

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

ALEXANDRE FORTUNA LOPES

CONSENSUALISMO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO: uma
análise de constitucionalidade a partir da força normativa da
Constituição da República Federativa do Brasil

VITÓRIA/ES
2024

ALEXANDRE FORTUNA LOPES

CONSENSUALISMO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO: uma
análise de constitucionalidade a partir da força normativa da
Constituição da República Federativa do Brasil

Texto da Dissertação de Mestrado, nesta ocasião apresentado ao Programa de Pós-Graduação em Direito Processual do Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas da Universidade Federal do Espírito Santo, como parte das exigências para a realização do Exame de Defesa do Curso de Mestrado em Direito Processual.

Orientador: Professor Doutor Geovany Cardoso Jevaux

VITÓRIA/ES

2024

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

F745c Fortuna Lopes, Alexandre, 1991-
Consensualismo processual penal brasileiro : uma análise
de constitucionalidade a partir da força normativa da Constituição
da República Federativa do Brasil / Alexandre Fortuna Lopes. -
2024.
126 f.

Orientador: Geovany Cardoso Jeveaux.
Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Universidade
Federal do Espírito Santo, Centro de Ciências Jurídicas e
Econômicas.

1. consensualismo. 2. processo penal. 3. constitucionalidade.
I. Cardoso Jeveaux, Geovany. II. Universidade Federal do
Espírito Santo. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. III.
Título.

CDU: 340

ALEXANDRE FORTUNA LOPES

CONSENSUALISMO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO: uma
análise de constitucionalidade a partir da força normativa da
Constituição da República Federativa do Brasil

Texto da Dissertação de Mestrado, nesta ocasião apresentado ao Programa de Pós-Graduação em Direito Processual do Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas da Universidade Federal do Espírito Santo, como parte das exigências para a realização do Exame de Defesa do Curso de Mestrado em Direito Processual.

Aprovado em _____ de _____ de 2024.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Geovany Jevaux
Universidade Federal do Espírito Santo
Presidente – Orientador

Prof. Dr. Raphael Boldt de Carvalho
Faculdade de Direito de Vitória
Membro Externo

Prof. Dr. Ricardo Gueiros Bernardes Dias
Universidade Federal do Espírito Santo
Membro Interno

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus pela vida e por me dar capacidade de estudar e de cursar este mestrado.

À minha esposa Priscila por me apoiar e incentivar nos estudos, pelos filhos maravilhosos que me deu e são meu combustível, além de me compreender em muitos estresses por conta dos estudos.

À minha mãe Erika, ao meu pai Carlos, que semearam em mim o amor aos estudos, e aos meus irmãos Lucas e Débora. Minha família, além de apoiar e dar ânimo, muitas vezes cuidou dos meus filhos para que eu pudesse comparecer a aulas e grupos de pesquisas, bem como para estudar, escrever artigos e a dissertação.

Aos meus filhos Noah e Liz e ao Logan por serem fonte de amor e alegria, nos momentos que mais necessitei.

Aos demais parentes e amigos que vibraram quando fui aprovado, como o Ramon Almeida e outros grandes amigos e parentes, e aqueles que, além de terem torcido para meu ingresso, muito me auxiliaram na caminhada do mestrado até aqui, em especial a Ludmilla Macedo e a Sara Rodrigues.

Ao meu orientador, professor doutor Geovany Jevaux, que me guiou até aqui com seus fartos conhecimentos e saber.

Ao meu chefe no Ministério Público Federal, Procurador da República Julio de Castilhos, por sempre ter apoiado e por ter autorizado minha licença capacitação no fim do mestrado, para me dedicar exclusivamente a esse propósito.

À banca examinadora composta pelos professores doutores Ricardo Gueiros Bernardes Dias e Raphael Boldt de Carvalho, que muito contribuíram para o meu trabalho, em especial ao professor Raphael Boldt, que foi um dos meus melhores professores na graduação e por quem nutro um especial carinho, sendo uma imensa honra para mim tê-lo na minha banca examinadora.

Ao Programa de Pós-Graduação stricto sensu em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo pela oportunidade de cursar o mestrado e por realizar esse sonho que sempre alimentei.

RESUMO

O presente trabalho tem como cerne temático os métodos de consensualidade processual penal no direito brasileiro, analisando os institutos, seus regramentos e nuances em diálogo com princípios, direitos e garantias constitucionais e processuais penais. O intuito é verificar se há um acolhimento desses princípios, direitos e garantias pelos institutos de consensualidade processual penal já positivados no ordenamento jurídico brasileiro. Essa análise teve como pressuposto a teoria da força normativa da Constituição com gênese na figura do pensador Konrad Hesse. A partir de tais premissas e valendo-se do método indutivo com foco em pesquisas bibliográficas, legislativas e jurisprudenciais, o objetivo é traçar um parâmetro de constitucionalidade para os métodos de consensualidade processual penal do direito brasileiro. E isso com vistas a aferir se, perante a teoria da força normativa da Constituição, os institutos de justiça processual penal consensual e negociada brasileiros atendem pressupostos de constitucionalidade diante da Constituição da República Federativa do Brasil. A hipótese é a de que haja ainda uma proteção insuficiente a alguns direitos e garantias do acusado, sem que isso comprometa a constitucionalidade dos métodos de consensualidade.

PALAVRAS-CHAVE

Consensualismo processual penal. Direitos e garantias individuais. Força normativa da Constituição. Constitucionalidade.

ABSTRACT

This paper focuses on methods of criminal procedural consensuality in Brazilian law, analyzing the institutes, their rules and nuances in dialogue with constitutional and criminal procedural principles, rights and guarantees. The aim is to verify whether these principles, rights and guarantees are being accepted by the criminal procedural consensuality institutes already established in the Brazilian legal system. This analysis was based on the theory of the normative force of the Constitution, originated by Konrad Hesse. Based on these premises and using the inductive method based on bibliographical, legislative and jurisprudential research, the objective is to reach a parameter of constitutionality for the methods of criminal procedural consensuality in the Brazilian law. And this with a goal to assessing whether, in the light of the theories of the normative force of the Constitution, the institutes of criminal procedural consensuality meet the criteria of justice and constitutionality in the light of the Constitution of the Federative Republic of Brazil. The hypothesis is that there is still insufficient protection for some rights and guarantees of the accused, without this compromising the constitutionality of consensuality methods.

KEY WORDS

Criminal procedural consensuality. Individual rights and guarantees. Normative force of the Constitution. Constitutionality.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1. EVOLUÇÃO DO DIREITO PENAL E GÊNESE DA CONSENSUALIDADE.....	12
1.1 UM INTRÓITO SOBRE CONSENSUALIDADE.....	15
1.2. DA EXTENSÃO DO CONCEITO DE JUSTIÇA MULTIPORTAS PARA O PROCESSO PENAL.....	17
1.2.1. O foco na consensualidade penal em um sistema de tradição romano-germânica.....	20
2. A MULTIPLICIDADE DE INSTITUTOS CONSENSUAIS PENAIS POSITADOS NO DIREITO BRASILEIRO AO LONGO DO TEMPO.....	22
2.1 LEI Nº 9.099/1995 E UM PRIMEIRO PASSO RUMO À COMPOSIÇÃO NA ESFERA CRIMINAL.....	22
2.1.1 Uma mudança de perspectiva quanto ao tratamento de delitos de menor potencial ofensivo.....	25
2.2 LEI Nº 12.529/2011 E O ACORDO DE LENIÊNCIA.....	26
2.3 LEI Nº 12.850/2013 E A COLABORAÇÃO PREMIADA.....	30
2.3.1 Espaço para negociação e seu respectivo objeto.....	32
2.4 LEI 13.964/2019 E O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL.....	34
2.4.1 Inspiração no direito anglo-saxão.....	36
2.4.2 Projeto de novo código de processo penal.....	37
2.5 JUSTIÇA RESTAURATIVA.....	41
3. CONSENSUALISMO PENAL BRASILEIRO EM DIÁLOGO COM A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.....	46
3.1. CONSENSUALISMO PENAL E DIREITOS INDIVIDUAIS DO INVESTIGADO E DO RÉU.....	46
3.1.1 Incentivo à traição na colaboração premiada, dignidade da pessoa humana e constitucionalidade.....	58
4. TEORIA DA CONSTITUIÇÃO E CONSENSUALIDADE.....	66
4.1 A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO DE KONRAD HESSE.....	67
4.2 A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO COMO BALIZA PARA TRATAMENTO DA CONSTITUIÇÃO COMO BALIZA PARA TRATAMENTO DOS MÉTODOS CONSENSUAIS EM ÂMBITO PENAL.....	73
4.3 REGRAMENTOS PRESENTES NOS INSTITUTOS DE CONSENSUALIDADE PENAL BRASILEIRA EM DIÁLOGO COM AS NORMAS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	76
4.3.1 Obrigatoriedade de confissão e princípio da não produção de prova contra si mesmo (nemo tenetur se detegere).....	76
4.3.1.1. Introdução sobre produção de prova, <i>standards</i> probatórios e a busca pela verdade no processo penal.....	76
4.3.1.2. Modelo de consensualidade e cooperação penal.....	80
4.3.1.2.1 O princípio de cooperação: sua aplicação em âmbito processual penal e seus desdobramentos.....	81
4.3.1.3 <i>Nemo tenetur se detegere</i> e direito ao silêncio: incidência no acordo de não persecução penal.....	82

4.3.1.4	Uso do meio de prova contra corréus: depoimentos registrados em sede de acordo de não persecução penal e seu uso contra corréus.....	87
4.3.2	Princípio da obrigatoriedade da ação penal.....	91
4.3.3	Devido processo legal, contraditório e ampla defesa.....	94
4.3.4	Princípio acusatório.....	98
4.3.5	Dignidade da pessoa humana.....	102
4.3.6	Direitos da vítima.....	104
4.4	DA CONSTITUCIONALIDADE DOS INSTITUTOS BRASILEIROS DE CONSENSUALIDADE PROCESSUAL PENAL.....	108
	CONCLUSÃO.....	114

INTRODUÇÃO

O presente trabalho traz em seu bojo problemática atrelada aos institutos que preveem a solução consensual e negociada em âmbito processual penal, averiguando se os comandos constitucionais são observados.

Mediante tal viés e valendo-se do método indutivo com foco em pesquisas bibliográficas, legislativas e jurisprudenciais, buscar-se-á responder ao problema de pesquisa cujo ponto nevrálgico assenta-se no seguinte questionamento: os institutos de justiça processual penal consensual e negociada brasileiros atendem pressupostos de constitucionalidade?

O processo penal ao longo da maior parte do curso da história guardou em seu bojo um viés exclusivamente punitivista e reparatorio. A partir de novos ventos principiológicos e de concepções de justiça incidentes sob a persecução penal, tal faceta foi se modificando. Passou-se a primar por uma busca pela pacificação social não apenas centrada na retribuição do ilícito praticado, mas em outros valores como a restauração dos danos perpetrados e na ressocialização do agente criminoso.

Hodiernamente, a adoção de penas privativas de liberdade passaram a, em tese, não gozar de uma posição de primazia para punir delitos de baixa e de média gravidade, em uma escala de política criminal. Paralelamente, advieram formas alternativas de se penalizar o transgressor de normas criminais por intermédio de penas restritivas de direito, mas ainda com o foco na figura do magistrado como titular da condição de delimitar a espécie de pena alternativa a ser aplicada.

Em condição ainda mais recente, a forma de penalizar criminalmente evoluiu para a justiça processual penal de natureza consensual e negociada, na qual o sancionamento incidente sobre o criminoso poderá ser acordado entre as partes envolvidas no litígio penal. Com o advento da Lei nº 9.099/1995, figuram como institutos precursores da justiça penal consensual a conciliação civil, a suspensão

condicional do processo e a transação penal, vindo a desaguar, nos dias atuais, no acordo de colaboração premiada¹ e no acordo de não persecução penal².

A gênese do consenso na lide penal tem como mote o alcance de justiça, de efetividade, de celeridade e, muitas vezes, evitando o encarceramento, sem se descuidar da necessidade de se apenar pelo cometimento da conduta delitiva. De modo que se pode dizer que pressupostos da justiça processual penal assentariam-se na construção de uma sociedade justa, objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, e a garantia da duração razoável do processo e dos meios que garantam a celeridade na sua tramitação.

De outro prisma, os problemas de ordem processual que se prestaram como mote para criação e para aplicação dos institutos assentaram-se na volumosa carga de processos que compromete a efetividade e a razoável duração processual como um todo.

Entretanto, Salo de Carvalho entende que a política de substitutivos penais perpetua a visão punitivista do sistema, atuando "como elemento de reprodução e de relegitimação da lógica do encarceramento"³.

Não obstante seja a única medida viável a partir da atual sistemática de apenamento em face de crimes de gravidade e de agentes criminosos perigosos, é cediço que o encarceramento na esmagadora maioria das situações alija o preso da possibilidade de se ressocializar. Depara-se, portanto, com uma discussão profunda, que envolve inúmeras circunstâncias e variáveis de cada estabelecimento prisional, sobretudo pela presença ou não de técnicas humanizadoras, como o estudo, o trabalho, as práticas artísticas e outras.

Para além disso, os institutos muitas vezes denominados de "despenalizadores", como a suspensão condicional do processo, a transação penal e o acordo de não persecução penal, oportunizam o desencarceramento em relação a crimes de gravidade não tão acentuada e a agentes sem um histórico criminoso.

¹ Instituída nominalmente pela Lei de Organização Criminosa nº 12.850/2003, mas com versão anterior na Lei nº 9.613/1998 (crimes de lavagem de dinheiro).

² Inserido no Código de Processo Penal pela Lei nº 13.964/2019.

³ CARVALHO, Salo de. Substitutivos penais na era do grande encarceramento. In: **Revista Científica dos Estudantes de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, v. 2, n. 2, nov. 2010, p. 8.

Há de se ressaltar que a volumosa carga de processos em grande parte da realidade do Judiciário pátrio compromete a efetividade e a razoável duração processual como um todo. E, com a massificação de medidas que visam simplificar a resolução do processo penal, intenciona-se incrementar o tempo a ser dedicado a causas complexas envolvendo crimes e agentes graves, os quais não poderão furtar-se de percorrer o rito processual natural, com instrução processual e outros atos que demandam tempo e recursos humanos em excesso.

E, a partir dessas inflexões e associadamente ao problema principal, surgem indagações que deverão ser respondidas ao longo do trabalho. É possível aventar que a justiça penal consensual seria uma violação aos princípios do devido processo legal e da ampla defesa? A partição de tarefas entre acusação e exercício jurisdicional é colocada em xeque ao se atribuir a possibilidade do Ministério Público barganhar com o investigado ou com o réu? Haveria uma inversão da presunção de inocência do acusado? Há afronta ao princípio da não produção de prova contra si mesmo constitucionalmente albergada? Eventuais declarações obtidas sobre detalhes do delito e da autoria de corréus em um acordo de não persecução penal poderá ser utilizada contra aqueles que não aceitarem o acordo? Esses e outros são questionamentos que devem ser feitos para que se apure se os métodos de solução penal consensual são constitucionais.

Avançando por esse ponto, reflete-se também em relação ao alcance de uma solução justa para tais institutos, não se podendo descuidar da simbiose existente entre o tema e a necessidade de um controle da constitucionalidade das normas que regulam os meios consensuais de resolução de lides penais. Nesse ponto, a lição da força normativa da Constituição de Konrad Hesse será de extrema utilidade para o desenvolvimento do trabalho.

Traçado esse norte teórico para o problema principal de pesquisa, pontuou-se o objetivo nevrálgico da pesquisa como sendo o de verificar de qual maneira é realizada a justiça penal consensual em solo brasileiro e se há o atendimento a direitos e garantias fundamentais constitucionais e a parâmetros de justiça, sendo que tal análise terá como supedâneo teórico a teoria da Constituição de Konrad Hesse.

Paralelamente, buscaram-se outros objetivos, a fim de amparar a consecução do escopo principal da pesquisa, quais sejam: i) verificar quais as medidas apresentadas pela legislação brasileira para possibilitar o exercício da justiça penal consensual e suas particularidades; ii) averiguar quais princípios e garantias constitucionais de índole fundamental são abraçados e quais não são pelos institutos de justiça penal consensual no ordenamento jurídico pátrio; iii) perquirir a justiça penal consensual à luz das teorias da Constituição, precipuamente da força normativa da Constituição.

Inicialmente, para aprofundamento acerca das modalidades de justiça processual penal consensual positivadas no ordenamento jurídico nacional, foram utilizadas obras que se posicionam sob óticas distintas. Ou seja, valeu-se de autores que sejam favoráveis à consensualidade na seara processual penal e de autores que sejam contrários a tal procedimento.

Foram lançados autores alinhados a uma linha doutrinária que se denomina de garantismo penal como supedâneo teórico de uma vertente que expõe possíveis males da justiça penal consensual, traçando com profundidade uma exposição sobre os institutos e seus diversos pontos dignos de teorização. Por outro lado, as doutrinas mais alinhadas a uma visão que prima pela acusação foram de grande préstimo como contraponto aos dois autores citados, porquanto realizam uma análise da consensualidade na justiça criminal, aventando a possibilidade de sua incidência sem se descuidar dos direitos individuais dos acusados e avaliando aspectos positivos e negativos da adoção dos institutos.

Como baluarte teórico para a teoria da Constituição centrada em sua força normativa, a obra de Konrad Hesse teve posição central, a qual será aliada às obras sobre constitucionalismo de José Joaquim Gomes Canotilho. Ainda na seara constitucional, mais especificamente a respeito do controle de constitucionalidade, Luís Roberto Barroso e sua obra sobre o tema foi de serventia para a pesquisa.

A partir dessas premissas, conclui-se que a pesquisa desenvolvida guardou estreita correlação com a área de concentração JUSTIÇA, PROCESSO E CONSTITUIÇÃO do programa de Pós-graduação *stricto sensu* da Universidade Federal do Espírito Santo - UFES, uma vez que o problema de pesquisa lança um olhar face à justiça

penal consensual/negociada sob um viés das teorias da Constituição, buscando averiguar a satisfação dos direitos fundamentais individuais de índole constitucional bem como de princípios basilares do processo.

De outro lado, a linha de pesquisa “Justiça, Constitucionalidade e Tutelas de Direitos Individuais e Coletivos” do programa de Pós-graduação *stricto sensu* da Universidade Federal do Espírito Santo - UFES é a que se amoldou à pesquisa realizada, satisfazendo seu objetivo geral na medida em que a pesquisa se debruçou sobre a busca de um processo alicerçado em balizas constitucionais e justas, propondo-se a verificar se o modelo pátrio de consensualidade penal oportuniza uma tutela jurisdicional justa, adequada e efetiva, que objetive a pacificação social.

De igual maneira, a pesquisa também se conectou com as áreas de pesquisa e interesse do professor orientador, uma vez em que se desenvolveram as temáticas, dentro do direito constitucional, das teorias da constituição aplicáveis e o controle de constitucionalidade. Amolda-se, portanto, com perfeição ao objeto da pesquisa em comento, ao ter analisado as teorias da constituição e como elas dialogam com a justiça penal consensual e os direitos constitucionais fundamentais envolvidos.

Por derradeiro, o tema é de grande relevo para o mundo jurídico, estando em ascensão a utilização de meios alternativos para composição da lide penal, sendo o mais recente o acordo de não persecução penal implantado em 2019 no Código de Processo Penal, bem como outros institutos que estão no âmago dos debates processuais penais, tal qual a colaboração premiada e a proposta de consensualidade trazida pelo projeto de novo Código de Processo Penal.

Como hipótese para o problema de pesquisa proposta, aventa-se que haja um resguardo constitucional aos institutos de consensualidade, mas com insuficientes salvaguardas de que direitos e garantias do acusado sejam plenamente assegurados.

1. EVOLUÇÃO DO DIREITO PENAL E GÊNESE DA CONSENSUALIDADE

A forma de se punir pela prática de uma conduta humana que se configura como criminosa modificou-se intensamente ao longo da evolução social e com o transcorrer dos séculos. Inicialmente, prevalecia a autotutela, em que cada indivíduo estabelecia seu conceito de justiça e vingava-se do agressor da maneira que compreendesse, em sua íntima convicção, como proporcional e justa para punir e reparar a conduta delitiva, mesmo que ultrapasse o âmbito da personalidade do autor do fato e atingisse pessoas a ele afetas como família e grupos⁴.

Posteriormente, ainda como legitimação de condutas vingativas privadas como retribuição a uma conduta criminosa, mas com o intuito de delimitar a extensão indefinida da penalização, aventou-se o "olho por olho, dente por dente" trazido pelo Talião registrado pelo Código de Hamurábi, na Babilônia do século XXIII a.C. Ou seja, se praticado um homicídio, um membro da família da vítima teria o direito legítimo de ver o agente criminoso morto.

O avanço das codificações e a estruturação do Poder Judiciário a partir de visões republicanas, democráticas e de um Estado democrático de direito embebido por valores principiológicos e garantias que devem nortear o processo legal inspirou-se em visões iluministas de fins do século XVIII, que culminou em um avanço filosófico em prol do fim de penas de caráter cruel e de morte⁵. A partir dessa modernização do direito penal, passou-se a prever delitos e penas em códigos e leis esparsas, bem como o processamento em Juízo de tais crimes e as regras que conduziriam tais procedimentos.

Sob esse novo viés persecutório penal, centrado em um sistema de política criminal paleorrepressiva, a lógica assoberbadamente punitivista não se esvaiu por completo. A ideia punitiva perpassa o paulatino agravamento de penas e progressivo incremento da tipificação de novas condutas delituosas.

Obviamente esse fenômeno é oriundo da necessidade de se assegurar o simbolismo penal perante a sociedade, que consiste na reprovação da sociedade ao

⁴ FADEL, Francisco Ubirajara Camargo. Breve história do direito penal e da evolução da pena. In: **REJUR**. n. 1, p. 60-69, jan.-jun./2012. p. 61.

⁵ OLIVEIRA, Paulo Cosme de. Violência social e saúde mental: aspectos jurídicos. In: **Boletim Interfaces da Psicologia da UFRuralRJ**, Rio de Janeiro, 2008, 2º seminário, p. 31-38. p. 35.

fato criminoso tipificado pela lei criminal⁶. Mas também adveio de contextos que forçaram que o direito penal se alinhasse às modernas tendências sociais, a exemplo da informatização acelerada que ensejou a tipificação de delitos cibernéticos.

Essa mudança do sistema penal para um legalismo e um institucionalismo de caráter judicializante majorou o punitivismo centrado na privação de liberdade do agente criminoso que é tratado sob um viés encarcerador. A pena privativa de liberdade não só possui o escopo de repreender a prática delituosa, como também visa educar o ofensor para quando for reassegurada sua liberdade de ir e vir e passar uma mensagem à sociedade de que o cometimento de um crime é algo reprovável.

Entretanto, percebe-se que essas duas últimas funções da pena não vêm sendo exitosamente cumpridas, na medida em que os números de delitos e de presos só se alavancam, assim como os de reincidentes criminosos.

Esse fracasso do alcance das finalidades da pena a partir do encarceramento em massa fez resplandecer a necessidade de se costurar formas alternativas à prisão. A partir desse pressuposto, inicialmente implantaram-se penas alternativas à prisão em delitos de menor ou de média lesividade após obtida uma condenação judicial pela prática criminosa. Essas consistiam em penas restritivas de direitos, centradas em prestações pecuniárias ou de serviços comunitários, multas, privação de direitos como de frequentar certos lugares ou de deixar a residência em determinados horários.

Avançando sob um pretexto desencarcerador acrescido de uma necessidade de se desburocratizar o processo judicializado brasileiro que muitas vezes demora muito a entregar uma resposta efetiva à sociedade dentro da faceta de simbolismo penal, alçaram-se formas consensuais de se resolver a lide penal já em seus primórdios.

Dessa forma, o direito penal passou a ostentar um caráter conciliador, desvencilhando-se, em certa medida, de seu caráter unicamente repressivo, visto

⁶ HULSMAN, Louk. CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas**: o sistema penal em questão. v. 5. 3. ed.Trad.: Maria Lúcia Karam. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018. p. 141.

que identificada a impossibilidade de se alcançar o efeito pedagógico da punição tão somente com a aplicação de uma pena grave⁷.

A partir de instrumentos de resolução consensuada na esfera penal, delitos de pequena e média monta são submetidos, antes ou logo no início de uma persecução penal em Juízo, a ofertas de medidas despenalizadoras, que se amoldam perfeitamente à visão da terceira onda de acesso à justiça de Mauro Cappelletti, em sua faceta de uma busca por uma justiça rápida e desprovida de formalismos.

Desvencilhando-se de uma lógica unicamente adversarial na esfera penal, esse movimento consiste no que se pode denominar de o advento de um sistema de justiça multiportas (*Multi-door courthouse*) em âmbito penal⁸. Essa nova postura em termos de enfrentamento da lide criminal teve seu advento com a Lei nº 9.099/1995, que estabeleceu a criação dos juzgados especiais cíveis e criminais. A seguir, traçar-se-á o desenvolvimento histórico dessas medidas que visam o estabelecimento de um consenso na seara penal.

1.1 UM INTRÓITO SOBRE CONSENSUALIDADE

O princípio da inafastabilidade da jurisdição pautado no acesso à justiça é assegurado como direito fundamental supraindividual pela Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XXXV, o qual versa que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". Mauro Cappelletti define o acesso à

⁷ SILVA, Marco Antonio Marques da. **Acesso à justiça penal e estado democrático de direito**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001. p. 143.

⁸ A esse respeito, Gladys Kessler e Linda J. Finkelstein em "The evolution of a multi-door courthouse", p. 578, delimita que "For the court, accessible and workable alternatives would mean a reduction in the number of bench and jury trials and less congestion on court calendars. Certain cases would be processed more quickly, providing judges with more time to devote to the cases that require their attention and intervention. The involvement of citizens and attorneys as third party neutrals might improve the entire criminal justice system [...]". Em livre tradução: Para o tribunal, alternativas acessíveis e viáveis significariam uma redução no número de julgamentos, incluindo no júri, e menos congestionamento na agenda do tribunal. Certos casos seriam processados mais rapidamente, proporcionando aos juízes mais tempo para se dedicar aos casos que requerem sua atenção e intervenção. O envolvimento de cidadãos e advogados como terceiros neutros pode melhorar todo o sistema de justiça criminal.

justiça como "o requisito fundamental - o mais básico dos direitos humanos - de um sistema jurídico moderno e igualitário"⁹.

É importante salientar que o acesso à justiça representou importante instrumento de inclusão social no Poder Judiciário e de resguardo a demandas e anseios de grupos que se percebiam alijados de seus direitos mais básicos.

Os diversos mecanismos implantados no processo com o escopo de se concretizar e ampliar o acesso à justiça trouxeram as benesses almejadas pelos princípios, mas também um revés imediato: o assoberbamento do Judiciário com incontáveis demandas sem que se dispusesse de estrutura para lidar de modo eficaz com todas as expectativas ali apresentadas.

Nesse contexto, o caos em que está imerso o Poder Judiciário, a partir do aumento desmesurado de processos e a falta de capacidade de solucionar conflitos e, conseqüentemente, pacificar a sociedade, tem gerado um robusto sentimento de frustração no jurisdicionado e a perda de credibilidade do Judiciário¹⁰. E, a partir dessa constatação, revela-se imperioso aprimorar o princípio do acesso à justiça com o intuito de que ele se torne mais efetivo¹¹.

A compreensão desse fenômeno é de fundamental importância como inteligência da causa que motivou um novo olhar para a questão processual e do Poder Judiciário. Como solução para o problema que se apresentava, a doutrina e o legislador pátrio começaram a beber em fontes internacionais que pregavam a desjudicialização e um foco cada vez mais acentuado em métodos consensuais de solução de conflitos.

E as novas legislações que abraçaram esse caráter no ordenamento jurídico brasileiro representaram o advento de um minissistema processual que é denominado de Justiça Multiportas. Conforme preceitua a doutrina¹², a Justiça

⁹ CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Safe - Sergio Antonio Fabris Editor, 1988. p. 12.

¹⁰ ÁVILA, Henrique. CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Gestão judicial e solução adequada de conflitos: um diálogo necessário. In: **Soluções pacíficas de conflitos: para um Brasil moderno**. CURY, Augusto (org.). Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 169-181. p. 171.

¹¹ TOFFOLI, José Antonio Dias. PERES, Lívia Cristina Marques. Desjudicialização conforme a constituição e tratamento adequado dos conflitos de interesse. In: **Desjudicialização, justiça conciliativa e poder público**. ÁVILA, Henrique. WATANABE, Kazuo. NOLASCO, Rita Dias. CABRAL, Trícia Navarro Xavier. (Coord.). 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. *E-book*.

¹² CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Justiça multiportas, desjudicialização e administração pública. In: **Desjudicialização, justiça conciliativa e poder público**. ÁVILA, Henrique. WATANABE, Kazuo. NOLASCO, Rita Dias. ___. (Coord.). 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. *E-book*.

Multiportas reveste-se da possibilidade de propositura ao indivíduo de múltiplas formas de resolução de litígios.

A expressão em português guarda inspiração no termo inglês *Multidoor Courthouse*, que pode ser livremente traduzido para Tribunal Multiportas. Cunhada nos Estados Unidos da América em 1976, o termo constante no documento *Varieties of dispute processing*¹³, ou variedades do processamento de conflitos em livre tradução, refletia a proposta de que as Cortes se tornassem centros jurídicos em que um funcionário da Corte realizava a triagem de casos e os destinava ao método mais adequado para a resolução do litígio apresentado¹⁴.

A seleção do método adequado de resolução do conflito é, por excelência, um mecanismo de vanguarda na busca pela desburocratização processual e dos tribunais, sem descuidar da busca pela eficiência na resolução da lide, pelo contrário, otimizando o alcance de uma decisão justa para o caso de contenciosidade posto em discussão.

1.2. DA EXTENSÃO DO CONCEITO DE JUSTIÇA MULTIPORTAS PARA O PROCESSO PENAL

Em âmbito penal, a doutrina preceitua que o acesso à justiça eficiente e de qualidade que vise reestruturar o Poder Judiciário passa também pela implementação de "mecanismos alternativos - judiciais e extrajudiciais - de solução de conflitos"¹⁵.

A judicialização de demandas traz morosidade à penalização pela prática criminosa, visto que seriam inúmeros casos penais sob a tutela do sistema Judiciário. Com os diferentes meios consensuais de resolução de lides, a resposta para a prática

¹³ CRESPO, Mariana Hernadez. **Tribunal Multiportas**: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil. ALMEIDA, Rafael Alves de. ALMEIDA, Tania.__(Org.). Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012. p. 27.

¹⁴ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Justiça multiportas, desjudicialização e administração pública. In: **Desjudicialização, justiça conciliativa e poder público**. ÁVILA, Henrique. WATANABE, Kazuo. NOLASCO, Rita Dias.__(Coord.). 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. *E-book*.

¹⁵ SILVA, Marco Antonio Marques da. **Acesso à justiça penal e estado democrático de direito**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001. p. 99.

criminosa apresenta-se socialmente rápida e eficiente, embora implique em concessões estatais quanto ao patamar da pena para se atingir o consenso¹⁶. Afinal, os benefícios advindos de uma maior consensualização tendem a ser manifestos¹⁷.

Segundo a perspectiva de Jeremy Bentham¹⁸, o objetivo das leis deve ser o de incrementar a felicidade social e, para isso, o mal precisa ser extirpado para que não se retire do saldo de felicidade. Essa conceituação mínima se amolda com perfeição ao escopo do modelo de justiça multiportas.

Prossegue Bentham delimitando que a pena traz maldade embutida em sua essência e, por conseguinte, ela deverá ser utilizada apenas visando a eliminação de um mal ainda maior¹⁹. Para o autor, dentre outras hipóteses, a pena poderia ser dispensada quando for desnecessária diante de algo que traga um custo menor para a reparação do delito²⁰.

¹⁶ A esse respeito Richard L. Lippke leciona, em *The etics of plea bargaining* (p. 393): *Trials slow the administration of punishment, and if they were required for all accused individuals, they would likely bring the criminal justice system to a standstill. Waiver rewards keep the administration of justice flowing smoothly. Since potential offenders receive quicker and more reliable signals about the hazards of offending, more of them are persuaded to desist from it.* Em livre tradução: Os julgamentos retardam a administração da punição e, se fossem exigidos para todos os indivíduos acusados, provavelmente paralisariam o sistema de justiça criminal. As recompensas advindas da renúncia mantêm a administração da justiça fluindo sem problemas. Uma vez que os ofensores em potencial recebem sinais mais rápidos e confiáveis sobre os perigos da ofensa e, com isso, mais deles são persuadidos a desistir da ofensa.

¹⁷ Tendo o princípio da utilidade como norte hermenêutico, John Rawls (**Uma teoria da justiça**. Tradução de Jussara Simões. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 29) apregoa que “a sociedade está bem-ordenada quando suas instituições elevam ao máximo o saldo líquido de satisfações”, devendo essa mesma sociedade “distribuir seus meios de satisfação, quaisquer que sejam, direitos e deveres, oportunidades e privilégios, e as diversas formas de riqueza, de modo a alcançar esse máximo, se for possível”.

¹⁸ BENTHAM, Jeremy. **An introduction to the principles of morals and legislation**. Kitchener: Batoche Books, 2000. p. 134.

¹⁹ Jeremy Bentham dissertava (**An Introduction to the Principles of Morals and Legislation by Jeremy Bentham**. Kitchener: Batoche Books, 2000. p. 15) que um indivíduo que adote o princípio da utilidade confere valor às ações proporcionalmente ao nível em que elas acrescerão ou diminuirão a felicidade comunitária, que corresponde, por conseguinte, à conformidade ou não com os dogmas da utilidade.

