON, Catherine; MACHADO, Máira Rocha; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Orgs.). *Novas direções na governança da justiça e da segurança*. Brasília-DF: Ministério da Justiça, 2006, p. 774.

⁴⁰⁷ BLUMBERG, Abraham S. The practice of law as confidence game: organizational cooptation of a profession. *Law & society review*. Danvers: Wiley-Blackwell, v. 1, n. 2, jun, p. 15-39, 1967, esp. p. 23.

⁴⁰⁸ WINTER, Lorena Bachmaier. Justiça negociada e coerção: reflexos à luz da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (Org.). *Plea bargaining*. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 9.

⁴⁰⁹ SAPORI, Luiz Flavio. A justiça criminal brasileira como um sistema frouxamente articulado. SLAKMON, Catherine; MACHADO, Máira Rocha; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Orgs.). *Novas direções na governança da justiça e da segurança*. Brasília-DF: Ministério da Justiça, 2006, p. 775-776.

dispêndio de recursos e de tempo, não sendo possível a sua implementação em audiências nas quais não são dedicados, em média, mais do que dez minutos para a efetiva discussão a respeito

Diante dessa incompatibilidade de demandas, tem-se a possibilidade de desenvolvimento de estruturas informais, com atalhos a violarem as exigências normativas para o processo, podendo, dessa maneira, aumentar de forma indevida a discricionariedade dos entes estatais e potencializar as hipóteses de erro humano, especialmente quando enfraquecidos os mecanismos de controle sobre o sistema punitivo. Dessa forma, publicamente e no plano formal, há um compromisso organizacional com as garantias e os direitos próprios de um processo penal democrático, enquanto, funcionalmente e no plano informal, assume-se um compromisso com as demandas para o funcionamento burocrático da máquina judiciária em máxima produtividade.⁴¹⁰

Este caminho releva-se sobretudo prejudicial no âmbito da negociação criminal, pois, em nome da eficiência, o controle sobre o acordo de não persecução penal é reduzido a simples formalidade, a se amoldar a estrutura pré-estabelecida ou a contar com nenhuma estrutura própria, como identificado durante esta pesquisa. A audiência de homologação do acordo e o controle a que ela se presta tomam-se, dessa maneira, atos despidos de finalidade relevante.

O reduzido ou inexistente contato entre o magistrado e o investigado e entre aquele e os termos do acordo sob apreciação afasta o juiz de seu posto de garantidor de direitos. Seu alheamento em relação à situação retratada nos autos e ao seu desfecho resulta na prejudicial desconsideração do conflito e das realidades subjacentes ao acordo, viabilizando-se, assim, que eventuais abusos e injustiças não sejam notados ou enfrentados.

Reduzir de tal maneira a atuação judicial na fiscalização dos acordos de não persecução penal tem o condão de transformar o órgão julgador em carimbador de ajustes, fazendo do membro do Ministério Público senhor sobre a persecução. Neste sentido, ainda passa a se destacar o papel do magistrado enquanto gestor da vara criminal de sua titularidade, papel este que, apesar de relevante e necessário, não deve sobrepujar sua função no controle da legalidade da negociação – a abranger a fiscalização e a limitação da discricionariedade ministerial – e no asseguramento de direitos da pessoa imputada e da vítima.

Isto posto, vislumbra-se que o estabelecimento de critérios expressos e claros para a implementação do controle judicial sobre os termos dos acordos de não persecução penal não apenas permite que avanços do magistrado sobre as funções próprias do órgão acusador – em

⁴¹⁰ SAPORI, Luiz Flavio. A justiça criminal brasileira como um sistema frouxamente articulado. SLAKMON, Catherine; MACHADO, Máira Rocha; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Orgs.). Novas direções na governança da justiça e da segurança. Brasília-DF: Ministério da Justiça, 2006, p. 776.

clara ofensa à acusatoriedade pretendida a partir do texto constitucional – sejam evitados. A medida em comento possui o condão de tornar efetiva a atuação do magistrado ao zelar pelo exercício regular das funções atribuídas a cada um dos sujeitos processuais, freando abusos, garantindo direitos e propiciando ajustes entre as partes dentro da moldura legal e constitucional.

A fixação dos critérios propostos no subcapítulo anterior não confere apenas maior efetividade à previsão de controle judicial dos ajustes entre a acusação e o investigado, como também serve à limitação da discricionariedade dos magistrados, aos quais passam a ser impostos parâmetros de atuação, aptos a serem fiscalizados pelas partes, pelos tribunais em sede recursal e pela sociedade. A todos estes atores não deve interessar que a atuação homologatória dos magistrados seja resumida a um “boa tarde e *tchau*”, mas que se traduza em mecanismo a afastar arbitrariedades e a promover o regular desenvolvimento do procedimento negocial, com o reforço das garantias e direitos ainda preservados para os envolvidos na situação criminosa.

3.2.2 Limites para a apreciação judicial sobre o conteúdo das condições do acordo de não persecução penal e o necessário controle de sua base fática

“O que o doutor [promotor de justiça] acha de substituir a prestação pecuniária por prestação de serviços?” – Juiz D

A pergunta acima relatada fora formulada durante audiência destinada à homologação de acordo de não persecução penal celebrado no bojo de inquérito policial autuado a partir de relato que apontava para a prática do crime de tráfico internacional de armas de fogo (art. 18 da Lei n.º 10.826/2003). Segundo registrado na ocasião da prisão em flagrante, o investigado trouxera do Paraguai duas armas de fogo calibre 9mm e dois carregadores de pistola. Ao se deter na análise da narrativa constante nos autos, o Juiz D demonstrou seu estranhamento quanto ao acordo celebrado, razão pela qual o representante da Defensoria Pública prontamente reforçou que a conclusão do inquérito policial foi pelo porte de arma (art. 14 da Lei n.º 10.826/2003), não pelo tráfico.

A pronta reação da defesa técnica frente ao estranhamento do magistrado deu-se a fim de afastar eventual dúvida quanto ao cabimento do acordo e à competência para a apreciação do feito. Ao se reconhecer que a base fática constante nos autos conduziria à configuração do crime do art. 18 da Lei n.º 10.826/2003, restaria ao Juiz D declarar sua incompetência para processo e julgamento da causa, por força do art. 109, V, da CF. E não só. Uma vez remetidos

os autos à Justiça Federal ou ainda que ignorada esta questão essencial, inviável a celebração do acordo de não persecução penal, tendo em vista que a pena mínima de oito anos prevista em abstrato para o crime de tráfico internacional de arma de fogo ultrapassa em muito o limite estabelecido pelo art. 28-A do CPP para o cabimento da negociação criminal.

Apesar de visivelmente contrafeito, o magistrado prosseguiu na análise do acordo, visando à sua homologação. Para tanto, porém, destacou que a gravidade concreta do caso (possível tráfico internacional de duas armas de fogo e de carregadores capitulado apenas como porte) demandaria a fixação de condição mais gravosa do que a estabelecida pelas partes na negociação.

Nesse sentido, considerando a prestação pecuniária como medida insuficiente – o que, por si só, já se revela intromissão inadequada do magistrado na delimitação do conteúdo do acordo –, o Juiz D, em lugar de devolver os autos ao Ministério Público para a reformulação dos termos da proposta, propôs-se a negociar junto às partes, sugerindo a substituição da medida reputada insuficiente pela fixação de prestação de serviços comunitários, equivalente funcional da pena considerado mais gravoso e consentâneo com a seriedade da conduta apurada. Após o assentimento do órgão de acusação, o investigado foi consultado pelo magistrado sobre a substituição proposta, com a qual concordou, demonstrando sua preferência quanto à nova proposta.

O caminho acima seguido, entretanto, foi registrado de modo diverso na ata de audiência, transparecendo que a iniciativa para a alteração das condições acordadas partiu da investigada e de sua defesa técnica. Confira-se:

Aberta a audiência, o MP reiterou a proposta de ANPP, fls. 113/115, conforme obrigações definidas nas cláusulas n.º 2 a 4 do referido acordo. Ouvidas, a investigada e sua defensora concordaram com as condições fixadas pelo MP. A defesa, diante da impossibilidade do cumprimento da prestação pecuniária, em razão da situação econômica da indiciada, requereu quer seja alterada a cláusula n.º 2, do ANPP, fl. 115, para substituir a prestação pecuniária por prestação de serviço à comunidade, a razão de sete horas semanais, de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho da indiciada, pelo período de um ano, com o que concordou o MP. O Senhor Promotor de Justiça requereu que as armas de fogo apreendidas e os carregadores, fl. 118, sejam encaminhados ao comando do exército, tendo em vista que já foi juntado o laudo pericial, fls. 120/124. Pelo MM Juiz foi proferida a seguinte DECISÃO: observo que houve voluntariedade no presente acordo de não persecução penal. Nestes casos, por se tratar de instituto de natureza negocial e estando demonstrada a voluntariedade das partes, impõe-se a homologação. Sobre a questão, a jurisprudência já fixou: “INSTITUTO DE NATUREZA NEGOCIAL QUE PRESSUPÕEM A VOLUNTARIEDADE DAS PARTES – AUSÊNCIA DE COMPULSORIEDADE DA ACEITAÇÃO DAS CONDIÇÕES, AS QUAIS NÃO POSSUEM IMPERATIVIDADE – NÃO VERIFICAÇÃO DO CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA” (TJPR - 2ª C.Criminal - 0034502-12.2021.8.16.0000 - Rel.: JUIZ DE DIREITO SUBSTITUTO EM SEGUNDO GRAU MAURO BLEY PEREIRA JUNIOR - J. 05.07.2021). Desta forma, HOMOLOGO o presente acordo de não persecução penal, nos moldes do art. 28-A, §4º, do CPP.

Do cotejo entre a observação da audiência e o registrado na ata acima parcialmente transcrita, extrai-se a não correspondência do retrato constante nos autos e a realidade da negociação implementada na audiência. Esta foi encerrada com advertência do magistrado à pessoa investigada, oportunidade na qual ressaltou a gravidade da conduta por ela praticada, alertando-a para que “prestasse mais atenção” e “tivesse mais cuidado” com as propostas aceitas em seu dia a dia, de modo a evitar se envolver em problemas como aquele dos autos, pois nem sempre poderá fazer o acordo.

O evento acima narrado representa com clareza o necessário estabelecimento de limites para o controle judicial sobre o acordo de não persecução penal, nos termos discutidos no subcapítulo anterior. Seguindo na contramão da primordial separação entre as funções do órgão de acusação e do magistrado, a postura assumida no caso relatado demonstra a potencial manifestação inquisitiva no mecanismo de negociação criminal disciplinado pela Lei n.º 13.964/2019.

