

CAIO NOGUEIRA DOMINGUES DA FONSECA

O controle judicial no acordo de não persecução penal

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Doutor Marcos Alexandre Coelho Zilli

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

2022

CAIO NOGUEIRA DOMINGUES DA FONSECA

O controle judicial no acordo de não persecução penal

Versão Corrigida da Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito na área de concentração Direito Processual, sob a orientação do Professor Doutor Marcos Alexandre Coelho Zilli.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

2022

Catalogação da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Fonseca , Caio Nogueira Domingues

O controle judicial no acordo de não persecução penal ; Caio Nogueira Domingues Fonseca ; orientador Marcos Alexandre Coelho Zilli -- São Paulo, 2022.

305

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2022.

1. Resolução do conflito penal. 2. Justiça negociada. 3. Controle judicial. 4. Acordo de não persecução penal. 5. Papel do juiz. I. Zilli, Marcos Alexandre Coelho , orient. II. Título.

Nome: FONSECA, Caio Nogueira Domingues da.

Título: **O controle judicial no acordo de não persecução penal**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito na área de concentração Direito Processual, sob a orientação do Professor Doutor Marcos Alexandre Coelho Zilli.

Aprovado em: _____

Banca examinadora:

Presidente (Orientador): Prof. Dr. Marcos Alexandre Coelho Zilli.

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

AGRADECIMENTOS

Muitos são os agradecimentos que devo fazer. Por essa razão, peço desculpas, antecipadamente, caso não cite expressamente a todos que contribuíram com críticas, sugestões para que a pesquisa e a dissertação chegassem à sua conclusão.

Ao Professor Doutor Marcos Alexandre Coelho Zilli, de quem tive a honra de ser orientando. Agradeço à confiança e aos ensinamentos transmitidos em amistosas horas de conversas ao longo desses anos, as quais me impulsionaram no decorrer dessa orientação. A quem agradeço, ainda, pelo zelo com esse trabalho e, sobretudo, pela paciência.

Em especial, agradeço à Beatriz, cujo amor, paciência, companheirismo e entusiasmo me ajudaram a não esmorecer e seguir em frente desde os primeiros momentos em que me propus a enfrentar esse desafio. Obrigado por tudo.

A todos os professores das disciplinas cursadas no programa de pós-graduação. Aos professores Doutores Marta Saad e Fábio Bechara, examinadores da banca qualificação, pelas importantes críticas à estrutura deste trabalho e que muito auxiliaram no esperado aperfeiçoamento desta pesquisa. Aos amigos e colegas que a pós-graduação me apresentou, meu agradecimento pelo convívio e pelas vibrantes discussões que me auxiliaram a ver e entender pontos de vistas diferentes, o que muito me ajudou durante a pesquisa.

Aos professores doutores José Raul Gavião de Almeida e Luiz Roberto Salles Souza, pelo apoio, pelas discussões e conselhos no decorrer deste trabalho. À professora Doutora Zilda Iokoi, meu infindável agradecimento.

Aos meus amigos de todos os dias Pedro Iokoi, Bruno Paiva, Adriano Scalzaretto, Bruno Almeida e Gustavo Jonasson, sem os quais o presente trabalho não seria possível. Dirijo-me ainda aos meus amigos e colegas de escritório, pelo companheirismo, tolerância e, principalmente, pela paciência durante todos esses anos. A minha eterna gratidão.

Aos amigos Abílio Junqueira, Alexandre Querino, Conrado Almeida Prado, Eduardo Botto, Fabricio Paulino, Francisco Woolf, Vinicius Mendes, Paulo Peres, Rafael Queiroz, Leonardo Benedini, Victor Barini, José Milani, Fausto Mantovani, Eduardo Chama, Breno Gonçalves e Rubens Carnevale que, mesmo distantes, se fizeram presentes.

Agradeço à minha família por entender as minhas privações em tantos momentos de lazer e confraternização em que estive ausente. Aos meus pais Amélia e Lincoln, minha avó Oneide, aos meus irmãos José Neto e Livia. Aos meus sogros Roberto e Rosana. A Sebastião Neto, Elza, Terezinha, Giovanna, Maria Paula e José Amaral. Obrigado pela amizade e apoio. À minha família.

RESUMO

FONSECA, Caio N.D. **O controle judicial no acordo de não persecução penal.** 2022. 303f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022.

Este trabalho tem como objetivo o estudo do controle judicial no acordo de não persecução penal. Busca, primeiramente, o estudo e o desenvolvimento deste tema, e sugere uma nova terminologia para as formas de resolução do conflito penal, quais sejam, *solução conflituosa* e *solução negociada*. A partir disso, passa-se pela análise dos efeitos do intercâmbio de institutos entre os sistemas jurídico anglo-saxônico e romano germânico; para, com isso, buscar identificar as consequências que essas interações ocasionaram nos poderes e papéis atribuídos aos atores jurídicos no âmbito do processo. O estudo aborda, ainda, os poderes reservados aos magistrados dos sistemas jurídicos dos Estados Unidos, França, Portugal, Itália e Alemanha para o exercício do controle judicial em institutos de justiça negociada, em especial naqueles que guardam maior semelhança com o acordo de não persecução penal brasileiro. Estuda-se também, a introdução de mecanismos de justiça negociada no ordenamento jurídico. O trabalho aborda, ainda, a evolução do papel destinado aos juízes no processo penal brasileiro, em especial com a introdução do juiz das garantias em nosso ordenamento jurídico. Por fim, o estudo aborda especificamente os alcances e limites do controle judicial sobre a regularidade, legalidade e voluntariedade no âmbito do acordo de não persecução penal.

Palavras-chave: Resolução do conflito penal. Justiça negociada. Controle judicial. Acordo de não persecução penal. Papel do juiz.

ABSTRACT

FONSECA, Caio N. D. **Judicial control in the non-criminal prosecution agreement.** 2022. 303f. Dissertation (Master) – Law School, University of São Paulo, São Paulo, 2022.

This work aims to study judicial control in the non-criminal prosecution agreement. It seeks, to start, the study of the development and a new terminology is suggested for the forms of resolution of the criminal conflict, namely, confrontational solution and negotiated solution. From this, the analysis of the effects of the exchange of institutes between the Anglo-Saxon and Roman-Germanic legal systems is analyzed in order to, therefore, identify the consequences that these interactions had on the powers and roles assigned to legal actors within the scope of the process. The study also addresses the powers reserved for magistrates of the legal systems of the United States, France, Portugal, Italy, and Germany to exercise judicial control in institutes of negotiated justice, especially in those that bear the greatest similarity to the Brazilian non-criminal prosecution agreement. The introduction of mechanisms of negotiated justice in the legal system is also studied. The work also addresses the evolution of the role assigned to judges in the Brazilian criminal procedure, especially with the introduction of the guarantee judge in our legal system. Finally, the study specifically addresses the scope and limits of judicial control over regularity, legality, and willingness within the scope of the non-criminal prosecution agreement.

Keywords: resolution of criminal conflict. Justice negotiated. Judicial control. non-criminal prosecution agreement. Role of the judge.

LISTA DE QUADROS

Quadro 1 - Comparativo entre os Projetos de Lei e a Norma Sancionada	206
----------------------------------------------------------------------------	-----

SUMÁRIO

RESUMO	9
INTRODUÇÃO	19
1. CAPÍTULO 1 - FORMAS DE RESOLUÇÃO DO CONFLITO PENAL	25
1.1. Solução conflituosa.....	25
1.2. Solução negociada	31
1.2.1. Justiça negociada e consensual: análise das suas distinções	35
1.3. Expansão da solução negociada do conflito penal.....	38
1.3.1. Influência do modelo estadunidense	42
2. CAPÍTULO 02 - SOLUÇÃO NEGOCIADA E CONTROLE JUDICIAL: ANÁLISE COMPARADA.....	49
2.1. Nota introdutória: justificativa da escolha das jurisdições analisadas.....	49
2.1.1. Benefícios e obstáculos da análise comparada	49
2.1.2. Controle judicial nos institutos de solução negociada: Experiência estrangeira.....	51
2.2. Estados unidos	53
2.2.1. Mecanismos de solução negociada no sistema estadunidense.....	55
2.2.1.1. Controle judicial no deferred prosecution agreement.....	60
2.3. França.....	66
2.3.1. Mecanismos de solução negociada no modelo francês	67
2.3.1.1. Controle judicial na composition	69
2.4. Portugal.....	71
2.4.1. Mecanismos de solução negociada no ordenamento português.....	73
2.4.1.1. Controle judicial na suspensão provisória do processo	76
2.5. Alemanha	84
2.5.1. Mecanismos de solução negociada no sistema alemão	86
2.5.1.1. Controle judicial no arquivamento sob condições	91
2.6. Itália	92
2.6.1. Mecanismos de solução negociada no sistema italiano.....	94
2.6.1.1. Controle judicial nos institutos de solução negociada no sistema italiano	99
3. CAPÍTULO 03 - ACORDOS PROCESSUAIS PENAIS NO BRASIL.....	103
3.1. Análise histórico-evolutiva da solução negociada e o controle judicial no processo penal brasileiro	103
3.1.1. A Constituição Federal de 1988.....	104
3.1.2. Primeira onda negociada: Lei nº 9.099/95.....	105
3.1.2.1. Controle judicial na transação penal e suspensão condicional do processo.....	107
3.1.3. Segunda onda negociada: Acordos de colaboração premiada.....	109
3.1.3.1. Expansão dos acordos de colaboração premiada	111
3.1.3.2. O controle judicial no acordo de colaboração premiada.....	115

3.1.4.	Terceira onda negociada: Acordo de não persecução penal	117
3.1.4.1	Tentativa de mitigação do controle judicial no acordo de não persecução penal	122
3.1.4.2.	A recepção do acordo de não persecução penal pela legislação processual.....	124
3.1.4.3.	Breve análise dos conceitos e características que envolvem o ANPP recepcionado pelo legislador	126
4.	CAPÍTULO 04 - DESENVOLVIMENTO DO DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO À LUZ DO PAPEL DOS JUÍZES	131
4.1.	Nota introdutória	131
4.1.1.	O Código de Processo Penal de 1941	133
4.1.2.	Constituição de 1988 e sua repercussão no processo penal	137
4.1.3.	Devido processo constitucional	144
4.1.4.	O devido processo legal	147
4.1.5.	Devido processo legal no ordenamento jurídico brasileiro	152
4.2.	O devido processo penal.....	154
4.2.1.	A reforma do CPP em 2019: Formatação do juiz controlador da correta aplicação das garantias fundamentais	158
4.2.2.	O controle das garantias fundamentais no ANPP	163
5.	CAPÍTULO 05 – OS ALCANCES E LIMITES DO CONTROLE JUDICIAL NO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL	169
5.1.	Controle judicial nas diferentes etapas do acordo de não persecução penal	169
5.1.1.	Leis mista e direito intertemporal: Aplicação retroativa do acordo de não persecução penal	172
5.2.	Propositura do acordo de não persecução penal.....	180
5.2.1.	Momento reservado à propositura do acordo	187
5.2.2.	Alcances e limites do controle judicial na etapa de propositura do acordo	190
5.3.	Verificação da regularidade e legalidade do acordo de não persecução penal	193
5.4.	Controle judicial sobre os pressupostos e requisitos de cabimento do acordo de não persecução penal.....	195
5.4.1.	Não ser caso de arquivamento	196
5.4.2.	Confissão formal e circunstancial	205
5.4.3.	Infração penal praticada sem violência ou grave ameaça	210
5.4.4.	Crime com pena mínima inferior a quatro anos	212
5.4.5.	Acordo seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime	214
5.4.6.	Não seja cabível a transação penal	216
5.4.7.	Inexistência de elementos que indiquem habitualidade, reiteração ou criminalidade profissional	218
5.4.8.	Não ter sido o agente beneficiado por acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão penal do processo nos cinco anos anteriores à infração penal . 220	
5.4.9.	Não se tratar de crime praticado no âmbito doméstico ou familiar ou por razões da condição do sexo feminino	221

5.5.	Controle judicial das condições do acordo de não persecução penal	222
5.5.1.	Reparação do dano ou restituição da coisa à vítima.....	225
5.5.1.1.	Reparação do dano nos crimes tributários	228
5.5.2.	Renúncia voluntária a bens e direitos	231
5.5.3.	Prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas.....	232
5.5.4.	Pagamento de prestação pecuniária.....	234
5.5.5.	Outra condição indicada pelo Ministério Público	235
5.6.	Controle judicial sobre a voluntariedade do acordante.....	238
5.6.1.	Momento destinado ao controle judicial da voluntariedade: Audiência especial do acordo de não persecução penal	239
5.6.1.1.	Primeiro momento da audiência: Verificação da voluntariedade	241
5.6.1.2.	Segundo momento da audiência: Controle sobre a ciência dos requisitos e condições negociadas	245
5.6.2.	Audiência de acordo nos processos em andamento	246
5.6.3.	O acordo de não persecução penal na audiência de custódia	247
5.7.	Controle judicial do acordo de não persecução penal negociado na esfera recursal	255
5.8.	Homologação judicial do acordo de não persecução penal	261
5.8.1.	Efeitos da decisão homologatória	263
5.9.	Controle judicial na execução do acordo de não persecução penal.....	264
5.9.1.	Cumprimento do acordo e declaração judicial de extinção da punibilidade	265
5.9.2.	Descumprimento do acordo e suas consequências: Necessário controle judicial do uso da confissão exigida para a celebração do acordo de não persecução penal.....	266
5.10.	O controle judicial do acordo de não persecução penal na competência originária dos Tribunais	269
5.10.1.	Acordo de não persecução penal na Justiça Eleitoral	274
5.10.2.	O acordo de não persecução penal no âmbito da Justiça Militar	276
CONCLUSÃO		279
REFERÊNCIAS		285
Bibliografia.....		285
legislação e jurisprudência		300

INTRODUÇÃO

O fenômeno do intercâmbio e interações de institutos entre sistemas processuais cuja marca genética é contraposta, tal como ocorre nos modelos anglo-americanos e continentais, teve como consequência a hibridização¹, em maior ou menor grau, desses modelos seculares de processo, em especial a partir da segunda metade do Século XX, E transcendeu as fronteiras seculares que os separava.

O rompimento desses limites ganhou força no final da década de 80 deste mesmo século à medida que a globalização se tornou uma realidade que não seria mais contida. Isso se deve, em parte, pela tradução de institutos de negociação judicial do sistema adversarial americano², que acaba por estabelecer um ambiente mais favorável à abertura de canais e espaços de negociação entre as partes sobre os rumos da persecução penal.

No processo penal, a transcendência de fronteiras entre modelos processuais de tradição antagônicas fez com que organismos de genética estranha passassem a coexistir, o que provocou a uma certa aproximação entre os sistemas anglo-saxão e romano-germânico. Essa nova face dos processos penais originada pela hibridização levou à ruptura na maneira como certos ordenamentos jurídicos enxergavam o papel dos atores no processo, o que provocou uma pressão pelo reequilíbrio dos poderes processuais dos atores jurídicos, em especial com a expansão dos mecanismos de solução negociada do conflito penal.

Reflexo desse movimento de hibridização dos sistemas processuais foi sentido com a ruptura causada pela Constituição Federal de 1988 – a primeira a consagrar expressamente a cláusula do devido processo legal originária do modelo o anglo-saxão – no papel desenhado pelo constituinte para atuação dos atores no processo penal. A Carta, além de estabelecer inúmeras garantias, elegeu um sistema processual de caráter acusatório cuja lógica informadora se assenta na expressa separação das funções de acusar, julgar e defender durante o desenvolvimento da persecução penal.

¹ DAMASKA, Mirjan R. Negotiated justice in International Criminal Courts. *In*: THAMAN, Stephen (Ed.) **World plea bargaining**. Consensual procedures and the avoidance of the full criminal trial. Durham: Carolina Academic Press, 2010, p. 81-82.

² Conforme demonstraremos no decorrer do trabalho, diversos pesquisadores captaram a influência do modelo adversarial norte-americano nos sistemas processuais da Europa Continental e da América Latina, como por exemplo: WIEGAND, Wolfgang. The reception of american law in Europe. **The American Journal of Comparative Law**, v. XXXIX, n. 2, 1991; WATSON, Alan. **Legal transplants**. An approach to comparative law. Athens/London: The University of Georgia Press, 1974; THAMAN, Stephen C. (ed.). **World plea bargaining**: consensual procedures and the avoidance of the full criminal trial. Durham: Carolina Academic Press, 2010; LANGER, Maximo. From legal transplants to legal translations: The globalization of plea bargaining and the americanization thesis in criminal procedure. **Harvard International Law Journal**, v. 5, n. 11, 2004.

Da nova ordem constitucional, decorrem ainda as matrizes que permitiram a introdução de mecanismos de *justiça negociada* em nosso ordenamento jurídico, em contraposição ao modelo *conflituoso* de solução do conflito penal, vigente até então. Na primeira onda negociada, que revolucionou processo penal brasileiro³, ganharam forma o advento dos mecanismos da suspensão condicional do processo e a transação penal implementados pelo legislador por meio da Lei nº 9.099/95.

A problemática maior surge na acomodação dos papéis que as partes desempenharão em processos de solução de conflito pela via negocial. Em nosso modelo processual penal, calcado nos ideais autoritários⁴ dos idealizadores do Código de Processo Penal de 1941, a configuração da atuação dos juízes foi concebida para ser hipertrofiada e centralizadora, o que reprime a atuação dos demais sujeitos envolvidos na persecução penal.

A partir do advento da nova ordem constitucional e a introdução de institutos de justiça negociada em nosso ordenamento jurídico, o papel destinado às partes no processo penal ganhou novos contornos, com maior redistribuição de poderes entre os sujeitos envolvidos no processo⁵.

Por um lado, os mecanismos previstos na Lei nº 9.099/95 traziam consigo a marca genética da solução negociada do conflito penal, e permitiu que as partes negociassem a resolução do conflito penal, sem que fosse necessária a imposição de culpa ao acordante. Por outro lado, o procedimento *endoprocessual* estabelecido pelo legislador para operacionalização daqueles institutos limitava a atuação das partes, pois reduzia o espaço de negociação, já que o confinou à sala de audiências e sob a constante fiscalização dos juízes.

Foi a partir da segunda onda negociada, iniciada em decorrência das inovações

³ Nesse sentido: NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 10. ed. São Paulo: Revistado dos Tribunais, 2013, p. 111; FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 33

⁴ MELCHIOR, Antonio Pedro. A comissão de juristas para o código de processo penal – 1937/1938. In: MADEIRA, Guilherme; BADARÓ, Gustavo; CRUZ, Rogerio Schiatti. **Código de processo penal: estudos comemorativos aos 80 anos de vigência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, v. 1, p. 136-137.

⁵ Na obra publicada no ano de 1997, Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes e Luiz Flávio Gomes assim apontavam as possíveis mudanças no papel das partes no processo penal: “De modo geral, pode-se afirmar, com base nas práticas judiciais, que o juiz brasileiro se compenetrava de suas novas funções, adequando-se a elas. O Ministério Público aderiu à Justiça consensual, agindo dentro da lei e apresentado, sempre que possível, suas propostas de transação penal, disposto a discutilas com o juiz, os conciliadores e parte contrária. O advogado, cioso dos direitos de defesa, está orientando seu assistido da melhor forma possível, alertando para as consequências da transação, mas sempre com espírito aberto à vontade manifestada pelo autor do fato. As autoridades colaboram com os Juizados, encaminhando-lhes imediatamente os termos de ocorrência e agendando data para audiência de conciliação. A vítima e seu defensor perceberam que há alternativas à pena privativa da liberdade, igualmente satisfatória para ela”. Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES, Luiz Flavio. **Juizados Especiais: comentários à Lei 9.099/95**, de 26.09.1995. 2. ed. revista, atualizada e aumentada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 30.

contidas no instituto da colaboração premiada da Lei nº 12.850/2013, que os espaços reservados às partes para melhor convencionarem a resolução do conflito penal ganhou força. Porém, dada a natureza jurídica do instituto, seu uso estava limitado a determinadas infrações penais relacionadas à criminalidade organizada.

Porém, em razão das lacunas deixadas pelo legislador e pela falta de procedimento claro para negociação das colaborações, em especial com relação ao controle judicial sobre as propostas de acordo, alguns atores processuais viram no instituto a chance de reproduzir no processo penal brasileiro espectros do modelo estadunidense de justiça, em especial, os amplos espaços de negociação e de disponibilidade das partes.

Foi nesse contexto de amplitude negocial, gerado com a expansão do mecanismo da colaboração premiada, que o acordo de não persecução penal (ANPP) foi introduzido no sistema jurídico brasileiro, por meio de ato normativo do órgão de controle do Ministério Público brasileiro. Iniciava-se, assim, a terceira onda negociada em nosso processo penal.

No bojo das discussões acerca da constitucionalidade e da legalidade que envolveram o acordo de não persecução penal instituído pelo Conselho Nacional do Ministério Público, a função dos juízes nessa modalidade de acordo ganhou destaque, posto que no acordo previsto na Resolução nº 181/2017 não se previa qualquer participação ou controle judicial.

Assentadas as premissas que norteiam o acordo de não persecução penal, em especial a renúncia pelo imputado a uma série de direitos e garantias fundamentais, não havia dúvida de que o controle judicial sobre a proposta de acordo é necessário para atender aos ditames constitucionais.

A inafastabilidade da jurisdição na celebração do acordo de não persecução penal restou patente quando o legislador, por meio da Lei 13.964/2019, introduziu o art. 28-A no Código de Processo Penal e desfez a ilegal mitigação da análise do acordo pela autoridade judiciária, conforme anteriormente pretendido.

Ao reafirmar o poder das partes na solução negociada do conflito penal, o legislador teve o cuidado de preservar importante característica do acordo de não persecução penal: a sua natureza extraprocessual⁶. Assim, os juízes não participam da fase das negociações das condições e da formalização da proposta, que competem exclusivamente à acusação e à

⁶ MORAES, Alexandre Rocha Almeida de; BECHARA, Fabio Romazzini. Acordo de não persecução penal e restrição das hipóteses de cabimento a partir dos mandados constitucionais de criminalização. *In*: SALGADO, Daniel de Resende; KIRCHER, Luis Felipe Shneider; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro (coords.). **Acordos penais, cíveis e administrativos**. São Paulo: Editora JusPdivm, 2022, p. 437; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Manual do acordo de não persecução penal**. 3. ed. rev., atual., ampl. Salvador: Juspodivm, 2022, p. 139-148; BIZZOTTO, Alexandre; SILVA, Denival Francisco da. **Acordo de não persecução penal**. 1. ed. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2020, p. 63.

defesa.

Todavia, para que a proposta negociada possa ser cumprida, estabeleceu-se o controle judicial como condição para conferir eficácia ao acordo. Ou seja, ainda que as partes tenham avençado de ANPP, é necessário que os juízes lhe confirmem o selo de aprovação decorrente da homologação.

A partir da exigência legal da inafastabilidade da atuação judicial no acordo de não persecução, o objetivo do presente estudo é, portanto, analisar os alcances e limites do exercício do controle judicial na proposta da avença, sindicando a regularidade, legalidade e a voluntariedade da proposta, bem como da atuação dos juízes na fiscalização do cumprimento do acordo,

O estudo terá como ponto de partida a análise das formas de resolução do conflito penal, na qual abordaremos uma nova sistematização da justiça criminal, por meio do desenvolvimento de dois modelos teóricos de solução do conflito penal: a *justiça conflituosa* e a *justiça negociada*.

Ainda dentro do primeiro capítulo, analisaremos as novas faces do processo penal, em especial em relação aos poderes dos atores processuais, decorrentes do fenômeno da hibridização dos modelos processuais penais entres sistemas jurídicos, cuja gênese é oposta. Em seguida, passaremos para a análise do movimento de expansão dos mecanismos de solução negociada do conflito penal em sistemas jurídicos de tradição romano-germânica e anglo-saxã. Ao final desse capítulo inicial, pretende-se identificar a influência do modelo de justiça estadunidense nas reformas empreendidas em algumas jurisdições que adotaram institutos de justiça negociada em sua legislação processual penal.

O capítulo seguinte será dedicado ao estudo não exaustivo da experiência estrangeira na introdução e expansão de mecanismos de justiça negociada. Nesse âmbito, buscou-se identificar institutos de negociação do conflito penal, com foco nos poderes reservados aos juízes para exercício do controle judicial sobre os acordos processuais penais nas jurisdições dos Estados Unidos, França, Portugal, Itália e Alemanha.

No terceiro capítulo, faremos um breve histórico-evolutivo dos institutos de justiça negociada incorporados ao nosso sistema processual penal a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 até a introdução do acordo de não persecução penal no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Lei nº 13.964/2019. Nesse capítulo, analisaremos de maneira não exaustiva o controle judicial empreendido nos institutos da transação penal, da suspensão condicional do processo e da colaboração premiada.

No quarto capítulo passaremos à análise do desenvolvimento do processo penal brasileiro, a fim de demonstrar como a evolução da nossa legislação afetou o papel desempenhado pelos nossos julgadores, desde a concepção do Código de Processo Penal em 1941. No decorrer dessa análise, pretende-se estabelecer as bases sobre as quais se estabeleceu o devido processo legal no Brasil. Nessa abordagem, trataremos do juiz das garantias, recentemente introduzido no ordenamento jurídico e, com isso, fixaremos as premissas que regem a atuação dos juízes na persecução penal, com o escopo de contemplar os objetivos inicialmente propostos nessa pesquisa.

O quinto capítulo tratará especificamente do controle judicial da proposta de acordo de não persecução penal. Para essa análise, serão identificados os momentos em que a atuação jurisdicional foi chamada a atuar no negócio jurídico celebrado entre as partes. Nessa abordagem, o objetivo é estabelecer os alcances e limites da atuação dos juízes na verificação dos pressupostos e condições necessários à homologação judicial do acordo e sua execução. Dentro de cada um dos pontos analisados, buscamos identificar os espaços de atuação e o alcance das atribuições dos magistrados, tanto no controle judicial da proposta, quanto no seu cumprimento ou descumprimento.

1. CAPÍTULO 1 - FORMAS DE RESOLUÇÃO DO CONFLITO PENAL

1.1. SOLUÇÃO CONFLITUOSA

No processo penal tradicional⁷, a resolução do conflito se resolve dentro de um palco disciplinado, ritualizado⁸ e estruturado para o desenvolvimento da atividade jurisdicional e das partes (acusação e defesa)⁹: o devido processo legal. Deduzida a imputação pelo órgão de acusação, os incisos LIV e LV, do artigo 5º, da Constituição Federal, asseguram aos indivíduos o direito à ampla defesa e ao contraditório, bem como aos meios e aos recursos destinados à sua satisfação¹⁰.

De um lado está o interesse em punir do Ministério Público (que expressa o interesse punitivo do Estado)¹¹; de outro, o de resguardar a liberdade¹² do indivíduo. Desses interesses antagônicos, emerge um procedimento dialético de afirmação e negação, de competitividade¹³, que goza do direito à contraposição, à refutação¹⁴, às provas, às opiniões, aos atos e às teses do adversário¹⁵, ou parte adversa¹⁶.

Nessa esteira, ao optarmos pela expressão *solução conflituosa*, o fizemos em razão do vocábulo conflito – na linguagem jurídica – indicar a ideia de embate ou oposição, de

⁷ Temos que processo penal tradicional é aquele ativado por uma ação acusatória (imputação), submetida à jurisdição, na qual o órgão de acusação postula como crime um fato ocorrido e requer a imposição de uma pena ao imputado/acusado. Cf. FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer (*et al*). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 517.

⁸ LOPES JUNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal**: fundamentos da instrumentalidade constitucional. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 218-219.

⁹ Nesse sentido: “O processo constitui polo metodológico do direito processual, aquele do qual irradiam os outros institutos fundamentais: jurisdição, ação e defesa”. Cf. FERNANDES, **Processo...** op. cit., p. 33.

¹⁰ SAAD, Marta. Duas formas de ciência da acusação, premissa para o pleno exercício do direito de defesa: acusação formal, cetra e definida. In: VILARDI, Celso Sanchez; BRESSER PEREIRA, Flávia Rahal; DIAS NETO, Theodomiro (coords.). **Crimes Econômicos e Processo Penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 253.

¹¹ LOPES JR., **Introdução...** op. cit., p. 219.

¹² CRUZ, Rogério Schietti. Algumas premissas para o devido processo penal. In: MALAN, Diogo et al (Orgs.). **Processo penal humanista**: escritos em homenagem a Antonio Magalhães Gomes Filho. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019, p. 317.

¹³ Nesse sentido, Gomes Filho ao tratar da natureza do processo adversarial. Cf. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 39.

¹⁴ FERRAJOLI, **Direito e razão...** op. cit., p. 144-146.

¹⁵ Conforme expressão utilizada por Damaska para descrever a disputa ou competição existente entre “dois adversários” no modelo adversarial: “*the adversarial mode of proceeding takes its shape from contest or a dispute: it unfolds as an engagement of two adversaries (...)*”. Cf. DAMASKA, Mirjan R. **The faces of justice and stare authority**. New Haven: Yale University, 1986, p. 3.

¹⁶ Nesse sentido ver: ARAS, Vladimir. Acordos penais no Brasil: uma análise à luz do direito comparado. In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renne do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (coords.). **Acordo de não persecução penal**. Resolução 181/2017 do CNMP. Salvador: Editora Jus-Podvim, 2017, p. 265; FERNANDES, **Processo...** op. cit., p. 61.

contraposição, confronto, bem como o entrechoque de ideias e de interesses^{17/18}, uma vez que o processo penal tradicional não é cooperativo¹⁹. Pelo contrário²⁰, nele vigoram as garantias processuais²¹ da não-autoincriminação, bem como dos princípios do *in dubio pro reo* e do *favor rei*²², o que desobriga o acusado a cooperar na produção de provas que impliquem prejuízo à sua defesa.

Assim, espaços para negociação e acordos entre as partes, com objetivo de selar o fim do processo penal, não fazem parte da *solução conflituosa*. E isso ocorre tanto em países de tradição jurídica anglo-saxônica (onde há maior controle das partes sobre o processo), como de tradição romano-germânica (onde há maior controle oficial sobre processo).

Além disso, ao adotarmos a terminologia *solução conflituosa*, em vez da tradicional sistematização da doutrina²³, fizemo-lo, também, após constatarmos que a fronteira que

¹⁷ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 24. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 344.

¹⁸ Conforme definição encontrada no dicionário da língua portuguesa, o adjetivo “conflituoso”, utilizando neste trabalho na sua versão feminina, é relativo à palavra “conflito” que guarda consigo o significado de “luta” e “combate”, sendo “elemento básico determinante na ação dramática, a qual se desenvolve em função da oposição e luta entre diferentes forças”. FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário da língua portuguesa**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1975, p. 363.

¹⁹ Conforme explicam os processualistas civis, a reforma do Código de Processo Civil brasileiro, de 2015, introduziu o dever da cooperação entre sujeitos do processo, ou seja, partes em sentido *lato* (todo aquele que participa do processo: oponentes, assistentes, procuradores e chamados ao processo), para que se obtenham em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva, conforme a redação do artigo 6º, do CPC. Cf. NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado**. 19. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2020, p. 57-59.