O célebre filósofo (*apud* SOUSA, Marllon. **Plea bargaining no Brasil: o processo penal por meio do equilíbrio entre o utilitarismo processual e os direitos fundamentais do réu**. 3. ed. São Paulo: Editora JusPodivm, 2021. p. 107) trouxe a importante lição de que a legitimidade do governo criar regras de direito penal advém da necessidade de que a segurança pública seja o principal interesse em uma comunidade, sendo que, com o intuito de se evitar mal social mais grave, deve-se impor punições individuais. Então, a punição seria um mal necessário para alcançar a estabilidade social por intermédio da função pedagógica da pena, tendo como objetivo final a felicidade da comunidade.

²⁰ A vontade de punir quem comete danos e o conhecimento de que há pessoas vitimadas por tais danos é o que move o sentimento de justiça perante a sociedade, na visão do utilitarista John Stuart Mill (**Utilitarismo**. Tradução de Pedro Galvão. Porto: Porto Editora, 2005. p. 92-94 e 104), complementando que tal sentimento não reflete a moralidade, mas tão somente atende às simpatias sociais.

A concepção de um sistema de justiça multiportas na esfera penal traz em seu bojo o intento de substituir a pena de privação de liberdade por uma forma de responsabilizar por uma conduta delituosa de uma maneira menos danosa e mais eficiente.

Conquanto existam diversas dúvidas em torno da aplicação de métodos consensuais de resolução da lide penal, Gabriel Silveira de Queirós Campos²¹ defende que há espaços de consenso na justiça criminal que se antagonizariam com os espaços de conflito permeados pela criminalidade grave. O autor sustenta que os espaços de consenso seriam destinados à pequena e média criminalidade, tendo como escopo ressocializar o criminoso, admitindo "o uso voluntariamente limitado de certos direitos e garantias fundamentais, tais como o da presunção de inocência, o da ampla defesa e o do contraditório" com o intuito de se alcançar a autonomia da vontade.

Cada uma das figuras de justiça penal consensual possui suas nuances e regramentos que devem ser analisados pontualmente para confronto à luz da Constituição e dos conceitos de justiça. Deve-se analisar o amoldamento dos requisitos e condicionantes de cada espécie de consensualidade, com o intuito de se pontificar se há o respeito a direitos e garantias constitucionais fundamentais e a regramentos processuais penais.

Não há como se olvidar que muitas vezes aquele indivíduo que está sendo investigado e não possui uma defesa técnica eficiente pode vir a se sentir compelido a aceitar determinado acordo sem que este esteja ciente da plenitude de suas implicações ou dos direitos que lhe assistem e até mesmo movido por um temor de uma pena mais alta ao fim de um processo.

Mill pontifica que a ideia de justiça pressupõe dois quesitos: uma regra de conduta e um sentimento que avalize essa regra, qual seja o de ver punido quem a desrespeitou. E termina concluindo que "a justiça é um nome para certas exigências morais que, consideradas colectivamente, ocupam um lugar mais elevado na escala da utilidade (e, por isso, têm uma obrigatoriedade mais forte do que quaisquer outras".

A respeito da pena a ser aplicada a um delito, Jeremy Bentham leciona que ela não poderá ser menor do que o "lucro" advindo da ofensa, tampouco maior que a punição devida. A partir disso, advém a importância de se conferir justa equivalência em se negociar com o acusado por um delito.

²¹ CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. Plea bargaining e justiça criminal consensual: entre os ideais de funcionalidade e garantismo. In: Custos Legis. **Revista Eletrônica do Ministério Público Federal**. Disponível em: <http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista/2012_Penal_Processo_Penal_Campos_Plea_Bargainin g.pdf>. p. 13.

Vinicius Gomes de Vasconcellos²² posiciona-se no sentido de que há um desequilíbrio entre as partes na negociação processual penal, visto que a acusação ostenta uma posição em que se faz possível ofertar a proposta de maneira racional, portando dados acerca das chances de condenação e detalhes minuciosos do caso, podendo o acusado agir sob pressão vindo a declarar sua culpa, mesmo que sob ele pare a inocência.

Dessa forma, é imperativa a observância de conceitos constitucionais e de justiça para que se logrem negociações válidas em âmbito penal e que não acendam o alerta quanto aos problemas advindos da adoção de meios alternativos de resolução da celeuma penal.

Neste debate em específico, a doutrina pontua que alguns pressupostos precisam ser atendidos com o intuito de que o consenso penal seja válido, quais sejam "(I) voluntariedade do acusado na negociação; (II) informação suficiente para tomada de uma decisão racional; (III) adequação da proposta à denúncia apresentada"²³.

Complementando o exposto, Vinicius Gomes de Vasconcellos disserta que alguns pontos deverão ser acuradamente regulados com o intuito de se alcançar um sistema negocial legítimo na seara penal, a saber: defesa técnica efetiva; direito à informação e acesso aos autos da investigação; critérios e controles acerca da conveniência do Ministério Público em relação à propositura e à aceitação do acordo; e possibilidade recursal e controle judicial²⁴.

1.2.1. O foco na consensualidade penal em um sistema de tradição romano-germânica

²² VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Críticas à barganha no processo penal: inconsistências do modelo proposto no projeto de Código de Processo Penal. In: **Quaestio Iuris**, v. 9, n. 3, Rio de Janeiro, 2016, p. 1743.

²³ FABRETTI, Humberto Barrionuevo. SILVA, Virgínia Gomes de Barros e. O sistema de justiça penal negociada em matéria criminal: reflexões sobre a experiência brasileira. In: **Revista Direito UFMS**, Campo Grande, v. 4, n. 1, jan./jun, 2018, p. 284.

²⁴ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Justiça criminal negocial e direito de defesa: os acordos no processo penal e seus limites necessários. In: **Boletim especial justiça penal negocial**, ano 29, n. 344, jul., Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2021, p. 8-9.

Não obstante a consensualidade penal não seja habitual em países que adotam o *civil law*, como é o caso brasileiro, aventa-se que o pontapé inicial por um microsistema de justiça multiportas penal operou-se, em terras brasileiras, há cerca de três décadas.

Essa internalização de uma consensualidade no sistema penal brasileiro, que pode ser tratado como a gênese da justiça multiportas na seara penal, avançou lentamente por conta de obstáculos na lógica existente no sistema processual penal brasileiro marcado por uma tradição romano-germânica. Menciona-se como exemplos desses entraves o princípio da obrigatoriedade da ação penal e a (im)possibilidade de sua disposição pelo seu titular.

Nessa particular questão, a doutrina preceitua que a obrigatoriedade da ação penal vem sendo flexibilizada e ressignificada por um processo penal de viés informal, pontuado na oralidade e na informalidade, que culminou em um processo penal cujo foco passou a ser a resolução consensual de conflitos, tendência essa abraçada pelo direito estrangeiro, incluindo países de tradição romano-germânica²⁵.

Nesse contexto, emergiram as Regras de Tóquio (Resolução nº 45/110 da Assembleia Geral das Nações Unidas) as quais dispõem acerca de recomendações quanto à aplicação de medidas penalizadoras alternativas à prisão, com o escopo de se alcançar o fim preventivo da pena e a efetiva ressocialização do apenado, de forma a humanizar e modernizar o direito penal tendo como norte o princípio da intervenção mínima.

Desperta a atenção a fase prévia ao julgamento nas Regras de Tóquio, que é tratada pela doutrina como a fase em que houve uma maior evolução em termos de técnicas alternativas ao aprisionamento do agente criminoso, dispondo acerca de formas que visariam à substituição da ação penal anteriormente ao julgamento²⁶.

É importante destacar que a normatividade trazida pela resolução em comento pressupõe que alguns valores imperem, como a resolução dos conflitos penais pela

²⁵ TURESSI, Flávio Eduardo. PONTE, Antonio Carlos da. Tutela penal de interesses difusos, justiça penal negociada e os novos desafios do Ministério Público. In: **Argumenta journal law**, n. 36, Jacarezinho-PR, jan./abr., 2022, p. 343-374. p. 362.

²⁶ ANDERY, Fernanda Rezek. As regras de Tóquio. In: **Revista da Faculdade de Direito da UFG**, Goiânia, v. 23, n. 1, p. 149-158, 2010. p. 152.

própria comunidade, de modo que a judicialização deve ser a última via à disposição. Não se descuidando, todavia, da imperiosa necessidade de que as medidas alternativas sejam submetidas ao crivo judicial ou de autoridade competente após o devido consentimento do infrator penal.

Destaca-se que essas foram molas propulsoras para uma maior consensualização a nível global em âmbito penal, cuja influência desaguou no Brasil. Para a doutrina, as medidas inovadoras capitaneadas pelas Regras de Tóquio abrangem modalidades processuais ou materiais que visem a não imposição de pena privativa de liberdade, como a suspensão condicional do processo, a representação da vítima e a transação penal²⁷.

A partir disso, reconhece-se a existência de um sistema pátrio de justiça multiportas na seara penal que, como visualizar-se-á no decorrer do texto, está em constante expansão e evolução. Isto é, o sistema multiportas, inclusive na resolução da litigiosidade penal, não é estanque, mas dinâmico e adaptativo tanto em relação às diversas possibilidades já existentes de resolução do caso apresentado, podendo-se escolher a mais adaptável e eficiente, como também quanto à criação de novos institutos consensuais.

2. A MULTIPLICIDADE DE INSTITUTOS CONSENSUAIS PENAIS POSITIVADOS NO DIREITO BRASILEIRO AO LONGO DO TEMPO

2.1. LEI Nº 9.099/1995 E UM PRIMEIRO PASSO RUMO À COMPOSIÇÃO NA ESFERA CRIMINAL

A referida legislação trouxe para o direito pátrio, além da criação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, três importantes institutos despenalizadores, quais sejam: a composição civil, a transação penal e a suspensão condicional do

²⁷ SOUZA, Siomara Márcia de Araújo. **Penas alternativas**: redução da reincidência e ressocialização. 2008. Monografia (Pós-graduação em direito) - Especialização em cidadania, direitos humanos e segurança pública, Universidade Federal do Ceará. Fortaleza, 2008.

processo. O objetivo com a implementação desses instrumentos de solução justa da lide penal entre Judiciário, vítima e comunidade é a prevenção delitiva e a efetiva reeducação do ofensor²⁸.

São institutos que pressupõem uma consensualidade entre as partes litigantes na esfera penal e não necessariamente uma negociação efetiva. Nesse ponto, é importante ressaltar uma construção doutrinária que será de grande valia para a compressão dos institutos: o uso das expressões justiça penal negociada e justiça penal consensual como sinônimas é equivocado.

Rosimeire Ventura Leite leciona que, na justiça penal negocial, haveria um maior poder do acusado de barganhar em torno dos termos da proposta, interferindo e discutindo o conteúdo da mesma, ao passo que, na justiça consensual, o acusado teria tão somente a capacidade de aceitar ou não os termos apresentados. A autora define metaforicamente as duas terminologias em expressões que merecem ser reproduzidas: “a *justiça consensual* se assemelharia a um contrato de adesão, enquanto a *justiça negociada*, a um contrato sinalagmático”²⁹.

Assentada tal premissa, delimita-se que a composição civil elencada nos artigos 72 a 74 da legislação em comento prevê que, nos casos em que existe uma vítima clara e delimitada, aventa-se a possibilidade de se proceder à composição dos danos perpetrados pela infração penal. Realizada a composição civil tanto na ação penal privada quanto na ação penal pública condicionada à representação, a renúncia ao direito de queixa ou de representação será uma consequência.

Pela transação penal positivada no artigo 76 da Lei nº 9.099/1995, não alcançada a composição civil dos danos, o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia em relação a crimes cuja pena máxima não supere dois anos e propor, imediatamente, penas restritivas de direitos ou multa quando preenchidos os requisitos positivos e negativos elencados no normativo.

²⁸ MEDEIROS, Pamela Ivellize Pamplona Galvao de. A justiça consensual na construção da cidadania: uma reflexão dos 20 anos de aplicação das medidas alternativas da Lei 9099/95. In: **Revista de Formas consensuais de solução de conflitos**. v. 1. n. 2. jul./dez. 2015, Minas Gerais. p. 271-300. p. 272.

²⁹ LEITE, Rosimeire Ventura. **Justiça consensual como instrumento de efetividade do processo penal no ordenamento jurídico brasileiro**. 2009. Tese de doutorado (doutorado em direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 31.

Aqui, afloram-se requisitos negativos para propositura da transação penal, como a prévia condenação criminal à pena privativa de liberdade, o sancionamento por penas restritivas de direito ou de multa nos cinco anos anteriores e se a medida não for recomendada após análise dos antecedentes, da conduta social e da personalidade do agente, assim como dos motivos e das circunstâncias do crime.

É de relevo anotar aqui que as penas aplicadas não acarretarão reincidência, registro em antecedentes criminais e sequer repercussão civil automática. E, cumprida a medida integralmente, ensejará extinção da punibilidade do acusado.

A suspensão condicional do processo está delineada no artigo 89 da Lei nº 9.099/1995 e, neste caso, já há uma ação penal instaurada contra um crime cuja pena mínima é igual ou inferior a um ano. Então, aceita a proposta pelo réu, a ação penal é suspensa e o réu é submetido a condições específicas que, se cumpridas, extinguem sua punibilidade. Essas condições são similares às da transação penal e podem envolver reparação do dano, pagamento de prestação pecuniária, proibição de sair da Comarca sem autorização, comparecimento periódico em Juízo, entre outras.

Destaca-se aqui que o parágrafo 2º do referido dispositivo faculta ao magistrado a possibilidade de decretar outras medidas que entender adequadas. Com isso, outras formas de resolução consensual da lide e de alcance mais efetivo dos fins da pena poderão ser apresentados pelo juiz do caso.

Além de não poder ter sido condenado por outro crime como na transação, o curso de ação penal em face do agente criminoso obstaculariza a suspensão condicional do processo. E, cotejando os requisitos da suspensão condicional da pena elencados no artigo 77 do Código Penal, mais uma vez, a medida deverá ser autorizada após análise dos antecedentes, da conduta social e da personalidade do agente, assim como dos motivos e das circunstâncias do crime, havendo ainda a premissa adicional em relação à transação penal consistente na culpabilidade da conduta criminosa.

Após aceita a medida pelo denunciado, ela poderá ser revogada se houver nova ação penal proposta e aceita contra ele por crime ou contravenção penal. Igual

consequência poderá ocorrer no caso de o denunciado não cumprir com as condições aplicadas.

Por derradeiro, não haverá o curso do prazo prescricional durante o curso da medida e, sendo ela integralmente cumprida em suas condições, haverá a extinção da punibilidade para o denunciado

É uma evidente aproximação da esfera criminal em solo brasileiro com o sistema de justiça multiportas e com as disposições das Regras de Tóquio. Um pontapé inicial em medidas consensuais de resolução do imbróglio penal que invoca ainda a possibilidade de que o magistrado goze de flexibilidade procedimental na instrumentalização do melhor e mais efetivo consenso.

2.1.1. Uma mudança de perspectiva quanto ao tratamento de delitos de menor potencial ofensivo

A Lei nº 9.099/1995 consistiu, pois, em um passo fundamental para a resolução de conflitos de ordem criminal que muitas vezes eram pospostos pelo sistema estatal de persecução penal ou até mesmo culminavam em uma controversa posição pelo arquivamento ante a mínima ofensividade da conduta e a inexpressividade da lesão jurídica e social.

A partir da legislação, uma resolução adequada para os conflitos criminais passou a ser aventada, uma vez que o Judiciário e todo o aparelho estatal de persecução criminal não gozavam de tempo e de recursos financeiros e humanos para contemplar satisfatoriamente os chamados crimes de menor potencial ofensivo, cuja pena máxima não seja superior a dois anos e que são de competência dos Juizados Especiais Criminais.

Dessa forma, tais demandas penais, em tese, não seriam mais desprezadas, passando a ter um tratamento efetivo e a proposição de um método conciliativo. Permaneceu vivo, por conseguinte, o objetivo de não assoberbar o Judiciário e os

entes investigativos de um excesso de casos que os impediriam de analisar com acurácia casos de alta complexidade.

Para além da impossibilidade de conferir a devida atenção a casos criminais de menor potencial ofensivo, a Lei nº 9.099/1995 capitaneou o movimento acima citado de trazer para o sistema penal a ideia de justiça multiportas, servindo, pois, os Juizados Especiais Criminais como válvula de escape frente ao "processo penal tradicional, que cada vez mais é apresentado como insuficiente"³⁰.

2.2. LEI Nº 12.529/2011 E O ACORDO DE LENIÊNCIA

A Lei nº 12.529/2011 prevê a possibilidade de se firmar acordo de leniência³¹ em casos de infrações à ordem econômica, nos quais um ou alguns dos ofensores colaborem efetivamente com a identificação de outros agentes e em angariar informações e documentos que atestem a materialidade das infrações.

A legislação, conquanto preveja sanções administrativas perante o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), é dotada de repercussões na esfera penal. Uma vez celebrado o acordo de leniência com o CADE, além da suspensão do prazo de prescrição da pretensão punitiva, impede-se a oferta judicial de denúncia criminal em face de quem dele se beneficiou por crimes afetos à infração econômica dentre os delineados no artigo 87 da lei. Complementa ainda o parágrafo único do mesmo dispositivo legal que o cumprimento do acordo de leniência extinguirá a punibilidade desses crimes atrelados à infração administrativa.

Apesar de o instituto ter sido importado para o ordenamento jurídico brasileiro com a Lei nº 12.529/2011, há previsões similares na legislação nº 12.846/2013, conhecida como Lei Anticorrupção. Essa normatização traz responsabilidades cíveis e administrativas às pessoas jurídicas praticantes de atos que atentam contra a

³⁰ SOUZA, Luanna Tomaz. FABENI, Lorena Santiago. Dos juizados especiais criminais à justiça restaurativa: a "justiça consensual" no Brasil. In: **Lex Humana**: revista do programa de pós-graduação em direito da UCP, Petrópolis, v. 5, n. 1, p. 136-159, 2013, Impactum Coimbra University Press. p. 144.

³¹ Denominado de acordo de leniência do CADE ou acordo de leniência antitruste.

Administração Pública, prevendo a possibilidade de celebração de acordo de leniência nessas esferas pelos atos descritos na própria lei, conforme prevê seu artigo 16, bem como por ilícitos licitatórios, com vistas a atenuar, nos termos do seu artigo 17, sanções administrativas.

O instituto, assim como a colaboração premiada que é objeto do próximo tópico, tem alcançado notório relevo tão logo gestados como instrumento de especial destaque em investigações por crimes econômicos, sobretudo aqueles envolvendo o cenário político da última década e que, por tal fator, alcançaram contexto midiático de espectro nacional e até mundial.

O acordo de leniência e a colaboração premiada tiveram como mote a complexidade de investigações de ilícitos criminais, cíveis e administrativos de sobressaída engenhosidade diante da expertise dos agentes em furta-se aos mecanismos de controle, de fiscalização e de investigação, ocultando os rastros de seus ilícitos.

E, nesse cenário, tais instrumentos de consensualidade emergiram como tábua de salvação para investigações dessa natureza que, muitas vezes, estavam fadadas ao fracasso, tamanha a dificuldade de se levantar elementos que indiquem responsabilidade nesses ilícitos.

O acordo de leniência não institucionalizou a delação no ordenamento jurídico brasileiro, contudo trouxe tal figura para âmbito cível e administrativo de forma inaugural.

A possibilidade de se delatar outrem nessas esferas do direito ainda não era tão bem concebida como o foi com o acordo de leniência, afinal o artigo 86 da Lei nº 12.529/2011 estabelece expressamente a premência de que haja “a identificação dos demais envolvidos na infração e a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação”, para que as benesses sejam incindíveis no sancionamento administrativo.

Conclui-se, pois, que a apresentação de elementos que apontem a autoria e a materialidade das condutas seria uma delação na seara administrativa, com potencial de ter repercussões criminais. Lembrando-se que, no que tange à materialidade da conduta ilícita, os documentos devem efetivamente comprovar a

ocorrência da infração, a qual pode ter sido apenas noticiada, conforme prevê o texto normativo acima transcrito.

A imissão de um acordo celebrado administrativamente pelo CADE nos poderes persecutórios do Ministério Público no campo criminal é curiosa, visto que a regra no ordenamento jurídico é a distinção e a não interferência entre as esferas criminal, cível e administrativa. A legislação e os tribunais superiores admitem apenas excepcionalmente que essa sujeição de uma esfera jurídica em outra se deflagre.

Quando se trata de uma sanção administrativa influir em possível persecução criminal da conduta, essa possibilidade é ainda mais remota, afinal a prova da conduta infratora de regras administrativas pode ser muito mais elementar se comparada com a robustez probatória necessária não só para a condenação em âmbito criminal como também para compor a justa causa para instaurar uma ação penal.

O raciocínio também pode ser construído em sentido inverso: se há uma essencialidade de uma acusação de maior vigor probatório em âmbito penal, a presença de elementos que franqueiam um arquivamento ou a não persecução penal nessa seara são também mais exigentes.

Isto é, a celebração e o pleno cumprimento de um acordo de leniência tem o condão de obstar a persecução do crime associado à infração administrativa. Mas haveria uma justa equiparação entre as provas autorizadoras do acordo de leniência e as provas que desautorizariam a persecução caso esse acordo fosse celebrado exclusivamente na esfera penal? A resposta, na maior parte das ocorrências, será negativa, por força da robustez da prova necessária no campo criminal. Isso se agrava quando se rememora que a mera notícia da infração já admite a oferta de acordo de leniência. Vê-se que a possibilidade de que a falta administrativa que pode ser objeto de um consenso pode sim desaguar em um crime insuscetível de consenso na via criminal. Ou até mesmo aventa-se que as investigações conduzidas tendo como objeto um delito atrelado à falta administrativa possam apontar outros crimes ainda mais graves.

Lembrando-se ainda que, na Lei nº 12.529/2011, o órgão acusatório na esfera criminal estaria sujeito a não ajuizar uma ação penal ao ser celebrado acordo de

leniência antitruste por um organismo de natureza administrativa (CADE) e até mesmo à extinção da punibilidade pelos delitos correlatos à infração administrativa. Essa sujeição consuma-se sem ao menos ser inquirido a respeito da sua anuência quanto aos termos da proposta ou sem que haja homologação judicial da mesma³².

De outro lado, emergem-se questionamentos quanto à possibilidade de se deflagrarem múltiplas punições ao mesmo agente pelos mesmos fatos, haja vista que o Ministério Público possui independência funcional perante a Constituição Federal, então, mesmo que alcançada a consensualidade em alguma das três esferas jurídicas, há a possibilidade de aquela conduta vir a ser judicialmente processada em outra esfera, o que causaria imensa insegurança jurídica para parte da doutrina³³.

De fato, essa é uma discussão que não pode ser olvidada. É um debate que perpassa, inclusive, a efetividade e justiça do atual sistema de consensualidade à luz das garantias e dos direitos constitucionais do investigado.

Não é despiciendo conjecturar-se uma integração entre todas as esferas jurídicas com o escopo de buscar-se uma consensualidade una entre os diferentes ramos que experimentaram danos a seus bens jurídicos protegidos legalmente. Isso evitaria eventual insegurança jurídica e também não prejudicaria a discrepância de tratamento das balizas probatórias entre os ramos jurídicos.

É um cenário que, a princípio, também se revela positivo para o órgão acusatório, que, no caso do acordo de leniência antitruste do CADE teria espaço para se imiscuir nos termos da proposta, resguardando os efeitos que essa oferta causarão para sua atuação visando a persecução criminal.

Um dever que se deve observar nessa visão unificadora seria o de respeitar as nuances de cada esfera do direito, na medida em que, por mais que todas as aqui tratadas tenham em comum o caráter sancionador, cada uma guarda sua

³² CADE. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica**. Guia programa de leniência antitruste do CADE. Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/2020-06-02-guia-do-programa-de-leniencia-do-cade.pdf>>. p. 19.

³³ MARTINS, Robson. MARTINS, Érika Silvana Saquetti. **Os acordos de leniência e a possibilidade de dupla ou tripla punição na esfera pública**. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/364502/os-acordos-de-leniencia-e-a-possibilidade-de-dupla-ou-tripla-punicao>>. Acesso em: 20/02/2024.

particularidade procedimental, bem como quanto aos direitos e garantias do agente infrator.

2.3. LEI Nº 12.850/2013 E A COLABORAÇÃO PREMIADA

A Lei nº 12.850/2013 é responsável por contemplar uma normatização acerca de organização criminosa, o delito a ela correlato e outros institutos de direito penal material e processual, sendo o que sobressai como de relevo para este trabalho é especificamente o da colaboração premiada.

Inspirada nas Convenções de Palermo (Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional³⁴) e de Mérida (Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção³⁵), a colaboração premiada traduz-se em um meio de obtenção

³⁴ Decreto nº 5.015/2004:

Artigo 26

Medidas para intensificar a cooperação com as autoridades competentes para a aplicação da lei

1. Cada Estado Parte tomará as medidas adequadas para encorajar as pessoas que participem ou tenham participado em grupos criminosos organizados:

a) A fornecerem informações úteis às autoridades competentes para efeitos de investigação e produção de provas, nomeadamente

i) A identidade, natureza, composição, estrutura, localização ou atividades dos grupos criminosos organizados;

ii) As conexões, inclusive conexões internacionais, com outros grupos criminosos organizados;

iii) As infrações que os grupos criminosos organizados praticaram ou poderão vir a praticar;

b) A prestarem ajuda efetiva e concreta às autoridades competentes, susceptível de contribuir para privar os grupos criminosos organizados dos seus recursos ou do produto do crime.

2. Cada Estado Parte poderá considerar a possibilidade, nos casos pertinentes, de reduzir a pena de que é passível um arguido que coopere de forma substancial na investigação ou no julgamento dos autores de uma infração prevista na presente Convenção.

3. Cada Estado Parte poderá considerar a possibilidade, em conformidade com os princípios fundamentais do seu ordenamento jurídico interno, de conceder imunidade a uma pessoa que coopere de forma substancial na investigação ou no julgamento dos autores de uma infração prevista na presente Convenção.

4. A proteção destas pessoas será assegurada nos termos do Artigo 24 da presente Convenção.

5. Quando uma das pessoas referidas no parágrafo 1 do presente Artigo se encontre num Estado Parte e possa prestar uma cooperação substancial às autoridades competentes de outro Estado Parte, os Estados Partes em questão poderão considerar a celebração de acordos, em conformidade com o seu direito interno, relativos à eventual concessão, pelo outro Estado Parte, do tratamento descrito nos parágrafos 2 e 3 do presente Artigo.

³⁵ Decreto nº 5.687/2006:

Artigo 37

Cooperação com as autoridades encarregadas de fazer cumprir a lei

1. Cada Estado Parte adotará as medidas apropriadas para restabelecer as pessoas que participem ou que tenham participado na prática dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção que proporcionem às autoridades competentes informação útil com fins investigativos e probatórios e

de prova, não sendo propriamente uma forma pura de resolução consensual de conflitos na acepção tradicional da expressão. Todavia, a legislação aponta que a colaboração premiada reveste-se da natureza de negócio jurídico processual, denotando sua natureza “negocial” associadamente à de meio de obtenção de prova (art. 3º-A, Lei nº 12.850/2013).

O viés negocial explicita-se no dispositivo seguinte (art. 3º-B) ao dispor sobre o marco de início das negociações consistente no recebimento da proposta para formalização do acordo e alinha-se com a tese jurisprudencial de que a colaboração premiada consiste em negócio jurídico de natureza bilateral (conforme o Superior Tribunal de Justiça delimitou na edição 193, número 2, da publicação *Jurisprudência em teses*³⁶).

Historicamente no ordenamento jurídico brasileiro, a colaboração premiada, dentro da distinção feita entre justiça penal consensual e negociada, é o primeiro instrumento de resolução alternativa da lide penal que se aproxima de uma justiça penal de caráter negocial.

Anteriormente denominada de delação premiada, o instituto já era positivado, guardadas as devidas particularidades, em outras legislações para os crimes de natureza grave e até mesmo hedionda, a saber: i) Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional (Lei nº 7.492/1986, artigo 25, §2º); ii) Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90, art. 8º, parágrafo único); iii) Lei do Crime Organizado (Lei nº 9.034/95, artigo 6º); iv) Código Penal (artigo 159, parágrafo 4º - extorsão mediante seqüestro); v) Lei de Lavagem de Capitais (Lei nº 9.613/98, artigos 1º e 5º); vi) Lei

as que lhes prestem ajuda efetiva e concreta que possa contribuir a privar os criminosos do produto do delito, assim como recuperar esse produto.

2. Cada Estado Parte considerará a possibilidade de prever, em casos apropriados, a mitigação de pena de toda pessoa acusada que preste cooperação substancial à investigação ou ao indiciamento dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção.

3. Cada Estado parte considerará a possibilidade de prever, em conformidade com os princípios fundamentais de sua legislação interna, a concessão de imunidade judicial a toda pessoa que preste cooperação substancial na investigação ou no indiciamento dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção.

4. A proteção dessas pessoas será, *mutatis mutandis*, a prevista no Artigo 32 da presente Convenção.

5. Quando as pessoas mencionadas no parágrafo 1 do presente Artigo se encontrem em um Estado Parte e possam prestar cooperação substancial às autoridades competentes de outro Estado Parte, os Estados Partes interessados poderão considerar a possibilidade de celebrar acordos ou tratados, em conformidade com sua legislação interna, a respeito da eventual concessão, por esse Estado Parte, do trato previsto nos parágrafos 2 e 3 do presente Artigo.

³⁶ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Jurisprudência em teses**. ed. 193, n. 2. Brasília, 2022.

de Proteção a Vítimas e Testemunhas (Lei nº 9.807/99, artigos 13 e 14; vii) Lei do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (Lei nº 11.343/2006, artigo 41).

Apresentada a natureza dúplice da colaboração premiada, o instituto subsume-se à oportunidade conferida a um dos ofensores de colaborar com a investigação apresentando detalhes acerca do desenrolar dos fatos delituosos e a identificação de outros autores (meio de obtenção de prova), em troca do recebimento de benefícios materiais e processuais no seio da persecução penal.

2.3.1. Espaço para negociação e seu respectivo objeto

Dentro da negociação, há espaço para manejo entre os negociantes tão apenas com relação aos benefícios advindos para o colaborador, delimitado pelo objeto de contraprestação à colaboração por parte dos entes estatais atuantes na persecução criminal.

No que tange à prestação a ser "adimplida" pelo investigado que está colaborando, essa não possui margem para negociação, uma vez que o colaborador, após regularmente renunciar ao seu direito ao silêncio e ser compromissado a dizer a verdade, deverá apresentar a integralidade dos fatos criminosos praticados, guardando o dever de boa-fé e de lealdade processual ao não lhe ser facultado escolher quais fatos narrar e quais fatos omitir.

O investigado não poderá, então, escolher um dentre todos os crimes cometidos para expor ou um dentre todos os agentes criminosos para delatar. Contudo, terá que fazê-los por completo. Emerge-se como dever do colaborador anunciar a completa extensão dos detalhes a que se propôs no acordo, quando esses estejam abarcados dentre as condições suscetíveis de serem contempladas com os benefícios oriundos da colaboração pela legislação³⁷.

³⁷ Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:

I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;

Dessa forma, entende-se que a obrigação do colaborador é una, indivisível e impassível de barganha.

Não obstante não seja admissível a restrição do alcance da proposta de forma a ludibriar o ente estatal que propôs a colaboração, redundando em benesses ao colaborador o conteúdo da delação cuja riqueza de detalhes repercute em auxílios concretos ao deslinde da investigação. Nessas situações, os parágrafos 2º e 4º do artigo 4º positivado na lei de organização criminosa trazem um pacote de bondades ao investigado.

O parágrafo 2º permite o requerimento pelo membro do Ministério Público ou pelo Delegado de Polícia pela concessão de perdão judicial, sem embargo de essa contraprestação estatal à colaboração não ter sido elencada na proposta principal.

De igual maneira, o parágrafo 4º delimita que, se o colaborador for o primeiro a prestar informações relevantes, não se revestir da posição de liderança da organização criminosa e fornecer informações sobre infração de que os apuratórios criminais ainda desconheciam, o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia.

Essas são importantes previsões no sentido de se fortalecer a busca por um consenso em delitos de organização criminosa. E, não só isso, são técnicas processuais que incentivam a colaboração fidedigna, extensa e profunda, com vistas a se prestar como um excelente meio de prova para o desvendar da total extensão dos fatos delituosos e de sua autoria, assim como para resguardar com plenitude eventuais vítimas.

Um outro ponto de incentivo à colaboração são os direitos assegurados ao colaborador³⁸, que tutelam e resguardam sua identidade, imagem e integridade

II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;

III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;

IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;

V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

³⁸ Art. 5º São direitos do colaborador: I - usufruir das medidas de proteção previstas na legislação específica; II - ter nome, qualificação, imagem e demais informações pessoais preservados; III - ser conduzido, em juízo, separadamente dos demais coautores e partícipes; IV - participar das audiências sem contato visual com os outros acusados; V - não ter sua identidade revelada pelos meios de comunicação, nem ser fotografado ou filmado, sem sua prévia autorização por escrito; VI - cumprir pena ou prisão cautelar em estabelecimento penal diverso dos demais corréus ou condenados.

física, elementos de acentuada importância dado o contexto de investigações e apurações sensíveis em casos de organizações criminosas, muitas vezes envolvendo crimes de complexidade destacada.