A partir da imprecisão do texto legal e da consequente ausência de freios à discricionariedade judicial para além da fiscalização posterior pelo tribunal, prejudicada em casos como o ora analisado em função da ausência de registro detalhado da audiência, dá-se ao juiz amplas vias de atuação (e de omissão), dentre as quais podem ser vislumbradas atribuições próprias do Ministério Público.

Houve, no caso descrito, intrusão indevida do magistrado na mesa de negociação. Na hipótese de considerar a condição de prestação pecuniária leniente ante à conduta criminosa imputada, não deve ser dada ao juiz, em respeito à estrutura acusatória do processo penal, a possibilidade de deixar de homologar a avença sob o fundamento da insuficiência se respeitados os parâmetros legais para a fixação dos termos do acordo (limites mínimos para o valor da prestação pecuniária e para o período de prestação de serviços à comunidade).

Mais uma vez importa destacar: a palavra final quanto à homologação do acordo de não persecução penal é dada pelo Judiciário. Por essa razão, admitir interpretação em sentido diverso, com a concessão de ampla liberdade do julgador na consideração sobre a insuficiência das condições, resultará na transferência de funções acusatórias às mãos do Judiciário, em patente rompimento de sua imparcialidade.

Entretanto, não se pode ignorar que os problemas na atuação do Juiz D no episódio em questão não se iniciaram com a intromissão indevida na alteração dos termos negociados. Esta intromissão, em verdade, deu-se em função de equívoco no exame sobre a base fática a sustentar o acordo.

O estranhamento quando da primeira leitura de peças dos autos deveria mover o magistrado a uma verificação detida dos elementos de informação para, então, concluir ou pela caracterização do crime de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido, que é processado e julgado pela Justiça Estadual e admite a celebração de acordo de não persecução penal, ou pela configuração do crime de tráfico internacional de arma de fogo, cujo julgamento incumbe à Justiça Federal e cuja pena mínima prevista em abstrato obsta o cabimento do acordo.

Em vez disso, porém, o Juiz D, pela conveniência em manter a resolução da causa criminal já alcançada por meio da negociação ou, então, por compreender ser indevido um juízo sobre a hipótese acusatória naquele momento procedimental, optou por interferir nas condições do ajuste entre as partes, para, assim, acomodar sua insatisfação com uma solução mais leniente para conduta criminosas aparentemente mais gravosa do que aquela retratada no acordo.

Eis, neste aspecto, mais um ponto crítico do lacunoso texto legal que disciplina o acordo de não persecução penal. Embora do *caput* do art. 28-A seja possível extrair a imprescindibilidade da justa causa para o encerramento da demanda criminal por meio da negociação, não há previsão legislativa sobre a necessidade de controle judicial sobre a sustentação da hipótese acusatória subjacente ao acordo.

Em momento diverso deste trabalho, já fora apresentada a discussão sobre a celeridade e a eficiência pretendidas pela admissão da negociação criminal no ordenamento jurídico brasileiro. Sem desconsiderar esta finalidade da previsão dos acordos e as críticas já formuladas a esse respeito, tem-se por perniciosa a expansão de espaços para a chamada “justiça penal negocial” sem a exigência de fiscalização do substrato probatório por ente diverso do Ministério Público.

Pela própria natureza dos acordos penais, a visarem ao rápido encerramento da persecução estatal, não se está a propor uma apreciação judicial fundada em cognição exauriente acerca das condutas criminosas imputadas ao investigado. A ausência de um “*standard* probatório” mínimo a ser atendido para viabilizar o acordo,⁴¹¹ por outro lado, revela-se como grave problema ora posto no modelo brasileiro.

A compreensão corrente de que o controle sobre as negociações criminais deve ser estritamente formal, preservando-se, assim, a liberdade de negociação e a imparcialidade do julgador, deve, pois, ser afastada, dada a necessidade de que o magistrado se debruce no exame da “suficiência fático-probatória” para a intervenção punitiva do Estado, mesmo que pela via

⁴¹¹ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Justiça negocial e acordo de não persecução penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 191, p. 329-373, jul-ago/2022, n. p. [versão digital]

do acordo.⁴¹² Até mesmo para compreender se as condições fixadas são proporcionais e compatíveis com a infração penal imputada, essencial que o magistrado conheça as particularidades do caso e os elementos que sustentam a narrativa acusatória.

No curso da observação desenvolvida nesta pesquisa, os acordos de não persecução penal homologados nas audiências presenciadas foram celebrados em casos envolvendo a imputação da prática de crimes de trânsito (Lei n.º 9.503/1997) – dentre eles lesão corporal culposa (art. 303), revelando a admissão da negociação em casos com violência dessa natureza –, receptação (art. 180 do CP), uso de documento falso (art. 304 do CP), crimes de porte de arma de fogo de uso permitido (art. 14 da Lei n.º 10.826/2013), sonegação de papel de valor probatório (art. 356 do CP), desacato e resistência (arts. 331 e 329 do CP) – sendo este último mais um crime praticado mediante violência ou ameaça em que admitido o acordo –, estelionato (art. 171 do CP), falsificação de sinal (art. 296 do CP) e furto (art. 155 do CP).

À exceção da audiência descrita nas linhas anteriores, em todos os demais atos, não se identificou a averiguação da base fática pelos magistrados. Quando muito, os juízes realizaram a leitura da imputação que motivou a celebração do acordo, a exemplo das audiências conduzidas pelo Juiz C, o qual, durante a audiência, expunha os fatos narrados pela acusação e detalhava a proposta aceita pelo acusado. O modo como dirigidas as audiências restou por evidenciar que o primeiro contato mais detido dos magistrados com os autos e os fatos neles relatados se dava no momento da homologação do acordo, o que resultava em uma prejudicada análise da suficiência probatória para a negociação.

A celeridade promovida através das breves audiências de homologação dos acordos não permite que os juízes se detenham em análise ainda que sumária da imputação criminosa e dos elementos da investigação que a sustentam, razão pela qual subsistem dúvidas sobre a efetividade do controle judicial exercido de forma alheia aos fatos que, em tese, justificariam a intervenção punitiva estatal.

A apreciação quanto à suficiência mínima dos elementos colhidos na investigação para a celebração do acordo, em um cenário ideal, deveria ser realizada em momento anterior à própria audiência de homologação, evitando que esta se estendesse demasiadamente. Na espécie, mister reforçar: para emprestar celeridade à audiência em comento não se vislumbra como alternativa admissível a dispensa da análise judicial sobre os fatos alcançados pelo acordo de não persecução penal, propondo-se como caminho viável, porém, que tal análise se dê antes mesmo do agendamento do ato.

⁴¹² VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Acordo de não persecução penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022, n. p. [E-book]

Essa avaliação prévia sobre o contexto fático abrangido pelo acordo e sobre os elementos de informação a sustentarem a justa causa permite a antecipação da rejeição da avença, dispensando-se a desnecessária movimentação da máquina judiciária e dos demais atores jurídicos para a realização da audiência de homologação. Dando destaque a esta etapa do controle judicial, há quem defenda que a proposta de acordo de não persecução penal submetida à apreciação do Judiciário constitua-se como um “projeto de denúncia formal”, incumbindo ao Ministério Público detalhar todas as circunstâncias do delito, sua classificação, a qualificação do compromissário e os elementos de informação que conduziram ao acordo e à confissão.⁴¹³

Embora não se entenda ser necessária a exigência de que o órgão de acusação apresente espécie de minuta de denúncia quando da formalização do acordo de não persecução penal, tem-se como boa prática – passível de ser erigida por disposição normativa sobre a matéria como elemento essencial do acordo – a especificação da completa qualificação do investigado, a descrição, ainda que sucinta, da imputação objeto do acordo e dos elementos de informação que a sustentam, o cotejo entre estes elementos e a confissão, bem como a fundamentação relacionada ao preenchimento dos requisitos para o acordo, à compatibilidade e à proporcionalidade das condições firmadas.

Contando com peça ministerial fundamentada razoavelmente e detendo-se em análise mesmo não exauriente dos autos da investigação, o magistrado terá condições para avaliar a existência da justa causa para o acordo, elemento essencial da legalidade de sua celebração. Somente a partir dessa avaliação, com efetivo contato com os autos e com a realidade neles retratada, poderão ser satisfatoriamente aferidos e afastados aspectos a impedirem a homologação do acordo, como a ausência de prova da materialidade e de indícios de autoria, a existência de evidente causa excludente da tipicidade, da ilicitude e da culpabilidade e a caracterização de hipótese de extinção da punibilidade.

Ausente a justa causa, impõe-se o arquivamento do feito. No entanto, em um cenário de reduzido ou inexistente controle judicial sobre a base fática, o acordo passa a ser aplicado como alternativa ao arquivamento, mesmo nos já descritos “casos fracos” ou em hipóteses em que, apesar de caracterizada a insignificância penal, mas tendo em vista o contexto de expansão e reforço da atuação punitiva estatal, insiste-se na celebração do acordo, com a imposição de equivalentes funcionais da pena ainda que irrisórios.

Esta realidade pôde ser identificada em uma das audiências observadas perante o Juízo B. O ato em questão foi designado já no curso de uma ação penal na qual, inicialmente, rejeitou-

⁴¹³ FONSECA, Caio Nogueira Domingues da. *O controle judicial no acordo de não persecução penal*. 2022. 305 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022, p. 196.

se a oferta de acordo de não persecução penal ao imputado pois este já respondia a ação penal diversa. Em momento posterior ao recebimento da denúncia, já no ano de 2022 e, portanto, após a vigência da Lei n.º 13.964/2019, apresentou-se ao acusado a possibilidade do acordo. De início, restam dúvidas sobre a adequação do momento em que celebrado o acordo, pois o oferecimento da denúncia e o seu recebimento deram-se após a inclusão da ferramenta negocial no texto legal, não havendo que se falar na aplicação retroativa da nova lei em ação penal em andamento quando de sua entrada em vigor, aspecto controverso em âmbito doutrinário e jurisprudencial.⁴¹⁴

A audiência presenciada destinava-se à proposta e à homologação do acordo, chamando atenção, para além do momento procedimental/processual em que realizada a negociação e da ausência de confissão, os fatos em discussão nos autos. O promissário fora preso em flagrante após, em concurso com mais um indivíduo, furtar uma planta do tipo orquídea em uma paróquia. Como condição a ser cumprida para a extinção da punibilidade, fixou-se o pagamento de prestação pecuniária no valor de R\$ 100,00.

Do caso narrado, extrai-se hipótese em que, reconhecida a insignificância, forçoso o arquivamento da investigação por atipicidade material da conduta. Em se tratando de ação penal, acertada seria a rejeição da denúncia por ausência de justa causa. A celebração e a homologação do acordo de não persecução penal em causas como a ora descrita acabam por demonstrar a possibilidade de o uso da referida ferramenta servir ao incremento do poder punitivo, em vez de reduzir o espaço de aplicação do hipertrofiado direito penal brasileiro.