²⁰ De acordo com Camargo Aranha, no processo penal: “...cada parte assume e suporta as consequências de sua inatividade, negligência, erro ou atos intencionais, pois tem o encargo de apresentar em juízo os elementos comprobatórios das alegações feitas e que lhe compete demonstrar”. Cf. ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 32-33.

²¹ Estas garantias estão estabelecidas, inclusive, nas convenções internacionais: A convenção Americana de Direitos Humanos estabelece uma série de garantias processuais; dentre elas, a da presunção de inocência e o direito à não-autoincriminação (CADH, artigo 8, 2, g). Por sua vez, a Convenção Europeia de Direitos Humanos também prescreve, em seu artigo 7º, uma série de direitos do acusado, dentre eles o direito à presunção de inocência e ao contraditório probatório. Estas mesmas garantias são aplicadas ainda no Tribunal Penal Internacional, conforme explica André Carvalho Ramos: “Quanto ao processamento propriamente dito, o Estatuto do Tribunal dispõe sobre o juiz natural, os direitos do acusado no processo, afirmando e especial a sua presunção de inocência (artigo 66) e também sobre a coleta de provas, com dispositivos específicos para oitiva de testemunhas e vítimas (artigo 68)”. Cf. RAMOS, André de Carvalho. **Processo internacional de direitos humanos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 325.

²² FERNANDES, **Processo...** op. cit., p. 49.

²³ Tradicionalmente modelos ideais de solução do conflito são sistematizados, em maior ou menor grau, através de corpos distintos: acusatório, inquisitório, misto (ou reformado) e adversarial. Ou ainda, há concepções teóricas que buscam estudar os modelos, em especial acusatório e inquisitório, através de tipos ideais descritivos, análises sociológicas ou históricas, bem como, por meio de pontos de confluência entre os modelos, funções do processo penal, e ideais normativos que estudam o conjunto de características dos atuais processos penais, além da articulação dos tipos com a implementação de políticas públicas e resolução de conflitos. A sistematização clássica dos sistemas processuais visa distingui-los por meio de uma complexa análise histórica e política, voltada à compreensão das instituições jurídicas em determinado período, suas peculiaridades, influências e os caminhos encontrados pelas organizações políticas locais para o exercício do poder estatal através das medidas de coerção pessoais aplicadas no âmbito do processo penal. A análise dessas teorias de sistematização do processo penal em corpos distintos leva ainda a uma leitura muito utilizada para compreensão dos sistemas

separava sistema jurídico anglo-americano do romano-germânico foi sendo rompida no decorrer do tempo, pela adoção de formas híbridas dos dois modelos²⁴, o que modificou certos conceitos até então utilizados para estudar e entender aqueles procedimentos criminais²⁵.

O fenômeno do intercâmbio e interação de institutos entre os sistemas jurídicos fez com que a essência e homogeneidade que até então os marcavam fosse sendo transcendidas, o que, em maior ou menor grau, trouxe pontos de aproximação entre os modelos processuais anglo-americano e romano-germânico²⁶. Isso devolveu “um novo sistema processual”, no qual coexistem organismos estranhos à gênese daquela determinada cultura jurídica²⁷. Desta forma, inclusive, influencia uma releitura sobre equilíbrio dos poderes e o papel dos atores no processo penal²⁸.

processuais, baseada nas diferenças quanto ao papel desempenhado pelos atores na persecução penal: centralizado ou equilibrado. Ver: MARQUES, Jose Frederico. **Elementos de direito processual penal**. 2. ed., São Paulo: Editora Forense, 1965, v. 1, p. 59-70; ROXIN, Claus. **Derecho procesal penal**. Buenos Aires: Editora Didot, 2019, p. 156-157; AMBOS, Kai. **Fundamentos y ensayos críticos de derecho penal y procesal penal**. 1. ed. Editora: Palestra, 2010, p. 155-204; MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal: fundamentos**. 2. ed. 3. reimp. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004, p. 259-264 e 353; GIACOMOLLI, Nereu José. **Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal na perspectiva das garantias constitucionais**: Alemanha - Espanha - Itália - Portugal - Brasil. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2006, p. 23-38; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito ao processo penal no prazo razoável**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. 98-101; LANGER, Maximo. La larga sombra de las categorías acusatorio-inquisitivo. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, ano 1, v. 1, p. 11-28, jan./jun., 2015; DAMASKA, Mirjan R. **The faces of justice and state Authority**. A comparative approach to the legal process. New Haven and London: Yale University Press, 1986, p. 16-46; LARA, Cipriano Gómez. **Teoría general del proceso**. 10. ed., 5. reimp. Cidade do México: Oxford University Press México, 2007, p. 59-66; ARMENTA DEU, Teresa. **Sistemas procesales penales**. La justicia penal en Europa y América ¿Un camino de ida y vuelta? Madrid: Editora Marcial Pons, 2012, p. 20; ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 23-53; SAAD, Marta; MALAN, Diogo Rudge. Origens históricas dos sistemas acusatório e inquisitivo. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 842, p. 413-435, 2005.

²⁴ TULKENS, François; KERCHOVE, Michel van. La justice pénale: justice imposée, justice participative, justice consensuelle ou justice négociée? **Revue de Droit Penal et de Criminologie**, Bruxelles, a. 76, mai 1996, p. 492.

²⁵ “Even a cursory look at the administration of criminal justice in our time reveals that multidirectional changes are in progress. Entangled convergences and differences arise among national systems, eluding conventional points of reference. Many of the large-scale concepts by means of which we had been accustomed to sorting out the world of procedure have begun to come apart. Even the venerable frontier between Anglo-American and Continental European criminal procedures has become increasingly ill-marked, open and transgressed. Whether the adoption of hybrid forms resulting from these transgressions has moved a particular national system from its traditional sphere into that of its antipode remains uncertain”. DAMASKA, Mirjan R. Negotiated justice in International Criminal Courts. In: THAMAN, Stephen (Ed.) **World plea bargaining**. Consensual procedures and the avoidance of the full criminal trial. Durham: Carolina Academic Press, 2010, p. 81-82.

²⁶ FERNANDES, Antonio Scarance. **Teoria geral do procedimento e procedimento no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 181; LANGER, La larga... op. cit., p. 1-64;

²⁷ Nesse sentido: LANGER, **From legal...** op. cit., p. 62; BADARÓ, **Direito...** op. cit., p. 98; LANGER, Maximo. Op. cit., 2015, p. 23-24; ARMENTA DEU, Teresa. Debido proceso, sistemas y reforma del proceso penal. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 1, n.1, jan./jun. 2015, p. 122-123; ZILLI, Marcos. Pelo movimento antropófago do processo penal: *to bargain or not bargain?* Eis a questão. In: MALAN, Diogo et al (Orgs.). **Processo penal humanista**: escritos em homenagem a Antonio Magalhães Gomes Filho. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019, p. 143-148; WATSON, **Legal transplants...** op. cit.

²⁸ CHIAVARIO, Mario. Les modes alternatifs de règlement des conflits en droit pénal. **Revue Internationale de Droit Comparé**, Paris, a. 49, n. 2, abr./jun., 1997, p. 429.

Conforme explica Damaska, a “confusa complexidade” gerada por essa hibridização entre os modelos “anglo-americanos e continentais” pode ser vista até mesmo em tribunais penais internacionais²⁹, cujos idealizadores optaram por “misturar” regras processuais dos dois sistemas.

Essa nova face do processo penal, oriunda do intercâmbio de institutos entre os sistemas jurídicos, acarretou também a pressão pelo reequilíbrio do papel dos atores do processo, o que pode ser visto com maior clareza nas reformas dos processos penais de investigação oficial³⁰.

Dessa maneira, o movimento de hibridização dos ordenamentos jurídicos de tradição consideravelmente antagônicas³¹ provocou rupturas nas suas essências, de modo que entendemos que a utilização da tradicional sistematização doutrinária em agrupar os sistemas em modelos acusatório, inquisitório, misto e adversarial já não alcança as múltiplas facetas do processo penal atualmente aplicado em ordenamentos específicos³².

²⁹ “*The confusing complexity of the legal landscape has recently been heightened by the emergence of international criminal courts whose architects, in shaping procedural arrangements, decided to hybridize and blend Anglo-American and Continental procedural rules.*” Cf. DAMASKA, Negotiated... op. cit., p. 82.

³⁰ Buscando uma forma de análise alternativa, Damaska propôs a categorização dos sistemas processuais em dois grupos ideais em lugar da tradicional divisão acusatório-inquisitivo: os tipos ideais de hierarquia e coordenação, que se pautam pela diferenciação das formas de administração da justiça, sendo que, no modelo hierárquico, a justiça é composta por oficiais públicos, separados em categorias profissionais hierarquizadas, e são responsáveis pela tomada de decisões; no modelo coordenado, a administração da justiça também é exercida por leigos, que são chamados (convocados) para exercer a função de autoridade em atos processuais específicos. No segundo grupo, são incluídos os modelos: processos penais de implementação de políticas públicas e de resolução do conflito, que buscam articular os objetivos da administração da justiça. Em breve síntese, o tipo ideal de implementação de políticas se trata um processo instrumental, formal, que busca a reconstrução precisa da verdade, o que é perseguido pelo julgador. Por sua vez, no tipo ideal de solução de conflitos, os indivíduos podem eleger suas próprias concepções de administração da justiça, sendo o processo desenvolvido em forma de duelo entre dois adversários, perante um tomador de decisões, imparcial e passivo, cujo papel é garantir uma disputa justa, e a análise da verdade está limitada àqueles fatos trazidos pelas partes. Assim, temos um procedimento que toma a forma de “disputa” e outro formatado como de uma “investigação oficial”. Cf. DAMASKA, Negotiated... op. cit., p. 81.

³¹ As interações entre os sistemas ocorrem em via de mão dupla, ainda que os sistemas da *common law* tenham maior resistência, a introdução de institutos e de mecanismos de modelos da *civil law* ocorre em menor grau, do que a absorção feita por países de tradição romano-germânica, do sistema anglo-americano. Frequentemente propostas de reformas inspiradas em ferramentas utilizadas nos modelos de tradição *civil law* são vistas em jurisdições anglo-saxônicas. Nesse sentido ver: LANGBEIN, Jhon H. Mixed court and jury court: could the continental alternative fill the American need? **American Bar Foundation Research Journal**, n. 165, p. 195-219, 1981; BURKE, Alafair S. Paixão acusatória, viés cognitivo e plea bargaining. In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (org.). **Plea Bargaining**. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 111-113; IONTCHEVA TURNER, J. Judicial participation in plea negotiations: a comparative view. **American Journal of Comparative Law**, v. 54, p. 199-267, jun./2006; LANGER, Maximo. Rethinking plea bargaining: the practice and reform of prosecutorial adjudication in American criminal procedure. **American Journal of Criminal Law**, v. 33, p. 223-299, 2006.

³² Conforme explica Langer, o lugar comum do estudo comparado entre os sistemas processuais centralizou-se nos modelos acusatório e inquisitivo. Nesse sentido, o autor enumera as cinco principais maneiras que a doutrina e a jurisprudência têm utilizado a distinção entre os dois sistemas: a) tipos ideais descritivos; b) sistemas históricos e sociológicos que se encontram presentes nos processos penais concretos do passado e contemporâneos; c) valores contrapostos que coexistem em todo o processo penal; d) funções do processo

Nesse sentido, empregamos a terminologia *solução conflituosa*³³, para classificar os modelos de resolução do conflito penal baseado no processo judicial tradicional, marcados pelo confronto entre acusação e defesa, perante o juiz, com objetivo de descortinar a verdade³⁴, com grande dispêndio de energia processual.

O procedimento na *solução conflituosa* se desenvolve dentro de uma estrutura formal, essencialmente democrática, em que a suposta participação do acusado em uma infração penal será resolvida pelo Poder Judiciário, cuja figura central são os juízes, a quem compete emanar o comando decisório que sela o final da persecução penal³⁵. Nesse procedimento, a formação da culpa – ou não – será analisada em face do produto dos meios de busca e de prova trazidos ao conhecimento do juiz pela atuação das partes.

O processo conflituoso tem início com imputação deduzida pelo órgão da acusação³⁶ e se instaura com o seu recebimento pelo órgão judiciário³⁷ e conseqüente reação defensiva à imputação³⁸, inaugurando o confronto entre acusação e defesa acerca da verdade ou não da imputação³⁹, perante o magistrado. O final dessa disputa dialética será o pronunciamento

penal; e) uso de modelos normativos. Esses estudos estão focados nas características que se sobressaem ou são ressaltadas dos sistemas acusatório e inquisitório. Porém este tipo de estudo direto não é capaz, segundo o autor de captar fenômenos específicos do processo penal em jurisdições específicas. Cf. LANGER, La larga... op. cit., p. 11-35.

³³ A doutrina tradicional, em especial Jose Frederico Marques, defendia que “(...) a prática de uma infração penal faz surgir uma lide de igual natureza, resultante do conflito entre o direito de punir do Estado e o direito de liberdade do réu. A pretensão punitiva encontra o direito de liberdade, a resistência necessária para qualificar esse conflito como litígio, visto que o Estado não pode fazer prevalecer, *de plano*, o seu interesse repressivo. Cf. MARQUES, **Elementos...** op. cit., p. 11-12.

³⁴ O sentido de verdade aqui é aquele empregado por Taruffo, que é a reconstrução dos fatos pelo juiz por meio de narrativas construídas pelas partes, e das provas que constituem o processo. Cf. TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 236.

³⁵ SAAD, Duas formas... op. cit., 2008, p. 264.

³⁶ A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 129, inciso I, atribuiu ao Ministério Público a função de “promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei.” Conforme explica Marques, o Ministério Público, no processo penal, representa o interesse punitivo do Estado. Cf. MARQUES, **Elementos...** op. cit., p. 191.

³⁷ Conforme leciona Gustavo Badaró, uma vez oferecida a denúncia ou queixa, os juízes poderão recebê-la ou rejeitá-la liminarmente, nos termos do artigo 395, *caput*, do Código de Processo Penal, nos casos em que for inepta, faltar pressuposto processual, ou faltar justa causa para ação penal. Cf. BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 608.

³⁸ FERANDES, Antonio Scarance. **Reação defensiva à imputação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 174-177.

³⁹ De acordo com Gustavo Badaró, o processo penal apresenta em seu conteúdo uma controvérsia entre a veracidade ou não da imputação. Cf. BADARÓ, Gustavo Henrique. **Correlação entre acusação e sentença**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 95-96.

impositivo⁴⁰ judicial sobre qual a verdade prevaleceu⁴¹ no confronto dialético estabelecido durante a marcha processual: o da acusação ou a da defesa⁴².

De acordo com Camargo Aranha, em todos os litígios há duas verdades a serem buscadas: a fática e a de direito. Assim, compete aos juízes uma dupla tarefa: ir à procura do fato acontecido “verdade do fato” e buscar o preceito legal aplicável ao caso concreto “verdade do direito”⁴³.

Importante esclarecer, ainda, que o conceito, significado e interpretação de “verdade” é divergente nos sistemas processuais, conforme compara Langer⁴⁴. O processo tradicional de solução do conflito tem por objetivo a revelação de um fato, ou seja, ao fim do processo haverá um pronunciamento oficial sobre a verdade descoberta⁴⁵, vinculada ao objeto da imputação, de acordo com Gomes Filho⁴⁶.

⁴⁰ TULKENS; KERCHOVE, La justice penale... op. cit., p. 447.

⁴¹ TARUFFO, **Uma simples...** op. cit., p. 236-258: “As partes constroem e narram suas histórias com um escopo bem determinado: o de justificar suas versões dos fatos de modo a induzir a juiz a acolher suas demandas e a satisfazer suas pretensões. As histórias narradas pelas partes não precisam ser verdadeiras: tendem a ser convincentes, e se assim forem, poder ser consideradas <<boas>>. O juiz encontra-se em uma situação completamente diferente: ele não deve persuadir alguém e não tem qualquer tese preconcebida a demonstrar. O juiz deve justificar sua decisão, mas essa resta largamente discricionária, não tendo a motivação da sentença função persuasiva. Além disso, espera-se que ele não construa na motivação uma narrativa qualquer dos fatos da causa, mas sim uma narrativa *verdadeira*.” Ainda, a narrativa que será construída pelo juiz, por meio de um conjunto ordenado de enunciados, de natureza inferencial presuntiva, cujas hipóteses se ligam com as informações disponíveis “(ou seja, provas)”, de maneira a confirmar a validade e confiabilidade dos critérios empregados nos enunciados, de modo que, ao final, todos eles estejam confirmados pelas provas.

⁴² Ada Pellegrini Grinover estabelece que comportamento e influência das partes no processo, além de acrescentarem a iniciativa instrutória do juiz, para estabelecer a busca da verdade processual que, segundo autora, vem a ser “(...) uma verdade subtraída à exclusiva influência das partes pelos poderes instrutórios do juiz é uma verdade ética, processual e constitucionalmente válida”. Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, a. 7, n. 27, jul./set., 1999, p. 75-76.

⁴³ ARANHA, **Da prova...** op. cit., p. 4.

⁴⁴ Langer afirma que no processo adversarial o conceito de ‘verdade’ é mais consensual e relativo. Enquanto a acusação tentará provar que certo evento ocorreu, a defesa buscará questionar ou frustrar essa tentativa. LANGER, **From legal...** op. cit., p. 10 (Trad. nossa). Conforme assinala Gomes Filho, no sistema adversarial, toda a iniciativa probatória é atribuída às partes, e cabe a elas decidirem quais as questões de fato e qual prova será introduzida no processo. O juiz que preside o julgamento “nada mais faz do que assegura a correção da disputa, sem ter interferência direta na apuração dos fatos. Disso resultam visões diferenciadas em relação às concepções da *prova*, bem como da *verdade* que através dela se pode obter: a primeira, resultante da assimilação da tradição tópico-retórica, é vista como *argumentum* e não pode prescindir do momento da *persuasão*, e a *verdade* perseruvida é aquela própria das coisas humanas, que sem a pretensão de ser absoluta, não exclui uma probabilidade contrária, mas é escolhida por razões de caráter ético (*probable truth*)”. Cf. GOMES FILHO, **Direito...** op. cit., p. 21.

⁴⁵ FIGUEIREDO DIAS, Jorge. **Direito processual penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1984, v. 1, p. 43.

⁴⁶ Julio Maier estabelece que o procedimento penal é, em grande medida, um método regulado juridicamente de investigação histórica, que tem por um de seus fins averiguar a verdade acerca de uma hipótese histórica que constitui o objeto do procedimento. Em outras palavras, conhecer a verdade acerca das hipóteses delitivas lançadas na imputação. Cf. MAIER, **Derecho...** op. cit., p. 847-853.

Por tais razões, adotamos neste trabalho, por cautela, a terminologia justiça conflituosa para tratarmos da forma de resolução do conflito penal tradicional, que pressupõe a passagem por todo o procedimento: a fase destinada à imputação e sua viabilidade; a fase de instrução processual e a fase de julgamento⁴⁷, que tem por finalidade o exame da veracidade da imputação, por meio do contraditório pleno entre as partes.

Por isso, buscamos evitar certa desorientação causada pela utilização de premissas e expressões tradicionalmente empregadas para diferenciar os modelos de sistemas jurídicos⁴⁸ e que acabam por implicar equívocos no entendimento do papel dos atores no processo penal, em especial do juiz.

Esta parametrização classificatória da *solução conflituosa* se fez necessária, para contrastar com outro ideal de realização de justiça e solução do conflito penal: o da *solução negociada*, em que o confronto entre as partes é substituído por um ambiente mais propício à negociação do resultado do processo, e em que a verdade deixa de ser um ideal e passa a ser uma verdade consensual, construída com um protagonismo maior das partes e descentralizada da atuação judicial.

1.2. SOLUÇÃO NEGOCIADA

Antes de buscarmos descortinar as causas que levaram ao movimento de expansão dos espaços de negociação na solução do conflito penal, é necessário justificarmos a utilização da terminologia *solução negociada*.

Segundo a lição de Armenta Deu, a introdução de diferentes institutos de negociação para solução do conflito penal nas mais diversas jurisdições acarretou uma confluência dos sistemas processuais penais, justamente, nesse ponto: a *solução negociada*.⁴⁹

⁴⁷ FERNANDES, *Teoria...* op. cit., p. 104-178.

⁴⁸ Ao se analisar as premissas que norteiam os modelos acusatório, inquisitório, misto e advesarial, comumente nos deparamos com a divisão das funções dos sujeitos processuais e a variação de seus poderes. Assim, ao se caracterizar o modelo acusatório, parte-se da premissa da nítida separação das funções de acusar, defender e julgar. Por sua vez, o modelo inquisitório é caracterizado por meio da premissa de que os poderes estão concentrados em um mesmo órgão, o qual possui papel de acusar, instruir e julgar. Por outro lado, as premissas do modelo advesarial pressupõem maior poder das partes na determinação da marcha processual e na produção da prova, perante um árbitro passivo, que não participa ativamente da instrução processual. Cf. AMBOS, *Fundamentos...* op. cit., p. 72; ROXIN, *Derecho...* op. cit., p. 182; LANGER, *From legal...* op. cit., p. 12.

⁴⁹ “Sea cual sea el sistema o la modalidad de proceso penal que se examine, tanto em el seno del adversativo como del mixto, actualmente se percebe una clara confluencia de todos ellos hacia los diferentes mecanismos para aplicar el principio de oportunidad en sus muy diversas variantes, de dentre las cuales ceñiré esta referencia a aquellas que aplican la negociación, el acuerdo o el consenso”. Cf. ARMENTA DEU, *Sistemas...* op. cit., p. 128.

Em regra, a resolução do conflito penal pela via negociada está ligada à ideia de *consenso* obtido por intermédio de um acordo entre as partes⁵⁰, como forma de se evitar o processo pela via conflituosa tratada no tópico anterior. Distingue-se, pois, o “espaço de consenso” do “espaço de conflito”⁵¹.

Com efeito, o termo *consenso* deriva-se de *consentir* que exprime a ideia de concordar, anuir, ou de tonar possível.⁵² Desta forma o ajuste entre as partes no processo penal se manifesta pelo *consenso*, que é exteriorizado por meio o acordo

À primeira vista, a transposição de ideais de *consenso* e acordo para a esfera processual penal parece incompatível, posto que o Estado democrático de direito pressupõe a existência de um processo formal, com contraditório entre acusação e defesa, cercado de garantias processuais, produção probatória, conduzindo ao conhecimento da verdade⁵³ posta pelo juízo.

Sobre o conceito de *consenso* na esfera processual penal, explica Nereu Giacomolli que “ocorre entre dois polos: acusação e defesa. Esta solução consensual ou negociada – *negotiatio* -, pode advir da aceitação, pura e simples, da proposição de um sujeito – transação criminal ou determinadas formas de aceitação da pena postulada – ou de uma negociação preliminar – extinção do procedimento investigatório ou do processo, sem os efeitos de uma condenação.”⁵⁴

Os acordos podem se apresentar de diversas formas, e há substanciais variações de conteúdo, flexibilidade e espaço de negociação conferidos às partes, nos mais diferentes institutos presentes nos ordenamentos jurídicos. Apesar disso, trata-se de mecanismos que retiram dos juízes a centralidade do julgamento, concedendo às partes uma abertura para construir, por meio do acordo, a solução do conflito penal, que deixa de ser unilateral.

A ideia de espaços de negociação da solução do conflito penal fez com a que a doutrina cunhasse duas expressões para retratar essa forma realização de justiça: *negociada* e *consensual*.

⁵⁰ SANTOS, Cláudia Cruz. Decisão penal negociada. **Julgar**, Lisboa, n. 25, p. 145-160, jan./jul., 2015, p 147.

⁵¹ COSTA, Eduardo Maia. Justiça negociada: do logro da eficiência à degradação do processo equitativo. **Julgar**, Lisboa, n. 19, p. 87-97, jan./abr. 2013, p. 92.

⁵² FERREIRA, Novo... op. cit., p. 368.

⁵³ LEITE, Rosemeire Ventura. **Justiça consensual e efetividade do processo penal**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2013, p. 22.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 73.

Por vezes, essas duas expressões são tidas como sinônimos⁵⁵. Buscando uma sistematização terminológica para as formas teóricas de realização de justiça⁵⁶, Tulkens e Kerchove propuseram uma sistematização da *justiça consensual* e *justiça negociada*.

Nesse sentido, na sistematização celebrada pelos referidos autores, a expressão *justiça consensual* se relaciona ao consentimento das partes, que pode ser na forma positiva de aceitação ou negativa (ausência de recusa), pela não oposição⁵⁷. Dessa maneira, uma vez sendo proposto o acordo, cabe ao interessado manifestar se aceita ou não a aplicação das condições propostas.

Por sua vez, a expressão *justiça negociada* se relaciona àqueles casos em que há maior abertura de espaços negociais entre as partes e, com isso, há maior interferência e discussão sobre as propostas que lhes são feitas, o que culmina em concessões recíprocas e alcança um verdadeiro acordo negociado⁵⁸.

Com efeito, por um lado, os acordos da *justiça negociada* são celebrados para além da simples aceitação ou ausência de recusa, porque se assemelham a um contrato sinalagmático. Por outro lado, na *justiça consensual* as concessões recíprocas são substituídas por propostas que fogem ao controle dos indivíduos, já que são ilustradas como um “contrato de adesão”⁵⁹.

Outra definição da expressão *justiça negociada*, elaborada Françoise Tulkens, em 2006, conceituou-a a partir de dois ângulos de observação: um mais amplo e outro mais estrito⁶⁰.

A negociação em sentido estrito estaria ligada “a um encontro livremente acordado independente da intervenção de um terceiro no papel de conciliador, mediador, árbitro ou juiz”⁶¹. Por sua vez, em sentido mais amplo, estaria relacionada às diferentes situações de fato ou de direito “onde o penal conflita com o tema ‘negociação’, isto é, um debate entre as

⁵⁵ Nesse sentido: FERNANDES, *Processo...* op. cit., p. 193-222; LEITE, *Justiça...* op. cit., p. 22; ANDRADE, Flavio da Silva. **Justiça consensual: controvérsias e desafios**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 57; COSTA, *Justiça...* op. cit., p. 87-88; WINTER, Lorena Bachmaier. *Justiça negociada e coerção: reflexões à luz da jurisprudência do tribunal europeu de direitos humanos*. In: Gloeckner, Ricardo Jacobesen (org.). **Plea Bargaining**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 10.

⁵⁶ Para fins deste trabalho, trataremos das formas de solução do conflito penal sistematizado pelos autores em justiça consensual e negociada. Porém, é importante esclarecer que o estudo formulado pelos citados autores propõe ainda a sistematização em modelos teóricos da justiça imposta e justiça participativa. Cf. TULKENS; KERCHOVE, *La justice...* op. cit., p. 445-494.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 448.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 449.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 449.

⁶⁰ TULKENS, François. *Justiça negociada*. In: DELMAS-MARTY, Mireille (org.). **Processos penais da Europa**. Trad. de Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 673-674.

⁶¹ TULKENS, *Justiça negociada...* op. cit., p. 674 nota 3.

partes com o objetivo de alcançar um acordo” que tem influência no conteúdo da decisão penal⁶².

Com efeito, temos que, tanto no modelo de justiça *consensual*, quanto de *negociada*, a construção acordada do conflito penal é pautada pela mesma filosofia: “negociar a solução do conflito e evitar o processo judicial”⁶³, contrapondo-se à ideia de conflito⁶⁴.

Dentre as manifestações de *justiça negociada* que se amoldam àquela filosofia, está o instituto da Suspensão Condicional do Processo, introduzido no Brasil pela Lei 9.099/95, que pode ser entendido como um mecanismo em que as partes têm menor poder para acordarem concessões recíprocas para solucionarem o conflito penal⁶⁵. Isso porque o legislador previu pouco espaço para a negociação⁶⁶ e estabeleceu um rol de condições⁶⁷ que podem ser propostos pelo Ministério Público ao acusado para que o processo seja suspenso. Reservou-se, ainda, ao juiz a possibilidade de fixarem condições especiais para além das fixadas em lei⁶⁸.

Apesar disto, não há nenhuma imposição que impeça as partes de negociarem qual ou quais sanções farão parte do acordo⁶⁹, antes de submeterem a proposta de sanção ao juiz⁷⁰.

⁶² Nesta classificação na qual se incluem situações que caracterizariam o modelo de justiça consensual, ou seja, apesar de haver participação do infrator, este não negocia o conteúdo da decisão penal, para evitar que o conceito de justiça negociada se torne “excessivamente englobante”. TULKENS, Justiça negociada.... op. cit., p. 675.

⁶³ Ibid., p. 685.

⁶⁴ ANDRADE, Manuel da Costa. Consenso e Oportunidade (Reflexões a propósito da Suspensão Provisória do Processo e do Processo Sumaríssimo). In: **Jornadas de Direito Processual Penal**. O Novo Código de Processo Penal. Coimbra: Almedina, 1988, p. 334-335.

⁶⁵ Sobre esse aspecto Karam destaca que: “A anunciada negociação longe está de se inspirar, como seria da essência de qualquer modelo contratual, na autonomia e igualdade entre as partes. (...) Mais do que isso, a suposta negociação, na realidade, se resulta à ação de persuadir aquele réu, substancialmente inferiorizado diante do Ministério Público, a renunciar a seu direito de exercitar plenamente as garantias advindas da cláusula fundamental do devido processo legal, para, desde logo, receber uma pena ‘vendida’ como mais vantajosa ou mais indulgente, sempre estará satisfazendo à pretensão do Estado de fazer valer seu poder de punir”. Cf. KARAM, Maria Lúcia. **Juizados especiais criminais**: a concretização antecipada do poder de punir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 39-40.

⁶⁶ GRINOVER et al. **Juizados...** op. cit., p. 36.

⁶⁷ As condições estabelecidas no artigo 89, § 1º, da Lei 9.099/95 são: I - reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo; II - proibição de frequentar determinados lugares; III - proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz, IV - comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades”.

⁶⁸ Artigo 89, § 2º, da Lei 9.099/95: “O Juiz poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado.”

⁶⁹ MOTTA, Leonardo Logo. A suspensão condicional do processo (art. 89, da Lei n. 9.099/1955) e os seus aspectos práticos controvertidos. **Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União**, a. 13, n. 42-43, jan./dez., 2014, p. 50.

⁷⁰ GRINOVER et al. **Juizados...** op. cit., p. 88.

A própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro assentou esse entendimento e permitiu que condições diversas daquelas previstas em lei possam ser propostas, tanto pelo Ministério Público, quanto pelo juiz⁷¹.

De outro lado, temos como exemplo, as complexas negociações de culpa há muito tempo praticadas nos Estados Unidos⁷², cujo maior expoente é o *plea bargaining*. No instituto norte-americano que, normalmente, consiste em um ajuste de vontades (*plea agreement*) entre acusação e investigado/acusado, estes têm amplo espaço transacional⁷³.

Nesses dois exemplos citados, temos dois institutos de negociação da solução do conflito no processo penal por meio de acordos negociados entre as partes que, apesar das notáveis diferenças no poder transacional⁷⁴, possuem uma filosofia que pode ser entendida como semelhante: evitar o tradicional procedimento conflituoso de solução do conflito penal.