Por derradeiro, é importante ressaltar que, embora haja muitas benesses ao agente colaborador que contribua intensamente com o deslinde da investigação, não necessariamente a colaboração premiada evitará o encarceramento como as demais medidas de justiça penal consensual apresentadas neste trabalho, mas terá o condão de reduzir o apenamento em privação de liberdade em até dois terços, consoante dispõe o artigo 4º da lei em comento.

2.4. LEI 13.964/2019 E O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

A Lei nº 13.964/2019, conhecida como "Pacote Anticrime", positivou o acordo de não persecução penal na constelação jurídica de institutos de justiça penal consensual no ordenamento brasileiro. Anteriormente, a resolução nº 181 do Conselho Nacional do Ministério Público previa, em seu artigo 18, a possibilidade de o membro do Ministério Público apresentar acordo de não persecução penal, de forma *ultra legem*.

Isso posto, o artigo 28-A do Código de Processo Penal passou a prever a possibilidade de que, em crimes cuja pena mínima seja inferior a quatro anos e que não tenham sido cometidos com violência ou grave ameaça, o Ministério Público poderá apresentar oferta de acordo de não persecução penal, desde que ela seja suficiente e necessária para reprovação e prevenção ao crime.

O *caput* do mesmo dispositivo legal ainda exige a declaração formal e circunstanciada pelo investigado da prática da infração criminal, revestindo-se, pois, de confissão de autoria da prática delituosa.

Dessa forma, assim como na colaboração premiada, haverá a prestação de uma confissão advinda do agente ofensor. Conquanto a codificação aqui não faça essa exigência de renúncia na modalidade expressa como na lei de organização criminosa, há uma disposição tácita do direito ao silêncio que deságua também na

constatação de que o acusado não exercerá o seu direito à não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*)³⁹.

A necessidade de uma contrapartida por parte do acusado alicerçada na confissão de prática da conduta pode ter desdobramentos em relação aos passos da investigação, no que tange à extensão subjetiva e objetiva das apurações, como o relato de fatos criminosos praticados por outros agentes delitivos.

No acordo de não persecução penal, diferentemente da colaboração premiada, não há uma necessidade legal de que o acusado colabore identificando outros agentes criminosos ou detalhes de delitos perpetrados por eles. Entretanto, há uma possibilidade clara de que isso ocorra quando da declaração formal e circunstanciada da prática da infração criminal.

Para tanto, a Lei nº 12.850/2013 prevê expressamente que o colaborador renunciará ao direito ao silêncio para que se opere a colaboração premiada. Tal exigência não se reproduz no regramento do acordo de não persecução penal elencado no Código de Processo Penal.

Além disso, o ordenamento jurídico não prevê que o acordo de não persecução penal ostenta natureza de meio de prova como expressamente consta na Lei nº 12.850/2013 em relação à colaboração premiada.

Destaca-se que o acordo de não persecução penal guarda uma relação de subsidiariedade para com a transação penal, em que, sendo cabível esta, não se ofertará acordo de não persecução penal.

No mesmo sentido, perfaz-se incabível o acordo quando já tiver sido beneficiário de outro acordo de não persecução penal, de transação penal ou de suspensão condicional do processo nos cinco anos prévios ao cometimento da infração. O cometimento de crimes concernentes à Lei Maria da Penha e por agentes reincidentes, com conduta criminal habitual, profissional ou reiteradas não

³⁹ Neste ponto, Canotilho e Nuno Brandão, em “Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da operação lava jato”, advogam (p. 167) a importância de que o direito fundamental do réu à autodeterminação ocorra em um contexto de liberdade e informativo, permeado por um ambiente sem manipulações, imoralidade e promessas vãs e infundadas.

insignificantes também é um obstáculo à celebração de acordo de não persecução penal.

Os termos da proposta guardam profunda similaridade com a transação penal e com a suspensão condicional do processo em seus objetivos de evitar o encarceramento, delimitando nos incisos do artigo 28-A tão somente hipóteses de penalidades alternativas à prisão.

E, com a mesma visão de fomento à justiça consensuada, há a faculdade legal de que o membro do Ministério Público apresente condição não listada no código que entenda compatível com a infração e eficiente para alcançar uma resolução justa e adequada à lide penal.

2.4.1. Inspiração no *plea bargaining*

A colaboração premiada e o acordo de não persecução penal guardam inspiração no instituto denominado *plea bargaining* que se faz presente no ordenamento jurídico norte-americano. Os mecanismos brasileiros e o *plea bargaining*⁴⁰ ainda não são idênticos em suas perspectivas de diálogo e de participação das partes, visto que nesse sistema, diversamente do *civil law*, as partes conflitantes gozam de igualdade em termos de espaço para manifestação⁴¹.

No sistema penal norte-americano há a prevalência do princípio da oportunidade da ação penal e da discricionariedade entre as partes negociantes, o que favorece a tomada de um consenso que afaste a obrigatoriedade de se ajuizar uma denúncia pelo delito cometido. Dessa forma, conquanto no *plea bargaining* não exista a obrigatoriedade de que o juiz do caso acate a recomendação do promotor advinda

⁴⁰ O *plea bargaining* norte-americano tem como supedâneo o princípio da utilidade, visto que seu escopo é aumentar a felicidade geral da sociedade ao proporcionar o incremento da segurança social e, até mesmo, outras benesses como evitar que vítimas e testemunhas do delito revivam o evento traumático em suas memórias ao terem que testemunhar, inclusive os réus ao passar pelo constrangimento de serem julgados publicamente (SOUSA, Marllon. **Plea bargaining no Brasil**: o processo penal por meio do equilíbrio entre o utilitarismo processual e os direitos fundamentais do réu. 3. ed. São Paulo: Editora JusPodivm, 2021. p. 115). E isso se transporta para o direito pátrio, cuja justiça penal negocial foi inspirada no *plea bargaining* dos Estados Unidos da América.

⁴¹ ALMEIDA, Vera Ribeiro de. Consenso à brasileira: exame da justiça consensual criminal sob perspectiva antropológica. In: **Dilemas**, v. 7, n.3, jul./ ago./set., 2014, p. 731-765. p. 744.

do acordo firmado a partir da barganha com o acusado, o promotor não precisará promover uma ação penal⁴².

Conforme Ricardo Gueiros e Iago Abdalla⁴³ didaticamente apresentam, a regulamentação a nível federal do *plea bargaining* nos Estados Unidos da América possibilitam três resultados para a negociação. Na primeira denominada *plea guilty*, o acusado assume sua culpa pelo cometimento do crime, já no *plea not-guilty* ele declara-se inocente e, por derradeiro, no *nolo contendere* o acusado delibera por não contestar as imputações que sobre ele recaem sem realizar uma admissão de culpa, mas tendo o mesmo resultado do *plea guilty*.

Entretanto, ainda não há no Brasil um sistema de barganha puro como o *plea bargaining* em que o órgão acusador e o investigado/acusado negociem em torno do quantitativo da pena privativa de liberdade. Não obstante na colaboração premiada a privação de liberdade não seja algo raro, o quantitativo da redução da pena negociada não é algo que vincule o órgão judicante, podendo ele definir a extensão dos benefícios oriundos da colaboração premiada (conforme o Superior Tribunal de Justiça delimitou na edição 193, número 5, da publicação *Jurisprudência em teses*⁴⁴).

2.4.2 Projeto de novo código de processo penal

Um projeto de texto para compor um novo código de processo penal foi apresentado por uma comissão de juristas no Congresso Nacional, dando origem ao Projeto de Lei nº 8.045 de 2010⁴⁵. Atualmente, as discussões não estão sendo objeto de grupo de discussão nas Casas legislativas, razão pela qual, em 05 de dezembro de 2023, o Deputado Federal Thiago Flores apresentou requerimento visando a constituição de comissão especial para a emissão de parecer no projeto mencionado.

⁴² DIAS, Ricardo Gueiros Bernardes. FANTIN, Iago Abdalla. A negociação na justiça criminal no Brasil e o *plea bargaining*. In: **E-civitas**: Revista científica do curso de direito do UNIBH, Belo Horizonte, v. x, n. 2, dez./2017, p. 166-200.

⁴³ _____, p. 180-182.

⁴⁴ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Jurisprudência em teses**. ed. 193, n. 2. Brasília, 2022.

⁴⁵ Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>.

O projeto traz figuras interessantes como a investigação defensiva, um título exclusivo para demarcar a ampliação dos direitos das vítimas, o juiz de garantias já positivado em 2019 no Pacote Anti-crime (Lei 13.964) e a ampliação da consensualidade para delitos cuja pena máxima não ultrapasse oito anos.

O que interessa ao presente trabalho é a importação do *plea bargaining* norte-americano aos delitos até então processados sob o rito procedimental sumário, cuja pena máxima não ultrapasse oito anos, bem como aos de rito sumaríssimo ou de menor potencial ofensivo, cuja pena máxima não extravase dois anos⁴⁶, ambas trazidas pelo Projeto de novo código de processo penal⁴⁷. O artigo 283⁴⁸ e o 303 do Projeto de novo código de processo penal preveem a possibilidade

⁴⁶ Não obstante nesses casos, a Lei nº 9.099/1995 já preveja a possibilidade de composição civil dos danos, transação penal e suspensão condicional do processo.

⁴⁷ Art. 299. Na audiência preliminar, presente o representante do ministério público, o autor do fato e a vítima, e, se possível, o responsável civil, acompanhados por seus advogados, o juiz esclarecerá sobre a possibilidade da composição dos danos e da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade.

Art. 300. A conciliação será conduzida pelo juiz ou por conciliador sob sua orientação.

Parágrafo único. Os conciliadores são auxiliares da justiça, recrutados, na forma da lei local, preferentemente entre bacharéis em direito, excluídos os que exerçam funções na administração da justiça Criminal.

Art. 301. A composição dos danos civis será reduzida a escrito e, homologada pelo juiz mediante sentença irrecorrível, terá eficácia de título a ser executado no juízo civil competente.

§1º tratando-se de ação penal pública condicionada à representação, o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de representação.

§2º Nas condições do §1º deste artigo, no caso de acordo no curso do processo, o juiz julgará extinta a punibilidade, desde que comprovada a efetiva recomposição dos danos.

Art. 302. Não havendo conciliação a respeito dos danos civis, será dada imediatamente a vítima a oportunidade de exercer o direito de representação verbal, que será reduzida a termo.

Parágrafo único. O não-oferecimento da representação na audiência preliminar não implica decadência do direito, que poderá ser exercido no prazo previsto em lei.

Art. 303. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o ministério público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.

§1º Nas hipóteses de ser a pena de multa a única aplicável, o juiz poderá reduzi-la até a metade.

§2º Não se admitirá a proposta se ficar comprovado:

I – ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva;

II – ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo;

III – não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida.

§3º Aceita a proposta pelo autor da infração e seu defensor, será submetida à apreciação do juiz.

§4º Acolhendo a proposta do ministério público e aceita pelo autor da infração, o juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos.

§5º A imposição da sanção de que trata o §4º deste artigo não constará de certidão de antecedentes criminais, salvo para os fins previstos no mesmo dispositivo, e não terá efeitos civis, cabendo aos interessados propor ação cabível no juízo cível.

⁴⁸ Art. 283. Até o início da instrução e da audiência a que se refere o art. 276, cumpridas as disposições do rito ordinário, o Ministério Público e o acusado, por seu defensor, poderão requerer a aplicação imediata de pena nos crimes cuja sanção máxima cominada não ultrapasse 8 (oito) anos.

de aplicação imediata de penas aos delitos dos ritos sumário e sumaríssimo. No caso dos delitos do rito sumário, o projeto aventa a possibilidade de que a proposta de aplicação de pena imediata seja tecida pelo Ministério Público e até mesmo pelo acusado, o que não é reproduzido na consensualidade do rito sumaríssimo, na qual apenas o Ministério Público terá a oportunidade de apresentar a oferta de acordo.

Na negociação estabelecida no artigo 283 do projeto de novo código de processo penal, haveria a obrigatoriedade de o acusado confessar, total ou parcialmente, os fatos a ele imputados, bem como de, conjuntamente com o órgão acusatório, renunciar à produção probatória.

Apesar de inspirado no *plea bargaining* norte-americano, não se trata de uma barganha propriamente dita em torno da pena ou das imputações. Em oposição a esse conceito de barganha, o §1º, II, do artigo 283 do projeto estabelece a fixação da pena no mínimo previsto na legislação, não incidindo eventuais agravantes ou causas de aumento da pena.

Caso seja possível que se diga que há alguma negociação nesse projeto, seria quanto à redução abaixo do mínimo da pena positivada. O parágrafo terceiro do mesmo dispositivo do projeto estabelece uma possível redução em um terço da pena mínima do delito para o caso de as condições pessoais do acusado e as

§ 1º São requisitos do acordo de que trata o caput deste artigo:

I – a confissão, total ou parcial, em relação aos fatos imputados na peça acusatória;

II – o requerimento de que a pena privativa de liberdade seja aplicada no mínimo previsto na cominação legal, independentemente da eventual incidência de circunstâncias agravantes ou causas de aumento da pena, e sem prejuízo do disposto nos §§ 2º e 3º deste artigo;

III – a expressa manifestação das partes no sentido de dispensar a produção das provas por elas indicadas.

§ 2º Aplicar-se-á, quando couber, a substituição da pena privativa de liberdade, nos termos do disposto no art. 44 do Código Penal, bem como a suspensão condicional prevista no art. 77 do mesmo Código.

§ 3º Mediante requerimento das partes, a pena aplicada conforme o procedimento sumário poderá ser, ainda, diminuída em até 1/3 (um terço) do mínimo previsto na cominação legal, se as condições pessoais do agente e a menor gravidade das consequências do crime o indicarem.

§ 4º Não se aplica o disposto no § 3º deste artigo se incidir no caso concreto, ressalvada a hipótese de crime tentado, outra causa de diminuição da pena, que será expressamente indicada no acordo.

§ 5º Se houver cominação cumulativa de pena de multa, esta também será aplicada no mínimo legal, devendo o valor constar do acordo.

§ 6º O acusado ficará isento das despesas e custas processuais.

§ 7º Na homologação do acordo e para fins de aplicação da pena na forma do procedimento sumário, o juiz observará o cumprimento formal dos requisitos previstos neste artigo.

§ 8º Para todos os efeitos, a homologação do acordo é considerada sentença condenatória.

§ 9º Se, por qualquer motivo, o acordo não for homologado, será ele desentranhado dos autos, ficando as partes proibidas de fazer quaisquer referências aos termos e condições então pactuados, tampouco o juiz em qualquer ato decisório.

consequências do crime sinalizarem a adequação dessa redução. Não se oblitera a possibilidade de reduzir-se a pena no acordo também por existência de causa de diminuição, o que afastará a possibilidade de redução da pena em um terço acima mencionada, à exceção da redução pelo crime tentado.

Se homologado o acordo do rito sumário, esse será reputado como sentença condenatória para todos os efeitos. Ou seja, os efeitos processuais e materiais de uma sentença condenatória incidirão sobre o acordante cujo acordo for judicialmente homologado.

Apesar de também exigir a confissão da prática delitiva, há traços que efetivamente distinguem o acordo de não persecução penal dessa figura prevista no projeto de novo código de processo penal, não obstante não haja a previsão de que a confissão seja formal e circunstanciada, ela poderá ser parcial. Nesse acordo, não há o impedimento de oferta a delitos praticados com violência ou com grave ameaça como há no acordo de não persecução penal, que também é restrito àqueles delitos que preveem pena mínima inferior a quatro anos.

Uma outra distinção digna de nota é a de que no acordo de não persecução penal a legitimidade para propositura da oferta é exclusiva do Ministério Público, ao passo que no acordo em debuxo há a possibilidade de que a iniciativa seja tecida pelo acusado. Na prática, todavia, vê-se que as defesas dos acusados, com frequência, sugerem ter interesse na celebração de acordo, sem embargo de não ter sido apresentada proposta pelo Ministério Público.

É de se destacar também a diferença de tratamento do cumprimento de um acordo e outro. No acordo de não persecução penal, a satisfação das obrigações não representará qualquer registro de antecedentes criminais para o acordante procedendo-se à extinção da punibilidade, contudo no acordo previsto no projeto a homologação do acordo revestir-se-á de sentença condenatória para todos os fins, inclusive a devida inscrição de antecedentes criminais.

Os efeitos endoprocessuais do acordo não homologado ou não cumprido também são diversos: enquanto no projeto de novo código de processo penal há a expressa proibição de uso do que foi pactuado, caso o acordo não seja judicialmente homologado; no acordo de não persecução penal, caso descumprido o acordo, o

Ministério Público poderá, inclusive, utilizar tal descumprimento como causa para a não oferta de suspensão condicional do processo e outras possíveis repercussões não positivadas, mas que são objeto de discussão doutrinária, como a utilização do confissão e de outros elementos de prova trazidos no relato prestado pelo acordante, como mais à frente será discutido neste trabalho

Não há previsão também de envolvimento da vítima no acordo do projeto de novo código de processo penal, à medida em que, no acordo de não persecução penal, a vítima será intimada da homologação do acordo e do seu eventual descumprimento.

Entretanto, um maior envolvimento da vítima seria de valia em ambos os acordos. Não se trata da privatização do direito penal, mas da inclusão de um ator importante da lide penal em um debate em que deveria estar inserida, afinal o bem jurídico violado era de sua titularidade. Obviamente, não se pretende que a vítima tenha poder de direcionar a proposta, porquanto seu poder de julgamento estará enviesado e possivelmente permeado por um pendor vingativo, mas que ela possa, minimamente, ser ouvida sobre o seu olhar dos fatos delituosos.

2.5 JUSTIÇA RESTAURATIVA

A justiça restaurativa é, dentre as hipóteses trazidas, a que mais se aproxima de uma efetiva consensualidade em âmbito penal. E isso vem expresso em seu nome, cujo fator de restauração das partes dos danos trazidos pelo crime representa um dos maiores objetivos do direito penal: a pacificação social.

Observa-se que a prática restaurativa remonta aos tempos de antigas civilizações que se valiam dos recursos restaurativos como estratégia para zelar pela boa convivência comunitária, resguardando a vítima e o ofensor pela via de diálogos pacíficos entre os conflitantes⁴⁹.

⁴⁹ TABORDA, Vitória Rayana de Oliveira. Mediação e justiça restaurativa e as experiências junto à extensão universitária na Unijuí. In: **XXIII Jornada de Extensão**, Ijuí, 2020, p. 3.

Não obstante tal referência histórica, a Nova Zelândia figura como o país em que teria se operado o advento de práticas restaurativas⁵⁰, normatizadas após reivindicações do povo maori que se via encarcerado em números muito maiores do que os de cidadãos neozelandeses brancos. Os maoris clamavam por soluções que não alijassem seus adolescentes infratores do convívio com seu povo.

E, diante disso, foi editado em 1989 na Nova Zelândia o que se pode chamar de primeiro elemento normativo de uma resolução de lides dita restaurativa, o qual foi denominado de *Children, Young Persons and Their Families Act*. O escopo do ato era o de incluir a família no seio da discussão sobre as consequências do ato infracional praticado pelo adolescente como forma de atingir uma resolução alternativa ao processo penal que trouxesse quatro balizas em seu bojo, quais sejam: a adoção de medidas que não fragilizassem os vínculos comunitários do ofensor; utilização do critério etário quando da avaliação de responsabilidade; lançar mão de medidas não privativas de liberdade; e que fossem abraçados os interesses da vítima.

O sucesso desse ato legislativo inaugural corroborou a extensão da justiça restaurativa para o sistema de processamento penal adulto na Nova Zelândia, bem como para outras experiências globais.

A Organização das Nações Unidas, por intermédio das Resoluções 1999/26 e 2000/14 editadas pelo seu Conselho Econômico e Social, principiou o estabelecimento de diretrizes no sentido do fomento de práticas restaurativas. Esse arcabouço normativo culminou com a Resolução 2002/12 que trouxe uma conceituação mínima de justiça restaurativa e princípios norteadores do instituto. O processo restaurativo é definido pela Organização das Nações Unidas como a reunião entre vítima, ofensor e membros da comunidade afetada pelo crime visando um acordo que resolva as questões levantadas pela deflagração do crime. Para alcançar essa resolução, pode-se valer do que a resolução chama de “facilitador”, ator que terá à sua disposição para condução do caso outros métodos alternativos de resolução de controvérsias, como a mediação, a conciliação, a reunião familiar ou comunitária e os círculos decisórios. Assim, o resultado alcançado pelo processo

⁵⁰ SICA, Leonardo. **Justiça restaurativa e mediação penal**: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 82-83.

restaurativo deverá ter em vista a necessidade de se contemplar os anseios individuais e coletivos sem se descuidar da responsabilidade que recai sobre as partes envolvidas, podendo envolver a reparação, a restituição e serviços comunitários, de modo a reintegrar não só o agente criminoso como também a vítima.

Em solo brasileiro, no ano de 2016 foi instituído o Comitê de Justiça Restaurativa pelo Conselho Nacional de Justiça com as atribuições, dentre outras, de organizar o programa de incentivo à justiça restaurativa e acompanhar os projetos com esse objeto existentes no país. E, como norte do aparato de justiça restaurativa, emerge a Resolução nº 225 também de 2016⁵¹, a qual estabelece a promoção de ações de incentivo a esse método de resolução de conflitos pelo Conselho Nacional de Justiça e a determinação aos Tribunais de Justiça no sentido de implementar programas de justiça restaurativa.

Ao lado disso, a resolução em comento também traz uma conceituação acerca de justiça restaurativa, que pode ser avaliada como bem similar à já trazida pela Organização das Nações Unidas, embora seja mais completa. O Conselho Nacional de Justiça define o instituto como sendo o conjunto de “princípios, métodos, técnicas e atividades próprias” que contemple a participação do ofensor, da vítima, de familiares e de membros da comunidade afetada, com a coordenação de facilitadores capacitados em métodos autocompositivos e consensuais de resolução de conflitos. A resolução ainda advoga a necessidade de se abarcar os interesses envolvidos e a responsabilidade dos agentes, com o escopo de reparar o dano e recompor a sociedade atingida.

Conclui-se por ser a restauração um modelo de justiça essencialmente relacional, não havendo se falar aqui em negociação. Não há uma negociação embebida por contrapartidas de ambas as partes, mas, como destacam Natieli de Angelo, Thiago Fabres e Raphael Boldt⁵² (2019, p. 128-131) uma proposta de restabelecimento da relação com foco na participação da vítima, que até então esteve afastada do

⁵¹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências.** Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2289>>. Acesso em: 20 out. 2023.

⁵² CARVALHO, Thiago Fabres de. ANGELO, Natieli Giorisatto de. BOLDT, Raphael. **Criminologia crítica e justiça restaurativa no capitalismo periférico**. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 128-131.

processo de tratamento do crime, em constante diálogo com o ofensor, intencionando alcançar soluções palpáveis aos danos morais e materiais experimentados pela vítima e à restauração das relações.

Nesse contexto restaurativo, emerge a mediação penal a quem é atribuída a faceta de ser um dos “instrumentos para a efetivação das práticas restaurativas”⁵³, que se define da seguinte forma:

[...] pauta-se essencialmente na possibilidade de negociação entre os participantes, conferindo-lhes voz ativa para a resolução do conflito. Almeja-se, ao final, a reintegração das necessidades da vítima, do autor e da sociedade, que permeiam desde a restauração dos danos causados pelo fato (frise-se, no sentido amplo já citado) até a consagração da pacificação social. Como expressão dessa reparação, firma-se um acordo entre as partes, o qual tem o condão de produzir efeitos no ordenamento jurídico.⁵⁴

Assim como as demais práticas conciliatórias, a voluntariedade é essencial na mediação penal e na justiça restaurativa, bem como o farto esclarecimento sobre suas nuances e objetivos. Em teoria, a mediação penal deverá ser dividida em fases, sendo a primeira dela chamada de pré-mediação, em que haverá uma exposição com escopo educativo sobre o funcionamento da mediação, de seus “princípios éticos”, a que se propõe, seus benefícios, procurando levantar o que os agentes esperam do mecanismo. Em um segundo momento, procede-se com sessões individualizadas com o intuito de ouvir cada parte e ouvi-la sobre anseios, dúvidas, sentimentos, de incentivar a parte a traçar um passo a passo do que será discutido na sessão com todos os envolvidos e até de avaliar traços psicológicos e emocionais dos agentes, como aferir se há uma resistência a assumir responsabilidades ou até mesmo se o indivíduo tende a ser influenciável.⁵⁵

Ao passo que a consensualidade penal, em regra, visa a efetividade, celeridade, redução do volume de demandas sujeitas ao Judiciário, a mediação penal não pode seguir por esse caminho, sob o risco de se perverter seu intuito nevrálgico⁵⁶ que é abordar a complexidade do tema em debate com a cautela e o tempo que são

⁵³ OLIVEIRA, Cristina Rego de. **Mediação penal e justiça**: da ética da alteridade como fundamento filosófico para a adoção das práticas restaurativas. Curitiba: Juruá, 2013. p. 81.

⁵⁴ _____. _____. p. 82.

⁵⁵ OLIVEIRA, Cristina Rego de. **Mediação penal e justiça**: da ética da alteridade como fundamento filosófico para a adoção das práticas restaurativas. Curitiba: Juruá, 2013. p. 83-84.

⁵⁶ OLIVEIRA, Cristina Rego de. **Mediação penal e justiça**: da ética da alteridade como fundamento filosófico para a adoção das práticas restaurativas. Curitiba: Juruá, 2013. p. 84.

necessários e imprescindíveis para adequadamente trabalhar os interesses, anseios e conflitos.

A regra na mediação penal deve ser uma maior informalidade, sem os ritos próprios do processo tradicional, desde que essa liberdade não fira direitos e garantias fundamentais de nenhum dos atores envolvidos na mediação⁵⁷. Para isso, uma maior atenção a eventuais disparidades socioeconômicas, culturais, de idade, com vistas a se evitar qualquer sobreposição derivada de um favorecimento de uma das partes.

Pode-se dizer que o objetivo principal da mediação penal é a superação do litígio criado, por meio da construção de um “espaço comunicativo” que afaste todo tom de vingança e que enfatize uma comunicação colaborativa⁵⁸.

Por mais que também pregue a informalidade dos ritos processualística penais tradicionais, ressaí patente as distinções da mediação penal e da justiça restaurativa para os demais métodos conciliatórios processuais penais, mormente no objetivo precípua desses instrumentos de alcançar celeridade e redução do montante de ações penais. A diferença principal reside no foco da restauração social que embebe a mediação penal e a justiça restaurativa, na verdadeira conciliação de interesses e responsabilidades e na construção de uma relação processual com mais foco na humanidade das partes ali envolvidas. Afinal, uma das críticas de quem advoga a necessidade de premência da mediação penal e da justiça restaurativa aos métodos clássicos de resolução de conflitos aos demais instrumentos conciliatórios é, inequivocamente, a desumanização da relação processual pelos atores estatais e pelo rito estabelecido pela legislação, de forma com que muitos se sintam compelidos a aceitarem formas atenuadas de punição em troca de serem réus em ações penais.

3. CONSENSUALISMO PENAL BRASILEIRO EM DIÁLOGO COM A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

⁵⁷ OLIVEIRA, Cristina Rego de. **Mediação penal e justiça**: da ética da alteridade como fundamento filosófico para a adoção das práticas restaurativas. Curitiba: Juruá, 2013. p. 85.

⁵⁸ _____. _____. p. 86-87.

A consensualidade reveste-se de uma solução útil para aqueles crimes de menor lesividade, cuja condenação, ao ser fixada pelo magistrado, inevitavelmente conduziria a uma medida dita despenalizadora ante o patamar reduzido do quantitativo de pena aplicado. Ou seja, um réu primário e que cometeu um crime não violento, decerto, amargaria ao fim da ação penal uma pena restritiva de direitos, de caráter não privativo da liberdade como o encarceramento.

Trata-se da lúdima consagração dos princípios da cooperação processual, visando obter uma decisão justa e efetiva, e da fraternidade, colimando ultrapassar a obsoleta visão da justiça penal canalizada na vingança e unicamente na retribuição, pressupondo a reconciliação do agente criminoso em sociedade.

Diante dessa premissa, o ideal não seria já aplicar uma sanção restritiva de direitos e reparatória antes da processualização da lide penal? Sob a ótica da eficiência, celeridade e economia processuais, a resposta é afirmativa, afinal a consensualidade que tenha o condão de evitar a judicialização da questão criminal atingirá todos esses resultados.

De outro lado, a resposta ainda deverá ser construída sobre a ótica do investigado e do réu, verificando quais os impactos para sua esfera de direitos e garantias, sobretudo aqueles constitucionalmente previstos, dessa forma de se resolver a lide penal. Esse será o foco do restante do trabalho, com o escopo de responder ao problema proposto.

3.1. CONSENSUALISMO PENAL E DIREITOS INDIVIDUAIS DO INVESTIGADO E DO RÉU

A autonomia conferida aos sujeitos envolvidos na lide penal para se conciliarem ou negociarem em torno do objeto da celeuma, qual seja a punição para a conduta delitiva praticada, é consectário imediato da liberdade individual.

Entretanto, essa autonomia facultada aos litigantes penais deve ser confrontada com o parco resguardo à dignidade da pessoa humana e aos direitos e garantias individuais, valores sensíveis e de importante tutela especialmente em âmbito penal.

O processo penal em sentido amplo, que abarca tanto a fase processual em sentido estrito quanto a fase pré-processual, delimita princípios que não são só previstos no seu rol de normas como faculdades das partes, todavia tem em sua observância cogente a constituição do processo penal por excelência. Afinal, não há se falar em processo penal moderno sem o lúdimo respeito à dignidade da pessoa humana, à legalidade, à prévia cominação da pena para a conduta delitiva, ao princípio acusatório, ao devido processo legal, ao contraditório, à ampla defesa, ao Juízo e ao Promotor natural, entre outros princípios, direitos e garantias.

Não são raras as constatações de que determinado caso penal foi injustamente julgado, sem que o réu gozasse da plenitude de seus direitos, ou que certa investigação foi conduzida com diligências inquisitoriais. Essa prática se acentua a depender das condições sócio-econômicas do investigado ou do réu, fatores que muitas vezes conduzem à deficiência de defesa, sendo que uma defesa técnica bem exercida é o primeiro passo para que haja uma cobrança pelo fiel cumprimento dos princípios, direitos e garantias do processo penal.

Não se olvidando que o órgão judicante, o Ministério Público e a polícia investigativa nutrem o dever público de zelar pelo resguardo do ordenamento jurídico, dos seus valores e dos seus princípios. Contudo, esse é um cenário revestido por um dever-ser que não se reflete, muitas vezes, no ser. Nesses casos em que não há uma identidade entre o ser e o dever ser no que tange ao fiel cumprimento das diretrizes principiológicas e garantísticas do processo penal, a atuação escoreita de um defensor técnico é essencial para assegurar o cumprimento das balizas que estão sendo descuidadas.

Marllon Sousa, dissertando a respeito de um modelo ideal de barganha processual para o Brasil em cotejo com o *plea bargaining* norte-americano, asseverou que o ideal seria evitar o que ele denomina de “consequências não intencionais que são frequentemente verificadas no modelo dos Estados Unidos”, que conduzem à vulneração de princípios constitucionais e legais do acusado, desaguando-se em

práticas coercitivas com o intuito de obter confissões e em uma discricionariedade extremada conferida ao órgão acusador.

Com vistas a alcançar tal resultado, Marllon Sousa elenca algumas condicionantes para o modelo brasileiro:

a) os direitos fundamentais dos réus sejam respeitados desde a prisão ou o início da investigação; b) o acordo não tenha disposição contrária à Constituição ou às leis; c) os réus foram devidamente orientados e aconselhados por um advogado; e, d) os réus exerceram o seu direito autônomo de livre escolha, tomando uma decisão consciente e bem informada de se declararem culpados ou de irem para um julgamento completo.

A despeito de inexistir, particularmente naquelas propostas de consensualidade ofertadas em sede pré-processual, uma ingerência sobre as propostas formuladas pelo Ministério Público ou pela Polícia investigativa diretamente ao investigado, o controle judicial deverá ser realizado posteriormente. Esse controle judicial deverá perquirir se as balizas acima elencadas por Marllon Souza foram observadas na proposta formulada extraprocessualmente. É um trabalho meticuloso mas indispensável, devendo averiguar sobretudo dois pontos, quais sejam: a voluntariedade da aceitação da proposta e a consciência por parte do investigado acerca dos ônus e dos bônus advindos da escolha pelo encerramento da lide por intermédio do consenso.

Um consenso alcançado sem a observância desses dois quesitos pode até satisfazer os anseios de eficiência, de celeridade e de economia processuais, todavia não satisfará os valores, direitos e garantias que devem orbitar a relação processual penal, não obstante ainda se esteja em fase pré-processual.

Afinal, dessa forma, não é possível conceber-se um direito processual penal que não tenha a proteção aos direitos humanos como bússola hermenêutica, afinal, historicamente, o processo penal teve como gênese justamente a necessidade de se guardar garantias dos acusados em face do arbítrio de quem detinha o poder de aplicar punições por crimes praticados.

A importância de que a onda de consensualismo em sede processual penal não promova um retrocesso no dever de guarda aos direitos humanos individuais dos

acusados é primordial para se blindar o processo penal de interferências que extirpem dele a sua essência de proteção às garantias dos acusados.

Francisco Dirceu Barros expõe a importância de se seguir o princípio da tutela da expectativa consensual legítima, em que ambas as partes em negociações deverão nortear sua atuação em concordância com a moralidade e a boa-fé, não omitindo nem mentindo, tampouco praticando deslealdades.

E, a partir da tutela da expectativa consensual legítima, práticas que sepultem as garantias do acusado e que não assegurem que o consenso será celebrado em um ambiente de confiança, transparência e lealdade são abominadas. A título exemplificativo, o *overcharging* consistente na multiplicação de imputações das quais o órgão acusatório não tem prova ou das quais sabe ser o acusado inocente seria uma prática absolutamente cerceável.