Vê-se, assim, a ilustração de um dos riscos oriundos de um uso desvirtuado das ferramentas negociais de um modo geral e da ausência de efetivo controle judicial sobre a sua implementação. Assim como causas que sequer seriam levadas adiante desde a delegacia de polícia (dada a sua insignificância) passaram a ser objeto da intervenção punitiva estatal por meio da transação penal, não se pode ignorar a possibilidade de que o acordo de não persecução

⁴¹⁴ Sobre o ponto, na compreensão de que o acordo de não persecução penal deve ser aplicado em ações penais iniciadas antes da vigência da Lei n.º 13.964/2019 até o recebimento da denúncia, confira-se: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.º 191.464. Relator: Ministro Roberto Barroso. Primeira Turma. *Diário de Justiça Eletrônico*. Brasília, 26 nov. 2020; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n.º 628.647. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Sexta Turma. *Diário de Justiça Eletrônico*. Brasília, 07 jun. 2021. De outro lado, reputando como possível a celebração em ações penais anteriores à Lei n.º 13.964/2019 e até ser proferida sentença: CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Manual do acordo de não persecução penal: à luz da Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime)*. 4. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora JusPodivm, 2023, p. 253. Já a entender possível a aplicação do acordo de não persecução penal em causas anteriores à Lei n.º 13.964/2019 e até o trânsito em julgado: LOPES JR., AURY. *Direito processual penal*. 20. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2023, n. p. [E-book]. Trata-se, portanto, de aspecto ainda nebuloso, sendo a questão a fetada ao Plenário do STF (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.º 185.913. Relator: Ministro Gilmar Mendes. *Diário de Justiça Eletrônico*. Brasília, 2020).

penal, em vez de substituir denúncias, preste-se à substituição de arquivamentos em casos de baixa viabilidade jurídica.⁴¹⁵

Ainda em decorrência da reduzida ou inexistente averiguação da base fática do acordo, vê-se a possibilidade de que inocentes, a fim de evitar os custos emocionais, profissionais e financeiros do processo e os riscos de uma condenação injusta ou, então, submetidos a coerção indevida, confessem fatos que não correspondem aos elementos colhidos no procedimento investigatório. Esta hipótese pôde ser observada em audiência já descrita em linhas anteriores,⁴¹⁶ na qual, mesmo evidenciado que a pessoa investigada confessara a prática criminosa para evitar a responsabilização de seu filho, o acordo restou homologado.

A despeito de a confissão do investigado e a posterior homologação do acordo de não persecução penal não conduzirem à formação de juízo sobre a culpa do imputado, não lhe sendo impostas efetivas penas, nem havendo anotação de maus antecedentes em decorrência dos fatos objeto do acordo, não se entende como admissível a “confissão finalística”. Autorizar que, mesmo sob afirmação de inocência, em uma análise de custo-benefício, o investigado confesse formalmente, em sentido oposto aos elementos colhidos no procedimento investigatório, viabilizaria o uso abusivo do acordo de não persecução penal, incrementando a discricionariedade do órgão de acusação, ao qual seria oportunizada a disposição e a manipulação sobre a versão dos fatos alcançados pela negociação.

Com o desenvolvimento de efetiva fiscalização judicial sobre os aspectos fático-probatórios do acordo de não persecução penal, o enfrentamento de situações problemáticas e graves como as acima descritas torna-se possível. Ao exercer de forma atenta seu papel de cognição sobre o contexto fático em que alicerçada a hipótese acusatória, o magistrado zelará pela correta aplicação da lei processual penal e, ainda, impedirá que a resposta punitiva estatal se dê em espaços nos quais se mostra desproporcional e indevida.

3.2.3 O risco do incentivo judicial ao acordo e a aparência de terceiro interessado

“Parabenizo as partes pelo entendimento.” – Juiz B

A frase acima transcrita foi proferida ao final da audiência de homologação de acordo de não persecução penal, após terem sido averiguadas a legalidade do ajuste e a voluntariedade

⁴¹⁵ DUCLERC, Elmir; MATOS, Lucas Vianna. A lei anticrime e a nova disciplina jurídica da persecução pública em juízo: pistas para uma interpretação crítica dos arts. 28 e 28-A do CPP. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 187, p. 233-258, jan. 2022, n. p. [versão digital]

⁴¹⁶ Confira subcapítulo 2.2, item 2.2.3.

do investigado em celebrá-lo, não causando, desse modo, influência sobre as manifestações das partes a esse respeito. O encorajamento da negociação criminal formulado pelo julgador em sede extraprocessual e desvinculada de causa específica, em si, também não possui significativa aptidão para servir como pressão à confissão e à aceitação do acordo pelo investigado. Aspecto problemático, porém, é identificado quando este incentivo, em aparente proximidade entre o magistrado e o membro do Ministério Público, a atuarem “ombro a ombro”,⁴¹⁷ ocorre durante as tratativas para o acordo ou em momento destinado à sua homologação.

No bojo desta pesquisa, porém, observou-se manifestação judicial nesse sentido em oportunidades nas quais o Juízo B, conduzindo as audiências, adotou postura de incentivo à negociação. Nas ocasiões em comento, foram proferidos elogios pois o “acordo estava muito bom”, havendo, ainda, afirmação no sentido de que “tinha certeza de que o investigado cumpriria o acordo”.

As afirmações presenciadas são retratos da compreensão do magistrado sobre o instrumento negocial e seus benefícios potenciais para o sistema de justiça criminal brasileiro. Essa realidade pôde ser extraída de diálogo estabelecido com o Juiz B em momento anterior ao início da observação desenvolvida neste trabalho.

No referido diálogo, o magistrado expôs a esta pesquisadora sua experiência de aproximação com a estrutura de negociação estadunidense, tendo visto de perto a realidade do *plea bargaining*. Apesar de vislumbrar com otimismo a resolução da causa penal pelo caminho negocial, o Juiz B expôs sua percepção acerca da necessária cautela com as ferramentas disponíveis, tendo em vista os sérios problemas por ele detectados no modelo praticado nos EUA, com abusos e desigualdades entre as partes.

Identificando na solução negociada um caminho adequado para o encerramento da persecução penal, o Juiz B demonstrava às partes a satisfação em ver seu ajuste para o pronto e efetivo tratamento da demanda, sendo dispensados a instrução processual e o longo *iter* procedimental até o julgamento da ação penal.

Este estímulo à solução negociada também pôde ser identificado em uma das audiências realizadas perante o Juízo D, em situação de peculiar proximidade entre o magistrado e o investigado. Enquanto o estagiário preenchia os dados variáveis da ata de audiência – aqui não incluídos os termos em que apreciado o acordo pelo magistrado na prática, eis que ausente o seu efetivo registro –, o investigado e o Juiz D desenvolveram diálogo sobre assunto de interesse

⁴¹⁷ SILVA, Paulo Maycon Costa da. Layout processual penal na perspectiva constitucional. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 914, p. 267-282, dez. 2011, n. p. [versão digital]

comum, de sua vida privada e alheio à conduta criminosa discutida no inquérito policial, ficando clara a relação extraprocessual existente.

Após a conversa em tom casual, o juiz reforçou para o investigado as condições fixadas no acordo e, de maneira enfática, destacou como os termos negociados seriam benéficos ao compromissário. Foram acordadas como condições: a proibição de conduzir veículo automotor por dois meses e dez dias e o pagamento de prestação pecuniária no valor de R\$ 600,00. Dessa forma, logo seria possível ao investigado ver extinta sua punibilidade, sendo dispensado do longo e custoso processo judicial, quadro este a fundamentar o estímulo do magistrado ao afirmar os benefícios do acordo.

Esta postura de incentivo, porém, pode resultar em indevido posicionamento do magistrado entre os interesses/versões das partes, prejudicando, ainda, sua estética de imparcialidade.

Nesse particular, entende-se ser necessária cautela na transposição do ideal estampado no art. 3º, § 3º, do Código de Processo Civil (CPC) à seara do processo penal. A natureza dos interesses em discussão, os sujeitos processuais envolvidos na causa, as consequências da solução consensual/negociada e a assimetria entre as partes vislumbrada na prática são alguns dos aspectos a desincentivarem o alcance tanto do dispositivo mencionado, como da previsão estampada no art. 139, V, do CPC, sobre o sistema de justiça criminal.

Muito embora a celebração do acordo de não persecução penal não represente uma condenação criminal, nem estabeleça a formação de juízo sobre a culpa do investigado, acaba por resultar na imposição de medidas gravosas ao imputado, a quem seria viabilizada, em ação penal, a tentativa de demonstração de sua inocência e o seu eventual reconhecimento em sentença absolutória. O estímulo ao acordo, portanto, acaba por representar a preferência pelo célere encerramento da persecução penal, ainda que, para isso, o imputado não ofereça resistência à hipótese acusatória e se submeta aos equivalentes funcionais da pena previstos como condições do ajuste.

Ocorre que a percepção de distanciamento equânime do magistrado em relação às partes não resta prejudicada apenas pelo papel de incentivo descrito nos parágrafos anteriores.

Nas audiências presenciais observadas, a proximidade entre o julgador e o Ministério Público saltava aos olhos. O membro do Ministério Público não apenas sentava-se ao lado do julgador, ocupando assento privilegiado conferido pelo disposto no art. 41, XI, da Lei 8.625/1993 e reforçado pelo STF no julgamento da ADI 4768. Este quadro, em si, já representa

aspecto problemático e questionável, tendo em vista que esta disposição cênica transparece proximidade, ainda que em mera aparência.⁴¹⁸

Este arranjo topográfico das partes, porém, fomentava a interação diferenciada entre o Ministério Público, agente interessado no resultado da persecução penal, e o Juízo.⁴¹⁹ No ponto, observou-se que, nos momentos de espera na própria audiência – geralmente em períodos em que os estagiários tomavam os dados dos participantes da audiência, registravam as informações variáveis na ata, imprimiam-na e dispunham as vias para assinatura –, o magistrado e o representante do órgão de acusação conversavam sobre os mais diversos assuntos, envolvendo questões fático-jurídicas discutidas em outros casos penais, bem como aspectos de seu cotidiano pessoal ou de pessoas do meio social dos interlocutores.

Nas audiências virtuais, esta proximidade entre os sujeitos processuais não estava evidente, à exceção de única situação observada em ato conduzido pelo Juiz B, oportunidade na qual este dividia com o membro do Ministério Público a mesma tela no aplicativo *Zoom*.