O ponto de confluência entre os institutos está justamente na opção disponibilizada às partes de utilizarem uma via alternativa à do processo penal tradicional conflituoso e da decisão judicial imposta.

Assim, no modelo de *justiça negociada*, o indivíduo, diante da expectativa de extinguir o conflito penal, renuncia a direitos e garantias fundamentais, ao passo que o Estado acusador cede e dispõe da ação penal⁷⁵. Ambos optam pela via alternativa: a da negociação de um acordo, em detrimento da *solução conflituosa*.

1.2.1. Justiça negociada e consensual: análise das suas distinções

No Brasil, a diferenciação entre *justiça negociada* e *justiça consensual* não foi, inicialmente, objeto de muita reflexão por parte da doutrina, tendo em vista os poucos institutos até então previstos na Lei nº 9.099/95⁷⁶. Os mecanismos da transação penal, da suspensão condicional do processo e da composição civil possuem reduzidos espaços de negociação

⁷¹ Nesse sentido a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: “não há qualquer ilegalidade no fato do membro do Ministério Público sugerir condições diversas das previstas no rol do §1º na proposta de suspensão condicional, condições estas que podem ser aceitas pelo réu, com o aval do juiz competente”, desde que, essas condições não sejam abusivas ou ilegais. Conforme se verifica em: BRASIL. STF (2. Turma). **Agravo Regimental em Habeas Corpus nº 179.464**. Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, DJ: 03.03.20.

⁷² TULKENS, Justiça... op. cit., p. 695.

⁷³ LANGER, From legal... op. cit., p. 35-36.

⁷⁴ Nesse sentido: “No *plea bargaining* norte-americano, há uma ampla possibilidade de transação: sobre os fatos, sobre a qualificação jurídica, sobre as consequências penais etc. Não é o que se passa na suspensão condicional do processo contemplada na lei nacional, cuja transação tem por objetivo imediato exclusivamente o avanço ou não do processo.” Cf. GRINOVER et al. **Juizados...** op. cit., p. 223.

⁷⁵ GOMES, Luiz Flávio. **Suspensão condicional do processo: o novo modelo consensual de justiça criminal**: Lei 9.099, de 26.9.95. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 51.

⁷⁶ Ver: ZILLI, Pelo movimento... op. cit., p. 147, nota 11.

entre as partes, definidos como modelos fundados no consenso⁷⁷ e conciliação⁷⁸, que visam a obter um acordo entre as partes, mediante o controle do juiz em audiência⁷⁹. A implementação dos citados institutos rompe com o modelo de *justiça conflituosa*; dessa forma, pode ser considerada como o marco inicial que inaugura o acordo criminal no processo penal brasileiro^{80/81}.

Esse cenário se modificou com a entrada em vigor da Lei nº 12.850/2013 que, dentre outras disposições, tratou do instituto da colaboração premiada, voltado a garantir efetividade na investigação da criminalidade organizada⁸², por meio de acordos entre o órgão da acusação (ou a Polícia Judiciária) e o alvo da persecução, que envolvem a disposição de direitos, poderes e situações jurídicas⁸³.

⁷⁷ Em obra publicada em 1997, após entrada em vigor da Lei 9.099/95, Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes e Luiz Flávio Gomes afirmavam que a criação e a implementação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais brasileiros seriam um teste de um novo modelo de Justiça Criminal, fundado no consenso, bem como asseveram que os mecanismos criados não estariam próximos nem do *guilty plea* (declarar-se culpado) nem do *plea bargaining*. Cf. GRINOVER et al. **Juizados...** op. cit., p. 36.

⁷⁸ Ibid., p. 39.

⁷⁹ GOMES, Luiz Flávio. **Suspensão...** op. cit., p. 51.

⁸⁰ Nesse sentido: BIZZOTTO; SILVA, **Acordo...** op. cit., p. 23; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e justiça criminal negocial: Análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro.** São Paulo: IBCCRIM, 2015; ZILLI, Marcos. Tudo que é sólido desmancha no ar. Do processo penal disputado à revolução consensual. Presente, passado e futuro do processo penal brasileiro. In: MADEIRA, Guilherme; BADARÓ, Gustavo; CRUZ, Rogerio Schietti. **Código de processo penal: estudos comemorativos aos 80 anos de vigência.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, vol. 1, p. 75-76.

⁸¹ Cumpre-nos informar que, anteriormente aos institutos previstos na Lei nº 9.099/95, o Estatuto da Criança e do Adolescente, instituído pela Lei nº 8.069/90, estabeleceu em seu art. 127 a possibilidade de o Representante do Ministério Público, antes do início do procedimento judicial para apuração de ato infracional praticado por adolescente, conceder a remissão, instituto que tem natureza jurídica de transação, sendo também uma espécie de perdão, que se processou no âmbito da Promotoria de Justiça, sem a participação do juiz. Nesse sentido, conforme explica Salles de Souza: “O Estatuto da Criança e do Adolescente introduziu no sistema brasileiro a possibilidade do Ministério Público, com exclusividade, antes de iniciado o procedimento judicial para apuração de ato infracional praticado por adolescente, conceder a remissão, como forma de exclusão do processo. Para a concessão do benefício, que não implica o reconhecimento ou comprovação da responsabilidade do adolescente, o Ministério Público atentará, tão somente, às circunstâncias e consequências do fato, ao contexto social, bem como à personalidade do infrator e sua maior ou menor participação no ato infracional. O instituto trouxe importante inovação à atividade do Ministério Público, pois, o regramento legal para a concessão da remissão não estabelece condições limitativas objetivas. Na verdade, apesar da remissão haver sido introduzida no sistema brasileiro em 1990, é um instituto mais completo do que a transação penal introduzida pela Lei nº 9.099/95, pois, ao contrário desta, não está limitado aos chamados delitos de pequeno potencial ofensivo. A remissão é uma espécie de transação realizada entre o Ministério Público e o adolescente com o escopo de se evitar o processo, de forma simples ou onerosa. Também é, pela própria nomenclatura, mero perdão concedido unilateralmente pelo Ministério Público. A relevância não está na natureza jurídica da remissão, mas sim, como ela se processa. Acordo ou perdão, o certo é que ocorre na audiência de oitiva informal, na própria Promotoria de Justiça, contrariamente à sistemática tradicional das audiências perante o magistrado”. Cf. SOUZA, Luiz Roberto Salles de. **Da atuação do ministério público brasileiro na fase pré-processual: uma análise crítica.** Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002, p. 84-86

⁸² ROMERO, Eneas. A colaboração premiada. In: AMBOS, Kai; ROMERO, Eneas (coords.). **Crime organizado: análise da lei 12.850/2013.** 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 255.

⁸³ ZILLI, MARCOS. Transplantes, traduções e cavalos de troia. O papel do juiz no acordo de colaboração premiada. Leituras à luz da operação lava jato. In: AMBOS, Kai; ZILLI, Marcos; MENDES, Paulo de Souza (coords.). **Corrupção. Ensaios sobre a Operação Lava Jato.** São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 109.

Ao revés dos institutos inicialmente previstos na Lei 9.099/95, os acordos de colaboração premiada expandiram os horizontes da *solução negociada* no Brasil, uma vez que permitem a troca de “vantagens recíprocas”⁸⁴ entre acusação e defesa, com objetivo, de um lado, de diminuir a criminalidade e impunidade e, de outro, de conceder benefícios que vão da diminuição da pena à concessão do perdão judicial.

Com a finalidade de expandir ainda mais os caminhos alternativos ao modelo de justiça conflituosa, em 2017 é introduzido no país, por iniciativa do Conselho Nacional do Ministério Público⁸⁵, o chamado acordo de não persecução penal, posteriormente incorporado ao Código de Processo Penal, pelo chamado Pacote Anticrime – Lei nº 13.964/2019.

Esses dois institutos recentemente implantados na legislação processual brasileira buscam a solução do conflito penal por meio da negociação e acordo de vontades entre as partes, acarretando, inclusive, uma releitura do papel desempenhado pelos juízes nos acordos.

Isso porque, ao contrário do que acontecia, por exemplo, no instituto da suspensão condicional do processo, a negociação de acordos de colaboração premiada e de não persecução penal é um procedimento extraprocessual – que ocorre fora do processo. Será somente após as partes estabelecerem seu acordo de vontades, materializado na proposta, que os magistrados serão provocados para exercerem o controle judicial⁸⁶, momento em que aquela se consumará (ou não⁸⁷), o que gerará efeitos jurídicos para o acordo⁸⁸.

⁸⁴ ROMERO, A colaboração... op. cit., p. 257.

⁸⁵ BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução n. 181, de 7 de agosto de 2017**. Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Conselho Nacional do Ministério Público, 7 de agosto de 2017. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resoluo-181-1.pdf> Acesso em: 12 abr. 21.

⁸⁶ Conforme o artigo 28-A, § 4º, do Código de Processo Penal: “Para a homologação do acordo de não persecução penal, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor, e sua legalidade.” No mesmo sentido, o § 7º, do artigo 4º, da Lei 12.850/2013, que trata da colaboração premiada: “realizado o acordo na forma do § 6º deste artigo, serão remetidos ao juiz, para análise, o respectivo termo, as declarações do colaborador e cópia da investigação, devendo o juiz ouvir sigilosamente o colaborador, acompanhado de seu defensor, oportunidade em que analisará os seguintes aspectos na homologação.”

⁸⁷ Nos termos do § 5º, do artigo 28-A, os juízes poderão não homologar o acordo: “Se o juiz considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo de não persecução penal, devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor.” Dispositivo semelhante é encontrado no artigo 4º, § º, da Lei 12850/2013: “O juiz poderá recusar a homologação da proposta que não atender aos requisitos legais, devolvendo-a às partes para as adequações necessárias.”

⁸⁸ BIZZOTTO; SILVA, **Acordo...** op. cit., p. 62.

Diante do exposto, temos que a expressão *solução negociada* melhor reflete a solução do conflito penal pela via acordada⁸⁹, posto que o *consenso* – que dá origem à expressão *justiça consensual* – nos revela o resultado do caminho alternativo escolhido pelas partes para evitar o processo *conflituoso*: o acordo. Neste sentido, acreditamos que se trata de uma relação de continente e conteúdo, entre *consenso* e *negociação*.

Isso porque, para que haja algum tipo de negociação da solução do conflito penal, é necessário que as partes tenham chegado a um consenso de que a solução do conflito penal se dará por meio da construção de um acordo e não por meio do processo penal conflituoso, mesmo que o instituto que será utilizado tenha menores espaços para a barganha.

Assim, ao nosso ver, a ideia de *justiça negociada* pode ser caracterizada pela forma com que as partes chegam ao consenso, revelando o caminho por elas percorrido durante a construção do acordo. Enquanto *justiça consensual* exprime a ideia do resultado das negociações empreendidas pelas partes, o seu ponto de chegada que se materializa no processo por meio do *acordo*.

Feito este desenho e tendo em vista que o foco deste trabalho está voltado para um objetivo mais fechado dentro de um instituto de *solução negociada*, passaremos à análise das possíveis origens e fatores da expansão da negociação na solução do conflito penal por meio de acordos.

1.3. Expansão da solução negociada do conflito penal

A introdução e expansão de mecanismos de solução negociada do conflito penal, nos mais diversos sistemas jurídicos, são frutos da crise do sistema penal, que levou à mudança nas políticas-criminais. Isso gerou medidas de descriminalização, consenso, simplificação procedimental, diferenciação e tratamento distinto entre pequena, média e grave criminalidade. Tal medidas levaram à introdução de institutos despenalizadores, com objetivo de evitar a estigmatização decorrente do processo e suas consequências.⁹⁰

⁸⁹ Aury Lopes Junior adota a terminologia “justiça negocial” como gênero, no qual estão inseridas as diversas espécies de negociação, que podem versar sobre a pena (transação penal), acordos sobre abreviação do rito com conseqüente diminuição da pena, delações e colaborações premiadas. Cf. LOPES JR., Aury. A tridimensionalidade da crise do processo penal brasileiro: crise existencial, identitária da jurisdição e de (in) eficácia do regime de liberdade individual. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 26, n. 143, mai. 2018, p. 117.

⁹⁰ Ver: CAIERO, Pedro. Legalidade e oportunidade: a perseguição penal entre o mito da “justiça absoluta” e o fetiche da “gestão eficiente” do sistema. **Revista do Ministério Público**, Sindicato do Ministério Público, Lisboa, 2002, p. 47-48; FERNANDES, Teoria... op. cit., p. 179-250; COSTA, Justiça... op. cit., p. 87-88; GOMES, Luiz Flávio. **Suspensão...** op. cit., p. 21-27; TULKENS, Justiça negociada... op. cit., p. 677-683;

Françoise Tulkens destaca como causa da crise do sistema penal as crescentes demandas da justiça criminal sem que o sistema pudesse absorvê-las⁹¹, o que levou à lentidão e à ineficiência dos procedimentos penais, em decorrência do aumento exponencial do número de casos em trâmite no poder judiciário.

Albert Alschuler, por sua vez, ao tratar especificamente no sistema norte-americano de justiça criminal, elenca o crescente número de casos nos tribunais no pós-Segunda Guerra Mundial⁹² - decorrente do aumento da população jovem - como um dos fatores que contribuíram para que justiça estadunidense se tornasse dependente das negociações de culpa.

Outros pesquisadores apontam que o aumento de casos criminais tem como fator a expansão do direito penal, ocasionado pela decadência da era do bem-estar social, no final da década de 80⁹³, bem como o incremento de bens jurídicos tutelados com objetivo de aumentar o controle social, além da estruturação da criminalidade organizada internacional⁹⁴.

Em meados do século XX, argumentos utilitaristas de análise de efetividade da justiça criminal, como lentidão, ineficiência e inefetividade⁹⁵, aliados ao aumento progressivo de direitos e garantias individuais alcançados no pós-ssegunda guerra mundial⁹⁶, começam a colocar em xeque os modelos jurídicos adotados em diversos países⁹⁷.

O fenômeno da expansão e a internacionalização dos mecanismos de negociação possibilitaram o aumento de espaços de consenso no processo penal, podem ser enxergadas

CUNHA, Vitor Souza. **Acordos de admissão de culpa no processo penal**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 40-65; OLIVEIRA, Rafael Serra. **Consenso no processo penal: uma alternativa a crise do sistema criminal**. São Paulo: Almedina, 2015, p. 71-88; GRINOVER et al. **Juizados...** op. cit., p. 35-40.

⁹¹ TULKENS, Justiça negociada... op. cit., p. 680-681.

⁹² Nesse sentido Albert Alschuler: "*In other jurisdictions, growing caseloads probably did contribute substantially to the courts' dependence on the guilty plea. The "crime wave" of the 1960's, produced in part by the post-World War II baby boom and by the increased proportion of young people in American society, led to expanded caseloads, and as the volume of traditional crime increased, the courts also confronted cases involving marijuana and other victimless crimes substantially in greatly increased numbers*". Cf. ALSCHULER, Albert W. Plea bargaining and its history. **Columbia Law Review**, v. 79, n. 1, Jan./1979, p. 34.

⁹³ HOBSBAWN, Eric .A. **Era dos extremos**. O breve século XX: 1914-1991. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 245.

⁹⁴ RODRIGUES, Anabela Miranda. Globalização, democracia e crime. In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antônio Marques. **Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais** – Visão luso-brasileira. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 279-282.

⁹⁵ TULKENS, Justiça negociada... op. cit., p. 680-681.

⁹⁶ THAMAN, Stephen. A typology of consensual criminal procedures: an historical and comparative perspective on the theory and practice of avoiding the full criminal trial. In: THAMAN, Stephen (Ed.) **World plea bargaining**. Consensual procedures and the avoidance of the full criminal trial. Durham: Carolina Academic Press, 2010, p. 321.

⁹⁷ De acordo com Stefano Marcolini, a esquizofrenia legislativa e a crise da jurisdição, que acarretou na perda de autoridade do poder jurisdicional, levaram à crescente intervenção de outros atores na resolução de conflitos e na expansão do consenso no processo penal. Cf. MARCOLINI, Stefano. **Il patteggiamento nel sistema della giustizia penale negoziata**. Milano: Giuffrè, 2005, p. 9-12.

à luz do recente artigo⁹⁸ publicado por Langer em 2021, no qual o autor trata da disseminação de mecanismos de resolução do conflito penal por meio de acordos, sem a necessidade do julgamento pelo processo tradicional conflituoso, em 60 jurisdições⁹⁹.

Ao buscar quantificar o fenômeno, os estudos de Langer apontam que, das 60 jurisdições cobertas pelas amostras, 49 delas não possuíam institutos que previam acordos penais em seus ordenamentos (ou tiveram algum reconhecido por Tribunal Superior); entre os anos de 1970 e 1979, cinco países adotaram, ou tiveram formalmente reconhecido pelo menos um tipo de mecanismo para se evitar julgamento pela primeira vez; entre 1980 e 1989, apenas um país o fez; já entre os anos de 1990 e 1999, 15 países os implantaram; entre 2000 e 2009, 17 países o fizeram, e entre 2010 e 2018, oito países institucionalizaram ou tiveram reconhecidos esses institutos. Desta forma, no apagar das luzes da segunda década do Século XXI, 73% dos países analisados haviam implementado (ou tiveram reconhecidos) ao menos um instituto de negociação do conflito penal¹⁰⁰.

Langer indica ainda como causas possíveis para a expansão da solução negociada a adoção de modelos processuais contraditórios, a influência do modelo estadunidense de justiça – uma tendência transnacional de delegar maiores poderes às Promotorias de Justiça –, além do interesse que os próprios juízes, promotores, e advogados de defesa em escolherem os mecanismos como forma de reduzirem sua carga de trabalho¹⁰¹.

De certa maneira, estes mesmos argumentos utilitaristas e a busca por efetividade no processo penal podem ser vistos até mesmo na formação e procedimentalização das Cortes Internacionais. Conforme explica Damaska, no Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia, apesar das dificuldades em se obterem provas e resolver casos, inicialmente não se adotou mecanismos de negociações. Porém, os custos financeiros da operação do Tribunal

⁹⁸ LANGER, Máximo. Plea bargaining, trial-avoiding conviction mechanisms and the global administratization of criminal convictions. *Annual Review Of Criminology*, v. 04, n. 1, jan./2021, p. 29. Disponível em: <https://escholarship.org/uc/item/99n2c6vn> Acesso em: 20 fev. 2022

⁹⁹ Dentre as jurisdições analisadas por Langer está o Brasil, porém o autor não relaciona a introdução de nenhum dos institutos brasileiros em sua pesquisa. Acreditamos que tal fato pode ser respondido, pois no artigo, o autor faz referência a países que implementaram mecanismos processuais que se assemelham o *plea bargaining*. Cf. *Ibid.*, p. 3-5.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 05.

¹⁰¹ “Other possible causes for the adoption of these mechanisms have not been invoked or have been invoked less often by legislatures, ministries of justice, and courts. These include the adoption of adversarial criminal procedure codes (e.g., in Latin American jurisdictions) (Langer 2007); the cultural and political influence from the United States and other jurisdictions and international agencies over third jurisdictions (Langer 2004); a transnational trend towards delegating more procedural power to prosecutors (Jehle & Wade 2006; Langer 2006; Langer 2007; Luna & Wade 2010, 2012); and the self-interest of judges, prosecutors, and defense attorneys who may welcome these mechanisms as a way to reduce their workloads (Bergman et al. 2017) or increase their authority and power (Langer 2004)”. Cf. LANGER, Plea bargaining... op. cit., p. 06.

deram oportunidade à aceitação das negociações com objetivo de abreviar e facilitar os procedimentos¹⁰².

Neste cenário, a justiça criminal passa a servir como braço de apoio às forças de segurança, no combate ao aumento da criminalidade. O alinhamento político entre os órgãos de repressão e o legislativo buscou no processo penal um instrumento de contenção daqueles sujeitos tidos como indesejáveis pela sociedade¹⁰³, tornando o sistema criminal um meio de controle da população.

Somado a isso, a globalização desenvolveu conceitos jurídicos universais e diminuiu as barreiras que a distância entre os países impunha à disseminação de culturas antagônicas, ao maior fluxo de mercadorias e de pessoas. Soma-se a isso o advento tecnológico de diversos instrumentos que diminuíram a distância física e cultural entre as pessoas, como a internet e a televisão por satélite. A comunicação on-line torna o mundo praticamente instantâneo¹⁰⁴.

Esses fatores, dentre outros, integraram à sociedade ideais imediatistas, com a exigência de resultados imediatos, ou o melhor resultado em um menor espaço de tempo, o que gerou consequências que afetam o Judiciário e o Estado de Direito¹⁰⁵. Há evidente incompatibilidade entre o imediatismo e os meios de solução do conflito penal, por meio do burocrático, formal e moroso processo tradicional.

Scarance Fernandes explica que a evolução histórica do processo penal não resultou em um procedimento ideal que assegurasse o desejável equilíbrio entre segurança e

¹⁰² “*The evolution of attitudes toward plea-bargaining in the International Criminal Tribunal for Former Yugoslavia (ICTY) is instructive. Initially, the Tribunal had very few defendants in the dock. Although the difficulties in obtaining evidence and need to resolve a host of novel substantive and procedural problems produced long and complicated proceedings, the relative dearth of cases made them acceptable. Thus, despite the availability of the pleading mechanism, negotiations with defendants to secure a guilty plea did not take place. (...) Clamours from financial endorsers could also not be ignored – that opportunity costs of the Tribunal’s operation were becoming too high to bearable. In the end, the need qualms about the propriety of negotiated justice were muted. Bargaining for guilty pleas came to be accepted, provided that resulting deals were capable of shortening proceedings or facilitating other prosecutions. Looking back at this development, it appears that the Tribunal’s endorsement of plea-bargaining was justified on grounds of practical necessity*”. DAMASKA, **Negotiated...** op. cit., p. 101-102.

¹⁰³ Na linha de pensamento de Bauman sobre os efeitos da Globalização, os ditos indesejáveis seriam aqueles que nada oferecem à sociedade globalizada, pois não produzem, não consomem, e dependem de políticas de assistenciais. Cf. BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999.

¹⁰⁴ FARIA, José Eduardo. Globalização é um problema, não um destino. **Getúlio**. São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, mar./2007, p. 18. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/getulio/article/download/61214/59427>> Acesso em: 26 abr. 2021.

¹⁰⁵ Idem.

liberdade, uma vez que o processo penal é um reflexo das vicissitudes ideológicas e políticas em cada época e local¹⁰⁶.

Como resultado desse complexo cenário, os sistemas criminais entraram em crise¹⁰⁷, conseqüentemente novos métodos de solução de conflitos foram buscados para satisfizer os novos interesses sociais e políticos-criminais de vários Estados

Conforme demonstraremos a seguir, várias são as razões que levaram influentes e tradicionais sistemas jurídicos a moverem-se em direção ao modelo norte-americano de negociação da resolução do conflito pena.

1.3.1. Influência do modelo estadunidense

No modelo norte-americano, os acordos processuais se tornaram conhecidos e foram instituídos há mais de um século. Albert Alschuler relata que até meados do século XIX as negociações de culpa não ocorriam com frequência e eram desencorajadas pelos tribunais. Foi após a guerra civil norte-americana¹⁰⁸ que os casos de barganha começaram a aparecer nos registros dos tribunais¹⁰⁹, passaram por um vertiginoso crescimento e chegam ao século XXI com quase a totalidade dos casos sendo resolvidos por meio de negociações¹¹⁰, que substituem a forma tradicional julgamento¹¹¹.

¹⁰⁶ FERNANDES, Antonio Scarance. Reflexões sobre as noções de eficiência e de garantismo no processo penal. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAIS, Maurício Zanoide de. (Orgs.). **Sigilo no processo penal, eficiência e garantismo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 11

¹⁰⁷ “Nas últimas décadas, o sistema de penas traçado na época das codificações entrou em profunda crise. Para esta crise têm contribuído múltiplos fatores: a crescente ineficiência das técnicas processuais, que em todos os países evoluídos tem provocado um aumento progressivo da prisão cautelar em relação ao encarceramento sofrido na expiação da pena; a ação dos meios de comunicação, que tem conferido aos processos, sobretudo aos seguidos por delitos de particular interesse social, uma ressonância pública que às vezes tem para o réu um caráter aflitivo e punitivo bem mais temível do que as penas; a inflação do direito penal, que parece ter perdido toda a separação do direito administrativo, de forma que os processos e as penas já se contam, num país com a Itália, em milhões cada ano; a mudança das formas de criminalidade, que se manifesta no desenvolvimento do crime organizado e, por outro lado, de uma microdelinquência difusa, ambos ligados ao mercado da droga; a diminuição, não obstante, dos delitos de sangue e o incremento sobretudo dos delitos contra o patrimônio; o progressivo desenvolvimento da civilidade, enfim, que faz intoleráveis ou menos toleráveis que no passado, para consciência jurídica dominante, não somente as penas ferozes, senão também, as penas privativas de liberdade demasiado extensas, começando pela prisão perpétua”. Cf. FERRAJOLI, **Direito e razão...** op. cit. p. 377-378.

¹⁰⁸ Também conhecida como Guerra de Secessão, ocorreu entre 1861 e 1865, nos Estados Unidos, entre a União e os Confederados.

¹⁰⁹ ALSCHULER, Plea bargain.... op. cit., p. 19.

¹¹⁰ De acordo com dados de Albert Alschuler: “A Suprema Corte observou em 2012 que 97% de condenações federais e 94% condenações estaduais são resultados de admissão de culpa. ALSCHULER, Alebrt W. Um sistema quase perfeito para condenar inocentes. In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (org.). **Plea Bargaining**. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 129.

¹¹¹ ALSCHULER, Plea bargain.... op. cit., p. 24.

Esse movimento de implementação da *solução negociada* demorou a alcançar os sistemas com tradição romano-germânico, em especial da Europa Continental¹¹². Relatos históricos apontam que institutos negociais de solução do conflito penal foram introduzidos nestes modelos, após metade do século XX¹¹³, ganhando impulso nas décadas seguintes, quando um considerável número de países introduziu mecanismos de negociação em seus ordenamentos jurídicos¹¹⁴.

O interesse pela *solução negociada*, para amenizar a crise dos sistemas penais europeus continentais pode ser vista, por exemplo, na expedição, da Recomendação nº 18/1987, do Conselho de Ministros da Justiça da Europa, para que os estados membros realizassem reformas em seus sistemas processuais penais em direção ao consenso e à simplificação procedimental¹¹⁵.

Essa busca por novos meios de solução do conflito penal, com objetivo de resolver a crise instalada nos sistemas penais, fez com que países cujo processo penal era tradicionalmente marcado por controle oficial e centralizado na figura do juiz, com menor poder das partes em controlar os rumos da persecução penal, olhassem com especial interesse para institutos de *solução negociada* que são adotados no modelo estadunidense, conforme relata Langer¹¹⁶.

O modelo estadunidense de justiça, principalmente no pós-Segunda Guerra Mundial, já havia se tornado o mais influente do mundo. Tal influência induziu mudanças e reformas nos mais diversos sistemas jurídicos em escala global, em todas as áreas do direito, o que tornou este modelo ainda mais influente no mundo pós-Guerra Fria¹¹⁷.

¹¹² Mirjan Damaska. Op. cit., 2004, p. 1023: “*On the Continent, the movement towards negotiated justice was slower in coming. The ingrained understanding of the criminal process as an engagement transcending dispute resolution militated against the acceptance of consensual, inter-party arrangements, to short-cut methodical official investigation. Concessions or compromises with criminal defendants conflicted with the lingering ethos of strong, bureaucratic government.*”

¹¹³ Nesse sentido, DAMISKA, Negotiated... op. cit., p. 85-88; LEITE, **Justiça**... op. cit., p. 21.

¹¹⁴ Como exemplo, podemos citar: o sistema processual Alemão, práticas de negociações não previstas na legislação começam a se difundir a partir do início dos anos 70, do século XX. Cf. ROXIN, **Derecho**... op. cit., p. 186; DUBBER, Markus Dirk. American Plea Bargains, German Lay Judges, and the Crisis of Criminal Procedure. **Stanford Law Review**, v. 49, n. 3, p. 547-605, 1997, p. 549-550.) Na Argentina, com o projeto de reforma do Código de Processo Penal em 1986 (MAIER, **Derecho**... op. cit., p. 431). Na Itália em 1981, com a instituição da Lei 689, que permitia a negociação de pena entre Ministério Público e acusado. Cf. FERNANDES, **Teoria**... op. cit., p. 200.

¹¹⁵ UNIÃO EUROPEIA. Conseil de l'Europe. Comité des Ministres. **RECOMMANDATION N° R (87) 18** concernant la simplification de la justice pénale. 17 Sep. 1987. Disponível em: <https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016804e3ccf>. Acesso em: 06 fev. 2021

¹¹⁶ LANGER, From legal... op. cit., p. 48-49.

¹¹⁷ De acordo com Langer, no pós-segunda guerra, no sistema americano se tornou o mais influente do mundo, sendo esta influência notada desde a teoria geral do direito, passando por influências em áreas específicas, como direito tributário e constitucional, na educação jurídica e estruturação da profissão de advogado, até a

Essa opinião é amparada também pelos estudos de Allegra McLeod, segundo a qual a influência mundial estadunidense ganhou ainda mais força no mundo após o fim da Guerra Fria, por meio da implantação e desenvolvimento de um projeto de exportação do modelo de justiça criminal dos Estados Unidos, denominado por ela de “U.S. criminal justice export”¹¹⁸.

Esse projeto de exportação da justiça criminal estadunidense ganhou energia expansionista ao longo da década de 90, por meio da atuação do Gabinete de Assistência e Treinamento para o Desenvolvimento do Ministério Público no Exterior (OPDAT), fundado em 1991 e ligado ao Departamento de Justiça (DOJ), de modo que Promotores de Justiça dos EUA trabalharam em mais de 30 países estrangeiros para reformular suas leis, procedimentos criminais— o que contou inclusive com introdução do *plea bargaining* na Rússia – e formas de controle do crime¹¹⁹.

reforma de sistemas judiciários., em tradução livre: Tradução livre: “Depois do final da Segunda Guerra Mundial, e particularmente após a Guerra Fria, o sistema jurídico americano tornou-se o mais influente do mundo. A influência americana nos sistemas jurídicos de outras nações vai desde a forma de abordagem do direito pela teoria geral (e.g., pragmatismo real e legal, direito, economia, o discurso dos direitos etc.) até influências de áreas específicas (e.g., direito constitucional, direito tributário, direitos mobiliários, direito corporativo, direito de patentes, arbitragem comercial internacional, etc.); educação legal (e.g. a sistema de créditos para cursos específicos, ou certos estudos de pós-graduação conducentes a um grau LL.M) e a estrutura da carreira jurídica (e.g., grandes escritórios de advocacia e valorização da advocacia privada) até a reforma do judiciário; das doutrinas ou ferramentas jurídicas específicas (e.g., regras de exclusão constitucionais, a doutrina da “malícia expressa” na liberdade de expressão e da imprensa, associação de classes, etc.) aos arranjos institucionais com a separação de poderes e revisão das decisões judiciais. Essas inegáveis influências americanas sobre outros sistemas jurídicos permitiram a certo número de doutrinadores, tanto nos Estados Unidos quanto fora dele, a anunciar que um número considerável de sistemas jurídicos, ambos nos níveis nacional e internacional, podem assemelhar ou imitar gradualmente o sistema jurídico americano e, então, se tornarem ‘americanizados’”. Idem.