O dilema reside em como averiguar se essa prática está ocorrendo em sede pré-processual. A possível prática de *overcharging* poderia ser adotada como forma de se impelir o investigado a um acordo que é muito mais vantajoso para o órgão acusatório do que para o acusado. Lançar algumas acusações a mais além do que efetivamente praticado decerto cria um estado psicológico de profundo temor no acusado pelo que pode resultar de gravidade a título de sancionamento em eventual ação penal.

Exemplifica-se com a possibilidade de que um indivíduo investigado por posse de entorpecentes para consumo próprio tenha-lhe imputado o delito de induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga (artigo 33, §2º, da Lei nº 11.343/2006). O primeiro é um delito despenalizado, ao passo que o segundo prevê pena de detenção de um a três anos. Certamente, o efeito será psicologicamente deletério sobre um investigado que apenas portava entorpecentes para uso próprio quando lhe é apresentada uma proposta de consenso por um crime punido com detenção de um a três anos.

Afinal, os efeitos sob a mente humana de uma imputação delitiva já são, por si só, nefastas. Quando essa imputação acentua o que efetivamente se praticou, há uma clara propensão a se ter também uma majoração do nervosismo e da preocupação de se responder judicialmente por algo que não se praticou. São inúmeros os casos,

inclusive que se tornam grandes produções midiáticas⁵⁹, de más condutas policiais, por parte do órgão acusatório ou até mesmo por parte de autoridades judicantes que compelem os suspeitos a realizarem falsas confissões.

Os efeitos de um consenso são demonstradamente positivos, todavia não se pode lançar mão de estratégias que pervertam os valores, princípios e direitos, sob pena de se travestir o escopo maior dos institutos de consensualidade que é a promoção de justiça.

Não se vislumbra justiça no alcance de um consenso por intermédio de se pressionar o investigado contra diversas imputações delitivas ou contra imputações mais gravosas mesmo que não as tenha cometido. Afinal, postura nesse sentido seria o mesmo que condenar um indivíduo por algo que não cometeu, ato que representa a falência de um sistema Judiciário que almeja alcançar justiça. O investigado deve, pois, apreciar e porventura acatar o acordo nos exatos termos em que praticada a conduta, sem nenhum acréscimo.

O sistema norte-americano de barganha recebe intensas críticas notadamente por esses efeitos deletérios que a negociação produz sobre os acusados e pela propensão de que sejam impostas penas a indivíduos inocentes. Nesse contexto de inocentes assumindo responsabilidades por fatos delitivos que jamais praticaram, emergiu o Innocence Project, projeto norte-americano cujo escopo é o de provar a inocência de indivíduos erroneamente acusados que é comandado pela Innocence

⁵⁹ O caso dos cinco do Central Parque em Nova Iorque é um célebre exemplo disso. O artigo científico “A influência da mídia nos processos judiciais criminais”, cujo diretório segue a seguir, debruçou-se sobre o caso: <https://revistaacademica.mpce.mp.br/revista/article/view/78/70>.

Network⁶⁰, que também possui representação em solo brasileiro⁶¹. Os números do Innocence Project chamam a atenção⁶²: duzentas e quarenta e nove vitórias do projeto até o momento; desses duzentos e quarenta e nove indivíduos anteriormente condenados, nove por cento foram condenados à sentença de morte; três mil, oitocentos e setenta e quatro anos de encarceramento injusto enfrentado pelos clientes do Innocence Project; duzentos e dois clientes absolvidos por exames de DNA; estima-se que setenta e dois clientes não foram indenizados por suas condenações injustas; cento e um crimes foram cometidos enquanto pessoas inocentes estavam reclusas; a partir das absolvições, oitenta e nove agentes criminosos de fato foram identificados.

Outro dado de relevo é o de que 27% das condenações injustas envolvem confissões falsas, confirmando a premissa de que há grande possibilidade de que o acusado possa confessar diante de um temor maior e do estado de pressão psicológica e emocional criado por ser alvo de uma investigação.

A partir desses dados, lança-se luz sob a real eficácia de um consensualismo que pode vir a findar com uma persecução penal ao estabelecer acordo com um indivíduo inocente que não tenha liame subjetivo com a prática da infração penal. Estaria o processo penal desvirtuando seu escopo de perseguir e responsabilizar pelo cometimento do delito de modo a promover justiça e pacificação social.

⁶⁰ A apresentação contida no diretório <https://innocencenetwork.org/subcategory/our-work> expõe o trabalho da organização: The Innocence Network is an informal coalition of independent innocence organizations dedicated to combating wrongful convictions worldwide and reforming the criminal legal system. Most members of the Innocence Network provide legal representation to people who have been wrongfully convicted, though a few exclusively offer support to freed and exonerated people. To seek the services of a Network organization, please contact them directly. The majority of the Innocence Network's members are based in the United States and are mainly focused on criminal legal reform in the U.S., but the Network also includes non-U.S. organizations that meet our membership criteria. Em livre tradução: A Innocence Network é uma coligação informal de organizações independentes dedicadas à luta contra as condenações injustas em todo o mundo e à reforma do sistema jurídico penal. A maioria dos membros da Innocence Network fornece representação legal a pessoas que foram condenadas injustamente, embora alguns ofereçam apoio exclusivamente a pessoas libertadas e exoneradas. Para procurar os serviços de uma organização da Rede, entre em contato diretamente com eles. A maioria dos membros da Innocence Network está sediada nos Estados Unidos e concentra-se principalmente na reforma jurídica criminal nos EUA, mas a Rede também inclui organizações não americanas que atendem aos nossos critérios de adesão.

⁶¹ Alguns casos de sucesso na demonstração de inocência do Innocence Project Brasil: <https://www.innocencebrasil.org/nossos-casos>.

⁶² Dados atualizados até 19 de dezembro de 2023 e extraídos de: <https://innocenceproject.org/exonerations-data/>.

A consensualidade estabelecida nesse formato certamente não promoverá pacificação social, tampouco justiça.

Imagine-se a condenação criminal a um inocente. Haverá a privação de liberdade de alguém que deveria estar vivendo sem as restrições do cárcere e que poderá nutrir um sentimento de vingança contra o sistema estatal de persecução criminal, diante de seu injusto alijamento social. E, nesse cenário, além de não punir o real agente delitivo, houve o aprisionamento de um inocente com potencialidade de se tornar um criminoso ao fim do cumprimento da pena, uma vez que, ao ser inadequadamente privado do convívio social, amargou a pior pena que alguém poderia receber, a de ter sua vida regular suspensa por um ato de flagrante injustiça, o que conduz a inúmeros consectários, como a interrupção da vida laboral ou estudantil, bem como do convívio familiar e de amigos.

Tudo isso tem o condão de promover o efeito reverso ao da ressocialização almejada pelo apenamento. Um indivíduo que não demandava uma ressocialização foi submetido a uma dessocialização abrupta. Com isso, além de severos danos ao psicológico dessa pessoa, acrescer-se-á a desqualificação por ter interrompido os estudos, o desajuste profissional por ter interrompido o curso profissional, o contato com criminosos que praticaram diversos tipos de crimes. Isso tudo sujeitá-lo-á a um retorno ao convívio em liberdade em condições sensivelmente precarizadas.

O cenário de uma responsabilização inadequada na consensualidade, ainda que não haja privação de liberdade, pode vir a ser bem similar. Conquanto não ocorram os danos colaterais advindos de um aprisionamento espúrio, a responsabilização injusta em uma proposta de consensualização traz também uma estigmatização social ao indivíduo que pode acarretar-lhe consequências individuais e sociais danosas.

Uma condenação ou a celebração de um consenso com outrem que não seja o real responsável pela infração penal não possuem o condão de realinhar o tecido social desnaturado pela prática criminosa. Diversamente, o rompimento do tecido social acentua-se frente ao erro do aparelho estatal de persecução penal, uma vez que seus organismos explicitaram a falência de sua função primordial: investigar e

responsabilizar os agentes criminosos por seus delitos, com vistas a alcançar paz social.

Todas essas premissas demonstram a premência de se adotar uma postura cooperativa e leal no âmbito da consensualidade processual penal, à luz do princípio da tutela da expectativa consensual legítima capitaneado por Francisco Dirceu Barros⁶³, pontificando que as partes negociantes devem primar e guiar-se em seus atos negociais de acordo com parâmetros de moralidade e de boa-fé, repelindo omissões e falsas declarações, bem como práticas desleais.

Práticas que se aproximem de uma coerção em busca de um consenso devem ser abominadas, sob o risco de serem implementados acordos que tragam mais males do que benefícios tanto sociais quanto em termos de processualística penal e de organização dos atores envolvidos no processo.

Além do *overcharging* e das falsas imputações, outra postura que pode muitas vezes passar ao largo de um efetivo controle judicial é a de se apresentar proposta de acordo sem que se tenha elementos suficientes de autoria e de materialidade da conduta. Entretanto, vê-se que apenas na suspensão condicional do processo (artigo 89, da Lei nº 9.099/1995) há uma previsão expressa de que a mesma será apresentada quando do oferecimento da denúncia. Ou seja, presume-se que, naquele momento, existam indícios mínimos de autoria e de materialidade delitivas, requisitos para recebimento da denúncia acusatória pelo magistrado.

Nas demais modalidades de consensualidade, à exceção da colaboração premiada, a exigência feita é de que não seja o caso de arquivamento dos autos investigativos, hipótese em que poderão ser ofertadas propostas de consensualidade, como a transação penal e o acordo de não persecução penal.

Contudo, a situação oposta ao arquivamento não seria necessariamente o ajuizamento de ação, podendo ser uma alternativa ao arquivamento a decisão pela continuidade de diligências investigativas. Se ainda há necessidade de realização de diligências investigativas para se apurar a autoria e a materialidade delitivas, crê-se

⁶³ BARROS, Francisco Dirceu. Princípios estruturantes do acordo de não persecução penal. In: CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. SOUZA, Renee do Ó. CUNHA, Rogério Sanches. BARROS, Francisco Dirceu (Coord.). In: **Acordos de não persecução penal e cível**. Salvador: Editora Juspodivm, 2021. p. 147.

que não seria tolerável a apresentação de proposta de um acordo para se encerrar “possível” pretensão persecutória em Juízo por parte do órgão acusatório. Destaque no possível, porquanto se possa, em uma situação de não apresentação de proposta de consenso e de continuidade das investigações, sequer haver propositura de ação penal quando não amealhados elementos indiciários suficientes para se apresentar denúncia.

Um cenário em que se pode vislumbrar tal fenômeno dá-se quando a pretensão punitiva está prestes a prescrever, sendo assim o desejo de celebrar um acordo é muito maior por parte do órgão acusador que se vê pressionado a ter algum resultado de tudo o que foi apurado sob o receio de fadar toda uma investigação ao arquivamento, em prejuízo de todos os recursos orçamentários e esforços humanos e institucionais empregados para realização das diligências investigativas e para o alcance de uma solução para o suposto ato delituoso em apuração.

E o investigado, muitas vezes desmuniado de todas as informações ou desassistido de uma defesa técnica eficaz, não detém ciência de que a pretensão punitiva está em vias de prescrever e de que os órgãos investigativos não possuem elementos indiciários suficientes para ajuizar denúncia e para que ela, se ajuizada, seja recebida pelo órgão judicante porquanto ausente justa causa para instaurar ação penal.

Aventa-se situação similar quando a proposta de consenso é utilizada também sem que se tenha indícios suficientes de autoria e de materialidade contra o indivíduo a quem foi apresentada a oferta, como forma de se realizar prematura tentativa de acordo que evite todo o transcurso de diligências investigativas e, possivelmente, amealhar elementos indiciários contra outros investigados.

O leitor pode ser conduzido à seguinte reflexão diante do que foi exposto: mas, se o investigado for efetivamente culpado, a consensualidade, ainda que precoce em relação ao avançar das investigações, não seria justa e efetiva? De fato, observa-se uma nítida efetividade em uma consensualidade precoce de alguém que de fato seja culpado. Mas ter essa plena certeza é uma utopia, a não ser que o culpado esteja

em flagrante perfeito⁶⁴ e, ainda nesse caso, pode haver nuances fáticas e jurídicas desconhecidas que afastem a punibilidade.

Por conseguinte, em uma investigação que se perdura no tempo, mostra-se injustificável uma proposta de consensualidade precoce, sem que se tenham indícios suficientes de autoria e de materialidade. Ou seja, o momento em que há justa causa formada para se ajuizar ação penal é o instante justo para oferta de uma proposta de consensualidade que tenha o condão de evitar a processualização do litígio criminal.

Em resumo, a consensualidade, nesses casos específicos, ultima-se como uma solução maléfica ao investigado. E, com isso, assume vestes de estratégia acusatória, na medida em que esses casos estão fadados ao arquivamento ou estão carentes de elementos que indiquem a responsabilização pelas condutas delitivas.

Sendo assim, pode ser uma estratégia acusatória para se imputar uma responsabilização e evitar um arquivamento por prescrição da pretensão punitiva ou, até mesmo, uma estratégia para se evitar longas diligências investigativas no caso da consensualização precoce e, com isso, imputar responsabilização a um investigado e talvez até utilizar o consenso como forma de se levantar novos elementos indiciários contra outros investigados.

Essa última estratégia ocorre com frequência em propostas de colaboração premiada. Recorda-se aqui o que se expôs acerca da natureza da colaboração premiada ao se constituir de dúplice faceta: meio de obtenção de prova e negócio jurídico processual.

Vê-se que a legislação já atribui à colaboração premiada a característica de meio de obtenção de prova, legitimando, portanto, a consensualidade precoce como forma de conduzir as investigações e desnudar o possível enlace criminoso. É uma medida cuja gênese teve como propósito facilitar as investigações em crimes de complexidade acentuada, nos quais as diligências investigativas habituais e não invasivas não costumam trazer muitos resultados para desbaratar intrincadas organizações criminosas.

⁶⁴ Flagrante perfeito ou próprio ocorre quando o agente criminoso está cometendo ou cometeu há poucos instantes o delito.

Não há como se olvidar tampouco discordar que os criminosos têm adotado estratégias cada vez mais sofisticadas no cometimento de seus delitos, como forma de se imiscuir ao poder estatal de fiscalização, prevenção e repressão ao crime. E, diante de aprimoradas estratégias criminosas, nada mais adequado do que se empregar aprimoradas estratégias investigativas.

Assim não procedendo, o risco de se ter uma investigação malograda é alto, uma vez que a expertise empregada, com o intuito de ocultar vestígios de materialidade criminosa e rastros da relação de causalidade com o agente delitivo, é grande.

Entretanto, há a imperiosa necessidade de se conjugar a busca pela produção probatória e o resguardo à tão importante paridade de armas, não se utilizando da consensualidade como forma de não se realizar a atribuição precípua dos órgãos investigativos que é justamente investigar e produzir as provas e indícios necessários pelos mecanismos legais, sem que se valha disso como mecanismo de sujeição de indivíduos investigados a uma pressão para consensualizar e, com isso, acolher quase que unilateralmente os interesses persecutórios.

Desvendar e adequadamente punir os crimes cometidos é importantíssimo e, com maior razão, um dos sustentáculos do pacto social. Todavia isso não pode ocorrer ao alvedrio, sem observância das “regras do jogo”. A solução está em conciliar todas as necessidades: investigar e punir práticas delitivas; respeitar todos os direitos, garantias, princípios e valores envolvidos na lide; não abusar dos poderes atribuídos a cada um dos lados; preservar a boa-fé e a cooperação processuais.

O projeto de novo código de processo penal (Projeto de Lei nº 8.045 de 2010) traz importante instrumento para mitigar essas possíveis ingerências advindas da concentração de poderes em posse dos órgãos investigativos: a investigação defensiva.

Essa prática conta com previsão nos ordenamentos jurídicos italiano e norte-americano. O Fourth Edition (2017) of The Criminal Justice Standards for The Defense Function⁶⁵ produzido pela American Bar Association, a associação similar à

⁶⁵ AMERICAN BAR ASSOCIATION. **The Criminal Justice Standards for The Defense Function**. 4. ed. 2017. Disponível em: <https://www.americanbar.org/groups/criminal_justice/standards/DefenseFunctionFourthEdition/>. Acesso em: 05 mar. 2024.

Ordem dos Advogados do Brasil em solo norte-americano, em seu item 4.4.1⁶⁶

⁶⁶ Standard 4-4.1 Duty to Investigate and Engage Investigators

(a) Defense counsel has a duty to investigate in all cases, and to determine whether there is a sufficient factual basis for criminal charges.

(b) The duty to investigate is not terminated by factors such as the apparent force of the prosecution's evidence, a client's alleged admissions to others of facts suggesting guilt, a client's expressed desire to plead guilty or that there should be no investigation, or statements to defense counsel supporting guilt.

(c) Defense counsel's investigative efforts should commence promptly and should explore appropriate avenues that reasonably might lead to information relevant to the merits of the matter, consequences of the criminal proceedings, and potential dispositions and penalties. Although investigation will vary depending on the circumstances, it should always be shaped by what is in the client's best interests, after consultation with the client. Defense counsel's investigation of the merits of the criminal charges should include efforts to secure relevant information in the possession of the prosecution, law enforcement authorities, and others, as well as independent investigation. Counsel's investigation should also include evaluation of the prosecution's evidence (including possible re-testing or re-evaluation of physical, forensic, and expert evidence) and consideration of inconsistencies, potential avenues of impeachment of prosecution witnesses, and other possible suspects and alternative theories that the evidence may raise.

(d) Defense counsel should determine whether the client's interests would be served by engaging fact investigators, forensic, accounting or other experts, or other professional witnesses such as sentencing specialists or social workers, and if so, consider, in consultation with the client, whether to engage them. Counsel should regularly re-evaluate the need for such services throughout the representation.

(e) If the client lacks sufficient resources to pay for necessary investigation, counsel should seek resources from the court, the government, or donors. Application to the court should be made ex parte if appropriate to protect the client's confidentiality. Publicly funded defense offices should advocate for resources sufficient to fund such investigative expert services on a regular basis. If adequate investigative funding is not provided, counsel may advise the court that the lack of resources for investigation may render legal representation ineffective.

Em livre tradução:

Padrão 4-4.1 Dever de Investigar e Envolver Investigadores

(a) O advogado de defesa tem o dever de investigar em todos os casos e de determinar se existe base factual suficiente para acusações criminais.

(b) O dever de investigar não é encerrado por fatores como a força aparente das provas da acusação, as alegadas confissões de um cliente a outros de fatos que sugerem culpa, o desejo expresso de um cliente de se declarar culpado ou de que não deveria haver investigação, ou declarações ao advogado de defesa apoiando a culpa.

(c) Os esforços de investigação do advogado de defesa devem começar prontamente e devem explorar caminhos apropriados que razoavelmente possam levar a informações relevantes para o mérito da questão, consequências do processo penal e possíveis disposições e penalidades. Embora a investigação varie dependendo das circunstâncias, ela deve sempre ser moldada pelo que é do melhor interesse do cliente, após consulta com o cliente. A investigação do mérito das acusações criminais por parte do advogado de defesa deve incluir esforços para garantir informações relevantes na posse da acusação, das autoridades responsáveis pela aplicação da lei e de outros, bem como uma investigação independente. A investigação do advogado também deve incluir a avaliação das provas da acusação (incluindo possíveis novos testes ou reavaliações de provas físicas, forenses e periciais) e a consideração de inconsistências, potenciais vias de impeachment de testemunhas de acusação e outros possíveis suspeitos e teorias alternativas que a evidência pode levantar.

(d) O advogado de defesa deve determinar se os interesses do cliente seriam atendidos através da contratação de investigadores de fatos, especialistas forenses, contábeis ou outros, ou outras testemunhas profissionais, como especialistas em sentenças ou assistentes sociais, e, em caso afirmativo, considerar, em consulta com o cliente, se deve envolvê-los. O advogado deve reavaliar regularmente a necessidade de tais serviços durante toda a representação.

(e) Se o cliente não tiver recursos suficientes para pagar a investigação necessária, o advogado deve procurar recursos junto do tribunal, do governo ou de doadores. O pedido ao tribunal deve ser feito ex parte, se apropriado, para proteger a confidencialidade do cliente. Os gabinetes de defesa financiados publicamente devem defender recursos suficientes para financiar regularmente esses serviços de investigação especializada. Se não for fornecido financiamento adequado para a investigação, o

declara como um dever do advogado de defesa investigar em todos os casos, visando averiguar se há base sólida para as acusações criminais, incluindo a avaliação das provas produzidas pela acusação, destacando-se a possibilidade de reavaliar provas, sugerir novos testes, inconsistências nos apontamentos acusatórios, pedidos de impedimento de testemunhas e outros. O documento dirigido à defesa técnica ainda traz regras para balizar a atuação do advogado nessas atuações, bem como direitos do acusado, incluindo a possibilidade de, caso não tenha condições financeiras, requerer recursos ao tribunal, ao governo e a doadores para implementação das diligências. E, não sendo direcionados capitais financeiros adequados para a investigação defensiva, a defesa técnica poderá comunicar ao tribunal que a insuficiência de recursos poderá desaguar em uma representação ineficaz.

São instrumentos legais que intencionam e tendem a equilibrar a distribuição de armas entre acusação e defesa em sede de investigação criminal. A importação para o ordenamento jurídico brasileira seria, pois, de valia, mormente neste contexto de questionamentos quanto à constitucionalidade dos mecanismos de consensualidade que pairam sob eventuais supressões de direitos e garantias dos investigados e dos réus.

Não se trata de uma invasão perniciosa da defesa técnica na atribuição constitucional conferida aos órgãos investigativos, mas de uma garantia do acusado contra possíveis abusos que poderiam ser cometidos em sede de investigação, quando o contraditório e a ampla defesa, até o presente momento, são mitigados. É certo que essa investigação defensiva também deverá balizar-se dentro de limites éticos e de regras que norteiem uma atuação que não obstaculize a capacidade dos órgãos estatais de investigar e de desbaratar delitos e agentes criminosos.

3.1.1 Incentivo à traição na colaboração premiada, dignidade da pessoa humana e constitucionalidade

advogado pode avisar o tribunal que a falta de recursos para a investigação pode tornar a representação legal ineficaz.

Prosseguindo em perscrutar o instituto da colaboração premiada, vê-se que ele guarda em sua essência uma pauta de incitamento à traição entre os coautores de um delito. Afinal, como visto acima, a colaboração premiada, denominada de delação premiada em legislações anteriores à Lei nº 12.850/2013, nada mais é do que efetivamente a atribuição de responsabilidade a si mesmo e a outros agentes. Ou seja, em termos claros e populares: uma verdadeira traição.

Charles Francisco Rozário corretamente define esse fenômeno jurídico ao dispor que há uma premiação por um ato “eticamente condenável”, atribuindo-se utilidade tão somente às vantagens percebidas pelo Estado, não se valorando os danos dessa postura para a dignidade da pessoa humana, sob o qual se sustenta o sistema processual penal⁶⁷.

Desse modo, Charles Rozário vaticina a delação premiada como um instrumento de “desintegração social [...] um desvalor contrário em sua essência à concepção de vida moral fundada na dignidade da pessoa humana”⁶⁸, reduzindo-a ao posto de figura que escancara o fracasso do Estado em solucionar crimes. Rozário prossegue comparando a delação premiada às denúncias tecidas no seio da Alemanha nazista e do governo ditatorial brasileiro e desnuda a importância da confiança social para a construção de um meio próspero e íntegro.

Alguns pontos trazidos por Rozário são de especial relevo para a análise reflexiva: i) não seria a delação premiada um instrumento de mais insegurança jurídica ao enfraquecer a sanção e permitir que um criminoso delator tenha a sua liberdade decretada?; ii) seria a delação premiada a instrumentalização em sede processual da traição?; iii) a finalidade de obter benefícios de ordem processual para o aparelho estatal compensa os prejuízos sociais advindos do uso da delação premiada?

Esses questionamentos são válidos, afinal até então apenas se apresentaram os mecanismos de consensualidade em matéria penal pelos seus espectros positivos, como instrumentos que incrementam a felicidade social. Analisar se haveria uma possibilidade de que tais instrumentos sejam potencialmente danosos ao contexto

⁶⁷ ROZÁRIO, Charles Francisco. A delação premiada na perspectiva da justiça e da moral kantiana. In: **Teorias da justiça na prática**. JEVEAUX, Geovany Cardoso. CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. (Org.). v. 1, e-book, p. 158-172. Vitória: Seção Judiciária do Espírito Santo, 2022. p. 160.

⁶⁸ _____. _____. p. 160.

social em que inserido, particularmente o brasileiro, é fundamental para se responder ao problema de pesquisa.

Aqui também se levanta a vulnerabilidade apresentada, em especial na seara penal, por segmentos sociais detentores de menos recursos financeiros e de instrução, tanto para o lado do delator quanto para o do delatado. A insuficiência de recursos financeiros pode desencadear a mazela de uma defesa técnica precarizada e, aliando isso à falta de instrução, sujeitar-se-ia o colaborador a um temor ante à oferta de uma proposta de colaboração premiada.

Afinal, do outro lado há promotores e delegados, indivíduos cuja instrução e conhecimento do direito são fartos e que, por conseguinte, situam-se em uma posição de vantagem perante o pretenso colaborador. Não só uma vantagem decorrente do desnível socio-econômico estrutural, mas do temor reverencial que autoridades, sobretudo do mundo jurídico, despertam na sociedade em geral.

E, além disso, o receio do processo penal em si mesmo, vislumbrando-se aqui que o medo de vir a ser processado acomete não só os que são efetivamente culpados pela conduta delitiva e que prestarão uma delação fidedigna com os fatos ocorridos, mas também incide sobre aqueles inocentes que se veem atordoados pela possibilidade de precisarem contratar advogado para realizar a sua defesa em Juízo por fatos que não lhes dizem respeito. Além de que a mera acusação por fatos delitivos ou até mesmo a investigação publicizada tende a fomentar danos sociais que tendem a ser irreversíveis ao caráter do indivíduo.

Em sendo o investigado ou acusado inocente e optante por colaborar delatando outros indivíduos, os danos sociais são ainda maiores, afinal veremos não só a perversão social advinda da traição como também de uma quase certa falsidade proferida pelo delator. Se o delator é inocente, mentirá sobre sua condição de culpado pelo delito que teria sido cometido em concurso de agentes com os delatados, os quais também podem ser inocentes. Ou seja, emerge-se a possibilidade de se construir uma dupla dissimulação dos fatos em apuração.

E, a partir disso, os efeitos deletérios serão percebidos pela sociedade, mas também no bojo da investigação ou da ação penal em que a colaboração permeada por

declarações fictas foi realizada. A partir disso, a busca pela verdade real substancial, maior escopo do processo sofre um duro revés.

Retomando a questão central envolvendo a traição em um cenário geral em que o delator efetivamente praticou as condutas delitivas, Jordan Tomazelli Lemos⁶⁹ vislumbra que, para Jeremy Bentham, as benesses advindas do maior prêmio ao colaborador superariam as eventuais adversidades oriundas do perdão judicial concedido pelo Estado e da traição levada a cabo pelo colaborador.

Para Jordan⁷⁰, a mera menção a conceitos de moral em um ambiente criminoso em contraponto com a traição exercida é contraditória, uma vez que a própria prática delitiva já revela uma dissonância com valores de ética e de moralidade e, valendo-se aqui da ótica de Rozário, também vulnera o tecido social em um grau ainda maior.

E esses benefícios seriam: desvendar delitos de difícil investigação, por vias diligenciais não invasivas, em razão da complexidade dos delitos e da expertise dos agentes criminosos; a persecução de outros agentes e de outros agentes possivelmente até mais graves; a recuperação do patrimônio ilicitamente apropriado ou até mesmo desviado ou não recolhido ao erário público; a redução do volume de investigações e de processos a cargo do aparelho estatal investigativo e do Poder Judiciário; e até mesmo evitar a reiteração delitiva pelo colaborador.

Então, estariam todos esses benefícios dispostos em um prato da balança e, no outro prato, a institucionalização da vingança e a possível vulneração de direitos e de garantias fundamentais constitucionalmente resguardados, mormente a dignidade da pessoa humana.

Todas as vantagens listadas desaguardariam em um senso comum de satisfação para com o instituto, na medida em que o papel de política criminal de qualquer governo estaria sendo atendido, qual seja a perseguição a criminosos que praticaram delitos graves e de complexa investigação, com a recuperação dos ativos subtraídos,

⁶⁹LEMONS, Jordan Tomazelli. Análise da teoria utilitarista aplicada ao instituto da colaboração premiada. In: **Teorias da justiça na prática**. JEVEAUX, Geovany Cardoso. CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. (Org.). v. 2, *e-book*, p. 48-61, Vitória: Seção Judiciária do Espírito Santo, 2022. p. 56.

⁷⁰_____. _____. p. 54.

malgrado haja o contratempo de se perdoar um dos agentes criminosos ou reduzir sua pena.

Acerca da constitucionalidade do instituto, o Supremo Tribunal Federal já havia declarado a constitucionalidade da colaboração premiada⁷¹ positivada na Lei nº 12.850/2013, porquanto a colaboração seria deferida apenas quando atendidos os requisitos de “regularidade, legalidade e voluntariedade”⁷², fazendo-se exigível ainda, como condição de regularidade a homologação judicial do pacto.

⁷¹ Transcrição de trecho do julgado:

“[...] A constitucionalidade da colaboração premiada, instituída no Brasil por norma infraconstitucional na linha das Convenções de Palermo (art. 26) e Mérida (art. 37), ambas já submetidas a procedimento de internalização (Decretos 5.015/2004 e 5.687/2006, respectivamente), encontra-se reconhecida por esta Corte (HC 90688, Relator (a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 12/02/2008, DJe-074 DIVULG 24-04-2008 PUBLIC 25-04-2008 EMENT VOL-02316-04 PP-00756 RTJ VOL-00205-01 PP-00263 LEXSTF v. 30, n. 358, 2008, p. 389-414) desde antes da entrada em vigor da Lei 12.850/2013, que exige como condição de validade do acordo de colaboração a sua homologação judicial, que é deferida quando atendidos os requisitos de regularidade, legalidade e voluntariedade.

[...]

Sob esse aspecto, o conjunto das cláusulas do acordo guarda harmonia com a Constituição e as leis, com exceção da expressão “renúncia” à garantia contra a autoincriminação e ao direito ao silêncio, constante no título VI do acordo (fl. 16), no que possa ser interpretado como renúncia a direitos e garantias fundamentais, devendo ser interpretada com a adição restritiva “ao exercício” da garantia e do direito respectivos no âmbito do acordo e para seus fins. [...]”

⁷² STF – Pet. 6049DF – 0052399-58.2016.1.00.0000. Relator: Min. Teori Zavascki. Data do Julgamento: 14/04/16. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/339698677/peticao-pet-6049-df-distrito-federal-0052399-5820161000000>, acesso em 08 de fevereiro de 2024.

Em recentíssimo acórdão proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº

5567⁷³ e publicado em 24 de janeiro de 2024⁷⁴, decidiu-se pela constitucionalidade

⁷³ CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DE ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS (LEI N. 12.850/13). (1) NECESSIDADE DE IMPLEMENTAÇÃO DE INSTRUMENTOS PROCESSUAIS PENAS MODERNOS NO COMBATE ÀS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS. MECANISMOS TRAZIDOS PELA LEI N. 12.850/13. (2) INEXISTÊNCIA DE TIPIFICAÇÃO EXCESSIVAMENTE ABERTA DO §1º, ART. 2º, DA LEI N. 12.850/13. O TIPO PENAL POSSUI DEFINIÇÃO CLARA DOS SUJEITOS (ATIVO E PASSIVO) DA CONDUTA, DOS VERBOS NÚCLEOS DO TIPO E DO BEM JURÍDICO TUTELADO. (3) PERDA DO CARGO, FUNÇÃO, EMPREGO OU MANDATO ELETIVO E DA INTERDIÇÃO PARA O EXERCÍCIO DE FUNÇÃO OU CARGO PÚBLICO PELO PRAZO DE 8 ANOS SUBSEQUENTES AO CUMPRIMENTO DA PENA, COMO EFEITO AUTOMÁTICO DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA. A DISCRICIONARIEDADE QUANTO AO PRAZO PREVISTO SE ENCONTRA DENTRO DO ESPECTRO DO PODER LEGISLATIVO, SOB PENA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. PRECEDENTES. (4) PREVISÃO LEGAL NO SENTIDO DA DESIGNAÇÃO DE MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA ACOMPANHAR O INQUÉRITO POLICIAL INSTAURADO PELA CORREGEDORIA DE POLÍCIA QUANDO HOUVER INDÍCIOS DE QUE POLICIAIS ESTARIAM ENVOLVIDOS NOS CRIMES PREVISTOS NA LEI N. 12.850/13. CONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA À LUZ DO PODER INVESTIGATÓRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DA POSSIBILIDADE DE CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL. (5) RENÚNCIA DO DIREITO AO SILÊNCIO E COMPROMISSO EM DIZER A VERDADE COMO PRESSUPOSTOS DE ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA. POSSIBILIDADE DE PREVISÃO INFRACONSTITUCIONAL TRAZER BENEFÍCIOS LEGAIS AO ACUSADO QUE OPTA, VOLUNTARIAMENTE, EM COLABORAR COM A JUSTIÇA. TERMO "RENÚNCIA", PREVISTO NA LEI N. 12.850/13, QUE DEVE SER INTERPRETADO NÃO COMO FORMA DE ESGOTAMENTO DA GARANTIA DO DIREITO AO SILÊNCIO, QUE É IRRENUNCIÁVEL E INALIENÁVEL, MAS SIM COMO FORMA DE "LIVRE EXERCÍCIO DO DIREITO AO SILÊNCIO E DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO PELOS COLABORADORES". (6) IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE.