A partir do quanto observado, depreende-se que o estímulo do magistrado à solução negociada no âmbito do processo penal e a sua proximidade (ainda que apenas física) em relação ao acusador durante a audiência de homologação do acordo de não persecução penal podem representar mais um fator de pressão sobre o investigado, a quem poderá ser transmitida a noção de que o acordo celebrado com o Ministério Público se configura como única alternativa favorável. Esta percepção pode resultar em tensão a influir na voluntariedade do agente para a celebração do ajuste.

Como exposto por Stephanie Cardenas ao analisar a influência do excesso de acusação sobre as decisões tomadas pelo acusado e por seu advogado, a pessoa imputada enfrenta cenário de incertezas durante a negociação, especialmente na hipótese de não contar com experiência no âmbito do sistema de justiça criminal. Dessa forma, não são poucos os questionamentos levantados durante as tratativas, a tocarem a possibilidade de blefe do promotor – ainda que, em tese, reduzidas as possibilidades de manipular a imputação dos fatos na ordem jurídica brasileira –, a confiança no zelo do advogado, a existência de oferta melhor e a “simpatia” do magistrado em relação aos argumentos defensivos e à própria pessoa imputada.⁴²⁰

⁴¹⁸ MAIA, Maurílio Casas. Breve crítica ao “assento ministerial privilegiado” como fonte de vulnerabilidade e *doping* processual. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 1054, p. 229-236, ago. 2023, n. p. [versão digital].

⁴¹⁹ MAIA, Maurílio Casas. Breve crítica ao “assento ministerial privilegiado” como fonte de vulnerabilidade e *doping* processual. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 1054, p. 229-236, ago. 2023, n. p. [versão digital].

⁴²⁰ CARDENAS, Stephanie Aurora. *The influence of prosecutorial overcharging on defendant and defense attorney plea decision making: documenting and debiasing the anchoring effect*. 2021. 184 f. Tese (Doutorado) - Curso de Filosofia, The City University Of New York, New York, 2021, p. 9.

Durante as tratativas para o acordo de não persecução penal, o investigado tem à sua frente duas opções de escolha: uma perda certa, mas reduzida (imposição de equivalentes funcionais da pena imediatamente após a homologação da avença) e uma perda menos certa, mas a ele mais gravosa (eventualidade de condenação a pena privativa de liberdade ou a restritiva de direitos em patamar superior ao proposto no acordo).⁴²¹ O cenário de incertezas e de pressão para realizar a referida escolha pode conduzir os sujeitos menos familiarizados com o ambiente da justiça criminal a se firmarem em aspectos que, em si, não são tão relevantes para o desfecho da causa criminal, mas que passam a exercer forte influência na tomada de decisão.⁴²²

Desse modo, assim como o excesso de acusação (*overcharging*) pode exercer efeito coercitivo sobre o investigado, o que é visto com maior clareza no cenário estadunidense e promovido à medida em que incrementada a discricionariedade do órgão de acusação na manipulação da base fática e na decisão sobre a proposta dos acordos,⁴²³ a posição e as expressões do magistrado a sinalizarem alguma proximidade em relação ao Ministério Público ou às ações de sua iniciativa podem servir para o aumento da pressão sobre o compromissário.

A tensão experimentada por este último ainda poderá culminar, entre outros resultados, no silenciamento do investigado quanto a coerções indevidas sofridas no curso das tratativas e ao seu desinteresse na celebração do acordo. Além disso, uma vez influenciado pela aparente proximidade entre julgador e acusador, é possível que o imputado se disponha a confessar de modo finalístico, mesmo enquanto inocente, aceitando, assim, a “perda certa, mas reduzida” para evitar tanto os custos de diversas naturezas a serem suportados em um processo penal, quanto a condenação e a imposição de situação jurídica mais gravosa.

Mister considerar, portanto, que o incentivo judicial ao acordo, embora, em alguns cenários, apenas externe o interesse do juiz na rápida resolução da causa e na liberação de sua pauta sobrecarregada, também tem o condão de comprometer, ainda que aparentemente, o necessário afastamento do magistrado em relação à pretensão acusatória exercida pelo Ministério Público.

⁴²¹ WERTHEIMER, Alan. Freedom, morality, plea bargaining, and the Supreme Court. *Philosophy & Public Affairs*, v. 8, n. 3, p. 203-234, 1979, esp. p. 209. Disponível em: < <http://www.jstor.org/stable/2265033> >. Acesso em 07 mar. 2024.

⁴²² CARDENAS, Stephanie Aurora. *The influence of prosecutorial overcharging on defendant and defense attorney plea decision making: documenting and debiasing the anchoring effect*. 2021. 184 f. Tese (Doutorado) - Curso de Filosofia, The City University Of New York, New York, 2021, p. 9.

⁴²³ CARDENAS, Stephanie Aurora. *The influence of prosecutorial overcharging on defendant and defense attorney plea decision making: documenting and debiasing the anchoring effect*. 2021. 184 f. Tese (Doutorado) - Curso de Filosofia, The City University Of New York, New York, 2021, p. 34, 115/117.

Nesse particular, tem-se por essencial, para além do alheamento do julgador em relação às partes e ao objeto do processo, a promoção de uma “estética de imparcialidade”,⁴²⁴ a reforçar a confiança do investigado quanto ao não comprometimento do julgador em relação aos interesses envolvidos na causa e, assim, permitir-lhe manifestar sobre sua efetiva voluntariedade na celebração do acordo.

A ausência de tal cautela quanto à demonstração do efetivo afastamento do juiz em relação aos interesses das partes é apta, como visto, para prejudicar a livre manifestação de vontade do investigado durante a audiência. Sob a percepção de que o órgão julgador está comprometido com a solução proposta pelo órgão de acusação, é possível que o investigado aceite o acordo sob coerção e com a ideia de que, na hipótese de ir a julgamento, este mesmo Judiciário incentivador da negociação, vendo-a não prosperar por iniciativa do imputado, decidirá, na ação penal, de maneira severa e a ele desfavorável.

Com o fim de afastar essa percepção e promover o estabelecimento de condições processuais equânimes para as partes, tem-se como essencial a estruturação de *layout* processual a afastar qualquer posição ou aparência de privilégio aos sujeitos parciais na demanda.⁴²⁵ E, nesse ponto, necessário ter em conta que a Constituição Federal, elegendo, ainda que não expressamente, o sistema processual penal acusatório, atribuiu ao Ministério Público a promoção da ação penal pública, sendo, pois, agente parcial e interessado processualmente.⁴²⁶

No âmbito da negociação criminal, o exercício da pretensão acusatória pelo Ministério Público ganha ainda mais relevo, notadamente diante da discricionariedade a este conferida, que, mesmo limitada, permite a este ator jurídico direcionar, em grande medida, o rumo da persecução penal.

Com o olhar sobre o acordo de não persecução penal, vê-se no órgão de acusação o responsável tanto por formular a proposta do ajuste – nem sempre debatida ou personalizada à situação fática e às condições individuais do investigado – e acompanhar o seu cumprimento, como por decidir pelo ajuizamento da ação penal, seja diante da negativa do acordo, seja em função do descumprimento deste. Trata-se, então, de atuação decisiva na definição da situação jurídica da pessoa investigada e das condições a serem por esta suportadas.

À vista disso, tem-se por problemático o alinhamento entre as manifestações e posições do magistrado e do membro do Ministério Público durante a audiência, a comprometer, no

⁴²⁴ LOPES JR., AURY. *Direito processual penal*. 20. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023, n.p. [E-book]

⁴²⁵ SILVA, Paulo Maycon Costa da. Layout processual penal na perspectiva constitucional. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 914, p. 267-282, dez. 2011, n. p. [versão digital]

⁴²⁶ MAIA, Maurílio Casas. Breve crítica ao “assento ministerial privilegiado” como fonte de vulnerabilidade e *doping* processual. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 1054, p. 229-236, ago. 2023, n. p. [versão digital].

mínimo, a estética de imparcialidade necessária para a segurança do investigado e de sua defesa quanto ao afastamento do juiz dos interesses contrapostos na causa. Este alinhamento, ainda que apenas aparente, pode ser identificado no *layout* das salas de audiência, nos diálogos paralelos entre julgador e acusador e em expressões de elogio e de incentivo ao acordo, as quais, interpretadas a *contrario sensu*, podem representar ao imputado uma antecipação de juízo a ele negativo em eventual ação penal.

Os cenários observados durante a pesquisa e ora narrados, em si, não correspondem a efetivo prejuízo da imparcialidade do magistrado e não atestam, necessariamente, uma inclinação do julgador à proposta ministerial, nem um comprometimento do Judiciário com uma condenação austera na hipótese de o investigado/compromissário declarar a ausência de voluntariedade na celebração do acordo de não persecução penal ou deixar de cumpri-lo. Guardam, porém, potencial para afetar as decisões a serem tomadas pelo investigado e por sua defesa durante a negociação, razão pela qual se depreende que a “estética de imparcialidade” deve se estender à intervenção judicial no âmbito do acordo de não persecução penal, zelando-se pela máxima expressão da equidistância entre o julgador e as partes, aspecto essencial em um sistema processual de natureza acusatória.

CONCLUSÃO

A efetivação de um processo penal em que assegurados os direitos constitucionalmente estabelecidos aos atores envolvidos na situação de conflito demanda tempo, recursos e, por certo, uma atuação refletida e comprometida dos profissionais a tratarem a causa penal. Ao se perquirir a realidade do sistema de justiça criminal brasileiro, no entanto, os fatores de tempo e de recursos (pessoais e financeiros) sobressaem como problemáticos em um contexto de crise.

Esta crise resta evidenciada em múltiplos aspectos, com destaque para a morosidade dos processos até o julgamento e o encerramento da persecução penal, para o encarceramento degradante e em massa e para os resultados insuficientes recebidos e percebidos pelo acusado, pela vítima e pela sociedade. Dessa forma, vê-se uma disposição processual praticada com violação massiva de direitos e garantias fundamentais que se revela sobremodo inefetiva.

O processo penal, enquanto caminho para a aplicação da pena a partir da limitação do poder punitivo estatal e da salvaguarda dos direitos e das garantias fundamentais, passa, então, a ser repensado até mesmo quanto à sua essencialidade para esses objetivos. Com a preeminência da lógica da eficiência, são construídos atalhos para que, mediante a redução de custos e de tempo, encerre-se a persecução penal sem que o Estado abra mão da manifestação de seu poder punitivo.

Nesse sentido, com vistas, essencialmente, à maior celeridade processual, em lugar de empregados esforços para, por exemplo, estabelecer uma marcha de descriminalização de condutas suficientemente sancionadas por outros ramos do direito, fazendo-se valer princípios caros ao Direito Penal como o da intervenção mínima e da ofensividade – de modo a reduzir a inflação penal e, por conseguinte, diminuir as causas a serem submetidas ao sistema de justiça criminal –, foram desenvolvidas alternativas para, mediante a supressão de garantias, encerrar-se antecipadamente o processo ou, até mesmo, evita-lo.