¹¹⁸ “*Post-Cold War U.S. criminal justice export has consisted of four aforementioned and interrelated component parts, each of which plays a critical role in effectuating a manner of U.S.-dominant global governance through crime. U.S. criminal justice exporters: (1) categorize certain global challenges as transnational crime priorities; (2) incentivize adoption of U.S.-style criminal justice policies through foreign aid and penalties; (3) proceduralize reform; and (4) institutionalize both procedural and substantive criminal law reform through U.S.-run training programs*”. MCLEOD, Allegra M. Exporting U.S. Criminal Justice. *Yale Law & Policy Review*, n. 29, 2010, p. 108. Disponível em: < <https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/1278/>> Acesso em: 25 fev. 2022.

¹¹⁹ “*In the years leading up to and following the end of the Cold War, the U.S. government embarked on a new legal transplant project carried out through the foreign promotion of U.S. criminal justice techniques, criminal procedures, and transnational crime priorities. U.S. prosecutors and police—posted across Africa, Asia, Eastern Europe, Latin America, and the Middle East—have sought to advance democracy and development, as well as to control crime, by reforming foreign criminal justice institutions with reference to U.S. models. In the view of some, this amounts to legal imperialism: an ‘open and declared imposition on the part of foreign powers.’ Others maintain that ‘the core of democracy is the Rule of Law, and the [U.S. Justice Department’s] Criminal Division is its greatest ambassador.’ Alternately celebrated and condemned, U.S. efforts are associated with a ‘revolution in Latin American criminal procedure,’ the introduction of plea bargaining in Russia, a new rights-protective criminal procedure code in Indonesia, prison construction in Mexico, and new transnational crime statutes in states across the globe. (...) Over the course of the 1990s, what I will call ‘U.S. criminal justice export’ rapidly expanded. Through the Justice Department’s Office of Overseas Prosecutorial Development Assistance and Training (OPDAT), founded in 1991, U.S. prosecutors work in more than thirty countries to reshape foreign states’ criminal laws, criminal procedures, and crime control concerns*”. MCLEOD, Exporting... op. cit., p. 84-85.

Essa influência estadunidense nos ordenamentos jurídicos estrangeiros após o início da década de 90 fica evidente nos números trazidos pelos estudos empíricos de Langer, citados no subitem anterior, os quais demonstram a vertiginosa expansão dos mecanismos de justiça negociada após o ano de 1990¹²⁰, período que guarda relação com a queda do Muro de Berlim em 1989, e o fim da Guerra Fria em dezembro do mesmo ano¹²¹.

Para além disso, a influência jurídica dos Estados Unidos da América abarcou, inclusive, tradicionais sistemas jurídicos europeus continentais, que passaram a buscar no modelo estadunidense doutrinas, ferramentas e outros intercâmbios de diversas áreas do direito, o que transforma gradualmente sua cultura jurídica¹²². Conforme relata Eduardo Maia Costa: “A influência crescente dos procedimentos negociados vigentes no mundo anglo-saxônico, sobretudo nos EUA, parece imparável, alastrando à Europa, aos tribunais penais internacionais etc”¹²³.

A influência e o intercâmbio de institutos do modelo estadunidense de justiça, para países de tradição romano-germânica são observados e estudados por diversos pesquisadores, que se dedicam a analisar essas interações, bem como as suas consequências nos sistemas receptores¹²⁴.

Na tentativa de explicar o fenômeno da transferência de institutos entre sistemas jurídicos, pesquisadores como Alan Watson¹²⁵ cunharam a expressão *transplante legal* (*legal transplant*)¹²⁶, para tentar captar a maneira como ocorrem as trocas e sua introdução no (“organismo”) sistema que recebe determinado instituto¹²⁷ que não pertence àquele modelo.

¹²⁰ Das 60 jurisdições analisadas por Langer, 40 delas implementaram mecanismos de justiça negociada em seus ordenamentos jurídicos entre os anos de 1990 e 2018. Cf. LANGER, *Plea bargain...* op. cit., p. 05.

¹²¹ MCLEOD, *Exporting...* op. cit., p. 104.

¹²² Na mesma linha, Wolfgang Wiegand também demonstrou a influência americana no direito europeu no pós-segunda guerra mundial, inclusive com incentivo estatal para que estudantes de direito se especializassem no exterior, de tal sorte que a esmagadora maioria buscava os Estados Unidos para esses estudos, o que levou a mudanças na doutrina, jurisprudência e legislação de países europeus, influenciados por essas ideias. Cf. WIEGAND, *The reception...* op. cit.

¹²³ COSTA, *Justiça...* op. cit., p. 88.

¹²⁴ Acerca das consequências do intercâmbio e transplantes de institutos do modelo norte-americano, para sistemas jurídicos de raízes e tradições opostos àquele, Maximo Langer cunhou a expressão “Cavalo de Troia” para captar para os efeitos que as traduções têm nos modelos receptores, para além daqueles que foram previstos originalmente pelos tradutores e que podem levar à subversão da lógica do sistema. Cf. LANGER, *From legal...* op. cit., p. 35-39.

¹²⁵ WATSON, *Legal transplants...* op. cit.

¹²⁶ Além de Alan Watson, outros autores se utilizaram da expressão *transplante legal* para explicar a importação de institutos de um sistema jurídico para outro, por exemplo, Gianmaria Ajani e Jonathan B. Weiner. Cf. AJANI, Gianmaria. *Chance and prestige: legal transplants in Russia and Eastern Europe*. *The American Journal of Comparative Law*, v. 43, n. 1, p. 93-117, 2015. WEINER, Jonathan B. *Responding to the global warming problem: something borrowed for something blue: legal transplants and the evolution of global environmental law*. *Ecology Law Quarterly*, v. 27, n. 4, p. 1295-1372, 2001.

¹²⁷ A metáfora do *transplante* carrega consigo a ideia de que a regra ou instituto de um sistema jurídico é

Outros pesquisadores, a exemplo de Langer, são críticos ao uso da metáfora *transplante legal* por entenderem que ela carrega consigo várias deficiências¹²⁸, por isso propõem o uso da expressão “*tradução*”¹²⁹, que carrega a ideia de inspiração¹³⁰.

No caso da *solução negociada* da justiça penal, seja por meio da *tradução*, seja de *transplantes* de institutos, certo é que os sistemas de tradição romano-germânica beberam na fonte do modelo estadunidense para implementar institutos de solução do conflito penal por meio de acordos entre o Ministério Público e o acusado no processo penal¹³¹.

Essa inspiração de países pelo sistema processual penal estadunidense está relacionada ao maior controle das partes sobre o processo penal e à permissividade e discricionariedade encontrada nesse modelo de justiça, que acarreta a abertura de maiores espaços de negociação da solução do conflito penal.

Conforme explica Langer, a negociação da confissão de culpa se encaixa no modelo estadunidense, uma vez que as partes – acusação e defesa – podem reconhecer que a outra está correta acerca da culpa ou da inocência do acusado e, então, resolvê-la por meio um acordo¹³².

Ao se inspirarem no modelo estadunidense de justiça, sistemas jurídicos que adotavam o processo penal de controle oficial, buscaram a flexibilização de suas estruturas procedimentais¹³³. Essa aproximação iniciou a formação de uma cultura de alternativas simplificadoras, assentada na solução consensual¹³⁴.

transportado para organismo receptor e ali introduzido, passando a reproduzir o sistema de origem. Cf. ZILLI, Pelo movimento... op. cit., p. 144-145.

¹²⁸ Tradução livre: “No entanto, a metáfora do transplante legal apresenta várias deficiências. Não leva em conta a possibilidade de que, em muitos casos, os conceitos e práticas jurídicas sejam transferidos em alguns níveis conceituais, mas não em outros. Por exemplo, a revisão constitucional é uma ideia e um mecanismo institucional que foi ‘transplantado’ dos Estados Unidos para a Europa continental. No entanto, o sistema de revisão constitucional na Europa continental apresenta diferenças substanciais em relação à versão americana: (a) Considerando que, nos Estados Unidos, todos os tribunais podem considerar certos estatutos ou práticas estatais inconstitucionais, na Europa continental, geralmente apenas um tribunal constitucional, centralizado pode fazê-lo; (b) enquanto nos Estados Unidos os tribunais que cumprem a função de revisão judicial constitucional fazem parte do judiciário, na Europa continental nem sempre é o caso. A metáfora do transplante não é flexível o suficiente para capturar essas sutilezas e transmitir a noção de que os mesmos conceitos e práticas de ‘crítica constitucional, nos Estados Unidos e na Europa continental. Um rim ou uma muda de planta se parecerão em seu corpo ou ambiente original e receptor, mas isto normalmente não ocorre com ideias e instituições jurídicas, que podem ser imitáveis em certos níveis conceituais, mas não em outros”. Cf. LANGER, From legal... op. cit., p. 30-31.

¹²⁹ Ibid., p. 5.

¹³⁰ ZILLI, Marcos. No acordo de colaboração entre gregos e troianos o cavalo é o prêmio. **Boletim IBCCRIM**, n. 300, nov./2017, p. 3-6.

¹³¹ FERNANDES, **Teoria**... op. cit., p. 186.

¹³² LANGER, From legal... op. cit., p. 21.

¹³³ FERNANDES, **Teoria**... op. cit., p. 181.

¹³⁴ Ibid., p. 186-187.

Entretanto, a *tradução* e, conseqüentemente, a adaptação de características do procedimento estadunidense para sistemas jurídicos com tradição jurídica oposta não se deu de maneira simples e automática e enfrentou uma série de barreiras culturais e sistêmicas¹³⁵.

Isso porque, dentre as conseqüências acarretadas pelo intercâmbio e absorção de características de institutos de *solução negociada*, está aquela que enseja a modificação da compreensão do papel dos atores do processo penal, o que leva os juizes a terem uma postura mais passiva e a concederem às partes maior participação na solução do conflito.

Nesta esteira, ao juiz, que é são parte e não se envolve nas negociações dos acordos, é reservado o papel de exercitar o controle da legalidade das propostas que lhes são submetidas pelas partes, visto que, muito embora na adoção de institutos do modelo estadunidense o papel das partes seja alargado, não se tem um regime de simples chancela judicial à proposta de acordo das partes¹³⁶.

Conforme assinala Denis Salas, o juiz é o centro de uma rede de relações que surgem ao longo da persecução; trata-se, pois, de “um centro nervoso de obrigações legais que se liga aos outros atores”, seja quando dirigem os debates em uma sala de audiência, seja

¹³⁵ As diferenças existentes entre os dois modelos de processo, *adversarial* e *inquisitorial*, também podem ser vistas nas três dimensões identificadas por Langer, para tratar dos pontos de resistência que podem vir a ocorrer da tradução de um sistema para outros, que são: a dimensão das estruturas de interpretação e seus significados, para explicar que, para além de serem duas maneiras de se estruturar os procedimentos criminais, são também formas de entendimento e representação do processo penal. Assim, a dimensão das estruturas individuais, se refere à maneira como os atores jurídicos internalizam as práticas processuais, por meio da assimilação de hábitos comportamentais decorrentes do processo de socialização que ocorre, por exemplo, nas interações nos tribunais, em escolas de direito, ou em escritórios de advocacia ou da Promotoria. Por sua vez, a dimensão dos poderes processuais está ligada às diferentes frações de poderes e responsabilidades que cada um dos atores possui no âmbito dos sistemas processuais. Essa dimensão possui ainda uma relação de influência mútua com a dimensão estrutura de interpretação e de significados. Isso porque, a depender da maneira como um determinado ator internalizou seu papel no sistema, qualquer tentativa de mudança para um novo modelo processual - que implique redução de poderes - acarretará na resistência por parte daquele ator que está perdendo poderes, em razão da introdução de uma nova estrutura processual. (LANGER, Maximo. Op. cit., p. 9-16.) Este exemplo da reação à perda de poder pode ser visto nos exemplos citados por Albert Alschuler que, ao reconstruir a história das confissões de culpa no sistema americano, demonstra a relutância dos Tribunais em permitir negociações de culpa e renúncia de direitos processuais: “An 1874 case, *Insurance Co. v. Morse*, illustrates more strikingly the Court's reluctance to permit bargained waivers of procedural rights. In this case the Court invalidated a Wisconsin statute that required insurance companies, as a condition of doing business in the state, to waive their right to remove civil lawsuits from the state to the federal courts. The Court noted that, under well established law, the parties to a private contract could not agree to waive the usual mode of trial for disputes arising under the contract-for example, by including an arbitration clause or by stipulating that disputes would be submitted to a judge rather than a jury. In a criminal case, moreover, a defendant could not ‘be tried in any other manner than by a jury of twelve men, although he consent in open court to be tried by a jury of eleven men.’ The Court thus manifested its hostility to procedural waivers far less sweeping than a waiver of the right to trial through plea bargaining. If a criminal defendant had consented to trial by a jury of fewer than twelve, the Court apparently would have held the waiver invalid regardless of whether it had been induced by bargaining.” Cf. ALSCHULER, Plea bargaining... op. cit., p. 23.

¹³⁶ RAPOZA, Phillip. A experiência americana do *plea bargaining*: a exceção transformada em regra. **Julgar**, n. 19, 2013, p. 213-216.

quando prolatam uma sentença, seja ainda quando a lei permite às partes influenciarem a decisão judicial nos acordos¹³⁷.

Assim, na medida em que os sistemas jurídicos baseados em modelos de controle oficial foram sendo influenciados por *traduções*, especialmente aquelas advindas do modelo norte-americano, no qual impera o controle das partes sobre o processo, o juiz ainda preserva o papel nuclear no controle de legalidade dos acordos negociados entre acusação e defesa.

¹³⁷ SALAS, Denis. O papel do juiz. *In*: DELMAS-MARTY, Mireille (org.). **Processos penais da Europa**. Trad. de Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 507-558., p. 541-542.

2. CAPÍTULO 02 - SOLUÇÃO NEGOCIADA E CONTROLE JUDICIAL: ANÁLISE COMPARADA

2.1. NOTA INTRODUTÓRIA: JUSTIFICATIVA DA ESCOLHA DAS JURISDIÇÕES ANALISADAS

Inicialmente, faz-se necessária uma breve justificativa da escolha dos ordenamentos jurídicos que foram escolhidos no decorrer deste trabalho para que fossem utilizados como fonte de inspiração para procedermos o estudo comparativo. Ao fazermos, buscamos analisar modelos de justiça, em especial europeus continentais, com os quais o Brasil possui forte ligação.

Essa ligação com modelos europeus continentais pode ser vista no influxo que os sistemas francês, italiano, português e o alemão tiveram na formação, desenvolvimento e aprimoramento do processo penal brasileiro¹³⁸, motivo pelo qual optamos em utilizá-los como fonte do nosso estudo comparado.

Além disso, dado que o modelo estadunidense de solução do conflito penal pela via negociada foi a fonte de inspiração das reformas empreendidas nos ordenamentos jurídicos da França, Itália, Portugal e Alemanha, entendemos necessária a análise do sistema dos Estados Unidos, sobretudo para contextualizarmos a sua influência, não só naqueles modelos de justiça europeus, como também na definição dos rumos do modelo brasileiro de justiça

2.1.1. Benefícios e obstáculos da análise comparada

Como visto no capítulo anterior, as últimas décadas do Século XX foram marcadas por amplas reformas nos sistemas processuais penais de tradição *civil law* mundo afora, notadamente pelo movimento de expansão e implementação de institutos de *solução negociada* do conflito penal, fortemente inspirados no modelo estadunidense de justiça, no

¹³⁸ Em seu magistério, Grinover realça que na gênese do processo penal brasileiro estão as ideias iluministas e utilitarista que inspiraram o Código de Criminal do Império de 1830. Na sequência, o Código de Processo Penal de 1932 representou a síntese dos ideais liberais da época. Por sua vez, a Constituição republicana de 1891, influenciada pelo sistema constitucional estadunidense, ocasionou a reforma do processo penal, em especial dos Códigos dos Estados, que adotaram o modelo anglo-saxão, visto na abolição da fase inquisitória dos juizados de instrução, na adoção do sistema acusatório e pelo reforço às garantias da defesa. Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo em evolução**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996, p. 204. Em sua obra Frederico Marques traça como fontes históricas, doutrinárias e normativas do processo penal brasileiro: o influxo das ideias liberais inerentes à Revolução Francesa no processo penal brasileiro; a influência do Portuguesa no Código de Processo Penal de 1941; a influência do Code d'Instruction Cminalle, francês; e a ressonância das reformas italianas e alemãs, nas teses dos processualistas brasileiros do início da década de 30, do século XX. Cf. MARQUES, **Elementos...** op. cit., p. 87-127.

qual a prática se desenvolve desde longa data.

De acordo com o magistério de Armenta Deu, a busca pela aceleração dos procedimentos e da justiça penal constitui uma “nota comum” dos sistemas de tradição *common law* e *civil law*, pois a incorporação de mecanismos de negociação conflito penal permeou as diversas reformas dos ordenamentos processuais penais da Europa e da América Latina, que se conectaram por meio da adoção da *justiça negociada*¹³⁹.

Embora seja um ponto de conexão entre os modelos jurídicos, as análises dos institutos de *justiça negociada* presentes nos ordenamentos dos Estados Unidos, França, Itália, Portugal e Alemanha, revelam que, apesar dos mecanismos terem se estruturado de maneira a estarem bastante consolidados na jurisprudência, doutrina e prática, eles não têm uma aplicação homogênea, uma vez que sofrem diversificações decorrentes das diferentes orientações e estruturas políticos-criminais, adotadas nos citados sistemas jurídicos.

Apesar de estarem sedimentados na jurisprudência e doutrina desses modelos, ao analisarmos a maneira como se desenrolam as negociações, os procedimentos e, em especial, como se dá a intervenção judicial nos acordos entre acusação e defesa nos ordenamentos citados, verificamos quanto a prática da *justiça negociada* em cada um desses sistemas é passível de crítica, em razão da maneira heterogênea de como os instrumentos e poderes são interpretados e aplicados pelos atores processuais¹⁴⁰.

¹³⁹ ARMENTA DEU, **Sistemas...** op. cit., p. 142.

¹⁴⁰ No sistema italiano, Gaspare Dalia afirma que, apesar de consolidado, o *patteggiamento* ainda sofre com a diversificação de aplicação nos diferentes locais, além do fato de cada repartição judiciária ter uma orientação própria de aplicações do instituto, incluindo a adição de termos e condições ao previstos em lei. Cf. DALIA, Gaspare. **Deflazione processuale e alternative al dibattimento**. Milano: Editora Giuffrè Francis Lefebvre, 2020, p. 01).). No sistema alemão, Boyne relata que o controle judicial sobre os acordos, por vezes, é somente aparente, dado que é do interesse dos juízes aprovarem os acordos para diminuir a carga de trabalho. Cf. BOYNE, Shaw Marie. **The German Prosecution Service**. Guardians of the law? Nova Iorque: Editora Springer, 2014, p. 68-69. Na França, aponta Cabon, apesar do bom funcionamento do sistema de acordos, as decisões de recusa na homologação de acordos são marginais, tendo os juízes apontado que a justiça penal está cada vez mais contratualizada, e os Tribunais tendem a homologar os acordos, pois seus termos já foram aceitos e discutidos pelas partes, o que gera economia de tempo para os magistrados e recursos do Estado. Cf. CABON, Sarah-Marie. **La négociation en matière pénale**. Droit. Université de Bordeaux, 2014, p. 67-68. Com relação ao modelo dos Estados Unidos, Langbein e Weinreb, afirmam que a experiência dos acordos europeus-continetais, em especial os modelos da França e Alemanha, podem ser úteis para melhorar o sistema estadunidense, principalmente no que diz respeito ao exercício do controle judicial. Cf. LANGBEIN, John H.; WEINREB, Llouyd L. Continental criminal procedure: “myth” and reality. **The Yeale Law Journal**, v. 87, n. 8, July 1978, p. 1549-1569. No modelo português Fidalgo, mesmo após a reforma do Código de Processo Penal em 2007, descortina que, dentre outros objetivos, buscou-se alargar a aplicação do instituto da suspensão condicional do processo, permitindo que arguido e assistente também pudessem requerer a aplicação do mecanismo, pois a utilização do instituto ainda era reduzida. Por essa razão, a autora afirma que está nas mãos dos magistrados do Ministério Público dinamizar a utilização do instituto, e aplicá-lo sempre que estiverem reunidos os pressupostos autorizadores.

Cf. FIDALGO, Sonia. O consenso no processo penal: reflexões sobre a suspensão provisória e o processo sumaríssimo. **Revista Portuguesa de Ciências Criminal**, Coimbra, v. 18, n. 2, abr./set., 2018, p.314-315).

Assim, podemos concluir que cada um dos sistemas jurídicos adotou o “seu” modelo de solução negociada do conflito penal, o que, por certo, impactou de maneira diferente o funcionamento das estruturas de poder e o papel dos atores em cada uma das jurisdições analisadas.

Diante dessa disparidade, procuramos nos sistemas jurídicos dos Estados Unidos, França, Itália, Portugal e Alemanha, os principais institutos de solução negociada, para verificar se, dentre eles, há algum que guarda maior similitude com o acordo de não persecução penal brasileiro, que permite o encerramento do conflito penal sem a afirmação de culpa, e que tenha sua eficácia atrelada ao controle judicial.

A partir daí, traçamos um caminho onde buscamos capturar, por meio da pesquisa doutrinária e legislativa, como são formalizadas as propostas nesses acordos e, em especial, quais os alcances e limites no controle judicial nos citados ordenamentos jurídicos.

Dessa forma, sem a pretensão de exaurirmos o assunto, pois, como ressaltado acima, há um sem-número de críticas acerca da forma como os atores processuais utilizam esses institutos na prática, procuramos esquadriñar como foi desenvolvido e é como aplicado o controle judicial nos mecanismos de *justiça negociada* que entendemos guardar similitude com o nosso acordo de não persecução penal.

Assim, não obstante os desafios impostos à análise da experiência estrangeira, temos que a observação das diferenças, semelhanças e as soluções encontradas em outras jurisdições podem nos trazer reflexões úteis para ao menos tentarmos dirimir muitas questões que surgiram (e continuarão a surgir) nos operadores do direito brasileiros acerca do controle judicial no acordo de não persecução penal.

2.1.2. Controle judicial nos institutos de solução negociada: Experiência estrangeira

Conforme analisamos anteriormente, a interação e transplantes de institutos tradicionalmente vinculados aos sistemas da *common law* inclinaram os sistemas jurídicos da *civil law* a modificar a centralidade e protagonismo que os juízes tradicionalmente detinham na resolução do conflito penal, pois, com o advento dos mecanismos de *solução negociada*, parte do protagonismo processual foi deslocado para as partes.

Esse descolamento do eixo gravitacional dos juízes para as partes - consequência do advento dos modelos negociados de resolução do conflito penal - pode criar a falsa

impressão de que a atividade jurisdicional foi excluída ou relegada a segundo plano nos acordos processuais penais.

Ainda que o modelo de disputa estadunidense tenha sido forjado ideologicamente para que os Tribunais solucionem os conflitos com base nos fatos que são levados ao Tribunal pelas partes¹⁴¹, o que permite que elas gozem de ampla discricionariedade na definição dos rumos do processo, esse modelo não subtraiu dos juízes os poderes de controle sobre o processo, tampouco dos acordos negociados entre acusação e defesa¹⁴².

Por outro lado, a adoção de políticas criminais de solução do conflito penal pela via negociada em jurisdições que adotam o modelo de investigação oficial - ligado aos sistemas jurídicos de tradição *civil law* - pode ser vista como um paradoxo, posto que nesse modelo os juízes detêm o monopólio das decisões penais¹⁴³, e são livres para apreciar os fatos que lhe são trazidos, além de poderem buscar outros, independente da vontade das partes.

Ao nosso ver, a adoção da *justiça negociada* por países de tradição *civil law* não chega a ser tão paradoxal, pois, apesar de os juízes não participarem efetivamente das negociações celebradas entre as partes, os acordos atendem aos interesses do próprio Estado¹⁴⁴, ainda que ela tenha por consequência a redistribuição dos poderes judiciais.

Sob esta perspectiva, nos sistemas que serão analisados, seja de tradição *common law* seja *civil law*, percebe-se que eventuais concessões e renúncias ao direito de punir, incentivadas pela *solução negociada* do conflito penal, implicam a conclusão de que os acordos não são um produto da livre eleição das partes, devendo obedecer a parâmetros constitucionais e legais, os quais são controlados pela atividade judicial.

Ainda que a resolução do conflito penal se resolva pela via do acordo, o monopólio do exercício do poder punitivo nos Estados Unidos, França, Itália, Portugal e Alemanha, ainda cabe ao Poder Judiciário. Em maior ou menor grau, esses ordenamentos reservaram aos juízes espaços para controlarem a legalidade, regularidade e licitude do que foi pactuado entre as partes, conforme buscamos elucidar nos próximos tópicos.

¹⁴¹ DAMASKA, **The faces...** op. cit., p. 87.

¹⁴² BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Justiça penal negociada: negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes.** Curitiba: Juruá, 2016, p. 26-30.

¹⁴³ Nesse sentido Roxin: “*Desde siempre y en todas las culturas, el ejercicio del poder penal há constituido el concepto nuclear de la jurisdicción*”. Cf. ROXIN, **Derecho...** op. cit., p. 98.

¹⁴⁴ Nesse sentido Damska: “*Leaving the full argument for a subsequent chapter, I shall now recapitulate the discussion thus far. Although the administration of justice in a truly activist state may involve an official or a private dispute, it is actually independent of dispute resolution por se. The true procedural objective is to apply law in the context of contingent circumstances: it must be ascertained whether conditions exist that require official attendance, and if so, measures must be chosen that best advance the interests of the state. Inasmuch as activist law mirrors governmental policy, it can be said that ultimate purpose of activist justice is to implement state policy on cases that come before the adjudicator*”. Cf. DAMASKA, **The faces...** op. cit., p. 87.

Nesse sentido, apesar de as partes ostentarem o protagonismo na *justiça negociada*, naqueles sistemas designou-se ao judiciário a função de garantidor da correta aplicação da lei, ainda que isso contrarie a vontade das partes expressa no acordo.

Nos próximos tópicos, sem a pretensão de esgotarmos ou aprofundarmos detalhadamente o assunto, falaremos sobre os institutos de solução negociada do conflito penal nos sistemas estadunidense, francês, português e alemão, procurando identificar qual mecanismo guarda maior similitude com o brasileiro e, a partir dele, analisar o exercício do controle judicial.

2.2. ESTADOS UNIDOS

O modelo *adversarial* americano ascendeu após a segunda metade do século XVIII, com o desenvolvimento probatório e a profissionalização do tribunal do júri, que teve por consequência transformar o até então ágil e sumário sistema de julgamento da *common law*¹⁴⁵ em um procedimento lento e burocrático¹⁴⁶.

Esta transformação levou os atores processuais estadunidenses a buscarem um procedimento que não fosse tão complexo e que pudesse ser adaptado a casos menos graves, dando força aos acordos de confissão de culpa. Apesar de não pertencerem à gênese do sistema¹⁴⁷, as reformas implementadas acabaram por levar ao fenômeno das *guilty pleas*¹⁴⁸ e, posteriormente, tornou o *plea bargaining* o método padrão¹⁴⁹ para assegurar condenações

¹⁴⁵ Digno de nota é o fato de que até meados do século XVIII, os júris julgavam entre doze e vinte casos por dia, sendo que nos tempos modernos um julgamento pelo júri leva vários dias. Cf. LANGBEIN, John H. Compreendendo a curta história do *plea bargaining*. In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (org.). **Plea Bargaining**. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 117.

¹⁴⁶ *Ibid.*, p. 116-119.

¹⁴⁷ ALSCHULER, Plea bargain.... op. cit., p. 41-42: “*Formal courtroom requirements that apparently had been de- signed to protect defendants were transmuted into something like their antithesis through the adoption of expedient shortcuts. Today, in a sense, the situation is reversed. Methods of proof are far more formal, more expensive, and more time-consuming in Anglo-American justice than on the continent, and our elaboration of safeguards for the trial process has produced enormous pressure for plea bargaining. As a consequence, our supposedly accusatory system has become more dependent on proving guilt from the defendant's own mouth than any European 'inquisitorial system'. The lessons of our own history and that of other nations, therefore, are essentially the same: the more formal and elaborate the trial process, the more likely it is that this process will be subverted through pressures for self-incrimination. The simpler and more straightforward the trial process, the more likely it is that the process will be used.*”

¹⁴⁸ Segundo Malcom M. Feeley, as decisões através de *guilty pleas* são vistas nos registros dos tribunais a partir do fim do século XIX. Segundo o autor, citando estudo feito por Raymond Moley, já década de 20 do século passado, *guilty pleas* representavam 88% de todas as condenações. Cf. FEELEY, Malcolm M. *Plea bargaining e a estrutura do processo criminal*. In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (org.). **Plea Bargaining**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 47.

¹⁴⁹ A *plea bargaining* é gênero, que comporta distintas espécies. Há acordos sobre o conteúdo da acusação, chamados de *charge bargaining* ou *fact bargaining*; por outro lado, há a *sentence bargaining* na qual o acordo trata do tipo de pena que será aplicada ou o seu *quantum*. Cf. RAPOZA, A experiência... op. cit., p. 212-213.

no sistema norte-americano¹⁵⁰, sendo utilizado em mais de nove, a cada dez casos¹⁵¹, o que demonstra que os julgamentos (*trials*) se tornaram extremamente raros no processo penal norte-americano.

Albert Alschuler afirma que negociações processuais são a antítese¹⁵² do processo *adversarial* norte-americano, cuja essência acusatória foi sendo transmutada pelos atalhos decorrentes de pressões por autoincriminação e negociações de culpa, ou seja, apesar de a *solução negociada* não pertencer à gênese do sistema judicial estadunidense, nele encontrou um terreno fértil para se desenvolver¹⁵³.

Por outro lado, Malcom Feeley trata como falsa a crítica feita aos acordos, segundo a qual, eles teriam retirado o vigor do processo *adversarial*¹⁵⁴. Para o autor, “a adversarialidade e a negociação estão diretamente relacionadas, posto que não são uma prática cooperativa que abala ou compromete o processo adversarial”¹⁵⁵, mas sim o resultado de uma construção histórica, calcada em fatores que geralmente são reconhecidos como melhorias no processo penal moderno, que modificou a estrutura e natureza do processo tradicional – elaborado e custoso¹⁵⁶.

Da análise da perspectiva histórica do surgimento e expansão dos acordos no sistema norte-americano, sobressaem o fomento à passividade dos julgadores, alimentada pela autoridade dos Promotores de Justiça¹⁵⁷, cuja filosofia de pensamento ascendeu calcada em formas conceituais particulares de discricionariedade privada¹⁵⁸, posteriormente aplicadas no processo penal.