1. A criminalidade organizada é, hoje, um dos maiores problemas do mundo moderno. Apesar de não se tratar de fenômeno recente, o crescimento das organizações criminosas representa uma grave ameaça à sociedade, especialmente pelo grau de lesividade dos crimes por ela praticados e pela influência negativa que exercem dentro do próprio Estado. Dentro desse contexto de criminalidade organizada, a implementação de instrumentos processuais penais modernos, com mecanismos de ação controlada, punições mais severas e isolamento de lideranças criminosas são medidas necessárias para que o Estado equilibre forças com as referidas organizações criminosas, sob pena de tornar inócua grande parte das investigações criminais, principalmente no que tange à obtenção de provas. Daí a superveniência da Lei n. 12.850, de 02 de agosto de 2013, que define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal.

[...]

5. Apesar da consagração do direito ao silêncio (art. 5º, LIV e LXIII, da CF/88), não existirá inconstitucionalidade no fato da legislação ordinária prever a concessão de um benefício legal que proporcionará ao acusado melhora na sua situação penal (atenuantes genéricas, causas de diminuição de pena, concessão de perdão judicial) em contrapartida da sua colaboração voluntária. Caberá ao próprio indivíduo decidir, livremente e na presença da sua defesa técnica, se colabora (ou não) com os órgãos responsáveis pela persecução penal. Os benefícios legais oriundos da colaboração premiada servem como estímulo para o acusado fazer uso do exercício de não mais permanecer em silêncio. Compreensível, então, o termo "renúncia" ao direito ao silêncio não como forma de esgotamento da garantia do direito ao silêncio, que é irrenunciável e inalienável, mas sim como forma de "livre exercício do direito ao silêncio e da não autoincriminação pelos colaboradores, em relação aos fatos ilícitos que constituem o objeto dos negócios jurídicos", haja vista que o acordo de colaboração premiada é ato voluntário, firmado na presença da defesa técnica (que deverá orientar o investigado acerca das consequências do negócio jurídico) e que possibilita grandes vantagens ao acusado. Portanto, a colaboração premiada é plenamente compatível com o princípio do "nemo tenetur se detegere" (direito de não produzir prova contra si mesmo).

6. Ação Direta de Inconstitucionalidade conhecida e julgada improcedente.

⁷⁴ STF - ADI: 5567 DF, Relator: Min. ALEXANDRE DE MORAES, Data de Julgamento: 21/11/2023, Tribunal Pleno, Data de Publicação: PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 23-01-2024 PUBLIC 24-01-2024.

de dispositivos específicos da Lei nº 12.850/2013 os quais, dentre outros, previam a renúncia do direito ao silêncio e o compromisso de se pronunciar de forma verdadeira.

Esse último julgado é de suma importância, visto que o STF atribui nobre relevo ao meio de obtenção de prova consistente na colaboração premiada como instrumento de suma importância para desbaratar organizações criminosas de refinados métodos delitivos com vistas a ludibriar os órgãos de fiscalização, de controle e de investigação. Métodos esses que estão em constante renovação e, inclusive, inovação, com a atualização e aprimoramento de métodos já praticados, bem como com a adoção de novos métodos, o que dificulta sobremaneira o trabalho dos órgãos de fiscalização, de controle e de investigação.

A conclusão que se extrai disso tudo é a de que se faz necessária uma ponderação caso a caso, bem como quanto ao instituto de consensualidade. E o único instrumento que se vislumbra como dotado de aptidão para realizar essa ponderação quanto à adequação da medida para o momento e fase da investigação é o controle jurisdicional, que pode ser provocado pela defesa técnica.

Entretanto, em termos práticos, esse questionamento defensivo desaguará, provavelmente, em uma retirada da oferta de consensualidade pelo órgão acusatório. E, aqui, levanta-se novamente o problema já suscitado de quando a defesa técnica não questionar a precocidade da proposta.

Não obstante tal questionamento quanto à motivação do órgão acusatório, não há, realmente, pecha de inconstitucionalidade que recaia sobre a colaboração premiada ou sobre outros métodos de consensualidade por conta dessas mazelas específicas.

A possível vulneração à dignidade da pessoa humana pode sim ser declarada caso a caso, mas não como algo intrínseco à colaboração premiada em si considerada. O instituto atende a critérios de constitucionalidade.

Logicamente, não só no mundo jurídico, como tudo na vida pode ser constante e progressivamente aperfeiçoado. A colaboração premiada, assim como os demais modelos de consensualidade processual penal, precisam passar por reformas legislativas que tornem a processualística mais apurada, como forma de se gerar um

maior controle sobretudo sobre os poderes acusatórios, sobre o momento em que tecida a proposta e sobre a transparência e esclarecimento dos termos da oferta, dos direitos e garantias que dizem respeito ao acusado.

4. TEORIA DA CONSTITUIÇÃO E CONSENSUALIDADE

Dentro do esquadramento da justiça processual penal consensual, faz-se imperiosa a observância de premissas constitucionais, com o intuito de que a Lei Maior seja respeitada de modo que os institutos de consensualidade passem pelo crivo de constitucionalidade.

A necessidade de se preservar a vontade de Constituição nos instrumentos de consensualidade em âmbito criminal é primordial. Tal essencialidade acentua-se pela sensibilidade da matéria sob questão, que envolve direitos e garantias fundamentais abraçados pela Constituição e que não podem, sob nenhuma condição, ser vulnerados.

A esse respeito, Carlos Ayres Britto⁷⁵ preceitua que, diante do dilema quanto a ampliar ou restringir a eficácia de uma norma da Constituição que abrace um direito individual, deve-se sempre fortalecer a eficácia da norma, de modo que os direitos e garantias individuais exerçam o papel de assegurar o princípio da dignidade da pessoa humana impondo freios ao poder do Estado.

Destaca-se que as normas constitucionais alcançam validade de si mesmas e não de outras normas hierarquicamente superiores. Trata-se da autoprímazia normativa da Constituição, consoante conceitua Canotilho⁷⁶.

É de se dizer que a supremacia e primazia da Constituição sobre outras leis é autopoietica, ou seja, origina da própria Constituição e de uma hermenêutica

⁷⁵ BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 201.

⁷⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993. p. 137.

sistemática de suas normas. A partir dessa faceta atribuída à Constituição, normas hierarquicamente inferiores e contrárias a ela são nulas ou anuláveis⁷⁷.

Desse possível conflito entre "leis propriamente ditas" e "leis constitucionais", valendo-se da classificação empregada por Sieyès⁷⁸, emergiu-se a necessidade de se criar um crivo que averiguasse a adequação daquelas às normas da Constituição, o que deu azo à gênese do controle de constitucionalidade. Esse mecanismo, como bem pontua Luis Roberto Barroso⁷⁹, presta-se a restaurar a harmonia e a unidade do ordenamento jurídico que estão sob ameaça, invalidando a norma inconstitucional e paralisando sua eficácia.

Não guarda sorte diversa as regras que normatizam os meios positivados de justiça penal consensual no Brasil. Tais normas deverão se adequar aos preceitos constitucionais, sobretudo aos direitos e garantias individuais dos investigados e réus em apurações de ordem criminal. E, quando não respeitarem a vontade da Constituição e sua força normativa, deverão ter uma solução adequada conferida pelo órgão que realizar o controle de constitucionalidade, assegurando, pois, a supremacia e a primazia da Lei Maior.

4.1 A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO DE KONRAD HESSE

Nas palavras de Emmanuel Sieyès citado por Canotilho⁸⁰, "uma constituição é um corpo de leis obrigatório ou não é nada". Essa lição harmoniza-se com a teoria da força normativa da Constituição de Konrad Hesse, pela qual se aventa que a Constituição revista-se de força ativa quando da concretização de tarefas impostas por ela.

⁷⁷ DIMOULIS, Dimitri. LUNARDI, Soraya. **Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais**. 4. ed. em e-book. São Paulo: Atlas, 2016.

⁷⁸ Citado na obra: DIMOULIS, Dimitri. LUNARDI, Soraya. **Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais**. 4. ed. em e-book. São Paulo: Atlas, 2016.

⁷⁹ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 7. ed. em e-book. São Paulo: Saraiva, 2016.

⁸⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2012. p. 74.

Ou seja, deve existir uma consciência geral de se orientar pelas ordens determinadas na Constituição e, não obstante haja ressalvas em relação a essas ordens, prepondera uma vontade de que elas sejam concretizadas. Assim, Hesse conclui que deve existir "não só a vontade de poder (*Wille zur Macht*), mas também a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*)"⁸¹.

Observa-se que, no magistério de Hesse⁸², a Constituição não é expressão apenas do ser (*Sein*), mas também de um dever ser (*Sollen*), representando muito além das forças sociais e políticas. Ou seja, a Constituição é em si muito mais do que os fatores reais de poder apresentados por Ferdinand Lassale em sua teoria da Constituição.

Brevemente, é de bom alvitre ressaltar que Ferdinand Lassale considerava que a monarquia, a aristocracia, a burguesia e a classe operária representavam os reais fatores de poder, compondo a Constituição real. Esses elementos de poder, ao serem transcritos em uma folha de papel, perfaziam-se de Constituição escrita, denominada de Constituição jurídica. E, caso esta Constituição não reverbere os reais fatores de poder, ela está fadada ao fracasso, fatalmente seria rasgada pelas forças de poder e substituída por uma atualizada e em consonância com a Constituição real⁸³.

Feito esse sucinto esboço do pensamento lassaliano, traz-se para discussão a visão de certa forma dialética de Hesse, para quem há um "condicionamento recíproco entre a Lei Fundamental e a realidade político-social subjacente", de forma que a Constituição possui sua própria força normativa e a capacidade reformadora do seu texto e do contexto social⁸⁴.

Arelado a essa premissa, Konrad Hesse atribui a força normativa de uma Constituição ao seu grau de aderência "às forças espontâneas e às tendências dominantes de seu tempo"⁸⁵, não descuidando de que a mais efetiva salvaguarda de

⁸¹ HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 19.

⁸² _____, p. 13-14.

⁸³ COELHO, Inocêncio Mártires. Konrad Hesse: uma nova crença na constituição. In: **Revista de informação legislativa**. v. 28, n. 110, p. 51-68, abr.jun., Senado Federal: Brasília, 1991. p. 52-53.

⁸⁴ _____, p. 53-54.

⁸⁵ HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 18.

sua força normativa é a manutenção da vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*)⁸⁶.

E nisso, a adequação às nuances do presente, reveste-se de importante pressuposto em busca da vontade de Constituição. Nessa toada, desatrelar-se o texto Constitucional da realidade teria o potencial de vulnerar princípios essenciais à própria Constituição, sobretudo a liberdade⁸⁷.

Inocência Mártires Coelho, debruçando-se sobre os ensinamentos de Konrad Hesse⁸⁸, apresenta que o autor alemão incentivava a busca de um caminho que conjugue ambas as necessidades: não renunciar à normatividade em favor da preponderância das circunstâncias fáticas de momento, tampouco elaborar-se uma normatização desalinhada da realidade social.

Vê-se que a concretização da vontade de Constituição perpassa o aval para que realidade social e Constituição influenciem-se simbioticamente. Afinal, uma sociedade que não vislumbra seus aspectos sociais, econômicos, culturais espelhados no texto constitucional certamente não terá um respeito reverencial pela Carta Maior de seu ordenamento jurídico. Ou seja, essa sociedade, fatidicamente, não terá vontade de Constituição.

Por outro lado, aquele texto que se reveste de uma posição de abertura a ideias, a valores e a mudanças sociais que divirjam de seu conteúdo sem afrontar sua essência, será um texto apto a ver celebrada sua vontade de Constituição perante os cidadãos que a ele estão sujeitos.

Corroborando esse raciocínio, Hesse ponderava que o alinhamento entre os preceitos constitucionais e o momento histórico vivido no presente conduz ao incremento de sua força normativa. Ou seja, o texto da Constituição deve estar em consonância com o contexto em que pretenda incidir, sob pena de ser ineficiente⁸⁹. Conclui-se, portanto, que a longevidade de um texto constitucional está diretamente

⁸⁶ HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 27.

⁸⁷ _____. _____. p. 29-30.

⁸⁸ COELHO, Inocência Mártires. Konrad Hesse: uma nova crença na constituição. In: **Revista de informação legislativa**. v. 28, n. 110, p. 51-68, abr.jun., Senado Federal: Brasília, 1991. p. 56.

⁸⁹ _____. _____. p. 59.

associada à permanência de sua força normativa, o que demanda, segundo Konrad Hesse, adaptação “às eventuais mudanças na realidade sócio-política”⁹⁰.

E essa sujeição às mudanças da realidade social perpassa um compromisso com o não retalhamento do texto, afinal uma Constituição que é inúmeras e sucessivas vezes reformada tem a sua força normativa paulatinamente corroída⁹¹. Uma Constituição que é retalhada em diversas emendas ao seu texto original tende a perder sua essência, seus princípios e valores fundantes.

Também não pode haver a sujeição da Constituição a anseios sócio-políticos fugazes, visto que tal sujeição demandará, igualmente, o retalhamento do texto constitucional e, consecutivamente, o arrefecimento da força normativa da Constituição⁹².

Desse modo, a preservação da força normativa de uma Constituição demanda um movimento pendular entre a recepção de novas nuances sociais e jurídicas, bem como a manutenção do espírito que funda aquele texto. A satisfação desse pressuposto pode se operar por meio da mutação constitucional.

A mutação constitucional depreende-se por mudanças informais no texto constitucional e não por uma alteração advinda de um processo legislativo formal⁹³. Geovany Cardoso Jevaux, citando Karl Loewenstein, pontificou que na mutação constitucional o texto constitucional remanesce intacto, havendo, contudo, uma mudança na “configuração do poder político, da estrutura social ou do equilíbrio de interesses”⁹⁴.

Jevaux⁹⁵ prossegue delimitando que os poderes constituídos estão sujeitos a influxos do momento vivido, sem embargo do espírito que motivou os titulares do poder constituinte. Não há, por conseguinte, uma “imunidade contra alterações

⁹⁰ COELHO, Inocêncio Mártires. Konrad Hesse: uma nova crença na constituição. In: **Revista de informação legislativa**. v. 28, n. 110, p. 51-68, abr.jun., Senado Federal: Brasília, 1991. p. 60.

⁹¹ HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 22.

⁹² COELHO, Inocêncio Mártires. Konrad Hesse: uma nova crença na constituição. In: **Revista de informação legislativa**. v. 28, n. 110, p. 51-68, abr.jun., Senado Federal: Brasília, 1991. p. 60.

⁹³ JEVEAUX, Geovany Cardoso. **Teorias do estado e da constituição**. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2015. p. 181-182.

⁹⁴ _____. _____. p. 182.

⁹⁵ JEVEAUX, Geovany Cardoso. **Teorias do estado e da constituição**. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2015. p. 182-183.

futuras”, de forma com que, não obstante não realizadas por intermédio de atos formais de reforma, as alterações nos sentidos conferidos ao texto constitucional podem ocorrer ante a força indelével da realidade de momento.

O professor ainda destaca que a mutação constitucional reveste-se de um poder ilegítimo, porquanto não gestado pelo poder constituinte originário, conferido a agentes que também não gozam de legitimidade para reformar o texto constitucional⁹⁶.

Um grave revés advindo da admissão das mutações constitucionais é o controle sobre as mesmas. Afinal, qual a conferência e gerência em relação a possíveis inconstitucionalidades em tais mutações?

Atualmente, no ordenamento jurídico brasileiro, uma mutação constitucional pode vir a ser sacramentada por meio de uma decisão judicial em sede de controle de constitucionalidade. Trata-se do que Geovany Cardoso Jevaux denomina de decisões interpretativas⁹⁷, que, no caso pátrio, podem ver-se representadas nas decisões em sede de controle concentrado de constitucionalidade com interpretação da lei conforme a Constituição ou de declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto. Nesses casos, uma lei ou ato normativo infraconstitucional é submetido ao controle de constitucionalidade perante a Constituição da República Federativa do Brasil, com a possibilidade de se conferir interpretação ao texto constitucional alinhada aos ventos sociais e jurídicos daquele tempo.

Apenas a título ilustrativo, tem-se que o caso mais emblemático desse movimento, em seu tratamento pelo Tribunal Constitucional brasileiro, foi o reconhecimento da união homoafetiva como núcleo familiar à luz do 226⁹⁸ da Constituição da República

⁹⁶ JEVEAUX, Geovany Cardoso. **Teorias do estado e da constituição**. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2015. p. 183.

⁹⁷ _____, _____. p. 315-316.

⁹⁸ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. (Regulamento)

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 66, de 2010)

brasileira, quando o Supremo Tribunal Federal debruçou-se, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132, sobre o artigo 1.723 do Código Civil que define a união estável como a formada entre homem e mulher.

Vê-se, a partir desse caso, que uma mutação acerca do entendimento constitucional do conceito de família e de união estável operou-se em relação ao sentido original do texto. Efetivamente, quando o texto foi promulgado em 5 de outubro de 1988, a *mens legislatoris* caminhava no sentido de que o dispositivo contemplaria tão somente relações heterossexuais e assim praticou-se por décadas. Até que, em maio de 2011, o Supremo Tribunal Federal trouxe à tona, em exteriorização de seu controle concentrado de constitucionalidade, a mutação pela qual o texto constitucional passou à luz das novas nuances sociais.

Por conseguinte, a conclusão que se extrai dessa premissa é a de que não existe obstáculo à incidência de mutações ao conteúdo hermenêutico das disposições constitucionais e isso se coaduna com a busca pela força normativa da Constituição que se perfaz como Constituição real.

Conclui-se, pois, que o aplicador do texto constitucional também deverá estar em consonância com a realidade social, com o intuito de se adequar a eles de modo a corroborar com a força normativa da Constituição⁹⁹.

É de interesse mencionar neste ponto o problema da transcendência e o conflito entre gerações, haja vista que a possibilidade de uma geração vincular normativamente a geração seguinte tem o condão de desaguar no paradoxo da democracia levantado por Jon Elster¹⁰⁰.

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

⁹⁹ COELHO, Inocêncio Mártires. Konrad Hesse: uma nova crença na constituição. In: **Revista de informação legislativa**. v. 28, n. 110, p. 51-68, abr.jun., Senado Federal: Brasília, 1991. p. 62.

¹⁰⁰ JEVEAUX, Geovany Cardoso. **Teoria do estado e da constituição**. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2015. p. 70.

Jon Elster e Rune Slagstad¹⁰¹ apontam que o constitucionalismo tende a ser antidemocrático, visto que essa é sua função precípua: afastar decisões do eixo democrático e, de certa forma, atar as mãos da comunidade. Trata-se de um mecanismo de controle aos impulsos da maioria, que podem ser até irracionais¹⁰².

Prosseguem os autores pontificando que, se uma Constituição revela-se fraca e pouco saudável ela deverá ser substituída. Afinal, citando John Locke, os autos argumentam que a capacidade humana de aprendizagem e autocorreção denotarão a ilegitimidade de determinados contratos imbricados de perpetuidade¹⁰³.

O anteriormente exposto coaduna-se com a lição de Jon Elster e Rune Slagstad, afinal é equivocada a manutenção rígida de uma Constituição sem perspectivas de que seja embebida por visões que aspirem os novos ventos sócio-políticos, comprometendo, pois, sua força normativa.

4.2 A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO COMO BALIZA PARA TRATAMENTO DOS MÉTODOS CONSENSUAIS EM ÂMBITO PENAL

Konrad Hesse pontua que a “força condicionante da realidade e a normatividade da Constituição podem ser diferenciadas; elas não podem, todavia, ser definitivamente separadas ou confundidas”¹⁰⁴. Trata-se do que Hesse define como Constituição real

¹⁰¹ ELSTER, Jon. SLAGSTAD, Rune. **Constitucionalismo y democracia**. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 1999. Traducción de Mónica Utrilla de Neira. p. 215.

¹⁰² A transcrição do trecho da obra de Jon Elster e de Rune Slagstad é de valia: “Una Constitución es el remedio institucionalizado contra esta miopía crónica: quita poderes a mayorías temporales en nombre de normas obligatorias. Una Constitución es como un freno, mientras que el electorado es como un caballo desbocado. Los ciudadanos necesitan una Constitución, así como Ulises necesitó que lo ataran al palo mayor. Si se permitiera a los votantes realizar sus deseos, inevitablemente naufragarían. Al atarse a unas reglas rígidas, pueden evitar tropezarse con sus propios pies”. Em livre tradução: Uma Constituição é o remédio institucionalizado contra esta miopia crônica: retira poderes às maiorias temporárias em nome de normas obrigatórias. Uma Constituição é como um travão, enquanto o eleitorado é como um cavalo em fuga. Os cidadãos precisam de uma Constituição, tal como Ulisses precisava de estar amarrado ao mastro principal. Se os eleitores pudessem realizar os seus desejos, inevitavelmente naufragariam. Seguindo algumas regras rígidas, eles podem evitar tropeçar nos próprios pés.

¹⁰³ ELSTER, Jon. SLAGSTAD, Rune. **Constitucionalismo y democracia**. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 1999. Traducción de Mónica Utrilla de Neira. p. 223.

¹⁰⁴ HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 15.

e Constituição jurídica, entre as quais há uma mútua interação e influência, malgrado sejam independentes.

E, tal como visto no subtópico anterior, o nível de aderência de uma Constituição “às forças espontâneas e às tendências dominantes de seu tempo”¹⁰⁵ dita o seu grau de força normativa.

Diante dessa premissa e em um contexto moderno de foco na consensualização em diversos segmentos jurídicos, incluindo a seara criminal, não é excessivo imaginar-se a Constituição jurídica amoldando-se à Constituição real com vistas a abraçar uma visão constituinte dos institutos penais de consensualidade. Afinal, a segurança da força normativa da Constituição é diretamente proporcional ao grau de incorporação do estado espiritual de seu tempo (*geistige Situation*)¹⁰⁶.

A Constituição brasileira prevê, em seu rol de direitos e garantias fundamentais, alguns que se amoldam ao direito penal e que se perfectibilizam ao objeto do presente trabalho, como a prévia cominação de pena por um crime na legislação (princípio da anterioridade penal contemplado no artigo 5º, XXXIX), o respeito ao devido processo legal (artigo 5º, LIV), ao contraditório e à ampla defesa (artigo 5º, LV), à presunção de inocência até o trânsito em julgado (artigo 5º, LVII).

Além desses, o constituinte derivado reformador incluiu mais um princípio importantíssimo para todas as áreas do processo no rol de direitos e garantias fundamentais da Constituição da República Federativa do Brasil, qual seja o princípio da duração razoável do processo (artigo 5º, LXXVIII). A partir desse norte principiológico, vê-se que o processo inclusive o penal deve guiar-se por práticas eficientes e efetivas tanto pelo lado do aparelho estatal e da vítima visando a persecução penal de condutas delitivas quanto pelo lado do réu

Vê-se, pois, que a duração razoável do processo possui estreita correlação com a efetividade processual. Afinal, um processo longo e duradouro pode representar ineficácia para o aparelho estatal e para a vítima diante de eventual provimento condenatório que venha a ser maculado pela prescrição da pretensão punitiva. Sob outro viés, também se pode apontar certa inefetividade para o réu que se depara por

¹⁰⁵ HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 18.

¹⁰⁶ _____. _____. p. 20.

anos a fio na posição de acusado de um delito pelo qual poderá ser absolvido ao final.

De um lado, estão direitos e garantias que respaldam uma ritualística clássica para o processo e, de outro, os princípios da celeridade e da efetividade processual. Vê-se que a consensualidade em âmbito penal teria um olhar mais atento para o atendimento da celeridade e da efetividade processuais, demandando, por vezes, a renúncia ou a mitigação a direitos e garantias fundamentais por parte do acusado.

Nesse cenário de possível renúncia ou de mitigação a direitos e garantias fundamentais por parte do acusado, se as partes pactuantes encontram-se em um ambiente de plena informação, com consciência de seus direitos e garantias e do que terão que abrir mão ao celebrar o acordo ou negócio jurídico, terão liberdade para entrarem em consenso sem máculas ao processo pelo não exercício de determinadas garantias e direitos.

O princípio da não persecução conflitiva apresentado por Francisco Dirceu Barros¹⁰⁷ é tratado como o cerne principiológico de um sistema de justiça não litigante voltado ao consenso. E, na visão do autor, esse princípio seria composto pela reunião dos princípios da eficiência da persecução penal, da efetividade, da economia processual, da simplicidade, da informalidade, da instrumentalidade das formas consensuais¹⁰⁸.

São nortes principiológicos de relevo e com total consonância com a previsão contida no artigo 98, I, da Constituição da República Federativa do Brasil de criação de juizados com atribuições voltadas ao incentivo da consensualidade.

A partir dessas balizas hermenêuticas, tratar-se-á os institutos de consensualidade brasileiros, particularmente suas condicionantes, em confronto com a teoria da força normativa da Constituição, especialmente diante da visão positivada pelo constitucionalista brasileiro.

¹⁰⁷ BARROS, Francisco Dirceu. Princípios estruturantes do acordo de não persecução penal. In: CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. SOUZA, Renee do Ó. CUNHA, Rogério Sanches. BARROS, Francisco Dirceu (Coord.). In: **Acordos de não persecução penal e cível**. Salvador: Editora Juspodivm, 2021. p. 145.

¹⁰⁸ _____. _____. p. 144.

4.3 REGRAMENTOS PRESENTES NOS INSTITUTOS DE CONSENSUALIDADE PENAL BRASILEIRA EM DIÁLOGO COM AS NORMAS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O artigo 98, I, da Constituição da República Federativa do Brasil previu a possibilidade de consensualidade em infrações de menor potencial ofensivo de competência dos Juizados Especiais. É o supedâneo constitucional que abriga a consensualidade e, ao lado dos direitos e garantias do investigado e do réu, são o objeto do estudo a seguir, com vistas a perquirir se há harmonia ou colisão entre as normas constitucionais e, conseqüentemente, entre a proposta de consensualidade e os direitos e garantias do acusado.

Como já exposto anteriormente, os Juizados Especiais foram instituídos por intermédio da Lei nº 9.099/1995 e, com isso, operou-se o advento dos primeiros mecanismos de consensualidade processual penal em âmbito nacional.

Com a sucessão de novos institutos de consensualidade, uma miríade de regras envolvendo esses mecanismos foi positivada, levantando debates jurídicos quanto à constitucionalidade dos mesmos, sobretudo quanto ao desrespeito a direitos e garantias do acusado.

Cada uma dessas regras possivelmente violadoras do texto constitucional serão abordadas a seguir.

4.3.1 Obrigatoriedade de confissão e princípio da não produção de prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*)

4.3.1.1. Introdução sobre produção de prova, *standards* probatórios e a busca pela verdade no processo penal

O escopo maior de um processo de natureza litigiosa é alcançar a pacificação não só para o caso apresentado, mas a pacificação social. E, muitas vezes, a pacificação almejada passa pela perseguição da verdade dos fatos apresentados por ambas as partes, com o intuito de que o direito posto reflita tal verdade.

A verdade seria uma relação simbiótica entre um elemento de natureza linguística, que é representado pelos fatos que se pretendem provar, e um elemento de ordem extralinguística, disposto no fato real¹⁰⁹.

Sabe-se, contudo, que alcançar a verdade não é simples e sua associação com a produção probatória pode ser de harmonia ou de conflito. Essa relação dual entre prova e verdade é explicada pela ampla capacidade de produção probatória conferida às partes pelo nosso ordenamento jurídico, uma vez que as provas traçarão um norte sobre os fatos alegados mas também farão omissão daqueles que não lhe são favoráveis, prejudicando neste ponto o alcance da verdade. A possibilidade de fraude às provas é um revés ainda maior na busca pela verdade, porquanto, além de direcionar o julgador para o lado que mais convém à parte, conduz a caminho transversal ao da verdade.

Não se tece aqui uma crítica ao vasto poder probatório concentrado nas mãos das partes, mas apenas trazem-se ponderações acerca das implicações que a atual configuração do sistema probatório acarreta à busca pela verdade no processo.

A esse respeito, obstáculos afetos à realidade judiciária apresentam-se frente a esse propósito de se alcançar a verdade, quais sejam o incentivo crescente à celeridade processual e a multiplicação de causas jurídicas, fatores que dificultam a análise acurada do caso posto frente ao julgador.

Isso implica na constatação de que questões processuais e não processuais na produção da prova podem conduzir à não produção da verdade¹¹⁰, mas a uma

¹⁰⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia judiciária e prova penal**. 1. ed. e-book. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

¹¹⁰ A esse respeito, Michele Taruffo dispõe em *La prueba de los hechos* (p. 45) que: “Así, por ejemplo, se subraya que el juez no dispone de los instrumentos cognoscitivos ni del tiempo y la libertad de investigación de los que disponen el científico o el historiador [...] y existen normas de prueba tasada que imponen al Juez una «verdad formal» que a menudo no se corresponde con la realidad de los hechos”. Em livre tradução: “Assim, por exemplo, ressalta-se que o juiz não dispõe dos instrumentos cognitivos nem do tempo e liberdade de investigação que o cientista ou historiador dispõem [...] e há regras de prova que impõem ao Juiz uma «verdade formal» que muitas vezes não corresponde à realidade dos fatos.

conclusão probatória falsa¹¹¹. Diante disso, a doutrina de Jordi Ferrer Béltran¹¹² distingue verdade em verdade material e formal, sendo aquela a que corresponde à real ocorrência dos acontecimentos no mundo fático e esta a verdade que foi construída no processo a partir das provas produzidas. Essas não serão sempre coincidentes.

Conclui-se que as provas produzidas para o caso tenderão à formação da verdade formal, de modo que Renato Stanziola dispõe que a verdade formal é uma verdade construída por essa metodologia seguida e não algo que é descoberto no processo¹¹³.

O problema da não coincidência entre a verdade formal e a verdade material deveria causar desconforto aos operadores do direito processual penal, afinal as consequências advindas de uma condenação criminal podem ser nefastas para a vida do sentenciado, inserindo um marco que interrompe abruptamente sua vida regular e que elimina não só sua liberdade de locomoção como também sepulta temporariamente todo o contexto social que ele desenvolve rotineiramente. Uma condenação injusta e desassociada da verdade material teria um efeito sobremaneira deletério para esse ser humano.

A esse respeito, Salah Hassan Khaled Junior¹¹⁴ advoga que o alcance da verdade está além das forças humanas, destacando o equívoco em se tentar reconfigurar fatos pretéritos após uma longa distância temporal entre os eventos, o que pode deflagrar danos a partir desse tratamento processual, pontificando ainda que condenações “jamais poderão ser tidas como expressão inequívoca de uma verdade correspondente ao passado”.

¹¹¹ BÉLTRAN, Jordi Ferrer. **Prova e verdade no direito**. MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. (Coord.). Traduzido por Vitor de Paula Ramos. 1. ed. *e-book*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. 2.3.

¹¹²

¹¹³ VIEIRA, Renato Stanziola. **Controle da prova penal: obtenção e admissibilidade**. 1. ed. *e-book*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

¹¹⁴ KHALED JUNIOR, Salah Hassan. A produção analógica da verdade no processo penal: desvelando a reconstrução narrativa dos rastros do passado. In: **Revista brasileira**, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 166-184, 2015. p. 171.

Gustavo Henrique Badaró¹¹⁵ delimita que um processo só será justo, precipuamente aqueles de índole punitiva, quando a verdade for o critério de atuação em busca da justiça e o fator que legitime a conclusão alcançada, não obstante essa verdade seja, a princípio, inatingível.

Conquanto a ampla possibilidade de produção probatória traga alguns percalços à busca pela verdade material, a não produção probatória ou insuficiente é ainda mais danosa. Não dá dúvidas, por conseguinte, que a cognição judicante para ser exauriente passa por um amplo contato com o material probatório. É mais valioso ao julgador deter uma gama de materiais probatórios à sua disposição quando da cognição sobre o caso, de modo que possa selecionar quais provas harmonizam-se entre si e são compatíveis com as impressões fáticas colhidas, podendo assim refutar teses que não sejam concretamente sustentadas e, com isso, formar sua convicção.

Conclui-se, portanto, que o alcance da verdade faz-se muito mais aproximado a partir de uma farta produção probatória. Não há dúvidas, afinal, a prova visa nortear o convencimento judicial em torno das alegações trazidas ao processo e, para o magistério de Sérgio Arenhart e Luiz Guilherme Marinoni, são os institutos processuais de fulcral relevo para se perseguir a verdade material, busca essa em que se assenta o fundamento da atividade probatória judicante e dos atos processuais¹¹⁶.

Nessa perseguição à verdade em sede processual, os *standards* probatórios cumprem função de destaque, uma vez que exercem importantes tarefas em âmbito processual. A primeira função é a de conduzir a decisão judicial e a sua fundamentação; uma segunda função é a de garantia para as partes, na medida em que servem de balizas para estratégias probatórias e processuais além de permitir o controle da decisão judicial por intermédio de recursos; e o terceiro papel de distribuição do risco entre as partes litigantes¹¹⁷.

¹¹⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito à prova e os limites lógicos de sua admissão:** os conceitos de pertinência e relevância. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/879501/mod_resource/content/1/U9%20-%20Badaro%20-%20Direito%20a%20prova%20e%20os%20limites%20logicos.pdf> Acesso em: 12. dez. 2021.