À semelhança de alterações promovidas em diversas ordens jurídicas estrangeiras, com especial influência do modelo estadunidense, inaugurou-se a admissão legal de espaços de negociação no direito processual penal brasileiro. Se, de um lado, na década de 1990, a composição civil dos danos, a transação penal e a suspensão condicional do processo representaram uma mudança de paradigma para o sistema de justiça criminal nacional, criando exceções à obrigatoriedade da ação penal e espaços de discricionariedade ao órgão acusador, de outro lado, com as Leis n.º 12.850/2013 e 13.964/2019, restou evidenciada uma tendência em expansão.

Se, na legislação de 2013, com disciplina extensa da colaboração premiada, foram viabilizadas concessões diversas ao investigado/acusado que contribui substancialmente para a persecução penal nas hipóteses expressamente elencadas, a Lei n.º 13.964/2019, ao inserir no CPP a figura do acordo de não persecução penal, ampliou sobremaneira a possibilidade de ajustes na seara criminal.

Alcançando parcela significativa dos crimes comumente classificados como de médio potencial ofensivo, o acordo de não persecução penal conta com reduzida disciplina legal, apesar de capaz de produzir profundo impacto no modelo de resolução da causa penal brasileiro, que se move a passos largos em direção a uma “administrativização do sistema punitivo”. O instituto, apto a encerrar a persecução penal em casos envolvendo quase a metade dos crimes tipificados no Código Penal – sem mencionar os crimes econômicos previstos na legislação especial e majoritariamente alcançados pela ferramenta negocial –, tem reservado para sua regulação tão somente um artigo da legislação processual penal.

A recorrente falta de clareza do texto legal, seja por ambiguidades e irrazoabilidades em sua redação, seja por lacunas relevantes, conduz a sérias controvérsias na aplicação do mecanismo negocial. Do art. 28-A do CPP não é possível extrair *standard* probatório mínimo para a admissão do acordo de não persecução penal, tendo-se por parâmetro apenas a vedação da celebração do ajuste quando presente hipótese de arquivamento. A não aplicação do acordo em função do histórico criminal do investigado, de modo semelhante, é despida de critérios bem definidos, ficando a cargo do Ministério Público, casuisticamente, reputar existentes “elementos probatórios” de “conduta criminal habitual, reiterada ou profissional”. Como inovação do acordo de não persecução penal, a exigência de confissão formal e circunstancial para a celebração do ajuste também é fonte de sérias dúvidas, resultando em acentuadas discussões sobre sua finalidade e sua utilidade quando da rescisão dos termos negociados.

Quanto a todos estes aspectos controversos, essencial que, frente ao silêncio ou insuficiência da legislação, atue o magistrado enquanto garantidor de direitos e assegurador da legalidade. Os limites desta fiscalização judicial sobre o acordo de não persecução penal constituem-se, no entanto, fator que também comporta questionamentos e esclarecimentos.

Se, para que o acordo entre investigado e acusação produza efeitos, é necessária a homologação judicial de seus termos, resta à legislação definir quais elementos devem ser levados em conta pelo juiz em seu mister. Sendo esta definição pouco clara ou sobremodo ampla, torna-se possível tanto um avanço indevido do magistrado sobre o campo de atuação das partes, em prejuízo de sua imparcialidade, quanto uma passividade judicial danosa ao exercício equilibrado dos papéis conferidos a cada um dos sujeitos a intervirem na causa.

Em ambos os cenários, vislumbra-se a possibilidade de restar vulnerada a estrutura processual penal acusatória. Trata-se de ofensa ao sistema eleito constitucionalmente em 1988, compreendendo-se que, embora não o faça expressamente, a Constituição Federal estabeleceu as bases para a edificação de um processo penal com caracteres democráticos e acusatórios, não apenas por dispor sobre direitos e garantias fundamentais que seguem na contramão de um processo penal inquisitivo, mas, especialmente, por estabelecer a obrigatória separação das funções de acusar e julgar e erigir garantias para que esta separação seja efetiva e atenda ao seu propósito na manutenção da imparcialidade do órgão judicial.

Ao se afirmar a possibilidade de ofensa ao sistema acusatório a partir do modo como disciplinado o controle judicial sobre o acordo de não persecução penal na Lei n.º 13.964/2019, não se está a confirmar argumento no sentido de que a previsão de fiscalização do Judiciário sobre o conteúdo do acordo configura-se, em si, como violação do sistema em comento e da imparcialidade do magistrado. Isso porque, não se depreende que a atuação judicial neste âmbito esteja circunscrita a análise da legalidade meramente formal da negociação, pois, de modo diverso, seria o juiz afastado de seu papel de garantidor de direitos e conduzido à função de “carimbador de acordos”.

A ofensa ao sistema acusatório vista em potencial no modo como estabelecido o controle judicial na legislação processual penal é identificada, em verdade, na ausência de parâmetros razoáveis para que este controle seja implementado. Tal conclusão se funda na compreensão de que o elemento essencial/fixo do referido sistema consiste na separação das funções de acusar, julgar e defender e em sua atribuição a sujeitos processuais diversos. Não se trata apenas de separação inicial de funções, mas de sua manutenção ao longo de todo o processo, servindo, então, de pressuposto para a atuação imparcial do magistrado. Nesse sentido, a acusatoriedade do processo penal é entendida como caracterizada quando estabelecidas e praticadas medidas a viabilizarem uma postura equidistante do juiz em relação às partes, o que resta prejudicado, por exemplo quando este toma para si a disposição sobre a pretensão acusatória ou quando se aproxima indevidamente da hipótese acusatória ou do órgão responsável por formulá-la.

A previsão legal do controle judicial sobre o acordo de não persecução penal, com efeito, cria condições para que esta separação das funções dos sujeitos envolvidos na resolução da causa penal seja vulnerada, quer por viabilizar, na passividade do magistrado, a transformação do Ministério Público em senhor da persecução penal – em evidente desequilíbrio e prejuízo no exercício das funções próprias dos sujeitos nela envolvidos –, quer por viabilizar a intrusão judicial na esfera de atuação do órgão acusador, saindo, então, de seu lugar de sujeito imparcial e garantidor de direitos.

Consoante se extrai dos §§4º e 5º do art. 28-A do CPP, o magistrado, em seu juízo homologatório, averiguará a voluntariedade e a legalidade do acordo, sendo este último aspecto avaliado em duas perspectivas: legalidade da celebração e legalidade do conteúdo.

Ao prever o controle judicial sobre a voluntariedade do investigado na celebração do ajuste, o texto legal não discrimina procedimentos ou elementos a serem averiguados pelo magistrado no exame dos autos e durante a audiência de homologação do acordo. Dessa forma, passa-se a admitir que cada juiz adote seus próprios parâmetros para tanto ou, então, deixe de adotar efetiva análise da voluntariedade, o que envolve não apenas o afastamento de pressões irregulares sobre o investigado, mas a aferição de seu completo esclarecimento sobre a investigação, o acordo, suas consequências e suas alternativas.

Abrir mão do controle efetivo da voluntariedade representa, a bem da verdade, a admissão de um agir discricionário pelo julgador na definição de seus próprios critérios, bem como a acumulação imprópria de atribuições nas mãos do órgão acusador, que, frente a uma ausência de fiscalização, conta com discricionariedade pouco ou nada limitada. Gera-se, assim, desequilíbrio no exercício das funções próprias de cada um dos sujeitos envolvidos na persecução penal.

De outro lado, no tocante à fiscalização judicial sobre a legalidade da celebração, aqui se incluindo a necessária análise da base fática a sustentar o acordo de não persecução penal, não se vislumbra ofensa ao sistema processual acusatório. Nesse particular, vê-se a redução de espaços de atuação discricionária, notadamente ao se verificar que, para a implementação desta fiscalização, incumbe ao magistrado a avaliação quanto à observância das balizas já estabelecidas no texto legal para a conclusão do acordo. Não há, dessa forma, espaço legalmente conferido para a ingerência indevida do juiz sobre as áreas de atuação das partes, sendo-lhe conferido o mister de zelar pelo regular desenvolvimento da negociação.

A conclusão acima, no entanto, não se estende ao controle judicial da legalidade do conteúdo do acordo de não persecução penal celebrado, tal como estabelecido pela Lei n.º 13.964/2019. Conforme se extrai do § 5º do art. 28-A do CPP, o juiz poderá deixar de homologar o ajuste caso vislumbre inadequação, insuficiência ou abusividade em suas condições. A margem conferida ao magistrado ao realizar essa fiscalização, porém, não é definida pela lei, restando, apenas, expressões a comportarem interpretações diversas, o que conduz a experiências no cotidiano das varas criminais também diversas e problemáticas.

No ponto, depreende-se que, ao prever a análise judicial sobre a adequação do acordo sem estabelecer critérios mínimos para tanto, a legislação processual penal viabiliza, até mesmo, uma apreciação da conveniência da negociação pelo magistrado. Ocorre que, em um

sistema acusatório, a este sujeito processual não é atribuído o papel de dispor sobre a pretensão acusatória, sobre seu conteúdo e sobre um necessariamente limitado espaço de política criminal dado ao Ministério Público. Admitir esta medida de intrusão judicial sobre a negociação consiste em incluir no feixe de poderes do juiz elementos próprios das atividades das partes.

A insuficiência enquanto fator a conduzir à não homologação do acordo de não persecução também traz potencial ofensa à estrutura acusatória pensada para o sistema de justiça criminal brasileiro. Para além de ser mais uma análise judicial estabelecida pelo texto legal sem a fixação de parâmetros mínimos para sua implementação, a decisão pela insuficiência das condições do acordo resulta da assunção, pelo magistrado, do mister do acusador após reputar tolerante ou branda demais a escolha feita por aquele constitucionalmente designado para tanto.

A abertura textual quanto aos elementos anteriores também se repete quando da previsão de exame judicial sobre a possível abusividade das condições do acordo. Embora, neste ponto, não se visualize abertura para ofensa ao sistema acusatório, pois a identificação de abusos no curso da persecução penal integra a atuação do magistrado enquanto garantidor de direitos e fiscal da legalidade, tem-se por desacertada a imprecisão do texto legal, deixando a cada juiz a tarefa de, por seu próprio estatuto, definir e decidir quando esta ou aquela condição será abusiva.