O processo penal estadunidense foi forjado a partir de uma estrutura de interpretação e significados, de como os atores compreendem seus papéis dentro do sistema de justiça

¹⁵⁰ FEELEY, *Plea bargaining...* op. cit., p. 46.

¹⁵¹ ALSCHULER, Um sistema... op. cit., p. 129.

¹⁵² Ibid., p. 41.

¹⁵³ “A noção de acordos processuais supõe espaços de disponibilidade, os quais, por lógica, emergem dos sistemas processuais fundados em um protagonismo das partes que estão em conflito. Daí a consolidação daquelas fórmulas em processos penais fundados na premissa *adversarial*. Neles, a noção de disputa gerenciada por um distanciado árbitro mostra-se coerente com a supervalorização do papel reservado às partes no enredo processual. Delimitação dos fatos e dos meios de prova e liberdade para se pôr fim ao conflito processual são os aspectos mais evidentes do campo de atuação próprio das partes. Muito embora coerente com a dinâmica do processo *adversarial*, a negociação processual não pertence ao material genético daquele modelo. É uma construção gradativa que, ali, sem dúvida, encontrou terreno fértil para a sua incorporação e desenvolvimento. Cf. ZILLI, No acordo... op. cit., p. 3.

¹⁵⁴ Nesta mesma linha, Bruce Green descreve que Promotores de Justiça americanos tinham por ideal reconciliar o ideal de fazer justiça, passando a imagem de forte, ou seja, fazer justiça em termos musculares e não sentimentais, sem parecer fraco. Cf. GREEN, Bruce A. Why should prosecutors “Seek Justice”? **Fordham Urban Law Journal**, v. 26, n. 3, 1999.

¹⁵⁵ FEELEY, *Plea bargaining...* op. cit., p. 43.

¹⁵⁶ FEELEY, *Plea bargaining...* op. cit., p. 57-58.

¹⁵⁷ FEELEY, *Plea bargaining...* op. cit., p. 51.

¹⁵⁸ LANGBEIN, Compreendendo... op. cit., p. 120-21.

criminal, no qual o processo penal é compreendido como uma disputa entre acusação e defesa, teoricamente em condições iguais, perante um árbitro passivo, que é chamado a solucionar o conflito levado ao seu conhecimento, a partir de elementos trazidos pelas partes¹⁵⁹.

Como veremos a seguir, essa estrutura de interpretação e significados, compreendida como a passividade do poder judiciário, frente à discricionariedade dos Promotores de Justiça, e a possibilidade da defesa de abandonar a posição de resistência à acusação, para buscar o encerramento do conflito penal por meio de um acordo que considere justo ou possível, podem levar a uma conclusão precipitada, ou até mesmo errônea, de que no modelo norte-americano o controle judicial sobre as negociações é um mero rito de passagem.

2.2.1. Mecanismos de solução negociada no sistema estadunidense

Inicialmente, ressalta-se, aqui, que o sistema processual americano é bastante complexo, havendo 52 sistemas de justiça criminal – 50 Estados membros, o da União e o do Distrito de Columbia. Portanto, existem ao menos 52 fontes¹⁶⁰ passíveis de análise, motivo pelo qual optamos em analisar os procedimentos, a partir da legislação processual penal federal.

O processo penal *tradicional* nos Estados Unidos é dividido em três “grandes fases”: investigatória, adjudicatória e a judicial¹⁶¹. Uma vez encerrada a fase adjudicatória, e, se a promotoria tiver se convencido de ter obtido provas suficientes de autoria, materialidade e ilicitude da conduta, ela formalizará a imputação¹⁶². É após este momento que o acusado fará suas declarações iniciais, momento em que poderá optar pelo encerramento do conflito por meio de um acordo.

¹⁵⁹ LANGER, From legal... op. cit., p. 09.

¹⁶⁰ RAMOS, João Gualberto Garcez. **Curso de processo penal norte-americano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 35.

¹⁶¹ “O processo penal condenatório tem três grandes fases. A primeira delas é a fase investigatória (*investigatory stage*). Após, ao final da investigação inicia-se a fase de judicialização (*adjudicatory stage*), em que o promotor deduz a acusação e são admitidas ou não as provas apresentadas. É nessa fase que o juiz decidirá sobre a licitude e admissibilidade das provas. É preparatória da fase judicial propriamente dita e, em algum sentido, com ela se confunde. A fase judicial é composta pela instrução da causa, seguida da atividade crítica das partes técnicas – promotor e assistente de acusação, de um lado, e defensor, de outro –, momento em que as partes técnicas debatem as provas e deduzem seus pedidos finais. Se o pedido do promotor for no sentido de arquivamento do processo, ele não se conclui e é arquivado *eo ipso*. Se o pedido for de condenação, mas o veredicto for ‘inocente’ (*not guilty*), encerra-se o processo, impedida sua repetição. Ao veredicto de culpado (*guilty*) segue-se a etapa denominada de ‘sentenciamento’ (*sentencing*). Nessa etapa, a tarefa é determinar a pena a ser aplicada”. Cf. RAMOS, **Curso...** op. cit., p. 177.

¹⁶² RAMOS, **Curso...** op. cit., p. 187-188.

Assim, nas suas declarações iniciais, o acusado pode: declarar-se inocente (*plea of not guilty*) e não renunciar ao seu direito de ser julgado por um júri imparcial¹⁶³⁻¹⁶⁴; permanecer em silêncio (presumindo-se que se declara inocente); pode não contestar a acusação (*nolo contendere*) e pode, desde logo, declarar-se culpado (*guilty plea*).

A declaração de culpa (*guilty plea*), esclarece Luis Alfredo Díez, pode ser voluntária, induzida ou negociada, e desta última decorre o *plea bargaining*¹⁶⁵. Se houver acordo das partes (*plea agreement*) sobre os fatos e a sua atribuição ao acusado, neste estágio, é requerida ao juiz a prolação antecipada da sentença.

É neste momento que o juiz deve exercer o controle judicial sobre o acordo proposto pelas partes¹⁶⁶. Nas cortes federais, cabe ao magistrado supervisionar a discussão entre a defesa e promotoria, ou com o próprio acusado, sobre o *status* da negociação, mas não deve dela participar ou nela interferir¹⁶⁷⁻¹⁶⁸.

¹⁶³ O direito ao julgamento pelo júri está consagrado na VI Emenda da Constituição dos Estados Unidos da América, que estabelece: “Em todos os processos criminais, o acusado terá direito a um julgamento rápido e público, por um júri imparcial do Estado e distrito onde o crime houver sido cometido, distrito esse que será previamente estabelecido por lei, e de ser informado sobre a natureza e a causa da acusação; de ser acareado com as testemunhas de acusação; de fazer comparecer por meios legais testemunhas da defesa, e de ser defendido por um advogado.” Cf. Versão traduzida pela Biblioteca Virtual de Direitos Humanos da Universidade de São Paulo. Disponível em: < <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/constituicao-dos-estados-unidos-da-america-1787.html> > Acesso em: 01 jun. 2021.

¹⁶⁴ Ressalta-se que o acusado pode se declarar inocente e optar por não litigar perante o júri, aceitando que o julgamento seja realizado por um juiz singular. Cf. RAMOS, **Curso...** op. cit., p. 189.

¹⁶⁵ DIEGO DÍEZ, Luis Alfredo de. **Justicia criminal consensuada**. Algunos modelos de derecho comparado em los E.E.U.U., Italia y Portugal. Valencia, Editora: Tirant lo Blach, 1999, p. 33-35.

¹⁶⁶ Conforme explica Garcez Ramos: “Teoricamente, o juiz deve exercer um controle sobre a barganha, e verificar se ela atende a requisitos mínimos de ética processual”. Ao usar o termo “teoricamente” o autor faz referência à prática, na qual as partes têm total domínio sobre a barganha. Cf. RAMOS, **Curso...** op. cit., p. 188.

¹⁶⁷ De acordo com a Federal Rules of Criminal Procedure, 11 (c) (1). Cf. ESTADOS UNIDOS. Federal Rules of Criminal Procedure. Rule 11. Pleas. **Legal Infotmation Institute**, Cornell Law School. Disponível em: < https://www.law.cornell.edu/rules/frcrmp/rule_11 > Acesso em: 08 fev. 2022

¹⁶⁸ Alafair S. Burke demonstra que, embora os padrões da American Bar Association (ABA) - para justiça criminal, bem como as normas federais e de diversos Estados - desencorajem, ou proibam a participação de juizes nas negociações, há provas empíricas de que o envolvimento judicial pode melhorar tanto a eficiência, quanto a justiça dos acordos. Nesse sentido, a professora cita, dentre outros, os estudos de Seung-Hee Lee, “The Scales of Justice: Balancing Neutrality and Efficiency in Plea-Bargaining Encounters”, de Jenia Turner, “Judicial Participation in Plea Negotiations: a comparative view”. Para a autora, a participação de juizes nas negociações pode ser mais benéfica, pois os magistrados permaneceriam em uma posição mais favorável para fazer uma avaliação mais objetiva e justa da probabilidade de condenação, pois mitigariam certas paixões e distorções irracionais de promotores preocupados somente com o resultado do acordo, ou que recusam a negociar, restaurando a habilidade do acusado em trocar sua admissão de culpa por uma boa sentença. Para solucionar a preocupação predominante sobre o enviesamento de juizes, que pode levar ao fracasso das negociações, ou ainda, macular a neutralidade dos magistrados responsáveis pelo julgamento, tais preocupações poderiam ser resolvidas com a remessa do caso a outro juiz, como ocorre em Connecticut, onde é permitido que os juizes se envolvam ativamente das negociações, porém proíbe de **atuar** também no julgamento. Cf. BURKE, Paixão... op. cit., p. 111-113 e nota 107, p. 113.

De acordo com Jacqueline Ross, em geral, os juízes norte-americanos gozam de considerável amplitude para decidir se aceitam ou rejeitam as negociações de confissão de culpa¹⁶⁹. A legislação federal estabelece que o juiz, antes de iniciar o julgamento, deve analisar se há justa causa (*factual basis*) para a declaração de culpa¹⁷⁰⁻¹⁷¹, bem como averiguar se o acordo é voluntário¹⁷².

Por sua vez, no *nolo contendere*¹⁷³, o acusado declara que não contestará a acusação¹⁷⁴, o que não configura admissão de culpa, ou seja, a confissão, essencial para o instituto. De acordo com Brandot Garrett, o mecanismo que pode ser entendido como um consentimento do acusado de que ele pode ser punido como culpado e/ou, ainda, como um pedido de leniência¹⁷⁵.

No *nolo contendere*, o juiz, antes de se manifestar se aceita ou não o pedido, deve consultar se as partes anuem, pois a promotoria pode recusar a anuência, caso entenda que o apelo não trará uma solução definitiva sobre a culpa ou não do acusado¹⁷⁶. Cabe, ainda, ao magistrado verificar se há interesse público para aceitação do apelo¹⁷⁷. Uma vez aceito o *nolo contendere*, o controle judicial passa pelo mesmo filtro da *plea bargaining*.

Com essas ponderações, pretendemos demonstrar que, mesmo no sistema estadunidense, em que há amplo espaço negocial, com maior controle das partes na

¹⁶⁹ “Judges in general enjoy considerable latitude in deciding whether to accept or reject plea bargains. If a plea agreement calls for the dismissal of charges, a federal court may defer its decision to accept or reject the plea bargain until the judge has seen the pre-sentence report and formed an opinion about the gravity of the underlying conduct.” Cf. ROSS, Jacqueline E. The entrenched position of plea bargaining in United States legal practice. In: THAMAN, Stephen C. (ed.). **World plea bargaining: consensual procedures and the avoidance of the full criminal trial**. Durham: Carolina Academic Press, 2010, p. 108-109.

¹⁷⁰ Federal Rules of Criminal Procedure, 11 (b) (3).

¹⁷¹ No modelo norte-americano, a fase de investigação é, basicamente, informal, sem a necessária juntada das evidências em um dossiê, tampouco são documentadas as atividades de investigação. Esta informalidade do procedimento investigatório estadunidense dificulta o exercício do controle judicial, pois faltam aos juízes os elementos necessários para verificar a viabilidade da acusação, bem como da necessária justa causa para que os acordos sejam celebrados o que implica a falta de documentação adequada das atividades investigativas e a juntada de provas aptas a auxiliar os juízes a controlarem a viabilidade da acusação e a justa causa dos acordos firmados. Ver: CUNHA, **Acordos...** op. cit., 2019, p. 140.

¹⁷² RAPOZA, A experiência... op. cit., p. 214.

¹⁷³ Previsto na Federal Rules of Criminal Procedure, 11 (a) (3)

¹⁷⁴ BRANDALISE, **Justiça...** op. cit., p. 65.

¹⁷⁵ GARRETT, Brandon L. Op. cit., 2019, p. 75.

¹⁷⁶ Conforme as Notas do Comitê Consultivo sobre Regras – Emenda de 1974, das Normas Federais de Processo Penal, em tradução livre: “Um réu que deseja alegar *nolo contendere* geralmente desejará evitar se declarar culpado, porque a confissão de culpa pode ser apresentada como uma admissão em um litígio civil subsequente. A acusação pode opor-se ao argumento de *nolo contendere*, porque deseja uma resolução definitiva da culpa ou inocência do réu para fins correccionais ou por motivos de litígio subsequente. Normas da ABA Relativas a Fundamentos de Culpa §1.1 (b) Comentário em 16–18 (Rascunho aprovado, 1968). De acordo com a subdivisão (b) da nova regra, o equilíbrio dos interesses é deixado ao juiz de primeira instância, que tem o mandato de levar em consideração o interesse público mais amplo na administração eficaz da justiça”.

¹⁷⁷ Federal Rules of Criminal Procedure, 11 (a) (3)

resolução do conflito penal o acordo penal deve passar pelo controle judicial¹⁷⁸.

Apesar das negociações de culpa serem a fonte de inspiração de reformas de legislações processuais penais mundo afora, das quais o *plea bargaining* é seu maior expoente, a legislação norte-americana conta, ainda, com outros institutos de solução negociada, que se dão através de acordos negociados no âmbito do Departamento de Justiça (DOJ)¹⁷⁹; são eles: o *non-prosecution agreements* (NPA)¹⁸⁰ e a *deferred prosecution agreement* (DPA)¹⁸¹, muito utilizados em crimes econômicos e empresariais¹⁸², pois

¹⁷⁸ O necessário controle judicial sobre o acordo penal, pode ser extraído de alguns artigos das Regras Federais do Processo Penal Estadunidense, como por exemplo: artigo (b) (3), “antes de julgar o caso a partir da confissão de culpa, a Corte precisa determinar se há base fática para tal posicionamento”; ou ainda, artigo (3) (B), que trata das considerações da Corte sobre o acordo, “a Corte pode aceitar, rejeitar, ou adiar uma decisão sobre o acordo até que o relatório de apresentação seja revisado”. ESTADOS UNIDOS. Federal Rules of Criminal Procedure. Rule 11. Pleas. **Legal Information Institute**, Cornell Law School. Disponível em: < https://www.law.cornell.edu/rules/frcrmp/rule_11 > Acesso em: 08 fev. 2022.

¹⁷⁹ Os acordos também podem ser firmados na Comissão de Valores Mobiliários americana (SEC), porém são menos usuais, dado aos critérios específicos de utilização dos institutos nesse órgão.

¹⁸⁰ “No direito a *common law*, acordos de não-persecução penal, conhecidos como *non-prosecution agreements* (NPA), são acordos pré-processuais (*petrial diversion*), entre pessoa física ou jurídica para a não propositura de uma ação criminal em juízo, em troca de uma prestação ou de um não comportamento positivo. Tem natureza de colaboração. No direito da Inglaterra e Gales, os NPA estão previstos no anexo 17 do *Crime and Courts Act*, 2013. São utilizados exclusivamente com pessoas jurídicas e dependem de homologação judicial, em casos de fraude, corrupção e delitos econômicos, sempre observadas a adequação, razoabilidade e proporcionalidade, desde que em proveito do interesse público de administração da Justiça. (...) NPAs também existem nos Estados Unidos da América, onde passaram a ser usados a partir de 1992, podendo ser negociados com pessoas físicas ou pessoas jurídicas, pelo Departamento de Justiça (DOJ) ou pela Comissão de Valores Mobiliários (SEC) e também por órgãos do Ministério Públicos nos Estados e condados¹⁸⁰.” Cf. ARAS, Acordos penais... op. cit., p. 277-278.

¹⁸¹ Neste sentido, Aras: “Um *deferred prosecution agreement* (DPA) é um acordo escrito de persecução diferida ou acordo de suspensão de persecução, que pode ser proposto por um procurador do Departamento de Justiça (DOJ) dos Estados Unidos ou da Comissão de Valores Mobiliários (SEC) ou órgão de acusação equivalentes. Tal como os NPAs, esta modalidade de consenso penal integra o que se conhece por *petrial diversion*, ou resolução extrajudicial, e encontra fundamento na Lei de Duração Razoável do Processo, de 1974. Um DPA será mais complexo e formal que um NPA, já que, normalmente, há descrição detalhada dos fatos ilícitos praticados pela pessoa jurídicas e confissão. Muito útil em casos de criminalidade econômico-financeira, um DPA resulta em certas obrigações para pessoas jurídicas, como o pagamento de multa, adoção de programas de *compliance*, a contratação de um monitor externo (*corporate monitor*), a reparação do dano e a colaboração com as investigações. Fixa-se um período de prova, normalmente de um a três anos, durante o qual a pessoa jurídica deve cumprir as obrigações negociadas com o Ministério Público. Se o acordo for cumprido, a acusação é retirada. Não há prévia homologação judicial, o que é motivo de críticas.” (*Ibidem*, p. 278).

¹⁸² “Since 2000, NPAs and DPAs have become a mainstay in the federal playbook for corporate criminal justice matters. The steady rise in their use by the U.S. Department of Justice (“DOJ”) began in the middle of the last decade and has since reached a baseline pace of at least 20 agreements per year, with some years spiking to nearly double that figure. The year 2004, for example, saw eight agreements. A decade later, the first half of 2014 alone has seen 11 agreements from DOJ, with an additional agreement from the SEC, for a total of 12 agreements. Since 2000, DOJ has entered into 283 publicly disclosed NPAs and DPAs. The U.S. Securities and Exchange Commission (“SEC”) also has adopted NPAs and DPAs in its corporate enforcement regime, entering into seven such agreements since 2010. Of the 290 agreements DOJ and the SEC have entered into since 2000, more than half (152) have come since January 1, 2010. NPAs and DPAs have led to monetary penalties totaling more than \$42 billion, equivalent to the annual GDP of Latvia”. WARIN, Joseph; GIBSON; Dunn. 2014 Mid-Year Update on Corporate and Deferred Prosecution Agreements. Disponível em: < <https://corpgov.law.harvard.edu/2014/07/16/2014-mid-year-update-on-corporate-non-prosecution-and-deferred-prosecutionagreements/> > Acesso em: 12 abr. 2021.

representam mais de 30% dos acordos celebrados, e ficam atrás, apenas, dos acordos decorrentes de *plea agreements*¹⁸³.

O *non-prosecution agreements* (NPA) se trata de uma modalidade de acordo de não persecução penal de imunidade, celebrado antes do oferecimento da denúncia. Este acordo pode ser negociado com pessoas físicas¹⁸⁴ ou jurídicas¹⁸⁵, sendo mantido apenas entre as partes, sem a necessidade de controle ou envolvimento do judiciário, motivo pelo qual tem caráter extrajudicial¹⁸⁶.

Celebrado o NPA, o caso fica suspenso no âmbito do órgão responsável pelo acordo, até o cumprimento integral das condições pactuadas entre as partes, as quais, uma vez cumpridas, levam ao arquivamento da investigação.

Optamos por fazer uma breve análise deste instituto estadunidense, pois se trata da fonte de *tradução* literal da primeira tentativa de introdução do acordo de não persecução penal no Brasil, feita pelo Conselho Nacional do Ministério Público¹⁸⁷.

Como vimos, o *non-prosecution agreements* tem por característica a extrajudicialidade, cujas negociações se dão entre acusação e defesa, antes do oferecimento da denúncia, e o cumprimento das avenças pactuadas se daria no âmbito do próprio Ministério Público, e não em juízo.

Tal como no instituto estadunidense, o acordo de não persecução penal foi concebido, inicialmente, pelo Conselho Nacional do Ministério Público, para ser um mecanismo extrajudicial, negociado e cumprido no âmbito do órgão ministerial, sem previsão no texto original de submissão do acordo à homologação e controle judicial¹⁸⁸.

Da mesma maneira que a sua fonte de inspiração, no modelo brasileiro uma vez

¹⁸³ De acordo com dados disponíveis em: STANFORD LAW SCHOOL. Foreign Corrupt Practices Act Clearinghouse a collaboration with Sullivan & Cromwell LLP. **DOJ and SEC Enforcement Actions per Year** Disponível em: < <https://fcpa.stanford.edu/statistics-analytics.html> > Acesso em: 12 abr. 2021.

¹⁸⁴ Ver nota *supra* 98.

¹⁸⁵ Caso recente de negociação e celebração de um *non-prosecution agreements* se deu entre o Departamento de Justiça americano e a Petrobrás, no ano de 2018, após a deflagração das investigações denominadas de “Operação Lava-Jato”, que acabaram por ter consequências internacionais à petroleira brasileira, em razão do descumprimento da Lei de Práticas de Corrupção no Exterior (FCPA). Disponível em: < <https://www.justice.gov/opa/press-release/file/1096706/download> > Acesso em: 12.4.21.

¹⁸⁶ ESTADOS UNIDOS. Department Of Justice, Security and Exchange Commission. **Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act**, p. 76. Disponível em: <https://www.justice.gov/criminal-fraud/file/1292051/download>. Acesso em: 12 abr. 2021.

¹⁸⁷ BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução n. 181**... op. cit.

¹⁸⁸ Conforme redação original do artigo 18, da Resolução 181/2017: “Nos delitos cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, não sendo o caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor ao investigado acordo de não persecução penal, desde que este confesse formal e detalhadamente a prática do delito e indique eventuais provas de seu cometimento, além de cumprir os seguintes requisitos, de forma cumulativa ou não: (...) § 2º O acordo será formalizado nos autos, com a qualificação completa do investigado e estipulará de modo claro as suas condições, eventuais valores a serem restituídos e as datas para cumprimento e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e seu advogado”. Idem.

cumprido o acordo de não persecução penal, caberia ao Promotores de Justiça e aos Procuradores da República, por meio dos seus próprios órgãos internos¹⁸⁹, arquivar o procedimento investigatório¹⁹⁰, sem a necessidade de intervenção do Poder Judiciário na homologação, execução e verificação de cumprimento da avença.

As semelhanças entre o acordo de não persecução penal brasileiro inicialmente concebido e o *non-prosecution agreement* estão afetas à extrajudicialidade e à ausência de controle judicial sobre o negócio entabulado entre partes, uma vez que o instituto estadunidense envolve a delação de terceiros, pois é uma modalidade de acordo para obtenção de cooperação¹⁹¹, o que não estava previsto no instituto idealizado pelo órgão de controle do Ministério Público.

Por sua vez, ao analisarmos o instituto do *deferred prosecution agreement* (DPA) estadunidense, identificamos nele as características e semelhanças com o acordo de não persecução penal introduzido pelo legislador brasileiro no artigo 28-A, do Código de Processo Penal, especialmente no que diz respeito à necessidade do exercício do controle judicial para efetividade do acordo, razão pela qual passaremos a analisá-lo mais detidamente.

2.2.1.1. Controle judicial no deferred prosecution agreement

Conforme explica Peter Reilly, o instituto do *deferred prosecution agreement* (DPA) surgiu no século XX, quando os tribunais estadunidenses buscavam alternativas para evitar processos provenientes de acusações envolvendo réus primários e juvenis, como um mecanismo apto a evitar a estigmatização da condenação criminal e desafogar o sistema

¹⁸⁹ SOUZA, Renne do Ó; DOWER, Patrícia Eleutério Campos. Algumas respostas sobre o acordo de não persecução penal. In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (Orgs.). **Acordo de não persecução penal**. Salvador: Editora JusPodvim, 2017, p. 140.

¹⁹⁰ Conforme previa o § 8º, do artigo 18, da Resolução 181/2017: “Cumprido integralmente o acordo, o Ministério Público promoverá o arquivamento da investigação, sendo que esse pronunciamento, desde que esteja em conformidade com as leis e com esta Resolução, vinculará toda a Instituição.” BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução n. 181**... op. cit.

¹⁹¹ Nesse sentido: Princípios do Processo Criminal do Departamento de Justiça dos Estados Unidos, Item 9-27.600: “*Except as hereafter provided, the attorney for the government may, with supervisory approval, enter into a non-prosecution agreement in exchange for a person's cooperation when, in his/her judgment, the person's timely cooperation appears to be necessary to the public interest and other means of obtaining the desired cooperation are unavailable or would not be effective.*” ESTADOS UNIDOS. Department of Justice. **Justice Manual**. Title 9: Criminal. 9-27.000 – Principles of Federal Prosecution. Disponível em: < <https://www.justice.gov/jm/jm-9-27000-principles-federal-prosecution#9-27.600> > Acesso em: 05 jan. 2022; e ARAS, Acor-dos penais... op. cit., p. 251.

judiciário daquele país¹⁹². Ainda de acordo com o autor, sua prática foi reconhecida pelo Congresso dos Estados Unidos em 1974, quando da promulgação do *Speedy Trial Act*¹⁹³.

Em 1977, o Departamento de Justiça dos Estados Unidos estabeleceu os padrões para utilização do instituto, elencando três objetivos do *deferred prosecution agreement*: i) prevenção de futuros delitos, retirando determinados casos do processamento tradicional para supervisão e serviços comunitários; ii) poupar recursos do Ministério Público e do Judiciário, concentrando-os em casos relevantes e, iii) buscar reparar o dano à vítima e à sociedade, quando possível¹⁹⁴. Porém, ainda segundo o autor, com o passar do tempo, o Departamento de Justiça estadunidense ampliou o escopo de aplicação do *deferred prosecution agreement*, para que pudesse ser aplicado nas atividades empresariais, o que não estava na gênese do acordo¹⁹⁵.

Certo é que, conforme afirma Mary Miller, o *deferred prosecution agreement*, os Procuradores Federais passaram a confiar cada vez mais no instituto no contexto corporativo, posto que o DPA permite a punição de uma corporação de maneira mais eficaz que uma condenação criminal, e ainda permite que os membros do Ministério Público implementem diversas reformas dentro da empresa celebrante¹⁹⁶.

O *deferred prosecution agreement* é mecanismo de *solução negociada* do conflito penal que tem por característica possibilitar ao membro do Ministério Público uma saída ao processo *conflituoso*, por meio de oferecimento de um acordo (*agreement*) que permite que acusado/investigado não seja processado, ou condenado e cuja aceitação não gera registro nos antecedentes criminais.

A lógica por detrás do *deferred prosecution agreement* guarda consigo os mesmos ideais de outros mecanismos de *justiça negociada* incorporados nos diversos sistemas processuais: a ressocialização do indivíduo, ao permitir que ele permaneça em sociedade

¹⁹² “*In the early twentieth century, DPAs and NPAs emerged as courts sought alternatives to prosecution for juvenile defendants and first-time offenders. These alternative processes helped to manage busy court dockets, and they allowed juveniles to avoid the stigma of criminal conviction*”. Cf. REILLY, Peter. Negotiating Bribery: Toward Increased Transparency, Consistency, and Fairness in Pretrial Bargaining Under the Foreign Corrupt Practices Act. **Hastings Business Law Journal**, v. 10, n. 2, 2014, p. 365.

¹⁹³ *Idem*.

¹⁹⁴ *Idem*.

¹⁹⁵ Segundo o autor, quando analisados os três objetivos traçados pelo DOJ em 1977, para aplicação do instituto, em tradução livre: “Difícilmente se poderia imaginar a frase ‘desviando-se do processo tradicional para supervisão e serviços comunitários’ teria sido escrita em referência às corporações. No entanto, com o tempo, o governo claramente ampliou o escopo desses acordos para que pudessem ser aplicados a empresas e outras entidades empresariais.” Cf. *Idem*.

¹⁹⁶ MILLER, Mary. More Than Just a Potted Plant: A Court's Authority to Review Deferred Prosecution Agreements Under the Speedy Trial Act and Under Its Inherent Supervisory Power. **Michigan Law Review**, v. 115, n. 1, 2016, p. 140.

enquanto cumpre o acordo, a diminuição de taxas de encarceramento e do acúmulo de casos na justiça criminal, bem como do tratamento diferenciado aos crimes de pequena e média gravidade, praticados sem violência, por investigados que sejam primários ou não habituais¹⁹⁷.

De acordo com Benjamin Greenblum, o *deferred prosecution agreement* é uma ferramenta muito importante disponível aos Representantes do Ministério, uma vez que, por um lado, permite ao Estado impor sanções, sem que elas se constituam antecedentes criminais ao infrator que opte pela negociação do acordo, o que configura umas das principais diferenças entre o DPA e o *plea bargaining*. Por outro lado, o papel dos juizes na revisão judicial desse acordo seria mínimo, razão pela qual o procedimento sofria críticas substanciais dos acadêmicos¹⁹⁸.

Ainda segundo Benjamin Greenblum, antes de 1999, os próprios Procuradores eram hesitantes em oferecer o *deferred prosecution agreement*, porém, a partir daquele ano, com o reconhecimento e promulgação pelo Departamento de Justiça estadunidense de padrões específicos para os acordos, seu uso passou a crescer e envolver as principais corporações

¹⁹⁷ De acordo com o guia de implementação do *Deferred Prosecution Programs*. Cf. PETTUS-DAVIS, Carrie et al. **Deferred Prosecution Programs**. Institute For Justice Research And Development at Florida State University's College of Social Work, the University of Chicago School of Social Service Administration, and the Center for Social Development at Washington University's Brown School. Disponível em: <https://ijrd.csw.fsu.edu/sites/g/files/upcbnu1766/files/media/images/publication_pdfs/deferred_prosecution_programs_implementation_guide.pdf> Acesso em: 05 jan. 2022.