¹¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Luiz. **Prova e convicção**. 3. ed. e-book. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

¹¹⁷ Jordi Ferran Beltrán, em “Prueba sin conviccion”, p. 237, dispõe que: “[...] la motivación de la decisión probatoria deberá consistir en la justificación de la suficiencia o insuficiencia de la

Traçar balizas probatórias que norteiem a atuação do órgão judicante são de valia para se traçar diretrizes rumo à verdade material. Daniel Knijnik preceitua a importância da instrumentalização processual de *standards* jurídicos que atuam controlando a fundamentação judicante e auxiliando a análise probatória e, por via consecutória, o convencimento do julgador, de modo a se tolher posturas discricionárias pelo Judiciário¹¹⁸.

Desse modo, o estabelecimento de *standards* probatórios que tragam balizas para a produção da prova e para a atuação judicante pode vir a ser um importante passo para a instrumentalização das provas com vistas ao alcance da verdade material no processo, inclusive de ordem penal.

4.3.1.2. Modelo de consensualidade e cooperação penal

Não obstante as distinções trazidas, a colaboração premiada e o acordo de não persecução penal são propostas que almejam se aproximar de um conceito de justiça penal negocial, que se cristalizam como um movimento que almeja consagrar um maior envolvimento das partes no processo.

O acordo de não persecução penal nada mais é do que a adoção da vontade das partes em sede processual penal com vistas ao atingimento de uma resolução ao

corroboración que se atribuya a cada una de las hipótesis en conflicto a partir de las pruebas disponibles. Ello exige, claro está, disponer de criterios que determinen ese umbral de suficiencia probatoria, esto es, de estándares de prueba. Los estándares de prueba cumplen una triple función que les otorga el papel de clave de bóveda de una concepción racional de la prueba: en primer lugar, tienen una función heurística, ofreciendo los criterios que harán posible y guiarán la decisión judicial y su motivación; en segundo lugar, operan como garantía para las partes, permitiendo elaborar estrategias probatorias y procesales y posibilitando el control racional de la decisión judicial a través de los recursos; y, en tercer lugar, distribuyen el riesgo del error entre las partes". Em livre tradução: "[...] a motivação da decisão probatória deve consistir na justificação da suficiência ou insuficiência da comprovação atribuída a cada uma das hipóteses conflitantes com base nas evidências disponíveis. Isso requer, é claro, a disponibilidade de critérios que determinem esse limiar de suficiência probatória, ou seja, de padrões de prova. As normas probatórias cumprem uma tríplice função que lhes confere o papel de eixo de uma concepção racional da prova: primeiro, têm uma função heurística, oferecendo os critérios que possibilitarão e orientarão a decisão judicial e sua motivação; em segundo lugar, funcionam como garantia para as partes, permitindo o desenvolvimento de estratégias probatórias e processuais e possibilitando o controle racional da decisão judicial por meio de recursos; e, terceiro, distribuem o risco de erro entre as partes".

¹¹⁸ KNIJNIK, Danilo. Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. (Red. chefe) **Revista Forense**, v. 353, fev. 2001, p. 15-52. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 17-18.

litígio a partir de mútuas concessões que alcance a tão almejada eficiência processual e a pacificação social.

Não se pode dizer que há um consenso típico na colaboração premiada, todavia é um instrumento que consagra esse anseio cooperativo que passou a embeber o processo brasileiro. Existe um enfoque claro na cooperação que se mostra presente inclusive no nome da medida e que se cristaliza na cooperação do colaborador com as investigações e do aparelho estatal em oferecer benesses àquele pela colaboração prestada.

4.3.1.2.1. O princípio da cooperação: sua aplicação em âmbito processual penal e seus desdobramentos

O desenvolvimento do conceito de cooperação em âmbito processual penal será de utilidade para o desenrolar deste trabalho. A cooperação processual perpassa a adoção da boa-fé nas condutas tanto comissivas quanto omissivas pelos atores que envolvem o mecanismo jurídico-processual, de modo que são essenciais algumas diretrizes de atuação dirigidas pela probidade, pela honestidade e pela transparência, despidendo-se de comportamentos abusivos, movidos pela má-fé e contraditórios com atos anteriores¹¹⁹.

Esse norte teórico revela-se de significativa importância para se balizar o conteúdo e a extensão dos acordos de não persecução penal e das colaborações premiadas. Afinal, firmado o interesse pela pactuação das medidas, os acordantes deverão ser fiéis aos princípios da cooperação e da boa-fé no sentido de obedecer aos comandos estabelecidos no termo de consensualidade ou de negociação.

A necessidade de confessar e de prestar declarações sobre os fatos e agentes envolvidos na trama criminosa ainda se mostra incipientemente desenvolvida no ordenamento jurídico brasileiro. Não obstante esse parco desenvolvimento,

¹¹⁹ MÜLLER, Julio Guilherme. **Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova: análise econômica e jurídica**. MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel (Coord.). 1. ed. *e-book*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. 3.2.

entende-se que, em âmbito de colaboração premiada, o agente colaborador deverá declarar integralmente os fatos criminosos que foram perpetrados, sem que realize uma seleção de quais são mais convenientes para declaração e de quais terão a veiculação cerceada, como forma de se assegurar a consagração dos princípios da boa-fé e da lealdade processual, podendo-se dizer que há sim aqui uma extensão da cooperação processual.

Esse é um corolário lógico do compromisso de se dizer a verdade e da expressa renúncia ao direito ao silêncio delimitados pela lei de organizações criminosas. Se o colaborador renunciou ao direito ao silêncio, não poderá silenciar sobre determinados fatos ou sobre agentes do contexto criminoso. Essa constatação implica no entendimento aqui de que a deliberada omissão seria uma violação aos termos do negócio pactuado.

Dessa forma, entende-se que a obrigação do colaborador é una, indivisível e impassível de barganha.

Francisco Dirceu Barros¹²⁰ pondera no mesmo sentido ao aventar a existência de um princípio da tutela da expectativa consensual legítima, fulcrado na exigência de que os acordantes guiem-se estritamente pela lealdade, moralidade e eticidade, sem que se confira à mentira uma condição de recurso à disposição do acusado, como acontece ordinariamente.

4.3.1.3 *Nemo tenetur se detegere* e direito ao silêncio: incidência no acordo de não persecução penal

Assentadas as premissas de que, em relação à colaboração premiada, é ampla a extensão da vedação ao exercício do direito ao silêncio e de que há a necessidade de cogência da verdade, passa-se a se indagar se a mesma máxima incide sobre o acordo de não persecução penal. Torna-se imperioso então debruçar-se sobre os

¹²⁰ BARROS, Francisco Dirceu. Princípios estruturantes do acordo de não persecução penal. In: CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. SOUZA, Renee do Ó. CUNHA, Rogério Sanches. BARROS, Francisco Dirceu (Coord.). In: **Acordos de não persecução penal e cível**. Salvador: Editora Juspodivm, 2021. p. 147.

limites da pactuação no acordo de não persecução penal e se haveria uma obrigação de se dizer a verdade e de se renunciar ao direito ao silêncio.

O brocardo latino *nemo tenetur se detegere* traduz-se pela obrigação de ninguém se descobrir e, em uma definição mais adequada ao processo penal, no direito à não autoincriminação, isto é, prevalece a inexistência de obrigatoriedade de o indivíduo produzir prova contra si mesmo¹²¹. Vários desdobramentos emergem do *nemo tenetur se detegere* incluindo o direito ao silêncio, não se limitando a extensão daquele ao silêncio¹²² como prerrogativa do investigado ou do réu.

Ante sua notória importância no contexto da persecução penal como forma de blindar o investigado ou o réu de atuações estatais excessivas, a doutrina¹²³ delimita a natureza de direito fundamental de primeira geração ao princípio imbricado no *nemo tenetur se detegere*. Dessa forma, ostenta a condição de direito de liberdade do indivíduo contra atuações que, sob o escopo de alcançar uma postura colaborativa quanto às apurações, valham-se de violências tanto físicas quanto morais e estratégias de colheita de provas dissimuladas e direcionadas.

Não é outro o tratamento dado pela Constituição Federal da República Federativa do Brasil ao consagrar no rol de direitos e garantias fundamentais do artigo 5º o direito do preso de permanecer em silêncio (inciso LXIII), cuja interpretação é extensiva de modo a abarcar o direito de não produzir prova contra si mesmo. Essa previsão é fruto da garantia albergada pelo Pacto de São José da Costa Rica de 1969 que, ao ser incorporado ao ordenamento jurídico pátrio pelo Decreto 678 de 6 de novembro de 2002 sob o *status* normativo de norma supralegal, previu, em seu artigo 8º, 2., g, a garantia de que ninguém poderá ser obrigado a prestar depoimento contra si mesmo tampouco declarar-se culpado.

Conquanto o Código de Processo Penal traga em seu artigo 28-A a previsão de que o acordante deverá prestar confissão formal e circunstanciada acerca dos fatos delituosos imputados, não há uma exigência expressa de renúncia ao direito ao

¹²¹ SANTOS, Marcus Renan Palácio de Moraes Claro dos. **O direito ao silêncio no processo penal: uma abordagem sobre o princípio nemo tenetur se detegere**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 25.

¹²² _____. _____. p. 33.

¹²³ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal**. 2. ed. E-book. São Paulo: Saraiva, 2012.1.3 124-126/1148 (10%).

silêncio. Entretanto, ao se exigir a confissão e essa condicionante ter sido aceita, a renúncia ao direito ao silêncio advém como consequência lógica, na medida em que se revelam incompatíveis os exercícios simultâneos do direito ao silêncio e a confissão da prática criminosa.

Não obstante revistam-se o *nemo tenetur se detegere* e o direito ao silêncio de direitos fundamentais, o não exercício ou a renúncia aos mesmos inserem-se na esfera de liberdades do acusado, que não poderá ser compelido, coagido ou constrangido a praticá-las. Deve-se lembrar que no direito penal, por possuir natureza de direito sancionador em grau elevado, a regra é assegurar o máximo de direitos e garantias a quem está na posição de investigado ou acusado, sob pena de se aviltar a lógica de garantias e de contenção do excesso estatal.

Tratando sobre a autoincriminação, Jeremy Bentham¹²⁴, ao versar acerca da regra inglesa na qual o acusado não poderá ser judicialmente questionado sobre prova da qual sua culpa possa ser extraída, aduz que essa disposição em nada auxilia aquele que é injustamente acusado, na medida em que esse almeja dissipar toda dúvida que paire sobre sua inocência na mente dos julgadores e ainda pontifica que a culpa clama pelo direito ao silêncio¹²⁵.

Bentham¹²⁶ prossegue delimitando que a confissão não é uma condição necessária, mas sim o arcabouço probatório que conduz à constatação de que os fatos criminosos de fato se deflagraram. Dessa forma, o interrogatório prestar-se-ia a sanar eventuais lacunas nessas provas, sem que haja uma necessidade cogente de se prestar uma confissão.

¹²⁴ BENTHAM, Jeremy. **Traité des preuves**. v. II. Paris: Bossange Frères, 1823. p. 124.

¹²⁵ A transcrição do trecho contido na página 130 de “Traité des preuves” é de valia para compreender a contrariedade de : “Ces raisons semblent prouver suffisamment que cette règle du droit anglais, en tant qu'elle est favorable au crime et qu'elle pourrait être préjudiciable à l'innocence, blesse doublement les intérêts de la justice”. Em livre tradução: “Essas razões parecem provar de forma suficiente que esta regra da lei inglesa fere a justiça de duas maneiras ao ser favorável à culpa e prejudicial à inocência”.

¹²⁶ BENTHAM, Jeremy. **Traité des preuves**. Paris, 1823, v. II. p. 135-136.

Jeremy Bentham¹²⁷ aduz que a busca da verdade e o respeito à lei é o maior escopo da atividade judicante, de modo que, assim atuando, atender-se-á ao bem maior que está em jogo: o interesse da sociedade de não ver a impunidade sobre um crime e sobre um criminoso.

Desde que mantido o núcleo da garantia albergada pelo *nemo tenetur se detegere*, restrições excepcionais à sua aplicação poderão ser aventadas pela legislação, guardando a necessidade de se observar o princípio da proporcionalidade¹²⁸. É o que acontece em âmbito de acordo de não persecução penal, em que o artigo 28-A do Código de Processo Penal aventa excepcional restrição à plena eficácia do direito ao prever a confissão formal e circunstanciada da prática da infração penal como requisito para a celebração do acordo, representando uma renúncia tópica ao direito ao silêncio.

Não haveria, portanto, inconstitucionalidade na previsão de confissão formal e circunstanciada no acordo de não persecução penal, tampouco na renúncia do direito ao silêncio na colaboração premiada.

Em sendo sedimentada a impossibilidade de exercício do direito ao silêncio ao se anuir com o acordo de não persecução penal, perscruta-se se isso implicaria em uma consequente admissão de que a verdade deve prevalecer sempre nas declarações prestadas pelo acordante para fazer jus às benesses do acordo.

Nesse ponto, destaca-se que o direito de mentir em âmbito penal é abalizado pelo Supremo Tribunal Federal¹²⁹ ao dispor ser atípica a conduta do réu ou do investigado

¹²⁷ A esse respeito, Jeremy Bentham dispõe (p. 135) que “Ces idées de pitié, de générosité, méritent toujours d'être accueillies lorsqu'elles ne sont pas en opposition avec un principe plus élevé de bienveillance, avec l'intérêt général de la société. Quand un coupable est acquitté, c'est la société qui est punie. Plusieurs innocents seront exposés à souffrir, soit par le même malfaiteur, soit par ceux que son impunité encourage. Le juge le plus sensible et le plus humain ne doit être ni l'ami ni l'ennemi du prévenu; il n'est que l'ami de la vérité et des lois”. Em livre tradução: “Essas idéias de piedade e generosidade devem sempre ser admitidas quando não se opõem a um princípio mais elevado de benevolência, o interesse geral da sociedade. Quando o culpado é absolvido, a sociedade é punida. Muitas pessoas inocentes são expostas a sofrer do mesmo malfeitor ou daqueles a quem sua impunidade encoraja. O juiz mais sensato e humano não deve ser amigo nem inimigo do acusado; ele é amigo apenas da verdade e da lei”.

¹²⁸ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. 2. ed. *E-book*. São Paulo: Saraiva, 2012. 1.3 126-128/1148 (10%).

¹²⁹ “HABEAS CORPUS” - INTERROGATORIO JUDICIAL - AUSÊNCIA DE ADVOGADO - VALIDADE - PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO - INAPLICABILIDADE - PERSECUÇÃO PENAL E LIBERDADES PÚBLICAS - DIREITOS PÚBLICOS SUBJETIVOS DO INDICIADO E DO RÉU - PRIVILEGIO CONTRA A AUTO-INCRIMINAÇÃO - CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO -

que mente sobre fatos ou em relação à prática da infração penal, não podendo, contudo, lançar falsa informação sobre sua identidade^{130 131 132} ou sobre dados de sua qualificação.

Entretanto, esse permissivo não é abraçado quando da celebração de um acordo de não persecução penal. O direito de mentir é frontalmente afastado diante da necessidade de se apresentar como o autor ou um dos autores da infração penal como requisito indispensável para se firmar o pacto. E, como extensão do princípio

PEDIDO INDEFERIDO . - A SUPERVENIENCIA DA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL NÃO DESQUALIFICOU O INTERROGATORIO COMO ATO PESSOAL DO MAGISTRADO PROCESSANTE E NEM IMPÔS AO ESTADO O DEVER DE ASSEGURAR, QUANDO DA EFETIVAÇÃO DESSE ATO PROCESSUAL, A PRESENÇA DE DEFENSOR TECNICO. A AUSÊNCIA DO ADVOGADO NO INTERROGATORIO JUDICIAL DO ACUSADO NÃO INFIRMA A VALIDADE JURÍDICA DESSE ATO PROCESSUAL. A LEGISLAÇÃO PROCESSUAL PENAL, AO DISCIPLINAR A REALIZAÇÃO DO INTERROGATORIO JUDICIAL, NÃO TORNA OBRIGATORIA, EM CONSEQUENCIA, A PRESENÇA DO DEFENSOR DO ACUSADO . - O INTERROGATORIO JUDICIAL NÃO ESTA SUJEITO AO PRINCÍPIO DO CONTRADITORIO. SUBSISTE, EM CONSEQUENCIA, A VEDAÇÃO LEGAL - IGUALMENTE EXTENSIVEL AO ÓRGÃO DA ACUSAÇÃO-, QUE IMPEDE O DEFENSOR DO ACUSADO DE INTERVIR OU DE INFLUIR NA FORMULAÇÃO DAS PERGUNTAS E NA ENUNCIÇÃO DAS RESPOSTAS. A NORMA INSCRITA NO ART. 187 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL FOI INTEGRALMENTE RECEBIDA PELA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL . - QUALQUER INDIVÍDUO QUE FIGURE COMO OBJETO DE PROCEDIMENTOS INVESTIGATORIOS POLICIAIS OU QUE OSTENTE, EM JUÍZO PENAL, A CONDIÇÃO JURÍDICA DE IMPUTADO, TEM, DENTRE AS VARIAS PRERROGATIVAS QUE LHE SÃO CONSTITUCIONALMENTE ASSEGURADAS, O DIREITO DE PERMANECER CALADO. "NEMO TENETUR SE DETEGERE". NINGUEM PODE SER CONSTRANGIDO A CONFESSAR A PRÁTICA DE UM ILÍCITO PENAL. O DIREITO DE PERMANECER EM SILENCIO INSERE-SE NO ALCANCE CONCRETO DA CLÁUSULA CONSTITUCIONAL DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. E NESSE DIREITO AO SILENCIO INCLUI-SE ATÉ MESMO POR IMPLICITUDE, A PRERROGATIVA PROCESSUAL DE O ACUSADO NEGAR, AINDA QUE FALSAMENTE, PERANTE A AUTORIDADE POLICIAL OU JUDICIÁRIA, A PRÁTICA DA INFRAÇÃO PENAL.

(STF - HC: 68929 SP, Relator: CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 22/10/1991, PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 28-08-1992 PP-13453 EMENT VOL-01672-02 PP-00270 RTJ VOL-00141-02 PP-00512).

¹³⁰ Súmula nº 522, STJ: A conduta de atribuir-se falsa identidade perante autoridade policial é típica, ainda que em situação de alegada autodefesa.

¹³¹ Art. 307 - Atribuir-se ou atribuir a terceiro falsa identidade para obter vantagem, em proveito próprio ou alheio, ou para causar dano a outrem:

Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa, se o fato não constitui elemento de crime mais grave.

¹³² EMENTA CONSTITUCIONAL. PENAL. CRIME DE FALSA IDENTIDADE. ARTIGO 307 DO CÓDIGO PENAL. ATRIBUIÇÃO DE FALSA IDENTIDADE PERANTE AUTORIDADE POLICIAL. ALEGAÇÃO DE AUTODEFESA. ARTIGO 5º, INCISO LXIII, DA CONSTITUIÇÃO. MATÉRIA COM REPERCUSSÃO GERAL. CONFIRMAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE NO SENTIDO DA IMPOSSIBILIDADE. TIPICIDADE DA CONDUTA CONFIGURADA. O princípio constitucional da autodefesa (art. 5º, inciso LXIII, da CF/88) não alcança aquele que atribui falsa identidade perante autoridade policial com o intento de ocultar maus antecedentes, sendo, portanto, típica a conduta praticada pelo agente (art. 307 do CP). O tema possui densidade constitucional e extrapola os limites subjetivos das partes.

(STF - RE: 640139 DF, Relator: DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 22/09/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 14/10/2011).

da cooperação processual que o acordo de não persecução penal é, entende-se que as declarações sobre o crime que extravasem a confissão também deverão ser verdadeiras, como lúdima consagração da boa-fé e da lealdade processuais, expoentes do princípio da cooperação.

Toda essa apresentação sobre verdade, produção probatória, cooperação à luz da consensualidade foram premissas trazidas para alcançar-se a conclusão de que as possíveis irregularidades perpassam o descumprimento da cooperação, da boa-fé e da lealdade processuais pelas partes em consenso, não havendo se falar, na análise formal sobre as regras de consensualidade, em inconstitucionalidade e, desatrelando-se da casuística, em ferimento aos direitos humanos.

4.3.1.4 Uso do meio de prova contra corréus: depoimentos registrados em sede de acordo de não persecução penal e seu uso contra corréus

Considerando que a legislação não dispôs que o acordo de não persecução penal não se traduz em meio de obtenção de prova, Vinicius Gomes de Vasconcellos pontifica que não podem ser admitidas as determinações de renúncia ao direito ao silêncio, do dever de dizer a verdade ou até mesmo da necessidade de incriminar outros agentes criminosos que venham a ser registradas no termo de acordo de não persecução penal¹³³.

Por outro lado, considerando que o investigado ou o réu não poderá lançar mão de uma autoacusação falsa, a confissão prestada em sede de acordo de não persecução penal terá que respaldar afirmações verdadeiras a respeito da dinâmica dos fatos criminosos. Do mesmo modo, o direito ao silêncio ostenta natureza incompatível com as peculiaridades de um acordo em que a expressão verbal mostra-se como exigência.

É inegável, ainda, que a confissão perfaz-se, desde as Ordenações do Reino, de meio de prova hábil a corroborar com o alcance da verdade e com a formação da

¹³³ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Acordo de não persecução penal**. 1. ed. e-book. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. RB-5.8.

convicção judicante¹³⁴. Vicente Greco Filho¹³⁵ vai além e dispõe que a confissão não é meio de prova, condição atribuída ao interrogatório ou à audiência em que ela for colhida, mas sim a prova em essência. E essas premissas são de fundamental importância para o deslinde da discussão aqui apresentada.

E, em sendo considerada a confissão como prova ou meio de obtenção de prova, o entendimento consecutivamente formado é o de que aquela confissão prestada em sede de acordo de não persecução penal também ostenta a natureza de meio de obtenção prova ou de prova. Não há razão suficiente para se adotar conclusão diversa, mesmo que a confissão não tenha sido prestada quando da fase de instrução probatória. A audiência que se presta a sacramentar a celebração do acordo teria o condão de figurar como o meio hábil à formação da prova.

Se é prova ou meio para a produção da prova tal como o são as declarações tecidas em sede de colaboração premiada, não há justificativa plausível para que isso não extravase a seara do acordo firmado e seja utilizado para a formação da convicção judicial em toda a sua amplitude, inclusive quanto a declarações que atinjam os corréus.

Afinal, posicionar-se em sentido contrário seria caminhar em detrimento da busca da verdade real, escopo maior do processo e mecanismo de legitimação da conclusão alcançada na ação penal, passo essencial para o alcance de uma decisão justa. É cediço, como apresentado em tópico anterior, que a produção probatória ampla, idônea e legítima é premissa nevrálgica para perseguir a verdade real.

Vinicius Vasconcellos advoga a impossibilidade de utilização da confissão prestada em acordo de não persecução penal como meio de obtenção de prova para a finalidade de se imputar responsabilidade a terceiros, todavia incide um ponto de flexão em seu entendimento, dialogando com a posição que admite a sua aplicação como meio de obtenção de prova ao afirmar que, nessa situação, deverão ser seguidas as regras correspondentes à colaboração premiada¹³⁶.

¹³⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **O valor da confissão como meio de prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 83.

¹³⁵ GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 48. p. 326

¹³⁶ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Acordo de não persecução penal**. 1. ed. e-book. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. RB-11.1.

Lucas Ramos Krause e Thiago Bottino do Amaral¹³⁷, traçando possíveis pontos favoráveis à utilização da confissão em sede de acordo de não persecução penal, pontuam a valia de se lançar a confissão como prova para formação da convicção judicial. Para os autores, a confissão no acordo de não persecução penal possui uma dúplici função: de garantia para o acusado e processual para o órgão acusador, que poderá valer-se dessa prestação em caso de descumprimento do acordo. Prosseguindo, eles pontuam que a ausência de previsão legal sobre a possibilidade de utilização da confissão em caso de descumprimento do acordo não seria um impeditivo com vistas a argumentar e convencer o julgador.

Como ainda não houve uma análise da jurisprudência sobre o tema, algumas entidades lançam balizas interpretativas e de atuação para o acordo de não persecução penal. Com esse propósito, o Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPGE) e o Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM) editaram enunciados interpretativos do Pacote Anticrime e, desse trabalho, produziu-se o enunciado 27 que aventa a possibilidade de utilização da confissão prestada voluntariamente quando da celebração do acordo descumprido como prova na oferta de denúncia¹³⁸.

Gabriel Queirós Campos¹³⁹ coaduna a visão da existência de espaços de consenso em âmbito penal em que prevaleça a autonomia da vontade das partes em diálogo. Para consagração da autonomia da vontade visando ao alcance de um consenso em delitos de pequena e de média gravidade, a limitação voluntária de certos direitos e garantias fundamentais do acusado seria admissível, a exemplo da presunção de inocência, da ampla defesa e do contraditório.

¹³⁷ ROCHA, Lucas Ramos Krause dos Santos. AMARAL, Thiago Bottino do. A exigência da confissão no acordo de não persecução penal sob a ótica da análise econômica do direito. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 191/2022, p. 261-284, jul.-ago./2022, Revista dos Tribunais. 3.1.

¹³⁸ Enunciado 27 (art. 28-A, §10): Havendo descumprimento dos termos do acordo, a denúncia a ser oferecida poderá utilizar como suporte probatório a confissão formal e circunstanciada do investigado (prestada voluntariamente na celebração do acordo). Disponível em: <https://criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/GNCCRIM_-_ANALISE_LEI_ANTICRIME_JANEIRO_2020.pdf>.

¹³⁹ CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. Plea bargaining e justiça criminal consensual: entre os ideais de funcionalidade e garantismo. In: Custos Legis. **Revista Eletrônica do Ministério Público Federal**. Disponível em: <http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista/2012_Penal_Processo_Penal_Campos_Plea_Bargainin g.pdf>. Acesso em: 28 set. 2022.

Na esteira do entendimento esposado por Gabriel Queirós Campos, haveria uma possibilidade de flexibilização do *nemo tenetur se detegere*, com a possibilidade de que, voluntariamente, o acusado opte por não fazer jus ao exercício de tal garantia com vistas a obter uma modalidade atenuada de punição pelo crime cometido, além de evitar as agruras da exposição trazida pelo processo penal perante a sociedade e do desgaste de se visualizar, usualmente por longo período, sob a condição de réu.

Essa flexibilização ou limitação voluntárias deve, imperiosamente, ser exercida sob um contexto de farta instrução e conscientização do acusado a respeito das consequências benéficas e maléficas, em potencial, de sua escolha por esse caminho de não exercício pleno de seus direitos e garantias¹⁴⁰.

Nota-se que a confissão circunstanciada exigida pelo artigo 28-A do CPP é aquela confissão prestada de forma pormenorizada, em detalhes que expõem as circunstâncias fáticas do crime e de seus elementos. Uma confissão genérica não é, portanto, o objetivo da norma que positivou o acordo de não persecução penal em nosso ordenamento, não bastando que o acusado assuma a autoria da prática delitiva sem esmiuçar os detalhes do desenrolar do crime e de seu envolvimento, se for o caso, ao lado de outros agentes.

A confissão circunstanciada, ao figurar como um requisito indisponível na celebração de um acordo de não persecução penal, certamente levará a um depoimento que, dotado dos critérios de cooperação, de boa-fé e de lealdade processuais, e, por conseguinte, verídico, atingirá outros envolvidos na prática criminosa promovida em concurso de agentes.

E, como já se viu, sendo o depoimento confessional legítimo meio de obtenção de prova ou até a prova em si mesmo - esta última posição compartilhada por este autor -, haveria a real possibilidade de que todos os elementos que possam levar à imputação de outros agentes sejam de aproveitamento juridicamente acatável.

¹⁴⁰ Neste ponto, Canotilho e Nuno Brandão, em “Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da operação lava jato”, advogam (p. 167) a importância de que o direito fundamental do réu à autodeterminação ocorra em um contexto de liberdade e informativo, permeado por um ambiente sem manipulações, imoralidade e promessas vãs e infundadas.

Destacando-se não existir inconstitucionalidade na confissão circunstanciada. Se, como já fartamente exposto, não há inconstitucionalidade na confissão por si só, não há razão para que a confissão circunstanciada seja inconstitucional.

4.3.2 Princípio da obrigatoriedade da ação penal

O princípio da obrigatoriedade da ação penal tem como ponto nevrálgico a imperiosidade de que, diante de indícios suficientes de autoria e de materialidade da prática criminosa, bem como de culpabilidade do agente, o órgão incumbido de poderes acusatórios deverá, necessariamente, perseguir a conduta e o agente criminosos em Juízo.

A obrigatoriedade da ação penal guarda estreita correlação com os sistemas jurídicos que guardam inspiração no direito romano-germânico sob a diretriz do *civil law*. É um princípio inspirado no brocardo latino *nec delicta maneant impunita* que, em livre tradução, depreende a ideia de que nenhum crime deve ficar impune.

De outro lado, sob a tradição do direito anglo-saxão, prevalece a oportunidade da ação penal, em que o órgão acusador possui ampla discricionariedade para deliberar se instaurará ou não persecução processual penal. E, as possibilidades conferidas não são binárias: ajuizar ação penal ou arquivar as investigações. Todavia, o espectro é amplo, abrangendo a possibilidade de se barganhar com o investigado com o intuito de que já lhe seja aplicada uma reprimenda imediata pelo cometimento do delito e, em troca, afasta-se a possibilidade de se implementar uma persecução em Juízo.

Essa toada típica do *common law* repercutiu em solo brasileiro de modo a flexibilizar o princípio da obrigatoriedade da ação penal. E, como exposto em tópico anterior, formas de resolver a lide penal consensualmente foram positivadas no nosso ordenamento jurídico a partir do advento da Lei nº 9.099/1995.

Entretanto, a oportunidade no direito brasileiro é regrada, não cabendo a consensualidade em qualquer espécie delitiva e apenas poderá incidir nos casos em

que os requisitos legais tenham sido preenchidos¹⁴¹. Ou seja, não será em todo e qualquer tipo de delito que o órgão acusatório gozará da discricionariedade de poder decidir entre ajuizar uma ação penal ou apresentar uma oferta de resolução da lide penal de forma consensual.

Há delitos que a legislação brasileira vislumbra como insuscetíveis de qualquer possibilidade de consensualidade ou de negociabilidade.

Além de critérios atinentes ao patamar da pena, há uma preocupação do legislador também com a reprovação e com a prevenção do crime, como ostenta o artigo 28-A, do Código de Processo Penal. Há ainda limitadores de ordem subjetiva à consensualidade no ordenamento jurídico brasileiro, como a reincidência, conduta criminal habitual, personalidade, conduta social, motivos e circunstâncias da prática criminosa.

Dessa forma, crimes graves estão alijados de uma possibilidade de consensualidade em se tratando de acordo de não persecução penal, de transação penal e de suspensão condicional do processo.

Entretanto, para a colaboração premiada ou para a delação premiada, há uma admissão de tais figuras para crimes de alta periculosidade. Vê-se que a Lei nº 12.850/2013 admitiu a colaboração premiada para os crimes perpetrados por organizações criminosas. E outras leis também preveem a figura da delação premiada para os crimes de natureza grave e até mesmo hedionda, a citar: i) Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional (Lei nº 7.492/1986, artigo 25, §2º); ii) Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90, art. 8º, parágrafo único); iii) Lei do Crime Organizado (Lei nº 9.034/95, artigo 6º); iv) Código Penal (artigo 159, parágrafo 4º - extorsão mediante seqüestro); v) Lei de Lavagem de Capitais (Lei nº 9.613/98, artigos 1º e 5º); vi) Lei de Proteção a Vítimas e Testemunhas (Lei nº 9.807/99, artigos 13 e 14; vii) Lei do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (Lei nº 11.343/2006, artigo 41).

¹⁴¹ SOUZA, Renee do Ó. Algumas respostas sobre o acordo de não persecução penal. In: CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. SOUZA, Renee do Ó. CUNHA, Rogério Sanches. BARROS, Francisco Dirceu (Coord.). **Acordos de não persecução penal e cível**. Salvador: Editora Juspodivm, p. 207-251, 2021. p. 212.

O Superior Tribunal de Justiça também já abraçou a possibilidade de colaboração premiada em concurso de agentes a despeito de a denúncia não haver imputado a existência de organização criminosa¹⁴².

¹⁴² HABEAS CORPUS. CRIMES DE LAVAGEM DE CAPITAIS (ART. 1.º DA LEI N. 9.613/98) E CORRUPÇÃO PASSIVA E ATIVA (RESPECTIVAMENTE PREVISTOS NOS ARTS. 317, § 1.º E 333, PARÁGRAFO ÚNICO, AMBOS DO CÓDIGO PENAL). SUPOSTA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA ESTRUTURADA EM JUÍZO DE DIREITO. DELAÇÃO PREMIADA. HOMOLOGAÇÃO VÁLIDA, NOS TERMOS DA LEI N. 12.850/2013. POSSIBILIDADE DE CELEBRAÇÃO DE ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA EM QUAISQUER CRIMES COMETIDOS EM COAUTORIA. MEDIDAS DE BUSCA E APREENSÃO QUE NÃO SE FUNDAM EXCLUSIVAMENTE NAS DECLARAÇÕES DO DELATOR. AUTORIZAÇÃO JUDICIAL LASTREADA EM INFORMAÇÕES ANTERIORES À DELAÇÃO OU A FATOS ANTECEDIDOS DE DILIGÊNCIAS PRELIMINARES (ART. 4.º, INCISO I, PARÁGRAFO 16, TAMBÉM DA LEI N. 12.850/2013). DESCOBERTA FORTUITA EM DILIGÊNCIA AUTORIZADA EM CAUSA QUE TRAMITA EM RAMO DIVERSO DO PODER JUDICIÁRIO. ELEMENTO DE PROVA VÁLIDO PARA FUNDAR INVESTIGAÇÃO NA JUSTIÇA ESTADUAL. PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL ACOLHIDO. ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA.