A escassez de padrões melhor delimitados para o controle judicial sobre ferramenta de negociação com impacto sobremodo relevante para o processo penal pátrio cria condições para a perpetuação de desigualdades e injustiças, assim como para o desinteresse e a omissão quanto à relevante e essencial fiscalização do magistrado sobre os termos acordados. Essa realidade pôde ser notada durante a análise do cotidiano forense realizada neste trabalho a partir de procedimentos de observação participante. Ainda que muito limitada em sua abrangência, esta etapa da presente pesquisa permitiu averiguar sérios problemas durante a fase de homologação judicial dos acordos.

Constatou-se, em grande medida, a redução do controle judicial sobre o acordo de não persecução penal a mera formalidade sem finalidade ou efetividade. Em uma lógica de produção em série, as particularidades do contexto fático subjacente à negociação, a realidade dos investigados, os termos do acordo e as circunstâncias em que este fora negociado pouco foram avaliados, o que prejudicou a efetiva apreciação sobre a voluntariedade e a legalidade dos ajustes homologados. Essa ausência judicial, como outrora afirmado, conduz à hipertrofia do órgão acusador na definição da estruturação e do destino da persecução penal.

A proximidade entre magistrado e órgão de acusação, quer nos diálogos desenvolvidos durante a audiência, quer na disposição dos atores em sala de audiência, quer nas palavras de

incentivo/elogio ao acordo, também se constitui como elemento apto a distanciar o modelo praticado da estrutura acusatória. Trata-se de cenário a afetar, ao menos, a aparência de imparcialidade judicial, podendo, dessa forma, resultar em pressão elevada e indevida sobre o investigado na manifestação de seu interesse em negociar.

Também na análise da prática forense foi possível confirmar a necessária definição de limites para o controle judicial sobre o acordo de não persecução penal, eis que, frente à vagueza do texto legal, observou-se a intromissão do magistrado sobre a negociação desenvolvida entre as partes, em sentido contrário à essencial separação entre as funções do Ministério Público e do juiz e em demonstração de resquício inquisitivo no sistema de justiça criminal brasileiro.

Frente às conclusões alcançadas, este trabalho então propõe que, enquanto não fixados parâmetros legais mais precisos para a fiscalização judicial sobre os acordos de não persecução penal ou enquanto não firmado entendimento claro a esse respeito pelos Tribunais Superiores, seja o exame da voluntariedade do investigado na negociação implementado a partir do afastamento de hipóteses de coerção indevida e da confirmação quanto à completa compreensão do compromissário acerca da investigação criminal, dos termos do acordo, de suas consequências e dos caminhos alternativos a ele ofertados.

Ainda quanto à apreciação judicial sobre a voluntariedade, propõe-se o fracionamento da audiência destinada à homologação do acordo, viabilizando que, em um primeiro momento, o ato seja realizado apenas com a presença do magistrado, de servidores ou estagiários da vara, do investigado e de sua defesa técnica, de modo a se averiguar a efetiva voluntariedade do compromissário. Superada esta análise, entende-se, então, como adequada a participação do órgão de acusação apenas em um segundo momento, agora destinado ao exame da legalidade da avença.

Esse fracionamento, apesar de demandar alteração da dinâmica própria dos fóruns, marcada pela presença constante de membros do Ministério Público em sala de audiência, possui o condão de privilegiar a manifestação do investigado acerca de eventuais coerções indevidas por ele experimentadas, na mesma medida em que permite o esclarecimento e a discussão das partes sobre eventuais questões surgidas quanto aos termos do acordo.

Já em relação à análise da legalidade, quando esta se referir à própria celebração do acordo, importa que seja implementada em observância estrita ao disposto na legislação processual, com atenção ao preenchimento dos requisitos legais para a negociação, o que engloba a aferição da justa causa para o seu desenvolvimento. Por fim, ao se pensar o controle da legalidade do conteúdo do acordo, a respeito do qual a disciplina legal mostra-se ainda mais imprecisa, tem-se por mais acertada a sua limitação aos termos já dispostos no CPP e no CP

como norte à fixação das condições a que se submeterá o investigado, utilizando-se como critérios, de igual modo, a compatibilidade e a proporcionalidade dos equivalentes funcionais da pena quanto à imputação realizada.

A partir desse raciocínio, depreende-se como assegurado o necessário controle da discricionariedade na celebração do acordo de não persecução penal, evitando-se que este se torne instrumento a potencializar abusos e injustiças. De igual maneira, é preservada a imparcialidade judicial, cuja presença é essencial para a concretização de um processo penal de caráter acusatório, como constitucionalmente desenhado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto; LEVENE HIJO, Ricardo. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Editorial Guillermo Kraft, 1945, t. II.

ALEMANHA. *Die Strafprozessordnung* [Código de Processo Penal], 1987. Disponível em: <<https://dejure.org/gesetze/StPO>>. Acesso em 22 jul. 2023.

ALEMANHA. *Bundesgerichtshofs (BGH)*, 4 StR 240/97 – Urteil vom 28. August 1997 (LG Dortmund). Disponível em: <<https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/4/97/4-240-97.php3>>. Acesso em 22 jul. 2023.

ANÁTOCLES, Marcelo. A Lei n.º 9.099/95: intenções e realizações (1996-2001). In: AMORIM, Maria Stella de; LIMA, Roberto Kant de; BURGOS, Marcelo Baumann (Org.). *Juizados especiais criminais, sistema judicial e sociedade no Brasil*. Niterói: Intertexto, 2003.

ANDRADE, Flávio da Silva. *Justiça penal consensual: controvérsias e desafios*. 2. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022.

ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas processuais e seus princípios reitores*. 2. ed. rev. e ampl. Curitiba: Juruá, 2008.

ANITUA, Gabriel Ignacio. A importação de mecanismos consensuais do processo penal estadunidense nas reformas processuais latino-americanas. In: GLOECKNER, Ricardo. *Sistemas processuais penais*. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021.

ARAS, Vladimir. Acordos penais no Brasil: uma análise à luz do direito comparado. In: CUNHA, Rogério Sanches *et al.* *Acordos de não persecução penal e cível*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2022.

ARGENTINA. Lei 27.063, de 10 de dezembro de 2014. *Código de Proceso Federal Penal*. Disponível em: <<https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-27063-239340/actualizacion>>. Acesso em 10 jan. 2024.

AROCA, Juan Montero. El principio acusatório entendido como eslogan político. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 66-87, 2015.

ATAÍDE JR., Jaldemiro. Negócios jurídicos materiais e processuais - existência, validade e eficácia - campo-invariável e campos-dependentes: sobre os limites dos negócios jurídicos processuais. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 244, p. 393-423, 2015 [versão digital].

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia judiciária e prova penal*. São Paulo: Thomson Reuters, 2023 [E-book].

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023 [E-book].

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução: Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2003.

BINDER, Alberto. *Fundamentos para a reforma da justiça penal*. Tradução: Augusto Jobim do Amaral. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017 [E-book].

BLUMBERG, Abraham S. The practice of law as confidence game: organizational cooptation of a profession. *Law & society review*. Danvers: Wiley-Blackwell, v. 1, n. 2, jun, p. 15-39, 1967.

BRANDALISE, Rodrigo da Silva. *Justiça penal negociada: negociação da sentença criminal e princípios processuais relevantes*. Curitiba: Juruá, 2016.

BRASIL. *Projeto de Lei n.º 633, de 13 de junho de 1975*. Código de Processo Penal. Brasília: Câmara dos Deputados, 1975. Disponível em: <https://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD13JUN1975SUP_A.pdf#page=1>. Acesso em 18 mar. 2024.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Exposição de Motivos da Lei n.º 9.099 de 26 de setembro de 1995. *Diário do Congresso Nacional*. Brasília, 24 fev. 1989. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1995/lei-9099-26-setembro-1995-348608-exposicaodemotivos-149770-pl.html>>. Acesso em: 16 ago. 2023.

BRASIL. Decreto-lei n.º 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*. Rio de Janeiro, 31 de dez. 1940.

BRASIL. Decreto-lei n.º 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. *Diário Oficial da União*. Rio de Janeiro, 13 de out. 1941.

BRASIL. Lei n.º 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. *Diário Oficial da União*. Brasília, 26 julho 1990.

BRASIL. Lei n.º 8.625, de 12 de fevereiro de 1993. Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Brasília, 15 fev. 1993.

BRASIL. Lei n.º 9.034, de 30 de maio de 1995. Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas.. *Diário Oficial da União*. Brasília, 04 maio 1995.

BRASIL. Lei n.º 9.080, de 19 de julho de 1995. Acrescenta dispositivos às Leis n.ºs 7.492, de 16 de junho de 1986, e 8.137, de 27 de dezembro de 1990. *Diário Oficial da União*. Brasília, 20 jul. 1995.

BRASIL. Lei n.º 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Brasília, 27 set. 1995.

BRASIL. Lei n.º 9.613, de 03 de março de 1998. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Brasília, 04 mar. 1998.

BRASIL. Lei n.º 10.826, de 22 de dezembro de 2003. Dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – Sinarm, define crimes e dá outras providências.. . *Diário Oficial da União*. Brasília, 23 dez. 2003.

BRASIL. Lei n.º 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Brasília, 24 ago. 2006.

BRASIL. Lei n.º 12.850, de 02 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal... *Diário Oficial da União*. Brasília, 05 ago. 2013.

BRASIL. Lei n.º 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. *Diário Oficial da União*. Brasília, 24 dez. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n.º 628.647. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Sexta Turma. *Diário de Justiça Eletrônico*. Brasília, 07 jun. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta turma. Habeas Corpus n.º 636279/SP. Relator: Ministro JOEL ILAN PACIORNIK. *Diário de Justiça Eletrônico*. Brasília, 23 mar. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). Agravo Regimental nos Embargos de Declaração na Petição 13974/DF. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. *Diário de Justiça Eletrônico*. Brasília, 28 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 73.338/RJ. Relator: Ministro Celso de Mello. Primeira Turma. *Diário de Justiça*. Brasília, 19 nov. 1996. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=74424>>. Acesso em: 24 fev. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n.º 696. *Diário de Justiça*. Brasília, 13 out. 2003. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=30&sumula=2666>>. Acesso em 16 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante n.º 24. *Diário de Justiça Eletrônico*. Brasília, 02 fev. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Habeas Corpus n.º 83.810. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. *Diário de Justiça Eletrônico*. Brasília, 22 out. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.º 127.483. Relator: Ministro Dias Toffoli. *Diário de Justiça Eletrônico*. Brasília, 11 set. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. *Diário de Justiça Eletrônico*. Brasília, 19 fev. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.508. Relator: Ministro Marco Aurélio. *Diário de Justiça Eletrônico*. Brasília, 22 jun. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 444. Relator: Ministro Gilmar Mendes. *Diário de Justiça Eletrônico*. Brasília, 22 mai. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.º 191.464. Relator: Ministro Roberto Barroso. Primeira Turma. *Diário de Justiça Eletrônico*. Brasília, 26 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.º 185.913. Relator: Ministro Gilmar Mendes. *Diário de Justiça Eletrônico*. Brasília, 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Agravo Regimental na Petição 8482. Relator: Min. Edson Fachin, 31 de maio de 2021. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 21 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.768. Relator: Min. Cármen Lúcia. *Diário de Justiça Eletrônico*. Brasília, 28 abr. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 6298. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 24 de agosto de 2023. *Diário de Justiça Eletrônico*. Brasília, 19 dez. 2023.