¹⁹⁸ “*Deferred prosecution is a unique balance of tools available to the prosecutor. In a deferred prosecution, the state exacts sanctions, yet the offender emerges without a criminal record. Deferral allows prosecutors to 'avoid the black-and-white decision of indicting. The mechanism is thus importantly different from both declining to prosecute and plea bargaining, which together constitute the vast majority of dispositions of federal criminal allegations. (...) Deferred prosecution offers prosecutors an intermediate option between declination and plea bargaining, as deferrals exact sanctions while circumventing the collateral consequences of a conviction. Deferral is not a 'bargain basement plea bargaining system'. Rather, deferral is to be used in cases where 'the putative defendant could be successfully prosecuted'. Importantly, the judicial role in deferred prosecutions is minimal. The decision to defer is generally not subject judicial review unless an applicable statute provides otherwise. For instance, the U.S. Code does not provide judicial review for federal deferral decisions. As to offenders seeking to challenge the prosecutor's discretion in pursuing prosecution at the close of the deferral period, federal courts have intervened only insofar as the deferral agreement represents a contract with enforceable terms. Courts have justified the limited nature of the review in this context by referring to both separation of powers concerns and the potential for a flood of civil litigation. The judiciary's limited role in deferred prosecutions may explain the substance of criticisms lodged against the deferral mechanism. Such criticisms take three forms. First, some academics argue that 'extralegal factors such as age, race, and social class' can distort the prosecutor's deferral decision; accordingly, they call for more transparency in individual offender deferral. Second, critics note that research has yet prove that deferral successfully reduces recidivism. Third, and most significantly with respect to judicial involvement, deferral raises due process concerns because by its 'nature [deferral] requires removal [of the offenders] from system prior to a determination of guilty or innocence.' Given, that it is 'always in lieu of court processing - a strong coercive agent,' deferral may not be a voluntary choice for the offender because alternatives is far less favorable. Critics raise these concerns about deferral well before prosecutors extended the mechanism to corporate offenders in the 1900s'”. Cf. GREENBLUM, Benjamin M. What happens to a prosecution deferred? Judicial oversight of corporate deferred prosecution agreements. **Columbia Law Review**, v. 105, n. 6, p. 1863-1904, oct./2005, p. 1868-1871. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/4099504>> Acesso em: 05 fev. 2022.*

do país¹⁹⁹. Nesse contexto, o autor explica que, em alguns aspectos, os Procuradores Federais transplantaram um instituto criado para ser utilizado nos casos de infratores individuais, e passaram a aplicá-lo nos casos envolvendo as corporações²⁰⁰.

Semelhante ao acordo de não persecução penal adotado no Brasil, para a celebração de um *deferred prosecution agreement*, é necessário que o acordante se declare culpado pela prática da infração penal investigada, bem como se submeta ao cumprimento de condições por um determinado período – tais como, ressarcimento da vítima e prestação de serviços à comunidade –, que, uma vez cumpridas, possibilitam que o imputado não seja julgado, ou tenha a acusação originária retirada; assim, evitam-se os efeitos da acusação, ou de uma condenação²⁰¹.

O *deferred prosecution agreement* é negociado extrajudicialmente antes da formalização da acusação e, se houver acordo, a proposta é instrumentalizada por meio de um contrato entre as partes, cabendo ao Ministério Público, ou o Departamento de Justiça (DOJ), submeter a proposta ao Poder Judiciário, para que seja analisada e homologada e implementada.

Com efeito, a intervenção do judiciário no implemento do *deferred prosecution agreement* garante que o acordo não é abusivo, bem como, o juiz, ao chancelar a proposta, transfere-lhe confiança judicial²⁰². Nessa linha, cabe ao Tribunal sindicar os acordos; garantir que sejam executáveis, e, também, decidir se os termos acordados foram violados²⁰³.

No modelo estadunidense, esse acordo é apresentado ao tribunal juntamente com a

¹⁹⁹ “Before the Justice Department recognized and promulgated standards specific to corporate deferral in 1999, prosecutors were understandably hesitant to resort to the mechanism, explaining its infrequent use in the 1990s. In the last two years, however, prosecutors have deferred the prosecution of more than a dozen of the nation’s leading corporations. (...) Most importantly, the agreements explicit disavowed any judicial role in changing proposed terms of deferral or in later determining whether the referee had committed a prosecutable breach. In some cases, the agreements created a separate adjudicatory process that was administered by federal prosecutors and was entirely unreviewable by courts. In short, all of the agreements extrajudicial contracts with onerous terms that threatened to undermine the purpose of deferred prosecution”. Cf. GREENBLUM, What happens... op. cit., p. 1871-1872.

²⁰⁰ Ibid., p. 1880.

²⁰¹ GREENBLUM, What happens... op. cit., p. 1880.

²⁰² Ibid., p. 1901.

²⁰³ Nesse sentido: “Introducing judicial involvement here has practical appeal. Beyond the judge’s baseline familiarity with adjudicating disputes, these particular dispute are fundamentally contractual in nature. Deferral agreement are not archetypal contracts, but to the extent that they are an exchange of promises between the prosecutor and the offender, courts have treated them as enforceable contracts. Circumvention of the traditional judicial role in determining breach is even more disconcerting where criminal rather than civil consequences can result, particularly when they can result automatically as in the *Coopers & Lybrand* deferral. Furthermore, where the deferral agreement’s terms are legally problematic, judicial involvement may preserve the core of the contract”. Ibid., p. 1893.

acusação – na fase preparatória²⁰⁴ – momento em que também é requerido ao juiz que a acusação seja adiada, com o objetivo de permitir que o investigado/acusado cumpra as condições acordadas²⁰⁵.

Apesar da ampla discricionariedade dos membros do Ministério Público no processo *adversarial* estadunidense, e do protagonismo das partes na solução do conflito penal, no *deferred prosecution agreement*, tanto o legislador, quanto a jurisprudência²⁰⁶ resguardaram aos juízes poderes para o efetivo controle judicial sobre esse tipo de acordo.

Na visão de Mary Miller, por se tratar de um instituto que tem o condão de impedir o julgamento do caso, o que mitiga o poder sancionatório atribuído do Poder Judiciário (o que não ocorre no *plea bargaining*), o efetivo controle judicial no *deferred prosecution agreement* é uma maneira de proteger a integridade do processo penal e a autoridade dos tribunais²⁰⁷. A decisão homologatória nesse caso confere um “selo de aprovação” judicial ao acordo²⁰⁸.

Seguindo a mesma linha, Greenblum destaca que a intervenção judicial nesse acordo é necessária, mas deve ocorrer somente na fase de implementação, de maneira a conter eventuais abusos dos membros do Ministério Público, minimizar efeitos negativos do procedimento e garantir que o *deferred prosecution agreement* atinja seu objetivo²⁰⁹.

²⁰⁴ No processo estadunidense, a acusação é oferecida após o final das investigações, na fase preparatória, da fase judicial. Nesse momento do procedimento, será analisado se as provas obtidas pelo Ministério Público são suficientes para demonstrar a autoria, a materialidade e a ilicitude da conduta. É nesse momento também que o acusado faz suas declarações iniciais e pode se declarar culpado, ou apresentar o pleito para que eventual acordo celebrado com o órgão acusador seja apreciado em juízo. Cf. RAMOS, Curso... op. cit., p. 184-190.

²⁰⁵ Nesse sentido: “*Under a Deferred Prosecution Agreement, or DPA, the DOJ files a charging document with the court and simultaneously requests that the prosecution be deferred, meaning "postponed for the purpose of allowing the company to demonstrate its good conduct."* DPAs typically require a defendant to (1) agree to pay a monetary penalty; (2) cooperate with the government; (3) waive the statute of limitations; (4) admit the relevant facts; and (5) "enter into certain compliance and remediation commitments, potentially including a corporate compliance monitor". Cf. REILLY, Negotiating... op. cit., p. 359-360.

²⁰⁶ O aumento significativo do uso do *deferred prosecution agreement* por Procuradores Federais resultou em um “aumento do escrutínio judicial” sobre os acordos, sendo que, entre os anos de 2013 e 2015, três tribunais afirmaram terem autoridade para revisar os DPAs, tendo como base legal o *Speedy Trial Act*, e o poder de supervisão inerente ao Poder Judiciário. Cf. MILLER, More Than... op. cit., p. 145.

²⁰⁷ *Ibid.*, p. 162.

²⁰⁸ A título de exemplo, o caso do DPA celebrado entre a empresa IBM e a Securities and Exchange Commission, em que o Juiz Federal Richard Leon afirmou que não “carimbaria” o acordo, alegando que havia uma crescente conscientização dos juízes federais sobre a necessidade de uma revisão mais rigorosa dos acordos corporativos. Cf. SCHOENBERG, Tom; ZAJAC, Andrew IBM Judge Questions SEC on Foreign Bribe Settlement. **Bloomberg Business**, Mar. 20, 2016. Disponível em: < <https://perma.cc/3UPA-5RVE> > Acesso em: 05 jan. 2022.

²⁰⁹ “*This Note recognizes that the extension of deferred prosecution corporate offenders is sensible, but that judicial involvement is necessary. Wait-and-see intervention should occur not during the negotiation phase of deferral, but rather during implementation of deferral terms, where dissolution of the agreement can result in prosecution and stakes are highest. Narrowly tailored but effective judicial involvement could curb prosecutorial overcharging, minimize the negative externalities of the corporate deferral process, and ensure that deferral achieves its purpose.*” GREENBLUM, What happens... op. cit., p. 1904.

Assim, para que um *deferred prosecution agreement* seja efetivado, é necessária a homologação judicial²¹⁰, a qual se dá por meio do controle judicial: o juiz, com amplos poderes revisionais sobre a proposta, verifica se acordo está amparado em provas, e se essas são válidas²¹¹; se há base legal para o negócio entabulado entre as partes; se os direitos fundamentais do réu foram respeitados, e se confissão foi voluntária²¹². Cabe ainda ao magistrado analisar se órgão da acusação agiu com imparcialidade e se o acusado possui boa conduta, bem como se as condições e a punição acordadas atendem aos interesses públicos²¹³.

Ao entender que a proposta cumpre os requisitos e condições legais, o juiz homologa o acordo. Por outro lado, caso entenda que a proposta das partes não é de interesse público, ou não preenche algum requisito, ou condição, ou ainda que o acordo tenha sido entabulado e macula alguma garantia ou direito fundamental da parte, o controle judicial permite que o magistrado rejeite o *deferred prosecution agreement* proposto pelas partes²¹⁴.

Se houver homologação do DPA, a supervisão do cumprimento das condições é feita no âmbito do judiciário, e não do Ministério Público. Em caso de descumprimento, o juízo detém poder sancionatório contra o réu²¹⁵. Se houver rejeição, o órgão da acusação permanece livre para negociar outro acordo, manter a acusação e buscar o julgamento do caso, ou ainda pode arquivar a investigação²¹⁶

²¹⁰ ALENCAR, Paulo Wunder de. A lei anticorrupção é “Só para Inglês Ver”? Uma breve análise comparativa entre os sistemas brasileiros e norte-americano de combate à corrupção. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, n. 57, jul./set., 2015, p. 201.

²¹¹ MILLER, More Than... op. cit., p. 159

²¹² *Ibid.*, p. 167

²¹³ MILLER, More Than... op. cit., p.152-155

²¹⁴ Conforme entendimento da jurisprudência estadunidense, no caso Estados Unidos v. HSBC Bank USA, N.A., No. 12–CR–763, 2013 WL 3306161: “*This Court has authority to approve or reject the DPA pursuant to its supervisory power. ‘The supervisory power . . . permits federal courts to supervise ‘the administration of criminal justice among the parties before the bar.’ United States v. Payner, 447 U.S. 727, 735 n.7 (1980) (quoting McNabb v. United States, 318 U.S. 332, 340 (1943)); Bank of Nova Scotia v. United States, 487 U.S. 250, 264 (1988) (Scalia, J., concurring) ([E]very United States court has an inherent supervisory authority over the proceedings conducted before it) The courts have wielded this authority substantively, that is, to provide a remedy for the violation of a recognized right of a criminal defendant... I do not intend to catalog all of the possible situations that might implicate the Court’s supervisory power in this case. I couldn’t even if I wanted to; the exercise would amount to looking through a glass, darkly, at five years of potential future developments in the case. What I can say with certainty is that by placing the DPA on the Court’s radar screen in the form of a pending criminal matter, the parties have submitted to far more judicial authority than they claim exists.*” UNITED STATES DISTRICT COURT. EASTERN DISTRICT OF NEW YORK. **United States v. HSBC Bank USA N.A. and HSBC Holdings PLC. No. 12–CR–763, 2013.** John Gleeson, U.S.D.J., uly 1, 2013. Disponível em: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/USCOURTS-nyed-1_12-cr-00763/pdf/USCOURTS-nyed-1_12-cr-00763-0.pdf> Acesso em 05 jan. 20.22.

²¹⁵ MILLER, More Than... op. cit., p. 162

²¹⁶ *Ibid.*, p. 165.

2.3. FRANÇA

O modelo francês de resolução de conflito pela via do consenso foi sendo aperfeiçoado ao longo do tempo, com a implementação de diversos institutos que tinham por objetivo a desjudicialização e a resolução do conflito penal por meio de acordos. Em 1992, o Ministério da Justiça estabeleceu por meio de uma circular o compromisso de arquivamento de casos e da persecução, denominada *arquivamento sob condições*, o qual foi implementado informalmente pelo Ministério Público²¹⁷.

No ano seguinte, em 1993, o legislador francês introduziu a alínea 5, no artigo 41-1²¹⁸, Código de Processo Penal, implementando a *mediação penal*²¹⁹. Apesar de envolver negociação, ela não se dá entre acusação e defesa, mas entre particulares, e tampouco há homologação judicial; trata-se de uma medida de desjudicialização²²⁰ e de uma forma de *arquivamento sob condições* resolvida entre particulares²²¹.

No ano de 1999, o legislador francês introduz a composição penal – *composition* – que permite ao Ministério Público propor ao investigado algumas condições, que, uma vez aceitas e cumpridas, evitam a deflagração da ação penal. Essa via alternativa veio em substituição à chamada *injunção penal*, introduzida em 1994, que permitia ao Ministério Público extinguir a ação penal mediante a fixação de medidas ao investigado, porém este procedimento foi tido como ilegal pelo Conselho Constitucional francês²²².

²¹⁷ DERVIEUX, Valérie. O sistema francês. In: DELMAS-MARTY, Mireille. **Processo Penais da Europa**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 151-238, p. 232.

²¹⁸ Em tradução livre, Artigo 41-1: “Se lhe parecer que tal medida é susceptível de assegurar a indemnização dos danos causados à vítima, de pôr fim à perturbação resultante da infração ou de contribuir para a reclassificação da infração, o Ministério Público da República pode, previamente à sua decisão sobre a ação pública, diretamente ou por intermédio de um policial judiciário, um delegado ou um mediador do Ministério Público: 1º Lembrar o autor dos fatos das obrigações decorrentes da lei; 2º Encaminhar o agressor para uma estrutura de saúde, social ou profissional; esta medida pode consistir na realização pelo agente, às suas expensas, de estágio ou formação em organização ou serviço de saúde, social ou profissional e, nomeadamente, de estágio de cidadania; em caso de infração cometida durante a condução de veículo terrestre motorizado, esta medida pode consistir na realização, pelo agente, às suas expensas, de um curso de sensibilização para a segurança rodoviária; 3º Solicitar ao autor do crime que regularize a sua situação perante a lei ou regulamento; 4º Peça ao perpetrador que repare os danos deles decorrentes; (...)”. Cf. FRANÇA. Code de procédure pénale: Section 3 : Des attributions du procureur de la République (Articles 39 à 44). **Légifrance**, 10 mar. 2003. Disponível em: < <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGIARTI000006574963/2004-03-10> > Acesso em 24 abr. 2021.

²¹⁹ Em tradução livre, Artigo 41-1, 5º: “Procéder, com o acordo das partes, através de uma mediação entre o agressor e a vítima. Se a mediação for bem-sucedida, o Ministério Público ou o seu mediador elaborará um relatório, que é assinado por ele próprio e pelas partes, e que lhes é entregue uma cópia; se o autor do crime se comprometer a indemnizar a vítima, esta pode, face ao presente relatório, requerer a sua recuperação na sequência do procedimento de injunção de pagamento, de acordo com as regras do novo Código de Processo Civil.” FRANÇA. Code de procédure pénale... op. cit.

²²⁰ LEITE, **Justiça**... op. cit., p. 118.

²²¹ DERVIEUX, O sistema... op. cit., p. 233.

²²² LEITE, **Justiça**... op. cit., p. 120.

2.3.1. Mecanismos de solução negociada no modelo francês

De acordo com a doutrina francesa, atualmente o sistema jurídico daquele país conta com duas modalidades de acordo que visam à abreviação do procedimento penal tradicional conflituoso, e que, por envolverem a renúncia de direitos e garantias, necessitam do controle judicial para serem efetivados: o comparecimento para reconhecimento prévio de culpabilidade (*comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité*)²²³ e a composição penal (*composition*)²²⁴.

O instituto do comparecimento para reconhecimento prévio de culpabilidade (*comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité*) – inspirado no modelo americano de acordo de confissão de culpa^{225/226} – foi introduzido nos artigos 495-7 a 495-16, do Código de Processo Penal pelo legislador francês em 2004, e foi reformado em 2011, para ampliação do rol de delitos em que é possível sua aplicação²²⁷.

A iniciativa para propositura desse acordo pode partir tanto Ministério Público, quanto do interessado ou de seu defensor – acompanhamento pela defesa técnica é obrigatório, e é vedada a renúncia a este direito. Este acordo é aplicável aos crimes puníveis com pena máxima de cinco anos, e exige como condição a confissão da prática do delito, em troca do benefício de ter sua pena reduzida e de um julgamento mais rápido²²⁸.

No *comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité* a confissão necessariamente incide sobre a culpa do autor do fato e é analisada por meio do controle judicial para verificação da aptidão da proposta encaminhada ao juízo pelas partes²²⁹. Ao entender pelo cabimento do acordo, ele tem por efeito a prolação de uma condenação criminal pela autoridade judiciária²³⁰.

Assim, por se tratar de uma modalidade de acordo, cuja aceitação implica, necessariamente, condenação criminal, notamos que esse instituto guarda maior aproximação com o *plea bargaining*, tanto que, de acordo com Cabon, também é chamado

²²³ LETURMY, Laurence; BOSSAN, Jérôme. La comparaison sur reconnaissance préalable de culpabilité. Bilans et perspectives. [Rapport de recherche] **Mission de Recherche Droit et Justice**, 2019, p. 6-7. Disponível em: <<https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-02371728>> Acesso em: 05 jan. 2022.

²²⁴ LANGER, From legal... op. cit., p. 59.

²²⁵ LETURMY; BOSSAN, La comparaison... op. cit., p. 6.

²²⁶ Por outro lado, Rosimeire Ventura Leite, explica que, para François Molins (*Le nouveau procès penal après la loi Perben II*, p. 148), a introdução deste procedimento não teve por objetivo específico transpor institutos anglossaxões para ordenamento francês. Cf. LEITE, **Justiça**... op. cit., p. 125.

²²⁷ LETURMY; BOSSAN, La comparaison... op. cit., p. 7.

²²⁸ CABON, **La négociation**... op. cit., p.86.

²²⁹ LETURMY; BOSSAN, La comparaison... op. cit., p. . 58-64

²³⁰ CABON, **La négociation**... op. cit., p. 41-42.

pela doutrina da França de “*declaração de culpa à francesa*”²³¹, uma vez que diz respeito à aplicação de pena, mediante o reconhecimento de culpa pelo acusado. Por essas razões, o comparecimento para reconhecimento prévio de culpabilidade se distancia do acordo de não persecução penal brasileiro.

Como foi dito, além do comparecimento para reconhecimento prévio de culpabilidade, o sistema processual penal francês conta com outro mecanismo de *justiça negociada*, introduzido no Código de Processo Penal no ano de 1999, a chamada *composition* (composição penal).

Conforme explica Langer, inicialmente, a *composition* ficou conhecida como “*plea bargaining francês*”²³², em razão de ter possibilitado a abertura de espaços de negociação entre acusação e defesa, no qual o investigado admite a culpa de um delito e aceita o cumprimento de condições que serão pactuadas com o Ministério Público, o qual se abstém de dar início ao processo penal tradicional. Ao contrário do instituto estadunidense, no qual a aceitação do acordo acarreta a punição do acusado; no instituto adotado na França, a aceitação não implica “veredito de culpabilidade”, distanciando a composição penal de sua fonte inspiradora²³³.

De acordo com o magistério de Cabon, o advento da justiça negociada na França, largamente ligado do modelo norte-americano, trouxe inegável mudança no papel dos magistrados franceses. Isso porque, na composição penal, o procedimento foi dividido em duas etapas, a primeira é a de oferecimento e aceitação da proposta de acordo, momento no qual o indivíduo reconhece os fatos. Esta etapa não é celebrada na presença dos magistrados, e sua realização ocorre somente entre a acusação e a defesa. O julgador somente é chamado na segunda fase, quando a proposta já tiver sido aceita, cabendo a ele decidir sobre a validade ou não do que foi negociado na primeira fase²³⁴. Assim, em que pese aparente diminuição do poder do judiciário “em dizer a lei”, mesmo na *composition*, é o juiz que profere a “decisão final”, consubstanciada na homologação ou não da proposta, e sem a qual o procedimento negociado não pode ser implementado²³⁵.

²³¹ Ibid., p. 41.

²³² Importante frisar que Maximo Langer faz a ressalva em seu artigo de que o legislador francês ainda não havia aprovado o Projeto de Lei, que posteriormente introduziu o *comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité*, motivo pelo qual esse instituto não foi analisado pelo autor. Cf. LANGER, From legal... op. cit., p. 58, nota 291.

²³³ Ibid., p. 60.

²³⁴ CABON, *La négociation*... op. cit., p. 148-150.

²³⁵ Ibid., p. 155.

Dessa maneira, é possível perceber que a *composition* guarda similitude com o acordo de não persecução penal brasileiro, seja pelas suas condições requisitos e efeitos, seja pela necessária intervenção judicial como requisito de validade da proposta acordada, motivo pelo qual passaremos a uma análise mais aprofundada desse instituto de *justiça negociada* do sistema francês.

2.3.1.1. Controle judicial na composition

À similitude do acordo de não persecução penal, o momento para proposição da *composition* se dá antes do início da ação penal, com o oferecimento e eventual aceitação da proposta de deslocamento do procedimento criminal tradicional, para a via negociada, sendo a admissão de culpa requisito essencial para o acordo seja formalizado²³⁶.

De acordo com Cabon, a confissão exigida nesse instituto se distingue do ato livre e espontâneo que ocorre na audiência preliminar estadunidense, pois admissão de culpa no sistema da França é tida pela autora como uma troca de boas práticas, porque a declaração de culpa permite a concessão dos benefícios e, apesar da *composition* ter sido inspirada no *plea bargaining*, o legislador francês fez prevalecer o pragmatismo e técnica de gestão sobre as especificidades e identidade no processo penal²³⁷.

O acordo pode ser proposto pelo Promotor de Justiça (ou por intermédio de pessoa habilitada)²³⁸, ou pelo próprio investigado²³⁹. A legislação estabelece um rol de condições que podem ser negociadas entre a acusação e defesa, como por exemplo o confisco do instrumento usado para a prática do crime²⁴⁰, a apresentação da carteira de motorista ou a suspensão de autorização de caça²⁴¹, a prestação de serviços à comunidade²⁴², medidas restritivas de direito²⁴³ porém sem a imposição de penas privativas de liberdade²⁴⁴. Outrossim, por se tratar de uma medida alternativa à ação penal, a *composition* deve vir acompanhada da obrigação de reparar o dano à vítima²⁴⁵.

Em 2004, o legislador reformou a legislação processual para ampliar aplicabilidade da *composition* e rol de condições que podem ser negociadas entre as partes. Assim, de

²³⁶ DERVIEUX, O sistema... op. cit., p. 235

²³⁷ CABON, *La négociation*... op. cit., p. 84-86.

²³⁸ Artigo 41-2, *caput*

²³⁹ CABON, *La négociation*... op. cit., p. 310.

²⁴⁰ Artigo 41-2, 2º.

²⁴¹ Artigo 41-2, 4º e 5º.

²⁴² Artigo 41-2, 6º

²⁴³ Artigo 41-2, 9º, 10º, 11º e 12º,

²⁴⁴ LEITE, *Justiça*... op. cit., p. 121.

²⁴⁵ CABON, *La négociation*... op. cit., p. 75.

acordo com a nova redação dos artigos 41-2 e 41-3, o instituto pode ser aplicado a qualquer infração penal punível com multa ou pena de prisão inferior ou igual a cinco anos²⁴⁶.

O procedimento adotado na *composition* implica que, antes de aceitação da proposta, o investigado deve ser informado do seu direito de ser assistido por advogado²⁴⁷. e, uma vez aceito o acordo proposto pelo Ministério Público, o caso é enviado para o juiz para controle e validação da proposta²⁴⁸.

Isso porque, apesar de as condições não serem tidas como imposição de pena, e aceitação do acordo não refletir em condenação, as medidas têm caráter punitivo, o que levou o legislador a exigir a intervenção judicial²⁴⁹, a qual deveria ser realizada pelo “*juge des libertés et de la détention*”²⁵⁰, que no processo penal francês atua como *juiz das garantias*²⁵¹.

Em relação à extensão do controle judicial, a primeira análise que deve ser realizada pelo juiz é verificar as condições que cercam a confissão, e se os fatos estão de acordo com a prova dos autos, bem como se a qualificação jurídica do Ministério Público se amolda ao caso concreto²⁵².

A confissão realizada no âmbito do acordo tem grande influência no juízo de homologação da *composition*, porém é necessário que o juiz verifique se a declaração de culpa está amparada em outros elementos da investigação e se o ato foi voluntário²⁵³. Além disso, cumpre aos magistrados franceses controlarem a legalidade e a proporcionalidade das condições que foram propostas pelo Ministério Público²⁵⁴.

Ao contrário do que fez o legislador brasileiro, que silenciou acerca do destino que dever ser dado à confissão de culpa obtida no acordo de não persecução penal, os franceses consignaram no Código de Processo Penal que as declarações do investigado, em caso de

²⁴⁶ Ibid., p. 72.

²⁴⁷ Conforme DERVIEUX, O sistema... op. cit., p. 235; e artigo 41-2, em tradução livre: “À pessoa a quem é proposta uma composição penal é informada de que pode ser assistida por um advogado antes de dar o seu acordo à proposta do Ministério Público.”

²⁴⁸ ARMENTA DEU, *Sistemas...* op. cit., p. 183.

²⁴⁹ De acordo com Byung-Hyun Sohn, *Le processus de dépenalisation...* 2005. p. 302, *apud*, LEITE, *Justiça...* op. cit., p. 122: “a composição penal pode ser qualificada de punitiva porque tende a sancionar a pessoa envolvida, o que obrigou o legislador a prever a intervenção de um juiz que a valide.”

²⁵⁰ CABON, *La négociation...* op. cit., p. 78.

²⁵¹ ARMENTA DEU, *Sistemas...* op. cit., p. 73.

²⁵² CABON, *La négociation...* op. cit., p. 402.

²⁵³ Com relação à verificação da voluntariedade, vale ressaltar que, inicialmente, a *composition* não podia ser oferecida a investigados que estivessem provisoriamente detidos, pois houve uma preocupação do legislador originário com a preservação do requisito da voluntariedade na aceitação do acordo. Porém, após o ano de 2020, o legislador reformista retirou essa limitação do texto legal e permitiu o oferecimento aos detidos provisoriamente. De acordo com Rosemeire Ventura Leite. Op. cit., p. 122-123, *apud*, SAAS, Claire. De la composition pénale au plaider-coupable: le pouvoir de sanction du procureur. *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, n. 4, oct./déc. 2004, p. 83,7-838.

²⁵⁴ CABON, *La négociation...* op. cit., p. 403-404.

insucesso do acordo, não podem ser usadas contra ele durante o processo penal tradicional, sob pena de nulidade por violar o princípio da presunção de inocência²⁵⁵.

A presença do investigado na audiência destinada ao controle judicial, ainda que facultativa, é imperativa de acordo com a doutrina francesa, pois é nesse momento em que o juiz pode verificar se a confissão de culpa foi involuntária, se houve manifesta violação aos seus direitos e garantias fundamentais, bem como se a proposta foi instruída com informações errôneas ou insuficientes²⁵⁶.

O controle judicial na *composition* segue o mesmo regime das matérias civis, e o magistrado pode aprovar ou reprová-la e as condições propostas, mas não há a possibilidade de modificá-las²⁵⁷. Em caso de recusa da proposta de acordo, o investigado é notificado desta decisão, da qual não cabe recurso²⁵⁸.

De maneira análoga ao que ocorre no acordo de não persecução penal brasileiro, na *composition* francesa, a homologação do acordo por sentença judicial é requisito de validade e existência ao acordo, além de conferir-lhe força executória e implementação imediata das condições negociadas²⁵⁹. O cumprimento integral da *composition* pelo investigado acarreta a extinção da punibilidade²⁶⁰, sem os efeitos de uma condenação, de maneira que o seu descumprimento acarretará a propositura da ação penal²⁶¹.

2.4. PORTUGAL

Influenciado pelo Conselho de Ministros da Europa e pelas tendências reformistas de outros de países europeus, como a Alemanha, França e Itália, com quem mantém “extenso património jurídico e cultural comum”, Portugal abriu caminho para a incorporação de políticas criminais de distinção entre a pequena e a grave criminalidade²⁶², e a adoção de

²⁵⁵ Ibid., p. 342

²⁵⁶ Ibid., p. 405-407.

²⁵⁷ CABON, *La négociation*... op. cit., p. 423.

²⁵⁸ De acordo com o Código de Processo Penal, em tradução livre: “Caso este magistrado emita despacho validando a composição, as medidas decididas são implementadas. Caso contrário, a proposta preclui. A decisão do presidente do tribunal, que é notificada ao autor do crime e, se for caso disso, à vítima, não é passível de recurso”. FRANÇA. Code de procédure pénale... op. cit.

²⁵⁹ CABON, *La négociation*... op. cit., p. 416.

²⁶⁰ Conforme artigo 6^a, n^o 3, do Código de Processo Penal Francês, dentre as causas de extinção da punibilidade estão a execução de uma composição penal. FRANÇA. Code de procédure pénale... op. cit.

²⁶¹ LEITE, *Justiça*... op. cit., p. 123.

²⁶² Nesse sentido ver: SILVA, Aida Ferreira da. Suspensão provisória do processo – incumprimento de injunções/regras de conduta, cumprimento defeituoso e outras vicissitudes após a decisão. Enquadramento jurídico, prática e gestão processual. *In*: Coleção Formação do Ministério Público. **Aplicação de medidas de coação e suspensão provisória do processo**. Trabalhos do 2^a Ciclo, do 32^o Curso. Centro de Estudos Judiciários, abril de 2019, p. 15; Na exposição de motivos do Código de Processo Penal, é possível verificar as fontes de

mecanismos fundados na filosofia de consenso, transação e conciliação, adotando o princípio da oportunidade, a partir da reforma do Código de Processo Penal, que entrou em vigor no ano de 1987, em substituição ao código de 1929.

O legislador reformista de 1987 foi influenciado pelos procedimentos de negociação do sistema anglo-saxônico, em especial dos Estados Unidos, conforme aponta a crítica de Eduardo Maia Costa que afirma que os institutos estadunidenses estavam se “alastrando” e “impregnando” as reformas processuais penais por toda a Europa²⁶³.

Por outro lado, Brandão aponta que o fato de o sistema processual português ter acolhido um leque generoso de soluções consensuais, não significou a abertura fundamentalmente calcada na experiência norte-americana do *plea bargaining*, uma vez que os procedimentos adotados no direito lusitano não guardam qualquer tipo de proximidade material com as negociações de culpa adotadas no sistema dos Estados Unidos²⁶⁴, em especial pela manutenção nas mãos dos tribunais do poder de sindicar a fiabilidade dos acordos, em especial da veracidade da confissão²⁶⁵.