[...]

5. O fato de que nessa denúncia superveniente os investigados foram acusados da prática dos crimes referidos nos arts. 317, § 1.º e 288, do Código Penal, e no art. 1.º, da Lei n. 9.613/1998 (corrupção passiva, associação criminosa e lavagem de dinheiro), mas não pelo crime do art. 2.º, c.c. o art. 1.º, § 1.º, da Lei n. 12.850/2013, não pode resultar no afastamento das provas obtidas no acordo de delação premiada. Inicialmente, não há como desconsiderar a hipótese de que o dominus litis forme nova convicção, ou que elementos de prova supervenientes lastreiem futura acusação pelo crime de organização criminosa. Ainda que assim não fosse, cabe enfatizar que há outras previsões legais de perdão judicial ou de causas de diminuição de pena de colaboradores, positivadas tanto no Código Penal quanto na legislação especial (como as referidas no § 4.º, do art. 159, do Código Penal, referente ao crime de extorsão mediante sequestro; no § 2.º do art. 25 da Lei n. 7.492/86 - que define os crimes contra o sistema financeiro nacional; no art. 8.º, parágrafo único, da Lei n. 8.072/90 - Lei de Crimes Hediondos; no art. 1.º, § 5.º, da Lei 9.613/1998 - que dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; ou nos arts. 13 e 14 da Lei n. 9.807/1999 - que estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas). Considerada a conjuntura de que prerrogativas penais ou processuais como essas a) estão esparsas na legislação; b) foram instituídas também para beneficiar delatores; e que c) o Código de Processo Penal não regulamenta o procedimento de formalização dos acordos de delação premiada; e d) a Lei n. 12.850/2013 não prevê, de forma expressa, que os meios de prova ali previstos incidem tão-somente nos delitos de organização criminosa; não há óbice a que as disposições de natureza majoritariamente processual previstas na referida Lei apliquem-se às demais situações de concurso de agentes (no que não for contrariada por disposições especiais, eventualmente existentes). A propósito, pelo Supremo Tribunal Federal, foram diversos os recebimentos de denúncias (Inq 4011, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 12/06/2018, DJe 18/12/2018; Inq 3982, Rel. Ministro Edson Fachin, Segunda Turma, julgado em 07/03/2017, DJe 02/06/2017; v.g.), e houve inclusive condenação (AP 694, Rel. Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 02/05/2017, DJe 30/08/2017), lastreados em elementos probatórios oriundos de colaborações premiadas em que não houve a imputação específica ou condenação pelo crime de "promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa", previsto no art. 2.º da Lei n. 12.850/2013. Ademais, "o argumento de que só os crimes praticados por organização criminosa são capazes de gerar o benefício da colaboração não pode prosperar, pois, muitas vezes, não há uma estrutura propriamente de organização (ou estrutura empresarial) e nem por isso os associados à prática delitiva cometem delitos que não mereceriam um acordo com o Estado" (CALLEGARI, André Luís. Colaboração Premiada: aspectos teóricos e práticos. Série IDP: Linha Pesquisa Acadêmica. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 16). Por todos esses fundamentos, é de se concluir que em quaisquer condutas praticadas em concurso de agentes é possível celebrar acordo de colaboração premiada.

[...]

(STJ - HC: 582678 RJ 2020/0117026-3, Data de Julgamento: 14/06/2022, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 21/06/2022)

Vê-se, a partir desse entendimento jurisprudencial, que a construção das possibilidades de consensualidade e de negociação são dinâmicas seja pela inovação legiferante seja por mutações advindas da hermenêutica exercida sobre as normas pelo Poder Judiciário.

Apesar da ideia contida no brocardo latino *nec delicta maneant impunita* de que nenhum crime ficará impune, é premente a necessidade de, *a contrario sensu*, desmistificar a compreensão de que a flexibilização do princípio da obrigatoriedade acarretará a impunidade. Ou até mesmo sedimentar a ideia de que as balizas de conveniência e de discricionariedade do órgão acusatório para poder se guiar por critérios de política criminal não implicam em desvirtuamento da lógica processual penal de efetivamente reprovar os agentes por suas condutas criminosas.

Infere-se, por conseguinte, que não haveria um ferimento ao princípio da vedação à proteção estatal deficiente a partir da flexibilização do princípio da obrigatoriedade da ação penal rumo a uma aproximação do princípio da oportunidade da ação penal.

O princípio da obrigatoriedade sequer possui guarida constitucional, todavia está positivado no artigo 24 do Código de Processo Penal. E, em sendo assim, a força normativa da Constituição não seria vulnerada, podendo, inclusive, ser corroborada por uma interpretação à luz da Constituição que aproxime a visão de oportunidade da ação penal das novas políticas criminais voltadas à consensualidade que confirmam efetividade ao direito fundamental constitucional à duração razoável do processo previsto no artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal.

4.3.3 Devido processo legal, contraditório e ampla defesa

As garantias do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa possuem sede constitucional, mais precisamente no rol de direitos e garantias fundamentais do artigo 5º: devido processo legal (artigo 5º, LIV), contraditório e ampla defesa (artigo 5º, LV).

São garantias sensíveis e que alicerçam um processo penal justo e paritário para todos os atores envolvidos. Sendo assim, a observância a tais mandamentos é de fulcral importância para um processo penal conduzido dentro das balizas do sistema acusatório.

No entanto, a resolução da celeuma penal sem mesmo que se tenha um processo pode vir a ser questionada sob o prisma da observância do devido processo. Afinal, indaga-se se o devido processo pode ser observado na condução da lide sem que a sucessão de atos processuais costumeiros seja seguida. Deve-se conjecturar se haveria uma necessária observância dos atos de, nos casos de ações penais públicas, ajuizar-se uma ação penal por meio de uma denúncia, realizar-se a análise do recebimento ou da rejeição da mesma e, caso recebida, proceder-se à citação do acusado e à apresentação de sua defesa com a consecutiva deflagração da instrução processual para, ao fim, emitir-se uma manifestação judicial pela absolvição, pela condenação ou pela extinção precoce da punibilidade.

É importante perquirir se a observância de regras de novas formas de resolução da lide penal representaria a observância ao devido processo, mesmo que travestido de sua forma usual. A importância do devido processo legal é tamanha que Rogério José Bento Soares do Nascimento¹⁴³ alicerça-o sob o supedâneo do caráter democrático da Constituição, prestando-se como norte ético-político, marco e moldura do sistema.

A Constituição prevê em seu artigo 5º, LIV, que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. A consensualidade processual penal usualmente não conduzirá à privação de liberdade, à exceção da colaboração premiada que, ainda que celebrada, poderá reduzir a pena mas ainda mantendo o cárcere.

No que concerne à privação dos bens, podem ser impostas medidas que atinjam o patrimônio do investigado ou do réu em todas as espécies de consensualidade brasileiras.

¹⁴³ NASCIMENTO, Rogério José Bento Soares do. Não há ônus de provar no processo penal acusatório democrático. In: **Temas processuais, prova e persecução patrimonial**: coletânea de artigos. v. 6. 2ª Câmara de Coordenação e Revisão (Coord.). Brasília: MPF, 2019. p. 187.

Então, repisa-se o questionamento: seria possível a privação de liberdade e do patrimônio por intermédio de uma forma de se findar a lide penal por intermédio de um consenso?

É uma possibilidade, decerto, temerária, visto que, ao longo do consenso, em regra, o órgão judicante não atua de forma a estabelecer os termos da negociação que serão pactuados entre as partes, quais sejam: investigado ou réu de um lado e órgão acusador ou vítima¹⁴⁴ do outro.

Em resumo, quem estabelecerá os termos a serem cumpridos é o órgão de acusação de maneira quase unilateral, uma vez que, como exposto em tópico anterior, são raras as situações em que há participação externa como de uma vítima. De outro lado, o acusado poderá opinar na proposta pré-concebida pelo órgão acusador, mas sempre estará ao alvedrio do órgão acusador que poderá acatar ou não a sugestão da defesa. Aqui, neste momento, não há, grosso modo, nenhuma atuação ainda do órgão judicante, o que, inevitavelmente, traz uma margem de insegurança na medida em que não há uma figura isenta atuando para manter as tratativas justas e equânimes. Afinal, é cediço que o órgão acusador, na maior parte das situações, estará em posição de superioridade, uma vez que colheu unilateralmente ou atuou em conjunto com a polícia investigativa na colheita das provas produzidas e, com isso, tem ciência e controle de todo o instrumental posto à disposição contra o acusado, que acaba não tendo a mesma capacidade enquanto negocia ou dialoga por um consenso. Do mesmo, a posição de ser acusado de um delito e possivelmente vir a ser perseguido criminalmente sempre traz uma zona de insegurança para o mesmo que terá que lidar, na busca por um consenso ou em uma negociação, com o risco de, apresentar-se uma contraproposta oposta à apresentada pela acusação, essa vir a ser recusada de plano sem a oportunidade de as tratativas prosseguirem e, diante disso, ser perseguido criminalmente em uma ação penal.

Acresce-se a isso a minoração da oportunidade de se promover uma defesa dos atos criminosos pelos quais está sendo acusado quando da apresentação de uma proposta de consenso. Não há aqui, por na maior parte dos casos ainda não existir

¹⁴⁴ No caso da composição civil, a vítima que tratará com o acusado.

processo, a ampla defesa e o contraditório genuinamente falando, mas há um exercício atenuado de tais garantias.

Não há uma possibilidade concreta de que, apresentada, a título exemplificativo, uma proposta de acordo de não persecução penal, o investigado venha a insurgir-se contra os fatos delituosos que lhe são imputados para tentar evitar a oferta de acordo e o consectário arquivamento da investigação.

Obviamente, o investigado poderá refutar as acusações que lhes são dirigidas a partir de uma oferta de consenso penal, todavia esse contraditório exercido apenas redundará na negativa de se prosseguir com os tratos visando à formação de um consenso, mas não na reformulação da cognição formada pelo órgão acusador.

Ao fim e ao cabo, se há um consenso que almeja a promoção de justiça e a paridade entre as partes em acordo, esse deveria resguardar todas as possibilidades apresentadas, incluindo poder provar a insubsistência da verdade alcançada pelo órgão acusatório e, por conseguinte, inverter os rumos da investigação.

Não se procedendo dessa forma, há uma falsa salvaguarda às garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa e, por via consecutiva, do devido processo legal, na medida em que aqueles são corolários deste.

É de se aventar uma possível análise sob o crivo de constitucionalidade desses institutos, possivelmente buscando uma interpretação dos regramentos dos métodos de consensualidade do direito pátrio de acordo com as previsões constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

Deve-se buscar, pois, uma forma de se conciliar a consensualidade penal com as garantias constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, sem que represente prejuízo à esfera de direitos do investigado e do réu e, também, à tão importante paridade de armas no processo penal.

Sem se descuidar neste ponto da possibilidade de que o indivíduo, devidamente representado por defesa técnica e munido de todos os esclarecimentos e informações sobre as opções que estão diante de si, opte por renunciar ao exercício

dos seus direitos, como da possibilidade de se defender de uma acusação embutida em uma oferta de consensualidade.

Dentro da esfera de liberdades do indivíduo, faz-se perfeitamente factível que o investigado não exerça contraponto à oferta e opte por acatá-la ao vislumbrar benefícios em sua aceitação. Assim como terá que fazê-lo em relação à garantia da não produção de prova contra si mesmo ao precisar confessar para ser contemplado com a colaboração premiada ou com o acordo de não persecução penal.

Há doutrina que entende que a garantia do contraditório possa ser relativizada a critério do julgador, uma vez que a legislação infraconstitucional outorga-lhe o poder de gerir provas e, até mesmo, ordenar sua produção, abdicando, pois, de sua posição de terceiro imparcial¹⁴⁵.

Entretanto, não se pode privar o investigado que, descontente com a oferta e desejoso de se defender das acusações, possa fazê-lo quando da apresentação da proposta de consensualidade. Afinal, ainda que seja fase investigativa, a apresentação da proposta pressupõe a existência de indícios suficientes de autoria e de materialidade que justificariam o ajuizamento de uma ação penal. Então, não se justifica a mitigação do contraditório e da ampla defesa próprios da fase de apuratórios prévios ao processo penal.

Vê-se aqui que um regramento mais esmiuçado das propostas de consensualidade, resguardando o exercício do contraditório e da ampla defesa seria o desejável com vistas a assegurar a manutenção da força normativa constitucional ao se preservar as garantias fundamentais.

4.3.4 Princípio acusatório

¹⁴⁵ SILVA, Wéberton Pereira da Cruz. FARIA, André. Contraditório pleno entre as partes como limitador constitucional da substitutividade jurisdicional no processo penal. In: **Temas processuais, prova e persecução patrimonial**: coletânea de artigos. v. 6. 2ª Câmara de Coordenação e Revisão (Coord.). Brasília: MPF, 2019. p. 271.

O princípio acusatório norteia toda a noção vigente de sistema processual penal em solo brasileiro. Muitas vezes denominado de sistema acusatório, ele possui como cerne a separação clara e distinta de tarefas entre os atores envolvidos no processo penal: há um órgão acusador de um lado, acusado ou acusados de outro e um órgão julgante dotado de prévia competência e imparcialidade para julgar a lide penal. Essa divisão clara e definida almeja assegurar a paridade de armas no processo penal, tão importante para que o processo penal seja conduzido sem vícios e desequilíbrios que tornem a acusação ou a defesa sobrepujante em relação ao outro lado da relação processual. A definição doutrinária é de importante transcrição:

O sistema acusatório caracteriza-se justamente pela existência de um juízo constituído e competente conforme as regras constitucionais e legais (juiz natural), cuja atribuição primordial é assegurar tratamento processual equivalente entre o Estado Acusador e o acusado, conferindo o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa e julgando o feito com absoluta isenção. Logo, tal sistema visa preservar a justiça das decisões judiciais criminais, permitindo ao acusado questionar amplamente todos os pontos que lhe imputa a acusação bem como buscar a produção de todas as provas que entenda cabíveis e úteis para demonstrar os fatos alegados em sua defesa, tendo por instrumento a inércia do julgador desde a fase investigativa até a prolação da sentença.¹⁴⁶

Sem embargo da inexistência de expressa previsão de um princípio acusatório na Constituição, a existência de um sistema acusatório pode ser extraída de diversas previsões constitucionais, até mesmo pelas já tratadas garantias do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, pela legalidade, entre outras.

Como bem definem Wéberton Pereira da Cruz Silva e André Faria¹⁴⁷, o sistema acusatório trata-se de um sistema em que as partes são tratadas “em pé de igualdade, perante um juízo imparcial garantidor do contraditório e da publicidade”.

Como se visualizou no tópico anterior, não há um resguardo das garantias do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa pelos institutos de consensualidade processual penal no direito pátrio. Tal fenômeno acaba por

¹⁴⁶ RAYOL, Rafael Ribeiro. Princípio acusatório e alguns reflexos de sua aplicação. In: **Desafios contemporâneos do sistema acusatório**. TINOCO, Livia Nascimento. FRISCHEISEN, Luiza Cristina. SILVA, Rodrigo Antônio Tenório Correa da. AMORIM JUNIOR, Silvio. ARAS, Vladimir Barros. (Org.). Brasília: ANPR, 2018. p. 84.

¹⁴⁷ SILVA, Wéberton Pereira da Cruz. FARIA, André. Contraditório pleno entre as partes como limitador constitucional da substitutividade jurisdicional no processo penal. In: **Temas processuais, prova e persecução patrimonial**: coletânea de artigos. v. 6. 2ª Câmara de Coordenação e Revisão (Coord.). Brasília: MPF, 2019. p. 267.

comprometer seriamente a paridade de armas, visto que a acusação está provida de mais informações e poderes em relação à defesa ao negociar.

A princípio, pode-se dizer que o órgão acusador já está à frente da defesa por titularizar a oportunidade de apresentar ou não a proposta, sobretudo diante do contexto da existência ou não de direito subjetivo às formas de consensualidade no direito brasileiro.

Além disso, há a posição de vantagem ostentada pela acusação consistente na situação de prévio conhecimento da existência de uma investigação e de todo o conjunto de indícios já produzidos no curso da apuração. Muitas vezes a defesa apenas terá conhecimento das investigações ao receber a proposta de consensualidade.

E, a despeito da redação da súmula vinculante nº 14¹⁴⁸, a qual confere direito de acesso aos elementos já produzidos em investigação, faz-se exceção às diligências ainda em curso. Ou seja, por mais que seja justo preservar eventuais diligências em curso do risco de sua exposição, o órgão de acusação vale-se, mais uma vez, de uma posição de superioridade ao estabelecer a proposta.

Por derradeiro, há ainda um risco robusto de que a defesa técnica prestada ao investigado não seja de qualidade, não lhe conferindo uma assistência jurídica digna e que lhe deixe a par de todas as nuances positivas e negativas envolvendo a proposta de consensualidade.

Isso se agrava no contexto brasileiro de precários índices socioeconômicos, alto analfabetismo, sobretudo o analfabetismo funcional, em que o indivíduo muitas vezes não sabe a que está sendo submetido ou o que está subscrevendo. A seara jurídica sobreleva essa mazela, haja vista o excesso de formalismos gramaticais, com o abuso de jargões próprios do meio jurídico e de termos técnicos, inclusive em latim, língua, importante dizer, morta e que deveria ser utilizada em textos científicos feitos por operadores do direito destinado exclusivamente para operadores do direito, mas não em textos que venham a ser lidos pelo público em geral.

¹⁴⁸ Súmula vinculante 14: É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

Da parte judicante, a doutrina aponta o artigo 156, I e II, do Código de Processo Penal como a maior violação ao princípio acusatório rumo a uma faceta inquisitorial, visto que tais normas concedem ao magistrado a capacidade de gerir as provas produzidas ou a serem produzidas, podendo ordenar a produção de provas antes ou durante o curso da instrução penal¹⁴⁹.

Essa constatação é importante, haja vista que o magistrado pode determinar a produção de provas que influam diretamente em propostas de consensualidade.

É de bom alvitre ressaltar as justificativas para a adoção do acordo de não persecução penal pela Resolução nº 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público centram-se na busca pelo princípio da eficiência e também na opção da Constituição da República Federativa do Brasil pelo sistema acusatório e não pelo sistema inquisitorial. Em tese, o acordo de não persecução penal teria o sistema acusatório em um dos seus sustentáculos fundantes, podendo-se estender tal paradigma fundante aos demais métodos de consensualidade processual penal.

É de se destacar a visão de André Estima de Souza Leite, para quem a previsão do sistema acusatório processual penal delimitado pela Constituição da República Federativa do Brasil não estaria plenamente concretizada, de forma que, segundo ele, ainda estaria “em certa medida, apenas ‘no papel’¹⁵⁰. Aponta-se uma discrepância entre as normas processuais penais positivadas infraconstitucionalmente e valores constitucionais embebidos pela lógica do sistema acusatório.

Ante todo o apresentado, não há como se afirmar que o sistema acusatório é agasalhado de forma irretorquível pelo sistema de consensualidade processual penal brasileiro, visto que há um evidente comprometimento da paridade de armas almejada pelo princípio acusatório, comprometendo-se, por conseguinte, a força normativa da Constituição.

¹⁴⁹ SILVA, Wéberton Pereira da Cruz. FARIA, André. Contraditório pleno entre as partes como limitador constitucional da substitutividade jurisdicional no processo penal. In: **Temas processuais, prova e persecução patrimonial**: coletânea de artigos. v. 6. 2ª Câmara de Coordenação e Revisão (Coord.). Brasília: MPF, 2019. p. 270.

¹⁵⁰ LEITE, André Estima de Souza. O sistema acusatório já positivado no Brasil e os entraves à sua efetivação. In: **Desafios contemporâneos do sistema acusatório**. TINOCO, Livia Nascimento. FRISCHEISEN, Luiza Cristina. SILVA, Rodrigo Antônio Tenório Correa da. AMORIM JUNIOR, Silvio. ARAS, Vladimir Barros. (Org.). Brasília: ANPR, 2018. p. 300.

4.3.5 Dignidade da pessoa humana

Vê-se que os princípios e direitos e garantias individuais que resguardam um processo justo e humano podem estar perigosamente em risco ao se adotar uma lógica voltada a um consensualismo que não resguarde a possibilidade de exercício ou não dos princípios e garantias individuais do acusado.

A autonomia para conciliar ou para negociar, inclusive na seara penal, é consectário imediato da liberdade individual. Entretanto, essa autonomia facultada aos litigantes penais deve ser confrontada com o parco resguardo à dignidade da pessoa humana e aos direitos e garantias individuais em muitas ações penais, valores sensíveis e de importante tutela especialmente em âmbito processual penal.

Como já apresentado, a Constituição da República Federativa do Brasil estabelece a possibilidade de consensualidade penal em seu artigo 98, inciso I e, concomitantemente, prevê a dignidade da pessoa humana como um dos seus fundamentos (art. 1º, III). A partir da normatização conferida ao princípio da dignidade da pessoa humana, vê-se que a dignidade da pessoa humana é vetor axiológico e valorativo, nas relações humanas, sociais, jurídicas, em atuações legiferantes, administrativas, executivas e judiciárias.

Corroborando essa visão, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária perfaz-se de objetivo fundamental da República Federativa do Brasil (artigo 3º, I, da Constituição Federal). A justiça, a liberdade e a solidariedade são valores que permeiam a possibilidade de um consenso processual penal, na medida em que o consenso é alcançado: a partir da liberdade das partes de se conciliarem e de dispor do que convier; a partir da solidariedade entre as partes cuja representação reside no princípio da cooperação em sede penal e no princípio da tutela da expectativa consensual legítima; e a partir de um senso de que a justiça deve ser o resultado alcançado pelo consenso.

O cumprimento desses objetivos no bojo de um consenso processual penal tem como corolário o alcance do objetivo fundamental da Constituição Federal para a sociedade. E, em medida equivalente, a satisfação da dignidade da pessoa humana.

Em igual toada, a Organização das Nações Unidas proclamou a Declaração Universal dos Direitos Humanos¹⁵¹ em 10 de dezembro de 1948, considerando, em seu preâmbulo, que o reconhecimento da dignidade humana é o “fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”.

A declaração elenca diversos direitos que são de préstimo para as relações enfrentadas neste trabalho, tanto no que diz respeito aos acusados em lides penais quanto às vítimas¹⁵², muitos dos quais inspiraram o constituinte originário brasileiro na criação do rol de direitos e garantias fundamentais da Constituição Federal de 1988.

¹⁵¹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração universal dos direitos humanos**. Disponível em: <<https://www.ohchr.org/en/human-rights/universal-declaration/translations/portuguese?LangID=por>>. Acesso em: 15 mar. 2024.

¹⁵² Artigo 3

Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.

[...]

Artigo 5

Ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante.

[...]

Artigo 7

Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação.

Artigo 8

Todo ser humano tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei.

Artigo 9

Ninguém será arbitrariamente preso, detido ou exilado.

Artigo 10

Todo ser humano tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir seus direitos e deveres ou fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.

Artigo 11

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

2. Ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituíam delito perante o direito nacional ou internacional. Também não será imposta pena mais forte de que aquela que, no momento da prática, era aplicável ao ato delituoso.

[...]

Artigo 30

Nenhuma disposição da presente Declaração pode ser interpretada como o reconhecimento a qualquer Estado, grupo ou pessoa, do direito de exercer qualquer atividade ou praticar qualquer ato destinado à destruição de quaisquer dos direitos e liberdades aqui estabelecidos.

O cenário perfeito seria o de pleno resguardo a esses direitos, objetivos e fundamentos. Entretanto, como já fartamente se expôs, a realidade não é tão satisfativa.

Apresentou-se ao longo do trabalho as diversas possibilidades de violação de direitos individuais do acusado muito por conta da concentração acentuada de poderes nos órgãos investigativos e de acusação, como o *overcharging*, a obtenção de falsas confissões, as falsas imputações, as propostas de consensualidade prematuras, entre outras. Sem se olvidar das discrepâncias resultantes da desnaturação do sistema acusatório e do não exercício pleno do contraditório e da ampla defesa.

Opina-se que a dignidade humana pode estar criticamente comprometida a depender da forma que os órgãos incumbidos da investigação e da acusação conduzam a apuração criminal, a proposta de consensualidade e o envolvimento da vítima e também do acusado.

Uma apuração criminal e conseqüentemente uma proposta de consensualidade permeadas pelos vícios mencionados decerto afligirá a dignidade humana dos indivíduos ali envolvidos. Do mesmo modo, tolher a vítima e o acusado de uma participação mais ativa no consenso também tem o condão de minuar a dignidade da pessoa humana.

A conclusão que se faz disso é que as propostas de consensualidade, ao não contemplarem um envolvimento da vítima tampouco uma autorização para que o acusado realize um contraponto ou até mesmo uma investigação defensiva, acabam por desautorizar a incidência plena da dignidade da pessoa humana, violando o fundamento constitucional. E isso ainda pode ser agravado se forem adotadas algumas das posturas nocivas da investigação e da acusação acima citadas, o que conduzirá a um estado de preocupante desumanização da relação, que, insta lembrar, deve ser conduzida sob os primados da cooperação, da eticidade e da boa-fé.

4.3.6 Direitos da vítima

Embora incipiente, existe um arcabouço legislativo que ampara as vítimas de crimes, o qual desde a década de 90 do último século tem conferido à vítima a condição de sujeito de direitos com legitimação a figurar ativamente no processo penal e também a ser receptora de políticas públicas¹⁵³.

A questão principal é saber se esse conjunto normativo de resguardo às vítimas possui também matriz constitucional.

O rol de direitos e garantias fundamentais da República Federativa do Brasil, o qual se encontra previsto no artigo 5º da Constituição Federal, assegura a inviolabilidade do direito à vida, à segurança, à propriedade, as garantias de que ninguém será submetido à tortura ou a tratamento desumano ou degradante (artigo 5º, III), da inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas (artigo 5º, X), do direito de propriedade (artigo 5º, XXII), a defesa do consumidor (artigo 5º, XXXII), a imprescritibilidade e inafiançabilidade do crime de racismo (artigo 5º, XLII) e da ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (artigo 5º, XLIV), a inafiançabilidade e insuscetibilidade de graça ou anistia para a prática dos delitos de tortura, de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, do terrorismo e dos definidos como crimes hediondos (artigo 5º, XLIII). A segurança também é tratada como direito social pelo artigo 6º da Constituição Federal.

Todos esses são direitos e garantias que compreendem as vítimas em possíveis violações a sua esfera de direitos e garantias. E muitos desses descritos também podem ser objeto de vulneração em delitos suscetíveis de consensualidade processual penal, razão pela qual o enfrentamento de tais cláusulas é de suma relevância no que tange à constitucionalidade dos institutos.

Ademais, o artigo 5º, XLI, da Constituição Federal alberga a garantia de que a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais. Aqui se pode indagar se haveria uma legitimação constitucional a uma garantia de que a vítima verá o crime contra ela efetivamente punido.

¹⁵³ BARROS, Flaviane de Magalhães. A vítima de crimes e seus direitos fundamentais: seu reconhecimento como sujeito de direito e sujeito do processo. In: **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, n. 13, p. 309-334, jan./jun. 2013. p. 311.

Nos atuais ditames da possibilidade de consensualidade atribuída aos crimes de menor potencial ofensivo em que não alcançada a composição civil prevista pela Lei nº 9.099/1995, não se afigura uma participação da vítima na composição das propostas de transação penal e de suspensão condicional do processo e, de igual forma, não há uma previsão de envolvimento da vítima no acordo de não persecução penal¹⁵⁴. E não só na consensualidade processual penal. Mas a posição da vítima no sistema de resolução de litígios criminais sempre tendeu a ser periférica, revelando-se “ausente qualquer tipo de assistência psicológica, social, econômica, e até mesmo jurídica direcionada ao sujeito vitimizado¹⁵⁵”.

No bojo do acordo de não persecução penal há a possibilidade de se fixar obrigação consistente na reparação do dano ou na restituição da coisa à vítima, o que satisfaz uma necessidade imediata de se lançar um olhar sobre os interesses da vítima, tendência que se coaduna com a criminologia moderna que tem como uma das metas a de conferir espaço de destaque à vítima na relação processual penal¹⁵⁶.

Malgrado não exista a previsão no direito posto de participação da vítima na consensualidade processual penal, vê-se que há um espaço aberto para que essa participação ocorra. A própria natureza da consensualidade de não se revestir de amarras formais e de ser permeada por uma notória flexibilização dos ritos usuais pavimentam o caminho para essa possibilidade de que a vítima seja inserida nas tratativas voltadas a acordos processuais penais.

A capacidade de participação da vítima é multifforme. A vítima pode ser inquirida a respeito dos termos do acordo, pontuando o que considerar pertinente. Obviamente, a definição dos termos não deverá ser encargo da vítima, afinal muitas vezes ela não terá conhecimento jurídico para tanto e, decerto, não terá a isenção emocional e técnica.

¹⁵⁴ LOPES, Alexandre Fortuna. LOPES, Marcela Rodrigues Pavesi. A importância da vítima na construção de um consenso em âmbito penal. In: RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. FELIX, Juliana Nunes. SOUZA, Marcelo Weitzel Rabello de. **Os direitos das vítimas: reflexões e perspectivas**. v. 1. Brasília: ESMPU, 2023.

¹⁵⁵ OLIVEIRA, Cristina Rego de. **Mediação penal e justiça: da ética da alteridade como fundamento filosófico para a adoção das práticas restaurativas**. Curitiba: Juruá, 2013. p. 87.

¹⁵⁶ SOUZA, Renee do Ó. CUNHA, Rogério Sanches. Legalidade do acordo de não persecução penal: opção legítima de política criminal. In: **Temas processuais, prova e persecução patrimonial: coletânea de artigos**. v. 6. 2ª Câmara de Coordenação e Revisão (Coord.). Brasília: MPF, 2019. p. 307.

Outro cenário é o de haver uma cláusula que obrigue o acordante a ressarcir o dano causado pelo crime à vítima. É cediço que a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime é efeito secundário da sentença condenatória¹⁵⁷, consoante previsto nos artigos 91, I, do Código Penal e 387, IV, do Código de Processo Penal, que poderá ser submetida a execução no Juízo cível após o trânsito em julgado da condenação criminal (artigo 63 e seguintes do Código de Processo Penal).

Entretanto, a efetiva reparação encontra muitos percalços para se concretizar. E, diante desse cenário, o caminho ideal é assegurar-se a reparação por intermédio de um acordo firmado com o agente delitivo e que, se cumprido, garantir-lhe-á a extinção da punibilidade.

É uma forma de se amparar a vítima frente aos danos perpetrados pelo agente criminoso, os quais poderiam nunca serem satisfeitos pelas vias ordinárias do processo. E, quando vemos na posição de vítima um ente público, a reparação imediata do dano como condição para celebração do acordo representará o retorno aos cofres públicos de valores que pertencem à sociedade como um todo, afinal serão revertidos para a consecução de políticas públicas e o manejo da máquina estatal.

Salo de Carvalho¹⁵⁸, por sua vez, dispõe que o interesse de resguardo da vítima não pode ser confundido com o objetivo da garantia de direitos individuais do réu em âmbito processual penal, não se prestando esse à consecução de justiça social. Para Salo, a proposta de amparo à vítima e de reparação do dano conduzem à privatização do processo penal, tornando-o inadequado para a resolução da lide.

A partir da lição de Salo de Carvalho, entende-se que há parcela da doutrina que advoga que a participação da vítima representaria o retorno dos tempos de

¹⁵⁷ São variadas as benesses trazidas pelo Código Penal de se ressarcir o dano antecipadamente ou condicionantes atreladas ao ressarcimento do dano. O artigo 33, §4º, do Código Penal prevê que, nos casos de crimes contra a administração pública, a progressão de regime do apenado apenas poderá se operar quando for concluída a reparação do dano causado ou, ao menos, a devolução do produto do ilícito com os acréscimos legais. A reparação do dano também é tratada como causa atenuante da pena e de arrependimento posterior, para a concessão de livramento condicional (artigo 83, IV, do Código Penal) e reabilitação (art. 94, III, do Código Penal). E, de outro lado, os reveses da não reparação do dano envolvem a revogação da suspensão condicional do processo, quando feita sem motivo justificado (artigo 81, II, do Código Penal).

¹⁵⁸ CARVALHO, Salo de. Considerações sobre as incongruências da justiça penal consensual: retórica garantista, prática abolicionista. In: CARVALHO, Salo de. WUNDERLICH, Alexandre (Org.). **Diálogos sobre a justiça dialogal**: teses e antíteses sobre os processos de informação e privatização da justiça penal. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002, p. 149-151.

institucionalização da vingança e, por conseguinte, a privatização do direito processual penal.

Entretanto, o sistema processual penal brasileiro, ao ser voltado apenas para a perseguição a crimes e a criminosos, descuidou sobremaneira da vítima. E não conferir tutela aos anseios e necessidades da vítima não significa zelar pela ausência de nuances vingativas no sistema. Muito pelo contrário, visto que o sistema já embute um alto pendor vingativo. Ao nutrir o seu propósito persecutório desatrelado de qualquer preocupação com as vidas e com os estados psicológicos afligidos pela prática criminosa, o sistema é completamente embebido por uma vingança que já lhe era intrínseca.

Resumidamente, tutelar a vítima não implica em semear vingança no sistema processual penal, mas simplesmente resguardar tudo e todos que foram atingidos pela prática criminosa.

Sendo assim, envolver a vítima na prática conciliatória nada tem de privatizar o direito processual penal, que ainda ostentará, em regra¹⁵⁹, sua natureza pública. Trata-se de concretizar benesses não apenas para o agente criminoso e para o aparelho estatal, mas também para o maior prejudicado pelo crime: a vítima.