CABRAL, Antonio do Passo. Pactum de *non petendo*: a promessa de não processar no direito brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 305. p. 17-44, jul. 2020.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Manual do acordo de não persecução penal*: à luz da Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime). 4. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora JusPodivm, 2023.

CANI, Luiz Eduardo; EBERHARDT, Marcos. Inexigibilidade do pagamento do tributo devido como condição objetiva do acordo de não persecução penal nos crimes tributários. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 191/2022, p. 49-92, Jul-Ago. 2022 [versão digital].

CARDENAS, Stephanie Aurora. *The influence of prosecutorial overcharging on defendant and defense attorney plea decision making*: documenting and debiasing the anchoring effect. 2021. 184 f. Tese (Doutorado). The City University Of New York, New York, 2021.

CARVALHO, Maurício Mendonça de. *Doutrina, legislação e práticas do acordo de não persecução penal* - "O Sr. confessa?". 66 f. Dissertação (Mestrado). Universidade Veiga de Almeida, Rio de Janeiro, 2022.

CARVALHO, Salo de. Substitutivos penais na era do grande encarceramento. *Revista Científica dos Estudantes de Direito da UFRGS*. Porto Alegre, v. 2, n. 2, nov. 2010.

CHIAVARIO, Mario. O processo penal na Itália. In: DELMAS-MARTY, Mireille. *Processo penal e direitos do homem: rumo à consciência europeia*. Tradução: Fernando de Freitas Franco. São Paulo: Manole, 2004.

CHOUKR, Fauzi Hassan. A ordem constitucional e o processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 8, p. 57-68, out./dez. 1994 [versão digital].

CHOUKR, Fauzi Hassan. Permanências inquisitivas e refundação do processo penal – gestão administrativa do processo penal. In: GLOECKNER, Ricardo. *Sistemas processuais penais*. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021.

CHRISTIE, Nils. Conflicts as property. *The British Journal of Criminology*, Oxford, v. 17, n. 1, p. 1-15, jan. 1977.

CICERO, Marco Tulio. *Dos deveres*. Tradução: Alex Marins. São Paulo: Editora Martin Claret, 2007.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Fortalecendo vias para as alternativas penais: um levantamento nacional da aplicação do acordo de não persecução penal no Brasil*. Brasília, 2023.

CORDERO, Franco. *Guida ala procedura penale*. Torino: UTET, 1986.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do pensamento economicista no direito criminal de hoje. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 32, p. 297-310, out-dez./2000.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 183, p. 103-115, 2009.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Uma breve síntese histórica-filosófica-jurídica-processual sobre os sistemas processuais penais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 185, p. 101-114, nov. 2021 [versão digital].

CRESWELL, John. W. *Projeto de pesquisa: métodos qualitativo, quantitativo e misto*. 2. ed. Tradução de Luciana de Oliveira da Rocha. Porto Alegre: Artmed, 2007.

DAVIS, Kenneth Culp. Discretionary Justice. *Journal of Legal Education*, v. 23, n. 1, p. 56-62, 1970. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/42892041>>. Acesso em: 19 jan. 2024.

DIAS, Ricardo Gueiros Bernardes. A comparative empirical study of negotiation in criminal proceedings between Brazil and the United States of America. *University of Baltimore Journal of International Law*, v. 4, n. 2, p. 59-96, 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024 [E-book].

DUCLERC, Elmir; MATOS, Lucas Vianna. A lei anticrime e a nova disciplina jurídica da persecução pública em juízo: pistas para uma interpretação crítica dos arts. 28 e 28-A do CPP. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 187, p. 233-258, jan. 2022 [versão digital].

ESPÍRITO SANTO. Lei Complementar n.º 234, de 18 de abril de 2002. Dá nova redação ao Código de Organização Judiciária do Estado do Espírito Santo. *Departamento de Imprensa Oficial do Espírito Santo*, Vitória, 19 abr. 2002.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Santobello v. New York*, 404 U.S., 1971. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/404/257/>>. Acesso em: 19 jan. 2024.

FENOLL, Jodri Nieva. *La duda en el proceso penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

FERNANDES, Fernando Andrade; AIRES, Murilo Thomas. A colaboração premiada como instrumento de política criminal: a tensão em relação às garantias fundamentais do réu colaborador. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 3, n. 1, p. 253-284, 2017.

FERREIRA, Marco Aurélio Gonçalves. Direito de acesso à prestação jurisdicional: uma análise comparada entre os sistemas judiciários criminais dos EUA e do Brasil. In: AMORIM, Maria Stella de; LIMA, Roberto Kant de; BURGOS, Marcelo Baumann (Org.). *Juizados especiais criminais, sistema judicial e sociedade no Brasil*. Niterói: Intertexto, 2003.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias; LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. *Comentários à lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais: Lei 9.099, de 26.09.1995*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

FIGUEIRA, Luiz. *A produção da verdade nas práticas judiciárias criminais brasileiras: uma perspectiva antropológica de um processo criminal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

FONSECA, Caio Nogueira Domingues da. *O controle judicial no acordo de não persecução penal*. 2022. 305 f. Dissertação (Mestrado), Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário brasileiro de segurança pública 2022*. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/anuario-brasileiro-seguranca-publica/>. Acesso em: 8 mar. 2023.

FREIRE JR, Américo Bedê. Da impossibilidade do juiz condenar quando há o pedido de absolvição formulado pelo ministério público. *Boletim IBCCrim*. São Paulo, a. 13, n. 152, p. 19, jul. 2005.

FREIRE JR., Américo Bedê. *A reforma do CPP e o juiz no processo penal brasileiro*. Juiz criminal no seu lugar: nem protagonista nem espectador. Motivos pelos quais precisa ter poderes instrutórios. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/ajufe/a-reforma-do-cpp-e-o-juiz-no-processo-penal-brasileiro-18062020>>. Acesso em: 05 set. 2023.

FREIRE JR., Américo Bedê; LEMGRUBER, Letícia. Os acordos de não persecução penal e cível: permissões e vedações. In: CUNHA, Rogério Sanches *et al* (Coord.). *Acordos de não persecução penal e cível*. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2022.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Gestão de conflitos nos Estados Unidos e no Brasil. *Revista de Processo Comparado*, São Paulo, v. 4, p. 43-63, jul./dez. 2016 [versão digital].

GIACOMOLLI, Nereu J. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016 [E-book].

GOLD, Raymond L. Roles in sociological field observation. *Social Forces*, v.36, n. 3, p.217-223, 1958.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Metástases do sistema inquisitório. In: GLOECKNER, Ricardo. *Sistemas processuais penais*. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; LEONEL, Juliano de Oliveira. O manifesto autoritarismo inquisitorial do artigo 385 do Código de Processo Penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 175, p. 251-281, jan. 2021[versão digital].

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Justiça negocial e acordo de não persecução penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 191, p. 329-373, jul./ago. 2023 [versão digital]

GOMES FILHO, Demerval Farias. *Direito penal negocial: a legitimação da resposta penal*. São Paulo: Editora JusPodivm, 2023.

GOULART, Maykhel Beltrame. *Acordo de não persecução penal (ANPP) e mudanças de paradigma: perspectivas e controvérsias*. 2021. 95 f. Dissertação (Mestrado). Universidade Veiga de Almeida, Rio de Janeiro, 2021.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas*. 2. ed. São Paulo: RT, 1982.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 7, n. 27, jul./set. 1999.

HERRMANN, Joachim Herrmann, Bargaining Justice: a bargain for german criminal justice? *University of Pittsburgh Law Review*, 53, n. 3, p. 755-776, Spring 1992.

HILL, Flávia Pereira. Plea bargaining: uma incursão no sistema processual penal norte-americano. In: PINHO, Humberto Dalla Bernadina de. *Temas contemporâneos de direito processual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

ITÁLIA. Corte Costituzionale. Giudizio di Legittimità Costituzionale in Via Incidentale. *Sentenza n.º 313/1990*. Redattore: Presidente dott. Francesco Saja. Roma: Corte Costituzionale, 1990. Disponível em: < <http://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>>. Acesso em: 28 jul. 2023.

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal: estudos e pareceres*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

JARDIM, Afrânio Silva. A influência norte-americana nos sistemas processuais penais latinos. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, ano 10, v. 17, n. 2, p. 02-10, jul./dez. 2016.

JUNG, Heike. O processo penal na República Federal da Alemanha. In: DELMAS-MARTY, Mireille. *Processo penal e direitos do homem: rumo à consciência europeia*. Tradução: Fernando de Freitas Franco. São Paulo: Manole, 2004.

KHALED JR., Salah Hassan. O sistema processual penal brasileiro: acusatório, misto ou inquisitório? *Civitas*, Porto Alegre, v. 10, n. 2, p. 293-308, 2010.

LANGBEIN, John. H. Understanding the short history of plea bargaining. *Law and Society Review*, v. 13, n. 2, p. 261-272, 1979.

LANGER, Máximo. Dos transplantes jurídicos às traduções jurídicas: a globalização do plea bargaining e a tese da americanização do processo penal. *Delictae Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito*, v. 2, n. 3, p. 19-115, jul-dez. 2017.

LANGER, Maximo. The rise of managerial judging in international criminal law. *The American Journal of Comparative Law*, v. 53, n. 4, p. 835-909, 2005.

LANGER, Máximo. Revolution in Latin American Criminal Procedure: diffusion of legal ideas from the periphery. *The American Journal of Comparative Law*, Los Angeles, v. 55, p. 617-676, 2007.

LANGER, Máximo. Plea bargaining, conviction without trial, and the global administratization os criminal convictions. *Annual Review of Criminology*, 2021, p. 377-411. Disponível em: <<https://www.annualreviews.org/doi/abs/10.1146/annurev-criminol-032317-092255>>. Acesso em: 19 jan. 2024.

LIMA, Roberto Kant de; AMORIM, Maria Stella de; BURGOS, Marcelo Baumann. A administração da violência cotidiana no Brasil: a experiência dos Juizados Especiais Criminais. In: AMORIM, Maria Stella de; LIMA, Roberto Kant de; BURGOS, Marcelo Baumann (Org.). *Juizados especiais criminais, sistema judicial e sociedade no Brasil*. Niterói: Intertexto, 2003.