Feita essa breve digressão acerca da introdução da *solução negociada* no sistema processual penal português, passemos à análise dos institutos comumente utilizados naquele modelo jurídico.

inspiração do legislador reformista de Portugal: “(...) 3. No que aos factores exógenos respeita, ponderou-se atentamente a lição de direito comparado. Procurou-se, em particular, tirar vantagem dos ensinamentos oferecidos pela experiência dos países comunitários (Espanha, França, Itália, República Federal da Alemanha) com os quais Portugal mantém um mais extenso património jurídico e cultural comum; (...) Despicienda não foi, por último, a influência que irradia de um foro com o prestígio moral e cultural do Conselho da Europa, ao qual o nosso país se orgulha de pertencer. Recorde-se, a propósito, que inúmeros temas de processo penal - com destaque, v. g., para os problemas da prisão preventiva, das garantias e direitos dos arguidos, dos processos acelerados e simplificados, da posição jurídico-processual da vítima, do sentido e âmbito de aplicação do princípio da oportunidade etc. - têm constituído objecto de reuniões científicas sob o seu patrocínio e, não raro, de recomendações ou deliberações dos seus órgãos competentes”. PORTUGAL. Decreto-Lei n.º 78/87, de 17 de fevereiro. Aprova o Código do Processo Penal. Revoga o Decreto-Lei n.º 16489, de 15 de Fevereiro de 1929. **Diário da República Eletrónico**: Série I, n. 40, Lisboa, p. 617-699, 17 fev. 1987. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/662562/details/normal?p_p_auth=sA6BBGhx> Acesso em: 26 abr. 2021.

²⁶³ “A informalização dos procedimentos é a primeira ideia que surge ao legislador, por ser prática, económica, barata... A impossibilidade de ‘tudo punir’ conduz o legislador à opção de *simplificar/desburocratizar/agilizar* o processo, ou mesmo de *seleccionar* o que deve ser punido, ou pelo menos *priorizar* os tipos criminais a perseguir. Assim, aposta-se antes de mais no princípio da oportunidade e na definição de ‘linhas de política criminal’; mas também nos processos simplificados, sumários e abreviados, e nos acordos. Significativa, emblemática mesmo desta orientação é a Recomendação n.º R (87) 18, do Comité de Ministros do Conselho da Europa, que impregnou as reformas processuais penais por toda a Europa, incluindo Portugal. A influência crescente dos procedimentos negociados vigentes no mundo anglo-saxónico, sobretudo nos EUA, parece imparável, alastrando à Europa, aos tribunais penais internacionais, etc.” Cf. COSTA, Justiça... op. cit., p. 88.

²⁶⁴ BRANDÃO, Nuno. Acordos sobre a sentença penal: problemas e vias de solução de conflito. **Julgar**, n. 25, p. 161-178, 2015, p. 162-164. Disponível em: <<http://julgar.pt/wp-content/uploads/2015/01/JULGAR-25-09-NB-Acordos-senten%C3%A7a-penal.pdf>> Acesso em: 29 abr. 2021.

²⁶⁵ *Ibid.*, p. 167.

2.4.1. Mecanismos de solução negociada no ordenamento português

Na busca por acelerar os procedimentos e imprimir rapidez à justiça criminal, o legislador português conectou o Código de Processo Penal às reformas que estavam sendo realizadas em diversos sistemas europeus continentais²⁶⁶. Assim foram introduzidos na legislação processual os seguintes mecanismos de justiça negociada, quais sejam: o *procedimento sumaríssimo*²⁶⁷, o *arquivamento em caso de dispensa de pena*²⁶⁸ e a *suspensão provisória do processo*²⁶⁹.

O *procedimento sumaríssimo* é um mecanismo de caráter negocial, fundado no reconhecimento de culpa, em que há renúncia ao exercício de defesa pelo investigado²⁷⁰. Nesta esteira, o consenso no *procedimento sumaríssimo* se dá pela concordância do arguido²⁷¹.

Desta maneira, se houver pressupostos legais, cabe ao Promotor de Justiça propor pena diversa da privação de liberdade e, com a não oposição do arguido, requerer ao juiz a aplicação da pena proposta²⁷² em processo sumaríssimo²⁷³.

Este instituo foi reformado em 2007, e o legislador expandiu seu campo de incidência para abranger delitos cuja pena máxima abstrata não ultrapasse cinco anos de prisão²⁷⁴. Devido à mudança, facultou-se também ao investigado a possibilidade de requerer ao Ministério Público a aplicação do *procedimento sumaríssimo*.

A proposta do Ministério Público ou do arguido de aplicação do *procedimento sumaríssimo* não vincula o juiz, que deve empreender o devido controle judicial sobre o acordo, e pode rejeitá-lo quando entender que é legalmente inadmissível, manifestamente infundado, ou ainda quando entender que a proposta não é suscetível para realização da forma adequada e suficiente para as finalidades da punição²⁷⁵. Nesses casos, o magistrado pode fixar sanção diversa da proposta, desde que conte com anuência das partes²⁷⁶.

²⁶⁶ ARMENTA DEU, **Sistemas...** op. cit., p. 145-146.

²⁶⁷ Art. 392º a 398º do CPP

²⁶⁸ Art. 280º do CPP

²⁶⁹ Art. 281º e 282º do CPP

²⁷⁰ FIDALGO, O consenso... op. cit.

²⁷¹ Artigo 397º, 1: “Quando o arguido não se opuser ao requerimento, o juiz, por despacho, procede à aplicação da sanção e à condenação no pagamento de taxa de justiça.”

²⁷² CARVALHO; BRANDÃO, **Sistemas...** op. cit., p. 24.

²⁷³ Artigo 392º, 1.

²⁷⁴ ANDRADE, **Justiça consensual...** op. cit., p. 147.

²⁷⁵ Artigo 395º, 1, a, b, c.

²⁷⁶ “Artigo 395º: “c) Quando entender que a sanção proposta é manifestamente insusceptível de realizar de forma adequada e suficiente as finalidades da punição. 2 - No caso previsto na alínea c) do número anterior, o juiz pode, em alternativa ao reenvio do processo para outra forma, fixar sanção diferente, na sua espécie ou medida, da proposta pelo Ministério Público, com a concordância deste e do arguido.”

Se houver concordância do juiz com o requerimento do Ministério Público, o investigado deverá ser notificado para apresentar manifestação. Nessa notificação constará que: o arguido pode se opor ao requerimento; a indicação do prazo para oposição (o silêncio é entendido como não oposição²⁷⁷), e os esclarecimentos dos efeitos gerados pela aceitação ou não da proposta. Caso o arguido não tenha constituído defensor, ser-lhe-á nomeado um pelo juízo para que faça a declaração de concordância ou de oposição²⁷⁸.

Apesar de constar no rol dos institutos de conciliação do processo penal português²⁷⁹, no *procedimento sumaríssimo* os espaços para as negociações entre as partes são poucos, ou inexistentes²⁸⁰, e são marcados pelo protagonismo do Ministério Público²⁸¹. O acordo de vontades, que advém da aceitação ou não oposição à aplicação do instituto, abre caminho para a simplificação procedimental, uma vez que o arguido não exerce seu direito de defesa, o que permite ao juiz aplicar, por despacho, a sanção acordada, que tem força de sentença condenatória e é irrecorrível²⁸².

Outro o instituto implementado pelo legislador português em busca de soluções consensuais do conflito penal foi o *arquivamento em caso de dispensa de pena* (art. 280 do CPP), reservado à pequena criminalidade²⁸³, que possibilita ao Ministério Público requerer

²⁷⁷ Artigo 397º, 1: “Quando o arguido não se opuser ao requerimento, o juiz, por despacho, procede à aplicação da sanção e à condenação no pagamento de taxa de justiça.”

²⁷⁸ Artigo 396º, 1 a 4.

²⁷⁹ AFONSO, Ana Cristina Matono. **Institutos de conciliação no processo penal**: Arquivamento em caso de dispensa de pena. Suspensão provisória do Processo. Processo Sumaríssimo - Quadro Legal. Questões práticas - Algumas sugestões. Procuradoria-Geral de Distrital de Lisboa, 31.03.2005, p. 4-8 disponível em: < https://www.pgdlisboa.pt/textos/tex_mostra_doc.php?nid=25&doc=files/tex_0025.html > Acesso em: 20 jan. 2022.

²⁸⁰ As críticas quanto à profundidade dos espaços de negociação e consenso, na respeitável lição de Jorge Figueiredo Dias, se aplicam tanto ao procedimento sumaríssimo, quanto ao arquivamento em caso de dispensa de pena, como na suspensão provisória do processo, pois não seriam verdadeiras soluções de consenso, ao que o autor afirma tratar-se de simples concordâncias ou aceitação de propostas ou requerimento de um sujeito processual dirigido ao outro. Seriam, assim, ferramentas alternativas de abreviação do processo penal bastante difundidas nos ordenamentos jurídicos de diversos países e refletem o interesse do legislador por uma política de administração da justiça de apresentar métodos não punitivos para os crimes de pequena e média lesividade. Cf. DIAS, Jorge Figueiredo. **Acordos sobre a sentença penal em processo penal**: o “fim” do estado de direito ou um novo “princípio”? Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 21.

²⁸¹ OLIVEIRA, **Consenso...** op. cit., p. 83: “O procedimento sumaríssimo português está marcado pelo protagonismo do Ministério Público e não pelo consenso. O órgão ministerial é responsável sozinho pela definição de submeter ou não o caso ao procedimento sumaríssimo – devendo proceder quando presentes os requisitos legais. Não obstante a lei preveja que o procedimento pode ser iniciado em razão da manifestação do arguido, a verdade é que a vontade do ofensor tem única finalidade de dar início ao trâmite do processo sumaríssimo sem a sua prévia oitiva, já que cabe exclusivamente ao Ministério Público decidir se, à hipótese dos autos, pode ou não ser aplicada pena ou medida de segurança restritiva de liberdade, sendo certo que, em caso positivo, é vedada a adoção desse rito procedimental, mesmo com a prévia anuência do arguido.”

²⁸² Artigo 397º, 2: “O despacho a que se refere o número anterior vale como sentença condenatória e não admite recurso ordinário.”

²⁸³ Art. 74, do Código Penal, nº 1: “Quando o crime for punível com pena de prisão não superior a 6 meses, ou só com multa não superior a 120 dias, pode o tribunal declarar o réu culpado, mas não aplicar qualquer

ao juiz da instrução, com a anuência do acusado, a dispensa de pena nas hipóteses previstas no art. 74 do CP: a) a ilicitude do fato e culpa do agente forem diminutas; b) o dano tiver sido reparado, e c) a dispensa de pena não se opuser às razões de prevenção²⁸⁴.

Assim, se houver a existência de indícios da autoria e materialidade da prática de um delito, o Ministério Público pode requerer adoção do instituto; deve, porém, contar com a anuência do magistrado, que, se entender cabível a proposta, proferirá despacho de concordância, que configura formalidade essencial de controle de legalidade da futura decisão de arquivamento do órgão ministerial²⁸⁵.

O terceiro instituto encontrado no sistema português é o da *suspensão provisória do processo*, que permite, no caso de crime punível com pena de prisão não superior a cinco anos, ou outra sanção diversa, que o Ministério Público, de ofício, ou a requerimento do arguido, ou do assistente, possa encaminhar ao juiz da instrução proposta para suspender provisoriamente o processo, o que permite o sobrestamento do caso por determinado período, mediante o cumprimento de um ou mais requisitos e condições (*injunções e regras*) fixados na legislação processual. Dessa forma, se evita o julgamento e a condenação.

O momento de oferecimento da proposta de *suspensão provisória do processo* se dá quando o inquérito policial é finalizado²⁸⁶. Importante notar que, no sistema português, ao contrário do sistema brasileiro²⁸⁷, a proposta de suspensão ocorre antes da formalização da acusação²⁸⁸ – muito embora, excepcionalmente, sua aplicação também possa ser utilizada

pena se: a) A ilicitude do facto e a culpa do agente forem diminutas; b) O dano tiver sido reparado; e c) À dispensa de pena se não opuserem razões de prevenção”.

²⁸⁴ AFONSO, *Institutos...* op. cit., p. 4-8.

²⁸⁵ Nesse sentido a jurisprudência do Tribunal da Relação de Coimbra: “1. - O despacho judicial de concordância com o arquivamento do inquérito em caso de dispensa da pena, é um ato não decisório do juiz de instrução que constitui uma mera formalidade essencial de controlo da legalidade da futura decisão de arquivamento do Ministério Público, a proferir nos termos do art. 280º, nº 1 do C. Processo Penal”. PORTUGAL. TRC. **Acórdão 148/13.1GCVIS.C1, 22 janeiro de 2014.** Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/8fe0e606d8f56b22802576c0005637dc/eccd1eaf5dca943d80257c6d00528093?OpenDocument>> Acesso em: 19 jan. 2022.

²⁸⁶ SILVA, *Suspensão...* op. cit., p. 28.

²⁸⁷ GIACOMOLLI, *Legalidade...* op. cit., p. 283

²⁸⁸ Nesse sentido: “A suspensão provisória do processo, foi introduzida no nosso ordenamento jurídico pelo Decreto-Lei nº 78/87, de 17 de Fevereiro, que aprovou o Código de Processo Penal, constituindo uma excepção ao dever do Ministério Público deduzir acusação, sempre que tenha indícios suficientes da prática de um crime, e de que certa pessoa foi o seu autor.” (AMADOR, Magali Isabel Sebastião. *Suspensão provisória do processo. Incumprimento de injunções/regras de conduta, cumprimento defeituoso e outras vicissitudes após a decisão. Enquadramento jurídico, prática e gestão processual.* In: COLEÇÃO FORMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO, **Aplicação de medidas de coação e suspensão provisória do processo.** Trabalhos do 2º Ciclo, do 32º Curso, , abril de 2019, p. 127); “Assim, a Suspensão Provisória do Processo, constitui-se com uma alternativa ao despacho de acusação, sendo que o Ministério Público, durante o inquérito, tem de recolher indícios suficientes da prática de um crime e do seu autor, alcançado o acordo entre os diversos sujeitos processuais e verificados os demais pressupostos que o artigo 281 do CPP consagra, tem o Ministério Público competência para impor ao arguido injunções e/ou regras, cujo cumprimento conduz ao arquivamento do processo.” Cf.

na fase e instrução e nos procedimentos especiais sumário e abreviado²⁸⁹.

Dessa maneira, quando analisadas as características fundamentais da *suspensão provisória do processo*, essas se assemelham ao acordo de não persecução penal brasileiro, conforme analisaremos no próximo tópico.

2.4.1.1. Controle judicial na suspensão provisória do processo

Dentre as razões apontadas para introdução da *suspensão provisória do processo* na legislação processual portuguesa, estavam aquelas que diziam respeito a mudanças na política criminal de enfrentamento de delitos menos graves, com ganhos à celeridade processual, em oposição ao processo tradicional conflituoso. Desta forma, abre-se espaço para a *justiça negociada*²⁹⁰, sem a necessidade de afirmação de culpa, de maneira a evitar a estigmatização do investigado em decorrência da acusação e da condenação.

Essas razões estão em harmonia com aquelas que levaram o legislador brasileiro a incorporar o acordo de não persecução penal em nosso ordenamento jurídico, dentre as quais, adoção de uma política criminal que possibilite funcionamento mais célere do sistema judicial penal, benefício ao acusado em não ter de enfrentar uma ação penal longa e suas repercussões²⁹¹.

Com efeito, semelhantes condições previstas art. 28-A do Código de Processo Penal brasileiro, no sistema português para que seja possível a aplicação da *suspensão provisória do processo*, é necessário verificar se o investigado não foi beneficiado com aplicação anterior do instituto, ou não foi condenado pela prática de crime da mesma natureza. Da mesma forma, a *suspensão provisória do processo* deve ser suficiente para reprovação do

BRANCO, Isabel Maria Fernandes. **Considerações sobre a aplicação do instituto da suspensão provisória do processo**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Portucalense, 2013, p. 49, Disponível em: < http://www.verbojuridico.net/ficheiros/teses/penal/isabelbranco_suspensaoprovisoriaprocessos.pdf > Acesso em: 21 jan. 22.

²⁸⁹ Conforme leciona Inês Canilho: “O regime legal da suspensão provisória do processo encontra-se regulado nos artigos 281.º e 282.º do Código de Processo Penal, respectivamente sob as epígrafes “*Suspensão provisória do Processo*” e “*Duração e efeitos da suspensão*” podem ser aplicados durante a fase de inquérito do processo (artigos 281.º e 282.º), durante a fase de instrução (artigo 307.º) ou no âmbito dos processos especiais sumário e abreviado (artigos 384.º e 391.º-B, n.º 4). Cf. CANILHO, Inês. *Suspensão provisória do processo. incumprimento de injunções/regras de conduta, cumprimento defeituoso e outras vicissitudes após a decisão. Enquadramento jurídico, prática e gestão processual*. In: Coleção Formação do Ministério Público. **Aplicação de medidas de coação e suspensão provisória do processo**. Trabalhos do 2ª Ciclo, do 32º Curso. Centro de Estudos Judiciários, abril de 2019, p. 95.

²⁹⁰ ARMENTA DEU, **Sistemas...** op. cit., p. 142.

²⁹¹ ROSA, Alexandre Morais da; ROSA, Luísa Walter da; BERMUDEZ, André Luiz. **Como negociar o acordo de não persecução penal: limites e responsabilidades**. Florianópolis: Editora Emais, 2021, p. 17-19.

delito cuja prática não envolva grau de culpa elevado²⁹².

O artigo n.º 2, do artigo 284º, do Código de Processo Penal, enumera as condições que podem ser negociadas ou oferecidas ao investigado, de maneira separada ou cumulativa, na *suspensão provisória do processo*, dentre as quais temos algumas que se assemelham àquelas previstas no acordo de não persecução penal, estão: *i)* indenizar o lesado; *ii)* pagar prestação pecuniária a instituições privadas de solidariedade, ou associações de interesse público; *iii)* prestação de serviços à comunidade, e *iv)* não deter coisas ou objetos destinados à prática de outro crime. Há, ainda, a possibilidade de fixação na proposta de outra condição pelo Ministério Público, além das previstas em lei, desde que aplicáveis ao caso, tal como previu o legislador brasileiro no inciso V, do art. 28-A, do CPP.

Com efeito, semelhante às regras previstas no § 2º, incisos II e III, do art. 28-A do Código de Processo Penal brasileiro²⁹³, no sistema português para que seja possível a aplicação da *suspensão provisória do processo*, é necessário verificar se o investigado não foi beneficiado com aplicação anterior do instituto, ou não foi condenado pela prática de crime da mesma natureza.

A redação dos artigos 281º e 282º não estabelece uma fase negocial anterior à aceitação da proposta pelo arguido. Para sanar esta omissão, a Procuradoria-Geral da República, por meio da Diretiva 1/2014²⁹⁴, estabeleceu que as Promotorias de Justiça devem agendar diligência²⁹⁵ presencial para definição das condições e obtenção da concordância

²⁹² “Art. 281º - Se o crime for punível com pena de prisão não superior a 5 anos ou com sanção diferente da prisão, o Ministério Público, oficiosamente ou a requerimento do arguido ou do assistente, determina, com a concordância do juiz de instrução, a suspensão do processo, mediante a imposição ao arguido de injunções e regras de conduta, sempre que se verificarem os seguintes pressupostos: a) Concordância do arguido e do assistente; b) Ausência de condenação anterior por crime da mesma natureza; c) Ausência de aplicação anterior de suspensão provisória de processo por crime da mesma natureza; d) Não haver lugar a medida de segurança de internamento; e) Ausência de um grau de culpa elevado; e f) Ser de prever que o cumprimento das injunções e regras de conduta responda suficientemente às exigências de prevenção que no caso se façam sentir.”

²⁹³ “Art.28-A... § 2º O disposto no caput deste artigo não se aplica nas seguintes hipóteses:

II - se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes às infrações penais pretéritas;

III - ter sido o agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo;”

²⁹⁴ Conforme estabelece a Diretiva 1/2014, Capítulo II, item 3: “Quando analisados os elementos probatórios e a informação recolhidos no decurso do inquérito, se concluir pela viabilidade da aplicação da suspensão provisória do processo ao caso concreto, as diligências que visem à definição das condições da suspensão provisória e a obtenção das necessárias declarações de concordância, serão, em regra, realizadas pelo Magistrado do Ministério Público.(...)”. Cf. PORTUGAL. Diretiva n.º 1/2014, de 24 de janeiro. Suspensão provisória do processo: diretiva que visa apoiar e incrementar a sua utilização e promover uma atuação mais eficaz e homogênea do Ministério Público. **Diário da República Eletrônico**: Série II, n. 17, Lisboa, p. 2542-2548, 24 jan. 2014. Disponível em < <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/1856948/details/maximized?perPage=100&sort=whenSearchable&q=lei+35+de+2014&sortOrder=ASC> > Acesso em: 26 abr. 2021.

²⁹⁵ Magali Amador, ao relatar a prática das Promotorias de Justiça para obtenção da concordância do arguido,

do investigado²⁹⁶ e do assistente²⁹⁷.

Caso não seja possível a realização desta diligência, deve o Promotor de Justiça notificar o investigado por meio de um “despacho proposta”, o qual deverá conter os pressupostos e as condições oferecidas pelo Ministério Público para celebrar o acordo. Para que não haja questionamentos acerca da voluntariedade na aceitação da proposta pelo investigado, ele deve se manifestar por escrito acerca de sua concordância, sendo que o silêncio não será considerado como não oposição²⁹⁸ (como ocorre no *procedimento sumaríssimo*²⁹⁹).

De acordo com a lição de Albuquerque, a anuência do investigado e do assistente não corresponde a uma autorização em branco para que o Ministério Público imponha quaisquer condições, pelo tempo que quiser. Segundo o autor, é necessário que as partes concordem com as regras e injunções que serão aplicadas, bem como com tempo de suspensão do processo³⁰⁰.

Na *suspensão provisória do processo*, o legislador português estabeleceu o chamado consenso alargado para implantação da proposta de acordo, tendo em vista que a lei prevê a necessidade de concordância do juiz de instrução, do arguido e do assistente (de acusação)³⁰¹, condição *sine qua non*³⁰² para aplicabilidade do instituto.

A legislação processual portuguesa não obriga que o investigado esteja assistido pela defesa técnica no ato de concordância com a proposta de *suspensão provisória do processo*.

De acordo com o magistério de Figueiredo Dias e Brandão, a explicação para essa não exigência decorre da interpretação da Constituição, a qual permite que o legislador selecione os casos em que a assistência pela defesa seja obrigatória, que confine a obrigatoriedade a atos nos quais o arguido está mais vulnerável, e a fases processuais que

acerca da proposta de suspensão provisória do processo, esclarece que: o Promotor de Justiça podem agendar uma diligência (presencial) para explicar, por exemplo, ao investigado o instituto, seu alcance, as regras ou injunções que lhe serão aplicadas. Se nesta diligência for obtido o acordo, a concordância deverá ser declarada por escrito no processo, com referência expressa às injunções e regras de conduta que ficaram acordadas. Cf. AMADOR, Suspensão... op. cit., p. 131.

²⁹⁶ SILVA, Suspensão... op. cit., p. 18.

²⁹⁷ De acordo com o Capítulo II, item 4, da Diretiva 1/2014, a decisão de suspender o processo não depende da concordância do ofendido que não constitui assistente nos autos, à exceção dos crimes sexuais.

²⁹⁸ AMADOR, Suspensão... op. cit., p. 131.

²⁹⁹ Vide, nota 279, *supra*.

³⁰⁰ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. **Comentário do código de processo penal à luz da constituição da República e da convenção europeia dos direitos do homem**. Lisboa: Editora Universidade Católica, 2009, p. 733-734.

³⁰¹ Artigo 281º, 1, aliena a.

³⁰² BRANCO, **Considerações**... op. cit., p. 56 e 60.

são mais críticas aos direitos fundamentais³⁰³, o que não se aplica ao instituto da *suspensão provisória do processo*, conforme a jurisprudência do Tribunal Constitucional de Portugal³⁰⁴.

Desta forma, em entendimento contrário ao do sistema português, entendemos que agiu melhor o legislador brasileiro ao impor a presença da defesa técnica para celebração da proposta do acordo de não persecução penal (art. 28-A, § 3º), bem como na audiência destinada ao controle judicial para homologação (art. 28-A, § 4º).

Em relação ao espaço reservado ao juiz na *suspensão provisória do processo*, verifica-se que o modelo português seguiu o arquétipo da implementação de *soluções negociadas* do conflito penal, que acabaram por modificar o papel dos atores envolvidos no processo penal, em especial nos sistemas da *civil law*, uma vez que da mesma maneira que ocorre no acordo de não persecução penal brasileiro, no instituto lusitano o magistrado não participa das negociações entabuladas entre as partes para formação da proposta.

Ao juiz no sistema português foi dada a incumbência de controlar judicialmente a proposta, sindicando a proporcionalidade, adequação das condições frente às circunstâncias do fato e com base nos elementos recolhidos no inquérito. O modelo de controle judicial na suspensão provisória do processo adotado em Portugal se assemelha ao brasileiro no acordo de não persecução penal, pois, tanto lá, como cá, preservou-se a função do Poder Judiciário de proferir a decisão final, ainda que se trate de uma solução acordada entre as partes.

De acordo com Cruz Santos, ainda que o Ministério Público “como porta-voz que é do poder punitivo do Estado” condicione aos juízes a fixação da pena do caso, face as suas circunstâncias e aos critérios legais de aplicação das penas, isto não retira do judiciário o poder de implementar a justiça, posto que: “Sempre que a solução para um conflito tiver de ser ditada de forma autoritária e sempre que essa decisão envolva, ainda que potencialmente, a ofensa a direitos fundamentais do indivíduo, essa decisão terá de caber a um juiz”³⁰⁵.

³⁰³ Nesse sentido Acórdão n.º 67/2006, de 24/01/2006, do Tribunal Constitucional de Portugal; “... a norma do artigo 281.º do CPP em conjunto com o artigo 64.º do mesmo Código, interpretada no sentido de ser dispensada a assistência de defensor ao arguido no acto em que este é chamado a dar a sua concordância à suspensão provisória do processo, não viola o n.º 3 do artigo 32.º da Constituição.” PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **Acórdão n. 67/2006**. Rel. Conselheiro Vítor Gomes, 24 de Janeiro de 2006. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/8fe0e606d8f56b22802576c0005637dc/eccd1eaf5dca943d80257c6d00528093?OpenDocument>> Acesso em: 19 jan. 2022.

(Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20060067.html>> Acesso em: 25.01.22)

³⁰⁴ DIAS, Jorge Figueiredo; BRANDÃO, Nuno. **Sujeitos processuais penais**: o arguido e o defensor. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2020, p. 57. Disponível em: <https://apps.uc.pt/mypage/files/nbrandao/2226> Acesso em: 26 jan. 2022.

³⁰⁵ SANTOS, Cláudia Cruz. O controle judicial da violação dos prazos de duração máxima do inquérito. **Julg**, n. 32, 2017, p. 244-245.

Da mesma maneira, o Tribunal Constitucional Português reafirmou o poder dos juízes para exercício do controle judicial³⁰⁶ na *suspensão provisória do processo*, ante a omissão do legislativa que originariamente não vislumbrava a intervenção judicial nesses acordos. Neste sentido, a Corte lusitana concluiu que não cabe ao Ministério Público o exercício de função típica do judiciário, como aplicação de medidas restritivas ao arguido, pois, apesar de não constituírem sanções de índole penal³⁰⁷, as *injunções ou regras* possuem características que limitam direitos e garantias individuais³⁰⁸.

Dessa forma, o controle judicial é pressuposto de validade³⁰⁹ para que o Ministério Público possa implementar a *suspensão provisória do processo*, porém cabe ao juiz de instrução, que no sistema português é um *juiz de garantias*³¹⁰, atentarem se a proposta respeita os direitos constitucionais do investigado; verificarem se a proposta cumpre os requisitos formais previstos em lei; conferirem se houve correta narração dos fatos ao órgão

³⁰⁶ O Tribunal Constitucional pronunciou-se, por maioria, pela inconstitucionalidade dos parágrafos 1 e 2, do artigo 281º do Código de Processo Penal, em razão de neles se não prever qualquer intervenção de um Juiz – por violação dos artigos 32º, nº 4 e 206º, da Constituição da República Portuguesa (Acórdão n. 7/87; Relator: Conselheiro Mário de Brito; Proc. nº 302/86). Sobre este acórdão, Isabel Branco afirma que: “Esta actividade do Ministério Público, antes do acórdão do Tribunal Constitucional /87 de 18 de Junho, não exigia a intervenção do Juiz de Instrução Criminal, o que muita tinta fez correr, a este propósito sobre a constitucionalidade deste instituto, desde logo, por se considerar que o Ministério Público, se metia numa área que é da competência exclusiva da função jurisdicional, porque restringia liberdades, direitos e garantias – artigos 111º, 202º e 219º da CRP que consagram o princípio da separação de poderes (falaremos deste assunto mais detalhadamente a propósito da concordância do Juiz de Instrução Criminal).” Cf. BRANCO, **Considerações...** op. cit., p. 49-50. Do citado Acórdão se extrai: “O artigo 281º consagra, porém, uma inovação nesta matéria, estabelecendo o princípio da oportunidade do exercício da acção penal pelo Ministério Público relativamente à pequena criminalidade, atribuindo-lhe o poder de suspender o processo, quando se verificarem conjuntamente certas condições (as constantes do prómio do nº1 e das alíneas a) e e) do mesmo número), mediante a imposição - pelo próprio Ministério Público - de injunções e regras de conduta (as definidas nas alíneas a) e i) do nº2). É a inconstitucionalidade de todo este preceito que vem suscitada. A questão posta, ou seja, a da suspensão do processo pelo Ministério Público, findo o inquérito, pode, porém, cindir-se em duas: uma, a da admissibilidade da suspensão, em si mesma considerada; a outra, a da competência para ordenar a suspensão e a imposição das injunções e regras de conduta. A admissibilidade da suspensão não levanta, em geral, qualquer obstáculo constitucional. Já se não aceita, porém, a atribuição ao Ministério Público da competência para a suspensão do processo e imposição das injunções e regras de conduta previstas na lei, sem a intervenção de um juiz, naturalmente o juiz de instrução, e daí a inconstitucionalidade, nessa medida, dos nºs 1 e 2 do artigo 281º, por violação dos artigos 206º. e 32º., nº4, da Constituição.” PORTUGAL. Tribunal Constitucional de Portugal. **Acórdão nº 7/87**, Rel. Conselheiro Mário de Brito, disponível em: <<https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19870007.html>> Acesso em: 05.02.22

³⁰⁷ Nesse sentido, ANDRADE, Consenso... op. cit., p. 353; DUARTE, Ana Cancela. Suspensão provisória do processo. Do incumprimento de injunções/regras de conduta, cumprimento defeituoso e outras após a decisão de enquadramento jurídico, prática e gestão processual. *In*: Coleção Formação do Ministério Público. **Aplicação de medidas de coação e suspensão provisória do processo**. Trabalhos do 2º Ciclo, do 32º Curso. Centro de Estudos Judiciários, abril de 2019, p. 49.