Dessa forma, ao não incluir a vítima durante o procedimento conciliatório, as legislações processuais acabam por se distanciar do que se imagina ser a vontade do constituinte, enfraquecendo a normatividade constitucional.

4.4 DA CONSTITUCIONALIDADE DOS INSTITUTOS BRASILEIROS DE CONSENSUALIDADE PROCESSUAL PENAL

A partir de toda a análise realizada, nota-se que há uma expressa autorização constitucional para a consensualidade, ainda que processual penal, no artigo 98, I, da Constituição da República Federativa do Brasil, regra que deve harmoniosamente

¹⁵⁹ Diz-se “em regra” aqui porquanto a ação penal pública é pública na maior parte dos casos e não privada.

coexistir com as demais regras constitucionais, sobretudo os direitos e garantias fundamentais. Como o dispositivo constitucional mencionado é norma programática, a Lei nº 9.099/1995 veio a assumir primazia ao estabelecer as primeiras possibilidades de consensualidade processual penal. Após, outras legislações trouxeram novas hipóteses, cada uma com suas condicionantes específicas.

Destaca-se que a Constituição da República Federativa do Brasil que confere abrigo constitucional à possibilidade de consensualidade penal em seu artigo 98, inciso I, é a mesma que delimita a dignidade da pessoa humana como um dos seus fundamentos (art. 1º, III). A partir dessa previsão conferida a tão importante princípio, entende-se que a dignidade da pessoa humana é valor norteador de toda atuação estatal ou privada, em relações sociais horizontais e verticais de poder, de modo que todo o direito e o ordenamento jurídico é embebido pela resguardo à pessoa humana em sua faceta digna. Dessa forma, a análise da constitucionalidade das regras e condicionantes dos institutos de consensualidade brasileiros perpassa também a abordagem da dignidade da pessoa humana.

O enfrentamento de possíveis violações a princípios, a direitos e a garantias por tais regras e condicionantes demonstrou que há uma intensa flexibilização ou até vulneração desses pelos institutos de consensualidade processual penal. Em alguns casos, tolerar-se-ia que o acusado, voluntária e advertidamente, não exercesse seus direitos e garantias, a exemplo do desejo de confessar e não exercer seu direito de não produzir prova contra si mesmo, em prol de celebrar um consenso e escapar das agruras de uma ação penal.

Uma flexibilização que não desaguaria em uma inconstitucionalidade ou um ferimento à proteção jurídica do acusado é a atenuação do princípio da obrigatoriedade da ação penal, dando largo espaço de incidência para o princípio da oportunidade da ação penal como forma de acolher a consensualidade na seara processual penal. Em verdade, essa acentuação da tendência pendular do sistema entre a obrigatoriedade e a oportunidade da ação penal possui um componente de maior harmonização do texto constitucional, afinal se fazia imprescindível a sistematização de uma forma de conferir concretude ao artigo 98, I, da Constituição Federal.

No que concerne ao devido processo legal, a princípio, não haveria um potencial lesivo ao se adotar uma forma não usual de se enfrentar o processo e resolver a lide. Todavia, quando se vislumbra em um consenso a possível privação de bens ou até mesmo a privação da liberdade na colaboração premiada, sem que sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa ao acusado, não se pode falar na observância do devido processo legal em um patamar satisfatório à luz da Constituição Federal.

Aqui é de interesse rememorar a lição de Carlos Ayres Britto¹⁶⁰ a qual prevê que, na dúvida entre ampliar ou restringir a eficácia de uma norma da Constituição que prescreva um direito individual, a busca pela máxima eficácia da norma é o caminho correto, com o intuito de que os direitos e garantias individuais concretizem o princípio da dignidade da pessoa humana e limitem o poder do Estado.

Ante essas premissas, pode-se inferir que uma revisão dos institutos de consensualidade, sobretudo adotando regramentos mais propensos a um contraditório, sem que se proteja exageradamente o ato no tempo. É importante ter cautela com o prazo prescricional, afinal, caso assegurada oportunidade de defesa preliminar contra as imputações, haverá um maior período temporal em um ambiente pré-processual.

Dessa forma, vislumbra-se uma maior possibilidade de observância à ampla defesa, ao contraditório e, em última análise, ao devido processo legal pelos regramentos dos institutos de consensualidade processual penal, o que incrementaria a força normativa constitucional, conciliando o disposto no artigo 98, I e as disposições que preveem direitos e garantias ao acusado.

Essa alteração de perspectiva em relação ao tratamento do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal pelos institutos de consensualidade permitiria conduzir a balança de poderes no sistema acusatório a uma situação de menor desequilíbrio, ainda que a paridade de armas ainda não esteja equânime. Mas, decerto, haveria um maior equilíbrio como efetivamente se propõe o sistema acusatório.

¹⁶⁰ BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 201.

Esse movimento em busca de uma atenuação do desequilíbrio existente entre a acusação e o acusado pode ainda ter outro efeito positivo além de realmente efetivar a ideia de um sistema acusatório: minorar eventuais violações à dignidade da pessoa humana.

A partir das análises tecidas ao longo do trabalho, as possíveis ingerências que causem violações passíveis de serem enquadradas em malferimentos à dignidade da pessoa humana costumam ser oriundas do órgão acusatório. Ao se conter a extensão dos poderes acusatórios, tende-se a reter as possibilidades de que a acusação valha-se de seus poderes de forma abusiva, desrespeitosa à dignidade do acusado.

Uma atuação judicante mais próxima aos indícios e provas produzidos pelos órgãos de investigação em confronto com os termos da proposta de consensualidade é de préstimo para averiguar a consonância entre os indícios amealhados e a acusação realizada na proposta, sobretudo se há maturidade na investigação para já apontar um responsável pela infração penal. Essa conduta judicial também minaria posturas abusivas da acusação e caminharía no sentido do resguardo à dignidade humana dos envolvidos na lide penal.

Deve-se sempre frisar que o alcance de justiça também é um valor constitucional, inclusive a construção de uma sociedade justa é objetivo fundamental da República Federativa do Brasil (artigo 3º, I, Constituição Federal). Então, de nada vale lograr êxito em celebrar um consenso que não alcance justiça, por ter seguido meios não ortodoxos de convencimento do acusado.

Prosseguindo, a condicionante da confissão para celebração de um consenso foi apontada como o não exercício de uma garantia à não auto-incriminação pelo acusado ou até mesmo uma restrição excepcional à sua aplicação, desde que sob um contexto de farta informação e voluntariedade. Essa condicionante legislativa revestir-se-ia de uma opção conferida ao acusado por aceitar ou não a proposta, não se perfazendo de uma supressão da garantia à não-autoincriminação e da não obrigação de produzir prova contra si mesmo. O acusado opta por acatar a proposta de consenso ou não e, acolhendo-a, decide não exercer a sua garantia à não auto-incriminação, não havendo, pois, ferimento ao texto constitucional. Essa é a

visão que melhor atende a necessidade de se preservar a força normativa da Constituição brasileira.

Por derradeiro, o parco envolvimento da vítima e reduzida preocupação com que sejam assegurados seus interesses podem ser indicados como fatores que corroem a força normativa constitucional, na medida em que há direitos e garantias fundamentais trazidos ao texto pelo constituinte com vistas a tutelar a vítima ou até mesmo garantias e direitos conferidos aos indivíduos em geral para que não se tornem vítimas de crimes. A concretização desses direitos e garantias perpassa também a reparação aos bens jurídicos violados quando há a deflagração da prática criminosa. Desse modo, a inserção da vítima no consensualismo processual penal deve ser pauta premente, com toda a cautela necessária para não se privatizar tampouco semear a vingança no direito penal.

Em linhas gerais, a consensualidade processual penal possui guarida constitucional no inciso I do artigo 98. Entretanto, denota-se a presença de muitas regras de consensualidade que geram debate quanto à constitucionalidade.

A partir do esquadramento promovido, não se pode dizer, pois, que os institutos de consensualidade processual penal são inconstitucionais, mas que o regramento aplicável deságua na insuficiência do resguardo da ampla defesa, do contraditório, do devido processo legal e dos direitos da vítima.

A reversão dessa insuficiência não seria exequível pela via da declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, afinal não haverá a declaração de inconstitucionalidade de um dos possíveis sentidos da norma.

As demais flexibilizações ou opções pelo não exercício do direito ou garantia fazem parte do esforço para adequar o texto constitucional às nuances do presente, como forma de se preservar a força normativa da Constituição. Com isso, acolhe-se em maior medida o princípio da oportunidade da ação penal e certas flexibilidades toleráveis ao devido processo legal que não sejam violadoras de direitos e garantias, de forma a gerar efetividade ao artigo 98, I, da Constituição Federal, bem como a admitir a voluntariedade do indivíduo ao não exercer o seu direito à não auto-incriminação.

E essa visão é imprescindível como forma de se assegurar a força normativa da Constituição, à luz dos ensinamentos de Konrad Hesse.

Pode ser aventado, na exigência da confissão para que se celebre a consensualidade, o controle concentrado de constitucionalidade com interpretação da lei conforme a Constituição.

Luís Roberto Barroso aponta que a interpretação conforme a Constituição tem como modalidade “a leitura da norma infraconstitucional da forma que melhor realize o sentido e o alcance dos valores e fins constitucionais a ela subjacentes”¹⁶¹. Dessa maneira, a exigência de confissão para consecução da consensualidade pode ser interpretada conforme a Constituição para que se entenda que o direito de o preso permanecer calado que é consagrado no artigo 5º, LXIII, da Constituição Federal remanesce intacto, sendo que a proposta de consensualidade a um acusado não é cogente, de modo que o acusado não possa tomar outro caminho senão o da confissão e o da aceitação da proposta, havendo a possibilidade de, caso o acusado não queira abrir mão de seu direito ao silêncio, recusar a proposta, não havendo ferimento ao núcleo do direito fundamental ou inconstitucionalidade.

No que tange ao exercício da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal, como já debatido, não se vislumbra uma nulidade nas regras dos institutos de consensualidade, mas seria admissível uma declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade com apelo ao legislador, a fim de que ajuste tais normas ao parâmetro trazido pela Constituição¹⁶², de modo a resguardar a plenitude da eficácia desses direitos e garantias fundamentais, o que pode passar pelas sugestões tecidas acima e ao longo do trabalho, seja por uma defesa preliminar, seja pela investigação defensiva.

¹⁶¹ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 9. ed. em e-book. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 152-154.

¹⁶² Luís Roberto Barroso, em “O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência” (9. ed em e-book, p. 156-159), menciona caso julgado pelo Supremo Tribunal Federal de acordo com a técnica da declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade com apelo ao legislador: “[...] Essa foi a técnica de decisão utilizada pelo Supremo Tribunal Federal ao apreciar a inconstitucionalidade da lei que criou o Município de Luís Eduardo Magalhães, em desacordo com a Constituição. Tendo em vista a consolidação de diversas situações de fato e a grave insegurança que se geraria com o reconhecimento da sua nulidade, o Tribunal optou por declarar a inconstitucionalidade do diploma normativo, mas não pronunciar a nulidade, pelo prazo de 24 meses, apelando-se ao legislador para que sanasse a inconstitucionalidade dentro desse prazo. [...]”.

CONCLUSÃO

O enfrentamento da constitucionalidade de normas e de institutos é sempre uma tarefa de árdua complexidade. Com justificada razão essa atribuição é conferida à mais alta Corte Judiciária brasileira, o Supremo Tribunal Federal (artigo 102, I, a, Constituição Federal), que, ao assumir o status de corte constitucional, deve ditar o que está em conformidade com o sentimento de vontade de Constituição, à luz dos ensinamentos acerca da força normativa da Constituição apregoados por Konrad Hesse.

A mais efetiva salvaguarda da força normativa de uma Constituição é a manutenção da vontade de Constituição pelos indivíduos sujeitos a esse regramento jurídico específico, devendo haver uma consciência desse coletivo de que é imperiosa a necessidade de se guiar pelo que determina a Constituição a cujos ditames estão sujeitos. E, mesmo que haja contestações em relação às normas constitucionais, deve preponderar um sentimento comum de vontade de que as normas constitucionais sejam concretizadas.

Essa busca por conferir força normativa à Constituição associadamente à vontade de Constituição pela sociedade perpassa a constante e recíproca influência entre a Constituição e a realidade à qual ela está submetida, de forma com que o vigor e a duração da Lei Maior encontram-se intrinsecamente relacionados a essa capacidade de adaptar-se, mantendo sua força normativa.

A preservação do sentido fundante do texto constitucional é primordial, sem se descuidar da mutabilidade passível de conferir-lhe sentidos atualizados em conformidade com as forças de momento.

Correlacionando-se essas premissas acerca da força normativa da Constituição com a previsão programática de consensualismo albergada no artigo 98, I, da Constituição Federal, vê-se que a admissão de institutos processuais penais de consensualidade com força de atualizar e de flexibilizar concepções penais e processuais penais arraigadas é uma forma de corroborar a força normativa da

Constituição da República Federativa do Brasil. O que não desnatura a sensibilidade da matéria e a cautela com que se deve tratar a possibilidade de mutação nesse campo que envolve direitos e garantias fundamentais de acusados pela prática de crimes que podem conduzir à privação de liberdade.

Dessa forma, autorizou-se que, em um contexto de total informação sobre o que está sendo proposto, conscientização acerca dos direitos e garantias do acusado, ciência plena do que o acusado precisa renunciar ou não exercer caso aceite a oferta de consenso, não haveria violação a princípios, a direitos e a garantias que tornasse inconstitucionais os institutos de consensualidade. Pelo contrário, seria a legitimação da capacidade dos atores jurídicos processuais penais de cooperar e consensualizar.

Afinal, para maximizar as chances de se alcançar um consenso é interessante que haja concessões recíprocas pelas partes em litígio, faceta clássica da transação. Desse modo, o não exercício de um direito ou de uma garantia pelo acusado seria a concessão necessária de sua parte para a celebração do consenso penal. E, do lado do órgão responsável pela acusação, as concessões residiriam na renúncia à persecução penal, com a concordância por uma forma alternativa de se resolver o litígio penal.

Para que se alcance esse estado ideal de coisas, o princípio da não persecução conflitiva afigura-se como um relevante norte hermenêutico com vistas a consagrar efetivamente um sistema cujo escopo primário seja o consenso como via resolutiva de conflitos, inclusive processuais penais, diversa do litígio propriamente dito. Esse princípio teria em sua composição outros princípios que regeriam uma visão não conflitiva, como os princípios da eficiência da persecução penal, da efetividade, da economia processual, da simplicidade, da informalidade, da instrumentalidade das formas consensuais.

Considerando que muitas vezes o consenso deflagra-se em um ambiente pré-processual, ainda em fase de investigações, algumas garantias processuais como o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal não são satisfatoriamente incindíveis nos instrumentos de consensualidade. E isso acarreta uma acentuada concentração de poderes sob titularidade do órgão acusatório, na

medida em que ele está de porte de todos os indícios que embasam ou não a acusação embutida na proposta de consenso. De outro lado, o acusado pode não ter acesso à íntegra dos autos investigativos, estando alheio a suficiência ou insuficiência dos elementos indiciários, bem como sujeito a possíveis abusos de acusação.

Neste ponto, a ausência de plenitude de ampla defesa e de contraditório tornam-se um revés de possível gravidade para o alcance de justiça na consensualidade, uma vez que o acusado está à mercê da acusação que lhe é impingida sem que possa defender-se a contento. Aqui, então, emerge-se a necessidade de se revisar os regramentos dos institutos de consensualidade, de forma que seja assegurado o contraditório e a ampla defesa, em patamares razoáveis para não retirar a dignidade do acusado e também não obstaculizar a investigação. E, dessa forma, o acusado e sua defesa técnica poderiam escolher, em um momento pré-processual, entre exercer ou não seu direito de defesa.

A falta de um maior envolvimento da vítima também foi observado como um revés dos atuais métodos de consensualidade processual penal, que, apesar do risco de privatizar o direito processual penal e de abrir espaço para a vingança, deveriam adotar, com o comedimento necessário, um maior envolvimento da vítima, em seus anseios e necessidades, haja vista ser a principal afetada pelo crime perpetrado.

Para além da parca garantia ao contraditório e à ampla defesa e da celeuma envolvendo o não exercício do direito a não produzir prova contra si mesmo na condição de confissão para o alcance do consenso, não se verificam inconstitucionalidades nos institutos de consensualidade processual penal brasileiros.

Dessa forma, a hipótese de pesquisa foi confirmada, apenas com a ressalva de que o legislador deveria atuar de forma mais efetiva para resguardar uma maior proteção da vítima do crime, bem como a plenitude dos direitos e garantias fundamentais do acusado, a fim de que ele e sua defesa técnica tenham a capacidade de escolher entre exercê-los ou não.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Vera Ribeiro de. Consenso à brasileira: exame da justiça consensual criminal sob perspectiva antropológica. In: **Dilemas**, v. 7, n.3, jul./ ago./set., 2014, p. 731-765.

AMERICAN BAR ASSOCIATION. **Criminal Justice Standards for The Defense Function**. 4. ed. 2017. Disponível em: <https://www.americanbar.org/groups/criminal_justice/standards/DefenseFunctionFourthEdition/>. Acesso em: 05 mar. 2024.

ANDERY, Fernanda Rezek. As regras de Tóquio. In: **Revista da Faculdade de Direito da UFG**, Goiânia, v. 23, n. 1, p. 149-158, 2010.

ANDRADE, Flávio da Silva. **Justiça penal consensual**: controvérsias e desafios. 2. ed. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022.

ARAS, Vladimir. Acordos penais no Brasil: uma análise à luz do direito comparado. In: CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. SOUZA, Renee do Ó. CUNHA, Rogério Sanches. BARROS, Francisco Dirceu (Coord.). **Acordos de não persecução penal e cível**. Salvador: Editora Juspodivm, 2021.

ÁVILA, Henrique. CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Gestão judicial e solução adequada de conflitos: um diálogo necessário. In: **Soluções pacíficas de conflitos**: para um Brasil moderno. CURY, Augusto (org.). Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 169-181.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito à prova e os limites lógicos de sua admissão**: os conceitos de pertinência e relevância. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/879501/mod_resource/content/1/U9%20-%20Badaro%20-%20Direito%20a%20prova%20e%20os%20limites%20logicos.pdf> Acesso em: 12. dez. 2021.

_____. **Epistemologia judiciária e prova penal**. 1. ed. *e-book*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

BARROS, Flaviane de Magalhães. A vítima de crimes e seus direitos fundamentais: seu reconhecimento como sujeito de direito e sujeito do processo. In: **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, n. 13, p. 309-334, jan./jun. 2013.

BARROS, Francisco Dirceu. **Acordos criminais**. Leme: JH Mizuno, 2020.

_____. Princípios estruturantes do acordo de não persecução penal. In: CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. SOUZA, Renee do Ó. CUNHA, Rogério Sanches. BARROS, Francisco Dirceu (Coord.). In: **Acordos de não persecução penal e cível**. Salvador: Editora Juspodivm, 2021.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 7. ed. em e-book. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. _____. 9. ed. em e-book. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

BÉLTRAN, Jordi Ferrer. **Prova e verdade no direito**. MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. (Coord.). Traduzido por Vitor de Paula Ramos. 1. ed. e-book. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

BENTHAM, Jeremy. **Traité des preuves**. v. II. Paris: Bossange Frères, 1823.

_____. **An introduction to the principles of morals and legislation**. Kitchener: Batoche Books, 2000.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição [da] República Federativa do Brasil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 6 out. 1988. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 28 fev. 2022.

_____. Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004. **Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional**. Brasília, 15 mar. 2004. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm. Acesso em: 10 fev. 2024.

_____. Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006. **Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção**. Brasília, 01º fev. 2006. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5687.htm. Acesso em: 10 fev. 2024.

_____. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Brasília, 24 out. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 10 jun. 2022.

_____. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. **Dispõe sobre os juizados especiais cíveis e criminais e dá outras providências**. Brasília, 27 out. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm. Acesso em: 10 mai. 2022.

_____. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. **Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências**. Brasília, 01 dez. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm. Acesso em: 15 jun. 2022.

_____. Lei nº 12.850, de 2 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; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências.** Brasília, 5 ago. 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em: 28 mai. 2022.

_____. Lei nº 13.964, de 25 de dezembro de 2019. **Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal.** Brasília, 24 dez. 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13964.htm. Acesso em 10 jun. 2022.

BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da constituição.** Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 201.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Justiça multiportas, desjudicialização e administração pública. In: **Desjudicialização, justiça conciliativa e poder público.** ÁVILA, Henrique. WATANABE, Kazuo. NOLASCO, Rita Dias. _____. (Coord.). 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. *E-book*.

CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. Plea bargaining e justiça criminal consensual: entre os ideais de funcionalidade e garantismo. In: Custos Legis. **Revista Eletrônica do Ministério Público Federal.** Disponível em: http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista/2012_Penal_Processo_Penal_Campos_Plea_Bargaining.pdf. Acesso em: 28 fev. 2021.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da operação lava jato. In: **Revista brasileira de ciências criminais**, São Paulo, v. 133, p. 133-171, jul. 2017, Editora RT.

_____. **Direito constitucional.** 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

_____. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2012.

CARVALHO, Salo de. Considerações sobre as incongruências da justiça penal consensual: retórica garantista, prática abolicionista. In: CARVALHO, Salo de. WUNDERLICH, Alexandre (Org.). **Diálogos sobre a justiça dialogal:** teses e antíteses sobre os processos de informação e privatização da justiça penal. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002, p. 149-151.

_____. Substitutivos penais na era do grande encarceramento. In: **Revista Científica dos Estudantes de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, v. 2, n. 2, nov. 2010, p. 8.

CARVALHO, Thiago Fabres de. ANGELO, Natieli Giorisatto de. BOLDT, Raphael. **Criminologia crítica e justiça restaurativa no capitalismo periférico.** 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Safe - Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

COELHO, Inocêncio Mártires. Konrad Hesse: uma nova crença na constituição. In: **Revista de informação legislativa**. v. 28, n. 110, p. 51-68, abr.jun. Senado Federal: Brasília, 1991.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Guia programa de leniência antitruste do CADE**. Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/2020-06-02-guia-do-programa-de-leniencia-do-cade.pdf>>. Acesso em: 20 fev. 2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências**. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2289>>. Acesso em: 20 out. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Regras de Tóquio**: regras mínimas padrão das Nações Unidas para a elaboração de medidas não privativas de liberdade. Brasília: Departamento de monitoramento e fiscalização do sistema carcerário e do sistema de execução de medidas socioeducativas, 2016. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/6ab7922434499259ffca0729122b2d38-2.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2023.

CRESPO, Mariana Hernadez. **Tribunal Multiportas**: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil. ALMEIDA, Rafael Alves de. ALMEIDA, Tania. _____ (Org.). Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012.

DIAS, Ricardo Gueiros Bernardes. FANTIN, Iago Abdalla. A negociação na justiça criminal no Brasil e o *plea bargaining*. In: **E-civitas**: Revista científica do curso de direito do UNIBH, Belo Horizonte, v. x, n. 2, dez./2017, p. 166-200.

DIMOULIS, Dimitri. LUNARDI, Soraya. **Curso de processo constitucional**: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais. 4. ed. em e-book. São Paulo: Atlas, 2016.

ELSTER, Jon. SLAGSTAD, Rune. **Constitucionalismo y democracia**. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 1999. Traducción de Mónica Utrilla de Neira.

FABRETTI, Humberto Barrionuevo. SILVA, Virgínia Gomes de Barros e. O sistema de justiça penal negociada em matéria criminal: reflexões sobre a experiência brasileira. In: **Revista Direito UFMS**, Campo Grande, v. 4, n. 1, jan../jun, 2018.

FADEL, Francisco Ubirajara Camargo. Breve história do direito penal e da evolução da pena. In: **REJUR**. n. 1, p. 60-69, jan.-jun./2012.

FONSECA, Reynaldo Soares da. **O princípio constitucional da fraternidade**: seu resgate no sistema de justiça. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 19.

HIRECHE, Gamil Föppel El. **A função da pena na visão de Claus Roxin**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

HULSMAN, Louk. CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas: o sistema penal em questão**. v. 5. 3. ed. Trad.: Maria Lúcia Karam. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

JEVEAUX, Geovany Cardoso. **Teorias do estado e da constituição**. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2015.

KESSLER, Gladys. FINKELSTEIN, Linda J. **The evolution of a multi-door courthouse**. Columbus: Catholic University Law Review, 1988. v. 37. p. 577-590.

KHALED JUNIOR, Salah Hassan. A produção analógica da verdade no processo penal: desvelando a reconstrução narrativa dos rastros do passado. In: **Revista brasileira**, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 166-184, 2015.

KNIJNIK, Danilo. Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. (Red. chefe) **Revista Forense**, v. 353, fev. 2001, p. 15-52. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

LEITE, André Estima de Souza. O sistema acusatório já positivado no Brasil e os entraves à sua efetivação. In: **Desafios contemporâneos do sistema acusatório**. TINÔCO, Livia Nascimento. FRISCHEISEN, Luiza Cristina. SILVA, Rodrigo Antônio Tenório Correa da. AMORIM JUNIOR, Silvio. ARAS, Vladimir Barros. (Org.). Brasília: ANPR, 2018.

LEITE, Rosimeire Ventura. **Justiça consensual como instrumento de efetividade do processo penal no ordenamento jurídico brasileiro**. 2009. Tese de doutorado (doutorado em direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.

LEMONS, Jordan Tomazelli. Análise da teoria utilitarista aplicada ao instituto da colaboração premiada. In: **Teorias da justiça na prática**. JEVEAUX, Geovany Cardoso. CUNHA, Ricardos Almagro Vitoriano. (Org.). v. 2, e-book, p. 48-61, Vitória: Seção Judiciária do Espírito Santo, 2022.

LIPPKE, Richard L. **The etics of plea bargaining**. Oxford: Oxford University Press, 2011. E-book.

LOPES, Alexandre Fortuna. LOPES, Marcela Rodrigues Pavesi. A importância da vítima na construção de um consenso em âmbito penal. In: RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. FELIX, Juliana Nunes. SOUZA, Marcelo Weitzel Rabello de. **Os direitos das vítimas: reflexões e perspectivas**. v. 1. Brasília: ESMPU, 2023.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Luiz. **Prova e convicção**. 3. ed. *e-book*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MARTINS, Robson. MARTINS, Érika Silvana Saquetti. **Os acordos de leniência e a possibilidade de dupla ou tripla punição na esfera pública**. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/364502/os-acordos-de-leniencia-e-a-possibilidade-de-dupla-ou-tripla-punicao>>. Acesso em: 20 fev. 2024.

MEDEIROS, Pamela Ivellize Pamplona Galvao de. A justiça consensual na construção da cidadania: uma reflexão dos 20 anos de aplicação das medidas alternativas da Lei 9099/95. In: **Revista de Formas consensuais de solução de conflitos**. v. 1. n. 2. jul./dez. 2015, Minas Gerais. p. 271-300.

MILL, John Stuart. **Utilitarismo**. Tradução de Pedro Galvão. Porto: Porto Editora, 2005.

MÜLLER, Julio Guilherme. **Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova**: análise econômica e jurídica. MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel (Coord.). 1. ed. *e-book*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

NASCIMENTO, Rogério José Bento Soares do. Não há ônus de provar no processo penal acusatório democrático. In: **Temas processuais, prova e persecução patrimonial**: coletânea de artigos. v. 6. 2ª Câmara de Coordenação e Revisão (Coord.). Brasília: MPF, 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **O valor da confissão como meio de prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 83.

OLIVEIRA, Cristina Rego de. **Mediação penal e justiça**: da ética da alteridade como fundamento filosófico para a adoção das práticas restaurativas. Curitiba: Juruá, 2013.

OLIVEIRA, Paulo Cosme de. Violência social e saúde mental: aspectos jurídicos. In: **Boletim Interfaces da Psicologia da UFRuralRJ**, Rio de Janeiro, 2008, 2º seminário, p. 31-38.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração universal dos direitos humanos**. Disponível em: <<https://www.ohchr.org/en/human-rights/universal-declaration/translations/portuguese?LangID=por>>. Acesso em: 15 mar. 2024.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal. 2. ed. *E-book*. São Paulo: Saraiva, 2012.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Jussara Simões. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

RAYOL, Rafael Ribeiro. Princípio acusatório e alguns reflexos de sua aplicação. In: **Desafios contemporâneos do sistema acusatório**. TINÔCO, Livia Nascimento. FRISCHEISEN, Luiza Cristina. SILVA, Rodrigo Antônio Tenório Correa da. AMORIM JUNIOR, Silvio. ARAS, Vladimir Barros. (Org.). p. 75-109. Brasília: ANPR, 2018.

ROCHA, Lucas Ramos Krause dos Santos. AMARAL, Thiago Bottino do. A exigência da confissão no acordo de não persecução penal sob a óptica da análise econômica do direito. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 191/2022, p. 261-284, jul.-ago./2022, Revista dos Tribunais.

ROZÁRIO, Charles Francisco. A delação premiada na perspectiva da justiça e da moral kantiana. In: **Teorias da justiça na prática**. JEVEAUX, Geovany Cardoso. CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. (Org.). v. 1, e-book, p. 158-172. Vitória: Seção Judiciária do Espírito Santo, 2022.

SANDEL, Michael J. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. Tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 6. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SANTOS, Marcus Renan Palácio de Moraes Claro dos. **O direito ao silêncio no processo penal**: uma abordagem sobre o princípio nemo tenetur se detegere. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

SICA, Leonardo. **Justiça restaurativa e mediação penal**: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SILVA, Marco Antonio Marques da. **Acesso à justiça penal e estado democrático de direito**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001.

SILVA, Wéberton Pereira da Cruz. FARIA, André. Contraditório pleno entre as partes como limitador constitucional da substitutividade jurisdicional no processo penal. In: **Temas processuais, prova e persecução patrimonial**: coletânea de artigos. v. 6. 2ª Câmara de Coordenação e Revisão (Coord.). Brasília: MPF, 2019.

SOUSA, Marllon. **Plea bargaining no Brasil**: o processo penal por meio do equilíbrio entre o utilitarismo processual e os direitos fundamentais do réu. 3. ed. São Paulo: Editora JusPodivm, 2021.

SOUZA, Luanna Tomaz. FABENI, Lorena Santiago. Dos juizados especiais criminais à justiça restaurativa: a "justiça consensual" no Brasil. In: **Lex Humana**: revista do programa de pós-graduação em direito da UCP, Petrópolis, v. 5, n. 1, p. 136-159, 2013, Impactum Coimbra University Press.

SOUZA, Renee do Ó. Algumas respostas sobre o acordo de não persecução penal. In: CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. SOUZA, Renee do Ó. CUNHA, Rogério Sanches. BARROS, Francisco Dirceu (Coord.). **Acordos de não persecução penal e cível**. Salvador: Editora Juspodivm, p. 207-251, 2021.

_____. CUNHA, Rogério Sanches. Legalidade do acordo de não persecução penal: opção legítima de política criminal. In: **Temas processuais, prova e persecução**

patrimonial: coletânea de artigos. v. 6. 2ª Câmara de Coordenação e Revisão (Coord.). Brasília: MPF, 2019.

SOUZA, Siomara Márcia de Araújo. **Penas alternativas**: redução da reincidência e ressocialização. 2008. Monografia (Pós-graduação em direito) - Especialização em cidadania, direitos humanos e segurança pública, Universidade Federal do Ceará. Fortaleza, 2008.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Jurisprudência em teses**. ed. 193, n. 2. Brasília, 2022.

_____. _____. ed. 193, n. 5. Brasília, 2022.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. Acordo de não persecução penal: alternativa à judicialização do caso penal. In: CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. SOUZA, Renee do Ó. CUNHA, Rogério Sanches. BARROS, Francisco Dirceu (Coord.). **Acordos de não persecução penal e cível**. Salvador: Editora Juspodivm, 2021.

TABORDA, Vitória Rayana de Oliveira. Mediação e justiça restaurativa e as experiências junto à extensão universitária na Unijuí. In: **XXIII Jornada de Extensão**, Ijuí, 2020, p. 1-6.

TARUFO, Michele. **La prueba de los hechos**. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

TOFFOLI, José Antonio Dias. PERES, Livia Cristina Marques. Desjudicialização conforme a constituição e tratamento adequado dos conflitos de interesse. In: **Desjudicialização, justiça conciliativa e poder público**. ÁVILA, Henrique. WATANABE, Kazuo. NOLASCO, Rita Dias. CABRAL, Trícia Navarro Xavier. (Coord.). 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. *E-book*.

TURESSI, Flávio Eduardo. PONTE, Antonio Carlos da. Tutela penal de interesses difusos, justiça penal negociada e os novos desafios do Ministério Público. In: **Argumenta journal law**, n. 36, Jacarezinho-PR, jan./abr., 2022, p. 343-374.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Acordo de não persecução penal**. e-book. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

_____. **Acordo de não persecução penal e a expansão da justiça criminal negocial**: natureza, retroatividade e consequências ao descumprimento. In: Boletim Revista dos Tribunais Online, maio/2022, v. 27/2022.

_____. Críticas à barganha no processo penal: inconsistências do modelo proposto no projeto de Código de Processo Penal. In: **Quaestio iuris**, v. 9, n. 3, Rio de Janeiro, 2016.

_____. Justiça criminal negocial e direito de defesa: os acordos no processo penal e seus limites necessários. In: **Boletim especial justiça penal negocial**, ano 29, n. 344, jul., Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2021.

VIEIRA, Renato Stanzola. **Controle da prova penal**: obtenção e admissibilidade. 1. ed. *e-book*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.