LIMA, Roberto Kant de. *Ensaio de antropologia e de direito: acesso à justiça e processos institucionais de administração de conflitos e produção da verdade jurídica em uma perspectiva comparada*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

LOPES JR. Aury. O direito a ser julgado em um prazo razoável: o tempo como pena e a (de)mora jurisdicional no processo penal. *Doutrinas Essenciais Direito Penal e Processo Penal*, São Paulo, v. 6, jan-dez./2015.

LOPES JR., Aury. Sistemas processuais penais: ainda precisamos falar a respeito? In: GLOECKNER, Ricardo. *Sistemas processuais penais*. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021.

LOPES JR., Aury; PINHO, Ana Cláudia Bastos de; ROSA, Alexandre Moraes da. *Pacote anticrime: um ano depois*. São Paulo: Saraiva Educação, 2021 [E-book].

LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal: introdução crítica*. 8. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022 [E-book].

LOPES JR., AURY. *Direito processual penal*. 20. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023 [E-book].

LOPES JR., Aury. Justiça negociada: utilitarismo processual e eficiência antigarantista. In: CARVALHO, Salo; WUNDERLICH, Alexandre (Org.). *Diálogos sobre a justiça dialogal: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da Justiça Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

LUCCHESI, Guilherme Brenner; OLIVEIRA, Marlus H. Arns. Sobre a discricionariedade do Ministério Público no ANPP e o seu controle jurisdicional: uma proposta pela legalidade. *Boletim IBCCRIM*, ano 29, n. 344, jul. 2021.

MA, Yue. Prosecutorial Discretion and Plea Bargaining in the United States, France, Germany, and Italy: A Comparative Perspective. *International Criminal Justice Review*, Georgia State University, v. 12, p. 22-52, 2002.

MAIA, Maurilio Casas. Breve crítica ao “assento ministerial privilegiado” como fonte de vulnerabilidade e *doping* processual. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 1054, p. 229-236, ago. 2023 [versão digital].

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual*. Campinas: Bookseller, 1997, v. 1.

MARTINS, Luísa; PERON, Isadora. Não é fascismo endurecer penas contra crimes graves, diz Moro. *Valor Econômico*, 04 fev. 2019. Disponível em: <https://valor.globo.com/politica/noticia/2019/02/04/nao-e-fascismo-endurecer-penascontra-crimes-graves-diz-moro.ghtml>. Acesso em: 15 jan. 2024.

MILHOMEM, Leonardo Dantas; SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. Justiça criminal negociada como resposta penal alternativa. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 318, p. 51-74, ago. 2021 [versão digital].

MIRANDA, Acacio; SILVA, Leonardo Henriques da Silva. *Juizados especiais criminais*. São Paulo: Saraiva, 2013.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O processo penal norte-americano e sua influência. *Revista de processo*, v. 103/2001, p. 95-107, jul./set. 2001 [versão digital].

NALINI, José Renato. É urgente construir alternativas à justiça. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e*

outros meios de solução adequada de conflitos. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. v. 9. Salvador: Juspodivm, 2017.

PEREIRA, Frederico Valdez. Para além do reducionismo acusatório-inquisitório: a inserção do justo processo no estudo dos temas do processo penal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 964, p. 349-374, fev. 2016 [versão digital].

PIZZI, William T; MARAFIOTI, Luca. The new italian code of criminal procedure: the difficulties of building an adversarial trial system on a civil law foundation. *The Yale Journal of International Law*, v. 17, n. 1, p. 3-40, 1992.

POLI, Camilin Marcie de; VILLA, Giovani Frazão Della Villa. A disponibilidade do conteúdo do processo penal e o acordo de não persecução penal na Lei n.º 13.964/2019. In: FELIX, Yuri; CAMARGO, Rodrigo Oliveira de (Orgs.). *Pacote anticrime: reformas processuais*. 1. ed. Florianópolis: Emais, 2020.

POSTIGO, Leonel González. Bases da reforma processual penal no Brasil: lições a partir da experiência na América Latina. In: POSTIGO, Leonel Gonzáles (Dir.). *Desafiando a inquisição: ideias e propostas para a reforma processual penal no Brasil*. Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2017.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

PRADO, Geraldo. Campo jurídico e capital científico: o acordo sobre a pena e o modelo acusatório no Brasil – A transformação de um conceito. In: PRADO, Geraldo; MARTINS, Rui Cunha; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti. *Decisão judicial: a cultura jurídica brasileira na transição para a democracia*. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

PRADO, Geraldo. O processo penal brasileiro vinte e cinco anos depois da Constituição: transformações, permanências. *Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 18, n. 67, p. 550-569, jan./fev. 2015.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 29. ed. Barueri: Atlas, 2021 [E-book].

RICCIO, Giuseppe. Imparcialidade: entre situação subjetiva e paradigma de sistema. In: GLOECKNER, Ricardo. *Sistemas processuais penais*. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021.

RIOS, Rodrigo Sanches. Contributo para a interpretação das finalidades do acordo de não persecução penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 191, p. 207-233, jul-ago/2022 [versão digital].

SAPORI, Luiz Flavio. A justiça criminal brasileira como um sistema frouxamente articulado. SLAKMON, Catherine; MACHADO, Máira Rocha; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Orgs.). *Novas direções na governança da justiça e da segurança*. Brasília-DF: Ministério da Justiça, 2006.

SCHUNEMANN, Bernd. *La Reforma del Proceso Penal*. Madrid: Dykinson, 2005.

SILVA, Paulo Maycon Costa da. Layout processual penal na perspectiva constitucional. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 914, p. 267-282, dez. 2011 [versão digital].

SILVA, José Carlos Félix da; REIS, Debora Cristyna Ferreira; SILVA, Klinsmann Alison Rodrigues Félix da. Inconstitucionalidade material da confissão no acordo de não persecução penal. *Revista da Escola Superior do Ministério Público do Ceará*, Fortaleza, ano 12, n. 2, p. 81-97, jul./dez. 2020.

SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da Silveira. Justiça sem processo? O acordo de não persecução penal como possível instrumento político-criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 191, p. 305-327, jul-ago/2022 [versão digital].

SOUZA, Renee do Ó; DOWER, Patrícia Eleutério Campos. Algumas Respostas sobre o acordo de não persecução penal. In: CUNHA, Rogério Sanches *et al* (Coord.). *Acordos de não persecução penal e cível*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Juspodivm, 2022.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. Acordo de não persecução penal: alternativa à judicialização do caso penal. In: CUNHA, Rogério Sanches *et al* (Coord.). *Acordos de não persecução penal e cível*. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2022.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 1.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa; FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Juizados especiais estaduais cíveis e criminais: comentários à Lei 9.099/1995*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO. *Detalhes da linha de pesquisa: Direito*. Disponível em: <<https://direito.ufes.br/pt-br/pos-graduacao/PPGDIR/detalhes-da-linha-de-pesquisa?id=427>>. Acesso em: 02 ago. 2023.

URUGUAI. Lei n.º 19.293 de 19 de dezembro de 2014. *Código del Proceso Penal*. Disponível em: <<https://www.impo.com.uy/bases/codigo-proceso-penal-2017/19293-2014>>. Acesso em: 21 mar. 2024.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes; CAPPARELLI, Bruna. Barganha no processo penal italiano: análise crítica do patteggiamento e das alternativas procedimentais na justiça criminal. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 15, p. 435-453, jan./jun. 2015.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. O acordo de não persecução penal na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em 2020 e 2021. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 191, p. 93-120, jul-ago/2022, n. p. [versão digital].

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Acordo de não persecução penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022 [E-book].

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Colaboração premiada no processo penal*. 5.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023 [E-book].

VASSALLI, Luciana Sperb Duarte. Acordos entre Ministério Público e imputado no Brasil e na Itália: aplicação da pena a pedido das partes, transação penal e acordo de não persecução penal. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 90, p. 341-381, jul./dez. 2021.

VOGEL, Mary E. *As origens sociais do plea bargaining*. Tradução: Caroline Bussoloto de Brum. Revisão Técnica: Ricardo Jacobsen Gloeckner. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2024 [E-book].

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. Uma análise histórica da imposição do medo do direito penal aos setores subalternos da população brasileira. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 90, p. 373-399, mai./jun. 2011 [versão digital].

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. Expansionismo punitivo e acordo de não persecução penal: garantias processuais em risco? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 191, p. 285-304, jul-ago/2022 [versão digital].

WERTHEIMER, Alan. Freedom, morality, plea bargaining, and the Supreme Court. *Philosophy & Public Affairs*, v. 8, n. 3, p. 203-234, 1979. Disponível em: < <http://www.jstor.org/stable/2265033> >. Acesso em 07 mar. 2024.

WINTER, Lorena Bachmaier. Justiça negociada e coerção: reflexos à luz da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (Org.). *Plea bargaining*. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019

WINTER, Lorena Bachmaier. Acusatório versus inquisitório: reflexões sobre o processo penal. In: GLOECKNER, Ricardo. *Sistemas processuais penais*. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021.

ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*. São Paulo: Palas Athena, 2008.



UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO

PROTOCOLO DE ASSINATURA



O documento acima foi assinado digitalmente com senha eletrônica através do Protocolo Web, conforme Portaria UFES nº 1.269 de 30/08/2018, por
RICARDO GUEIROS BERNARDES DIAS - SIAPE 1311255
Departamento de Direito - DD/CCJE
Em 16/05/2024 às 13:27

Para verificar as assinaturas e visualizar o documento original acesse o link:
<https://api.lepisma.ufes.br/arquivos-assinados/925739?tipoArquivo=O>



UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO

PROTOCOLO DE ASSINATURA



O documento acima foi assinado digitalmente com senha eletrônica através do Protocolo Web, conforme Portaria UFES nº 1.269 de 30/08/2018, por
GEOVANY CARDOSO JEVEAUX - SIAPE 7294615
Departamento de Direito - DD/CCJE
Em 17/05/2024 às 09:53

Para verificar as assinaturas e visualizar o documento original acesse o link:
<https://api.lepisma.ufes.br/arquivos-assinados/926127?tipoArquivo=O>



UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO

PROTOCOLO DE ASSINATURA



O documento acima foi assinado digitalmente com senha eletrônica através do Protocolo Web, conforme Portaria UFES nº 1.269 de 30/08/2018, por
GEOVANY CARDOSO JEVEAUX - SIAPE 7294615
Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito Processual Civil
Coordenação do Programa de Pós-Graduação em Direito Processual Civil - PPGDIR/CCJE
Em 17/05/2024 às 09:54

Para verificar as assinaturas e visualizar o documento original acesse o link:
<https://api.lepisma.ufes.br/arquivos-assinados/926128?tipoArquivo=O>