³⁰⁸ DUARTE, Suspensão... op. cit., p. 49-50.

³⁰⁹ SILVA, Suspensão... op. cit., p. 15.

³¹⁰ CARVALHO, L. G. Grandinetti Castanho; BRANDÃO, Nuno. Sistemas processuais do Brasil e Portugal: estudo comparado. *In*: CARVALHO, L.G. Grandinetti Castanho (org.). **Processo penal do Brasil e de Portugal**. Coimbra: Editora Almedina, 2009, p. 26.

ministerial, sem a qual o juízo está impedido de se pronunciar³¹¹; confirmarem que o acordo não fere a dignidade do arguido³¹² e a voluntariedade³¹³, ou seja, se o consentimento foi conseguido de maneira livre e consciente³¹⁴,

No exercício do controle judicial, cabe ainda aos juízes de instrução analisarem – análise que não pode ser meramente subjetiva³¹⁵ – se os indícios recolhidos no inquérito seriam suficientes para determinar uma possível condenação do investigado (caso houvesse julgamento), se os fatos narrados constituem crime, se este não está prescrito, se houve apresentação de queixa, nos casos previstos em lei, devendo o julgador discordar da aplicação da *suspensão provisória do processo*, mesmo que o arguido tenha concordado com a medida, posto que a proposta está desamparada de pressupostos formais mínimos que lhe confirmam legalidade³¹⁶.

Ao ser realizado o controle judicial e se houver concordância com proposta, ao contrário do que ocorre no Brasil, cabe ao Ministério Público determinar a suspensão do processo³¹⁷, pois este é um poder-dever do órgão acusatório³¹⁸, e não do Judiciário³¹⁹.

³¹¹ Conforme entendimento firmado pela jurisprudência do Tribunal de Relação de Coimbra: “Ac. TRC de 25-09-2013: 1. O instituto da suspensão provisória do processo, verificados um conjunto de pressupostos, consagra uma vertente negociadora, permitindo a composição do conflito penal mediante acordo do Ministério Público, do arguido e do juiz; 2. Proferindo o Ministério Público despacho no sentido da opção pela suspensão provisória do processo, remete o processo ao juiz de instrução para que seja proferido despacho de concordância; 3. A concordância judicial com a proposta de suspensão provisória do processo passa pela comprovação dos pressupostos formais do instituto e esta exige a narração dos factos que, na tese do Ministério Público, resultam iniciados do inquérito; 4. Havendo total ausência de descrição desses factos, impedido fica o juiz de se pronunciar quanto á concordância com a pretendida suspensão.”

³¹² Artigo, 281º, 4.

³¹³ “Ac. TRP de 20-06-2012: (...) II. Sendo essência do mesmo o acordo, não pode ser imposto, seja por quem for, designadamente o arguido, o assistente, os demandantes, o Ministério Público e o muito menos o juiz; (...)”.

³¹⁴ ANDRADE, *Justiça consensual...* op. cit., p. 146.

³¹⁵ BRANCO, *Considerações...* op. cit., p. 57.

³¹⁶ DAVID, Marisa Nunes Ferreira. **O regime legal da suspensão provisória do processo**. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito, Ciências Jurídico-Criminais) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016. Disponível em: <<https://eg.uc.pt/handle/10316/42070>> Acesso em: 27 jan. 2022. p. 58,

³¹⁷ “IV. Com efeito, seja qual for o desfecho da suspensão decretada, o Ministério Público é o titular da acção penal, cabendo decidir não só a suspensão provisória do processo, mas também, necessariamente, a fiscalização e cumprimento das injunções e das regras de conduta - razão pela qual o processo suspenso deve manter-se na sua titularidade e sob o seu controle e direção.” PORTUGAL. Ministério Público, Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa. **ACRL de 12/01/2011, Proc. 334/2010**, 3ª Secção. Disponível em: <https://www.pgdlisboa.pt/jurel/jur_busca.php?buscajur=&areas=57&ficha=351&pagina=&exacta=> Acesso em: 27 jan. 2022.

³¹⁸ ALBUQUERQUE, *Comentário...* op. cit., p. 764.

³¹⁹ Nesse sentido: “Ac. TRL de 30-09-2009: 1. Como decorre do disposto no art.º 281º do CPP, nos casos em que se verifiquem os pressupostos legais e nomeadamente depois de obtido o acordo do arguido e do assistente sobre as injunções e regras de conduta, compete ao Ministério Público determinar com a concordância do juiz de instrução, a suspensão do processo. 2. Decisão em que o Juiz de Instrução condicione a concordância com a suspensão provisória do processo à alteração dos montantes das injunções pecuniárias representa uma clara e evidente interferência numa esfera de competência e atribuição que não lhe compete mas sim ao titular do inquérito, o Ministério Público.”, ou ainda “Ac. TRP de 8-06-2011: O Juiz competente para a prolação do

Também cabe à Promotoria de Justiça o arquivamento do processo, uma vez cumprido o acordo³²⁰.

Por outro lado, como dito, os juízes de instrução, ao exercerem o controle judicial, podem não concordar com a proposta. Nesses casos, a decisão de não homologação do acordo pelo magistrado não é passível de recurso, conforme estabeleceu a jurisprudência das Cortes Superiores^{321/322}, posição semelhante àquela adotada pelo legislador francês na *composition*³²³.

Interessante notar que a legislação processual portuguesa estabelece que a recusa dos juízes em aplicarem a *suspensão provisória do processo* os torna impedidos para atuar na fase de julgamento e de eventuais recursos que dela decorram. De acordo com Figueiredo Dias e Brandão, o legislador, ao estabelecer o impedimento do magistrado que se manifesta contrário à proposta de acordo, agiu motivado pela desconfiança, pois a atuação do magistrado, em um caso em que já havia decidido negativamente quanto a *suspensão provisória do processo*, poderia macular a garantia da imparcialidade³²⁴.

Importante destacar que, nos casos em que a acusação já tiver sido apresentada pelo Ministério Público, os juízes de instrução podem propor a aplicação da *suspensão provisória do processo*, durante a fase de instrução, porém se trata de medida excepcional, que deve contar com a concordância das partes envolvidas no caso³²⁵.

Essa proposta de acordo feita pelos juízes instrução pode ocorrer, por exemplo, no caso em que o Promotor de Justiça, na fase de inquérito, deixe de oferecer a *suspensão*

despacho de eventual concordância com a suspensão provisória do processo já decidida pelo Ministério Público, é, nos termos do artº 384º/2 do C.P.P. [Red. Lei 26/2010 de 30/8]., o Juiz de Instrução.”

³²⁰ Artigo 282º, 3.

³²¹ “Ac. STJ de Fixação de Jurisprudência nº16/2009 in DRI Série de 24-12-2009: “A discordância do Juiz de Instrução em relação à determinação do Ministério Público, visando a suspensão provisória do processo, nos termos e para os efeitos do nº1 do artigo 281 do Código de Processo Penal, não é passível de recurso.”

³²² Conforme Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 235/2010, de 16/06/2010. “Não julgar inconstitucional a interpretação das disposições conjugadas dos artigos 281.º n.º 5, 307.º n.º 2, 310.º n.º 1 e 399.º do Código de Processo Penal no sentido de que é irrecurável a decisão de denegação da aplicação do instituto da suspensão provisória do processo quando inserta na decisão instrutória de pronúncia”. Cf. PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **Acórdão n. 235/10, Processo n. 986/09**. Rel. Conselheiro Carlos Pamplona de Oliveira, 16 de Junho de 2010. Disponível em: < <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20100235.html> > Acesso em: 27 jan. 2022

³²³ Vide, nota 260, *supra*.

³²⁴ DIAS; BRANDÃO, **Sujeitos...** op. cit., p. 24.

³²⁵ Explicam Castanho de Carvalho e Brandão que: “Na pequena e média criminalidade, a lei admite que, apesar de terem sido recolhidos indícios suficientes da prática de um crime e de quem foi o se agente, a lei admite desvios de oportunidade àquele princípio da legalidade, introduzindo soluções ditas de consenso, o arquivamento em caso de dispensa de pena (artigo 280) e a suspensão provisória do processo (artigo 281). Se a acusação já tiver sido deduzida, é ao Juiz de Instrução que compete a iniciativa de determinar a aplicação de um desses institutos, mas com a concordância do Ministério Público e do arguido.” Cf. CARVALHO; BRANDÃO, **Sistemas...** op. cit., p. 22.

provisória, e a defesa do arguido tenha entendimento contrário. Nesse caso, o pedido de abertura da fase de instrução³²⁶ pela defesa técnica é meio legal de impugnação judicial ao despacho de acusação do Ministério Público, ou de arquivamento³²⁷, que possibilita que o julgador exerça o controle judicial sobre a decisão do órgão da acusação de não oferecer o acordo.

Nesse sentido, explica Ferreira David, a abertura da instrução “permitirá o controle judicial da decisão de não suspensão por parte do Ministério Público e a possibilidade de existir um diálogo entre os vários sujeitos processuais, durante o debate instrutório, no sentido de obter um consenso que permita a aplicação da suspensão provisória do processo”³²⁸.

Cumprido observar que há na jurisprudência portuguesa entendimento segundo o qual, preenchidos os requisitos legais para *suspensão provisória do processo*, cessa o dever do Ministério Público de acusar e emerge o dever de suspender”³²⁹.

Além disso, dentro do controle judicial exercido pelo juiz de instrução, eles podem – a pedido das partes ou por meio de seus poderes instrutórios – aprofundarem as investigações do inquérito e ordenarem diligências, com objetivo de se encontrarem elementos suficientes que lhes permitam melhor formar sua convicção acerca da prática do crime.

Caso o aprofundamento das investigações venha a encontrar os elementos necessários à obtenção dos pressupostos legais para a aplicação da *suspensão provisória do processo*, os juízes têm o poder/dever de propô-lo³³⁰, além de contarem com a concordância do investigado e do Ministério Público, visto que fase própria para aplicação do instituto é a de inquérito policial³³¹.

Apesar de excepcional, a aplicação da *suspensão provisória do processo* pelo juiz é justificada pelo fato de que as medidas de *solução negociada* do conflito penal e desjudicialização, adotadas no processo penal português, também pautam o exercício da atividade jurisdicional. Desta forma, tal como o Ministério Público na fase de inquérito

³²⁶ Artigo 287º: “1 - A abertura da instrução pode ser requerida, no prazo de 20 dias a contar da notificação da acusação ou do arquivamento: a) Pelo arguido, relativamente a factos pelos quais o Ministério Público ou o assistente, em caso de procedimento dependente de acusação particular, tiverem deduzido acusação; (...)”

³²⁷ CARVALHO; BRANDÃO, *Sistemas...* op. cit., p. 24.

³²⁸ DAVID, *O regime...* op. cit., p. 45.

³²⁹ Nesse sentido Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 30/01/2013, Proc. n.º 68/10.1TATND-A.C1 (7): “Verificados os respectivos pressupostos legais da suspensão provisória do processo, cessa o dever de acusar e emerge o dever de suspender...”.

³³⁰ BRANCO, *Considerações...* op. cit., p. 62

³³¹ *Idem*.

policial, caso os pressupostos autorizadores de aplicação do instituto sejam obtidos somente na fase de instrução, o magistrado tem o poder/dever do acordo, pois não se trata de um poder discricionário do julgador³³².

Dessa forma, a análise do controle judicial no instituto da *suspensão provisória do processo* aponta o relevante papel que foi reservado aos juízes daquele sistema para fiscalizarem a legalidade e a adequação das propostas de acordos que lhes são encaminhadas, uma vez que podem, inclusive, em casos excepcionais eles mesmo proporem o acordo.

Por fim, a análise demonstra que a *suspensão provisória do processo* de Portugal guarda similitude com o acordo de não persecução penal brasileiro, que também é voltado à média criminalidade – no modelo português a aplicação é orientada pela pena máxima, enquanto no Brasil pela mínima. Tal característica permite a aplicação de condições fixadas em lei, as quais não têm caráter punitivo, e têm como momento de apresentação da proposta o final da fase de inquérito policial e devem passar pelo controle judicial com o fim de se obter a homologação que lhes confere validade.

2.5. ALEMANHA

Na década de 70 do Século XX, os legisladores alemães deram início a um movimento reformista para facilitar as soluções consensuais no processo penal alemão, para que, em determinados casos considerados delitos menores, o Ministério Público pudesse substituir o princípio da legalidade, pelo da oportunidade de início ou não à ação penal, com a aplicação de diversas modalidades de arquivamento da investigação previstas nos §§ 153 e 154 Código de Processo Penal (StPO).³³³

Porém, outro tipo de negociação - a que envolvia julgamentos negociados - ganhou força na Alemanha no mesmo período, pois nível de interesse provocado ganhou muito mais visibilidade ante a controvérsia que se instalou no sistema alemão.³³⁴

³³² “Com a aceitação, no nosso CPP de medidas de diversão, consenso e desjudiciarização, que são afloramentos do princípio da oportunidade, já abordado, pode nesta sede o Juiz de Instrução Criminal promover a Suspensão Provisória do Processo, com a concordância do arguido, do assistente e do Ministério Público, atentas as razões da celeridade processual e de forma a evitar a sujeição a julgamento de arguidos ocasionais, e cujo crime praticado se enquadre no âmbito da pequena criminalidade. O Juiz de Instrução Criminal tem o poder/dever de aplicar a Suspensão Provisória do Processo, uma vez verificados os pressupostos da sua aplicação, tal como o Ministério Público na fase do inquérito, não se tratando, portanto, de um poder discricionário, mas sim de uma oportunidade vinculada, ou legalidade aberta.”. Cf. Idem.

³³³ JUY-BIRMANN, Rudolphe. O sistema alemão. In: DELMAS-MARTY, Mireille (org.). **Processos penais da Europa**. Trad. de Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 63-65.

³³⁴ De acordo com Mendes, o desenvolvimento e a prática dos julgamentos negociados na Alemanha tem sido objeto de longo debate, com inúmeros livros, artigos e estudos escritos desde o seu surgimento. Cf.

As negociações travadas no decorrer da ação penal não estavam previstas na legislação processual penal alemã, e começaram a se difundir no início dos anos 70 do século XX³³⁵ pela atuação silenciosa de advogados, juízes, e promotores, que promoviam acordos informais durante a fase de instrução processual.

A prática silenciosa foi exposta ao público em 1982 em um artigo³³⁶ do jurista alemão Hans-Joachim Weider³³⁷ que lançou luz sobre o fenômeno desses acordos informais, os quais se chocavam com princípios básicos do processo de investigação oficial germânico³³⁸, o que deu início à discussão sobre a legalidades dessas negociações.

De acordo com o magistério de Roxin, a introdução dos acordos, além de ter sido ilegítima, causou uma “erosão” na estrutura processual penal da Alemanha, mesmo após a sua legalização em 2009³³⁹.

Moeller e Vasconcellos apontam que são diversas as causas que levaram ao surgimento dos acordos informais no sistema alemão, com destaque para a dificuldade probatória, a expansão do direito penal, a morosidade da justiça, além de argumentos utilitaristas, como a economia processual, utilizada para desafogar os tribunais³⁴⁰.

Com relação à influência estadunidense do *plea bargaining* nas modificações implementadas pelos alemães, Langer aponta que a tradução do instituto, na verdade, acabou por desenvolver um novo sistema processual penal, que desafiou o tradicional modelo de investigação oficial alemão: o do “juiz-gestor baseado na cooperação”³⁴¹.

MENDES, Francisco Schertel. **Leniency policies in the prosecution of economic crimes and corruption consensual justice and search for truth in Brazilian and German law**. Berlin: Editora Nomos, 2021, p. 155-156)

³³⁵ DUBBER, American... op. cit., p. 549-550.

³³⁶ O jurista alemão escreveu o artigo através do pseudônimo *Detlef Deal from Mauschelhausen* (Disponível em: < <https://www.peterlang.com/view/9783653978520/chapter1.html#showmorecontent>> Acesso em: 23.12.20)

³³⁷ BRANDALISE, **Justiça**... op. cit., p. 83.

³³⁸ Conforme se extrai da explicação de Kai Ambos, o processo penal vigente na Alemanha se amolda melhor às características dos processos de investigação oficial, dentre outros motivos por estruturar-se na busca pela verdade real; sendo de competência probatória, compete ao Estado que é representando pelo Ministério Público e pelo juiz de instrução na fase de investigação, e pelo Tribunal na fase preliminar e no juízo oral. Enquanto no processo acusatório atividade probatória é de competência das partes. Cf. AMBOS, **Fundamentos**... op. cit., p. 180-181. Por sua vez, Roxin explica que o direito vigente na Alemanha, se observado à luz do Direito Inglês, não pode ser chamado de processo contraditório de partes. Para o autor, classificação resumida do processo alemão seria: “*Si se quiere caracteriza de manera resumida la estructura de nuestro procedimiento, esbozándola de una forma tal, que sus repercusiones determinen todas las etapas del procedimiento, en tal caso, puede hablarse de un ‘proceso acusatorio con juicio oral inquisitivo’, que como un tipo de proceso autónomo, debe ser diferenciado del proceso inquisitivo del Derecho común, así del proceso acusatorio puro*”. Cf. ROXIN, **Derecho**... op. cit., p. 182-183.

³³⁹ *Ibid.*, p. 183 e 186.

³⁴⁰ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes; MOELLER, Uriel. Acordos no processo penal alemão: descrição do avanço da barganha da informalidade à regulamentação normativa. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, v. 1, 2016, p. 19.

³⁴¹ LANGER, Maximo. Op. cit., p. 62.

A discussão na Alemanha acerca de a possibilidade de tribunais, advogados, e promotores chegarem a negociar o resultado de um julgamento perdurou mais de duas décadas³⁴², até que, no ano de 2009, os acordos (*Absprachen*) foram formalmente estabelecidos na legislação processual penal, por meio da Lei de Regulamentação dos Acordos no Processo Penal.

2.5.1. Mecanismos de solução negociada no sistema alemão

Apesar de terem se difundido na informalidade e desamparados de qualquer norma legal que autorizasse sua prática, já na década de 70 do século passado, a prática dos acordos sobre julgamento começou a ser respaldada pelos Tribunais da Alemanha. Em ao menos três oportunidades, as Cortes Superiores daquele país afirmaram que as *soluções negociadas* não eram incompatíveis com os princípios do processo penal Alemão³⁴³.

Nesse ponto, é necessário fazermos um breve parêntese para abordarmos as práticas e o desenvolvimento dos acordos informais na Alemanha, que acabaram servindo de inspiração, e que foram traduzidos³⁴⁴ para justificar a introdução do acordo de não persecução

³⁴² Nesse sentido Karsten Altenhain: “*A discussion has been going on in Germany for almost 25 years now about whether courts may reach an agreement with accused, his defense counsel and the prosecutor to determine the outcome of a trial (...).*” Cf. ALTENHAIN, Karsten. *Absprachen in German trials*. In: THAMAN, Stephen (Ed.) **World plea bargaining**. Consensual procedures and the avoidance of the full criminal trial. Durham: Carolina Academic Press, 2010, p. 157.

³⁴³ De acordo com Mendes, os tribunais superiores da Alemanha não reagiram de maneira tão crítica aos acordos celebrados informalmente, o que pode ser constatado quando analisados três importantes julgamentos por Tribunais Superiores alemães sobre o assunto, ocorridos em 1987, 1997 e 2005. No primeiro, o Tribunal não se aprofundou nas questões jurídicas relacionadas à prática, porém afirmou que o princípio do devido processo legal não impedia as partes e o Estado de negociarem as perspectivas do processo penal. Ainda de acordo com o autor, foi no julgamento de 1997, pelo Tribunal Federal de Justiça da Alemanha, que se proferiu uma decisão de suma importância para os acordos, uma vez que admitiu que, embora princípios do processo penal alemão proibissem certas formas de acordo, as negociações entre as partes não eram intrinsecamente ilegais, desde que fossem observados limites e restrições, tais como: em hipótese alguma os juízes seriam exonerados de seu compromisso de buscar a verdade, o que impactava sobre a credibilidade da confissão, que deveria ser verificada pelo magistrado de maneira independente, impedito que as partes dispusessem sobre o veredito; o formato das negociações sofreu uma série de limitações, como por exemplo, a confissão obtida sob a ameaça de penas mais severas; os acordos não poderiam obrigar os réus a renunciar ao direito de recorrer das sentenças; qualquer acordo entre as partes deveria ser concluído em audiência perante o Tribunal e incluído formalmente no processo. Apesar da importância desse julgamento, as práticas de negociações continuaram sem respeitar a decisão do Tribunal Federal de Justiça da Alemanha, o que levou a Corte a se manifestar novamente em 2005, reafirmando que prática de soluções consensuais não era em si incompatível com os princípios do processo penal alemão, e que, sem esses acordos, o sistema de justiça criminal não teria mais meios para atender à demanda social pela efetiva aplicação do direito penal. Novamente o Tribunal se manifestou que um dos principais objetos do processo penal é apurar a verdade, em razão de a exigência constitucional buscar o melhor esclarecimento possível dos fatos, o que somente poderia ocorrer após a conclusão da fase de instrução. Por fim, o Tribunal apelou ao legislador para estabelecer limites legais e condições para a prática. Cf. MENDES, **Leniency**... op. cit., p. 165-168.

³⁴⁴ De acordo com Langer, a metáfora da *tradução* pode ser utilizada para analisar a circulação de ideias, regras, práticas e instituições jurídicas entre os sistemas jurídicos. Cf. LANGER, *From legal*... Op. cit., p. 32.

penal, por meio da Resolução nº 181/2017 do órgão de controle do Ministério Público brasileiro.

Apesar do *Absprachen* alemão e o acordo brasileiro não guardarem qualquer similitude procedimental, o Conselho Nacional do Ministério Público³⁴⁵ – e alguns autores brasileiros³⁴⁶ – invocaram o exemplo da Alemanha como um precedente de direito comparado, e com isso tentaram afastar as reações críticas e validar sua utilização do acordo de não persecução penal sem a necessária autorização legislativa.

Ao nosso ver a *tradução* dos brasileiros – que levou em consideração somente as ideias da ausência de previsão legal e a informalidade – ignorou o fato de o *Absprachen* ter sido criado para ser utilizado no âmbito do processo, ou seja, sob o controle judicial, ao contrário do que se pretendia fazer no Brasil, onde a resolução que instituiu o mecanismo não previa qualquer intervenção judicial³⁴⁷.

Com efeito, o processo penal Alemão é estruturado em três fases: instrução investigatória, procedimento intermediário e procedimento principal (juízo oral)³⁴⁸. De acordo com Roxin, a iniciativa para propositura dos acordos de punição consentida pelo acusado (*Absprachen*) pode ocorrer desde o procedimento de investigação, ou no Tribunal, não antes da etapa

³⁴⁵ De acordo com o que se extrai do Pronunciamento Final em Procedimento de Estudos do Conselho Nacional do Ministério Público, que foi a base para a expedição da Resolução nº 181/2017 pelo órgão: “Diante desse contexto, na Alemanha, por exemplo, passou-se a desenvolver um procedimento informal de acordo penal, mesmo sem previsão em lei para tanto”. Cf. BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Pronunciamento Final em Procedimentos de Estudos**, 2017, p. 30. Disponível em: <https://www.cncmp.mp.br/portal/images/Pronunciamento_final.pdf> Acesso em: 02 fev. 2022.

³⁴⁶ Barros e Romaniuc, ao defenderem a legalidade do acordo de não persecução penal introduzido pela Resolução nº 181/2017, fazem referência ao fato de na Alemanha os acordos penais terem sido inicialmente implantados sem o amparo em qualquer lei, ou ato normativo. (BARROS, Frederico Dirceu; ROMANIUC, Jefson. **Acordo de não persecução penal: teoria e prática**. Leme/SP: Editora JH Mizuno, 2019, p. 94-95). Seguindo a mesma linha, Cabral, para justificar a constitucionalidade do acordo previsto na Resolução do Conselho Nacional do Ministério Público, utiliza exemplos da experiência estrangeira de implementação de acordos sem autorização legal, dentre as quais a “experiência alemã” em implementar acordos no processo sem lei que previsse tal possibilidade. Cf. CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Um panorama sobre o acordo de não persecução penal (art. 18 da resolução 181/17 do CNMP). In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renne do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (coords.). **Acordo de não persecução penal**. Resolução 181/2017 do CNMP. Salvador: Editora JusPodvim, 2017, p. 21-48., p. 27-29.

³⁴⁷ No mesmo sentido, Andrade e Brandalise: “Ao que se percebe, o paradigma trazido como justificador da informalidade não se aplica ao caso brasileiro, visto que, dentre outras diferenças, o acordo alemão, inicialmente criado sem previsão legal, previa sua realização em âmbito processual e presidido pelo juiz, algo que vai em sentido completamente oposto ao acordo de não persecução-penal criado pelo Conselho Nacional do Ministério Público.” Cf. ANDRADE, Mauro Fonseca; BRANDALISE, Rodrigo da Silva. Observações preliminares sobre o acordo de não persecução penal: da inconstitucionalidade à inconsistência argumentativa. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, v. 1, n. 1, set./2018, p. 1531. Disponível em: <<https://lume.ufrgs.br/handle/10183/187821>> Acesso em: 02 fev. 2022.

³⁴⁸ ASMUS, Torben. A justiça penal e a investigação penal na Alemanha. In: AMBOS, Kai; Böhm María Laura (coords.). **Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha**. 1. ed. Brasília: Editora Gazeta Jurídica, 2013, p. 87-90.

intermediária, e normalmente antes do juízo oral, e as negociações podem partir tanto do Ministério Público, como do defensor do acusado, quanto dos juízes da causa³⁴⁹.

De acordo com a norma processual, nos casos em que a Corte entender adequados, os atores podem pactuar um acordo, o qual envolve o desenvolvimento e o resultado do processo, através da fixação de limites máximos e mínimos de sanção penal³⁵⁰. De maneira crítica, há quem entenda que o limite “máximo” articulado pelos tribunais, na verdade, se trata de uma ilegal promessa disfarçada de sentença específica³⁵¹.

O Código de Processo Penal (§ 257 “c”, StPO) permite ao Tribunal acordar sobre a continuação e o resultado do processo, bem como as suas consequências, com as partes do procedimento. As discussões também podem acontecer durante o julgamento, uma vez que há possibilidade de o juiz e a defesa entenderem sobre a viabilidade do acordo durante a fase probatória, o que é vantajoso para a Corte abreviar de julgamento e para o acusado mitigar a sua pena³⁵².

No *Absprachen* a confissão é um pressuposto³⁵³ para a negociação, porém os juízes não estão vinculados a ela, posto que no sistema alemão os magistrados, mesmo em caso de acordos, mantêm-se incumbidos de buscar a verdade real dos fatos investigados; devem, portanto, aprofundarem as investigações no caso de dúvidas³⁵⁴.

³⁴⁹ ROXIN, **Derecho**... op. cit., p. 188.

³⁵⁰ VASCONCELLOS; MOELLER, Acordos... op. cit., p. 25.

³⁵¹ De acordo com Ltenhain, apesar da proibição legal da negociação das penas específicas pelos juízes, as partes envolvidas na negociação costumam entender que o “máximo” de pena articulada pelos tribunais é uma promessa disfarçada de uma sentença específica. De acordo com a autora, a maioria dos magistrados, promotores, e defensores envolvidos no *Absprachen*, afirma que a pena máxima anunciada na fase de negociação acaba por corresponder exatamente àquela proferida na sentença, sendo raros os casos em que a punição tenha ficado abaixo ou acima do limite estipulado na proposta: “*Courts articulate the sentence as a ‘maximum’, but all participants understand this to be a disguised promise of a specific sentence. This criticism is confirmed by empirical data. The majority of judges, prosecutors and defense counsel involved in the Absprachen procedure affirm that the announced maximum sentence eventually corresponds exactly with the sentence given in the judgment. Occasionally the punishment did, however, fall below the upper limit, but only insignificantly. Few of the participants interviewed knew of a case in which the court exceed the promised upper limit because of new facts of gave nature*”. Cf. ALTENHAIN, *Absprachen*... op. cit., p. 170-171.

³⁵² ROXIN, **Derecho**... op. cit., p. 168 e 532-533.

³⁵³ Vasconcellos e Moeller apontam o Supremo Tribunal de Justiça (BGH) em duas oportunidades, a primeira em 1997 e a segunda em 2005, entendeu não ser possível a prática de incluir a renúncia aos recursos nos acordos, pois isto impede o acesso dos casos aos Tribunais Superiores (VASCONCELLOS; MOELLER, *Acordos*... op. cit., p. 23-24.). Em sentido contrário, Roxin também aponta como pressuposto para o acordo que o investigado, além da confissão, tem o dever declarar que renuncia aos recursos de impugnação da sentença. Cf. ROXIN, **Derecho**... op. cit., p. 187.

³⁵⁴ *Ibid.*, p. 182 e 196.

Nesse sentido, os juízes exercem o controle judicial no *Absprachen*, sopesando se as evidências reunidas nos autos³⁵⁵ são aptas a corroborar a confissão e, se houver dúvida quanto à autoria, ou à prova da materialidade, o acordo deve ser rejeitado³⁵⁶.

Com relação à confissão, Altenhain afirma que, inicialmente, os Tribunais alemães, incluindo o Supremo Tribunal de Justiça (BGH), eram mais generosos em relação à “qualidade” das admissões de culpa, e aceitavam confissões genéricas, ou a simples declaração do acusado de que não iria se defender das acusações³⁵⁷.

Com o passar do tempo, prossegue a autora, o BGH passou a anular sentenças fundadas em confissões genéricas, ou que não estavam lastreadas em quaisquer elementos incriminatório, estabelecendo o entendimento de que esse tipo de admissão de culpa, desvinculada de elementos probatórios ou sem qualquer conteúdo, não bastava à regra da “melhor investigação possível dos fatos”; exigiu, então, que as confissões fossem precisas o suficiente a corroborar o conteúdo dos autos, sem que fosse necessário o desencadeamento de uma investigação mais aprofundada dos fatos³⁵⁸.

Para além dos acordos informais e dissimilados (*Absprachen*), ainda na década de 1970, o Código de Processo Penal da Alemanha foi reformado para mitigar valores centrais e princípios básicos daquele ordenamento jurídico que restringiam a possibilidade da negociação entre as partes³⁵⁹, introduzindo diversas modalidades de arquivamento da persecução (*Absehen von der Verfolgung*)³⁶⁰.

Uma das hipóteses, prevista no § 153, do StPO, permite que Ministério Público archive as investigações, sem imposição de condições, quando a culpa do agente for levíssima, o delito investigado for de pouco gravidade, de maneira que não haja interesse público no prosseguimento da persecução penal. Isso pode ocorrer na fase pré-processual ou depois da formalização da ação penal³⁶¹. De acordo com Asmus, essa hipótese de arquivamento não

³⁵⁵ “The BGH continues to emphasize that principle of official investigation (§ 244 (2) StPO) applies to *Absprachen* as well. After an *Absprache*, the court must verify that confession is plausible. Evidence clearly relevant to the issue of plausibility must be gathered.” Cf. ALTENHAIN, *Absprachen...* op. cit., p. 171-172.

³⁵⁶ VASCONCELLOS; MOELLER, *Acordos...* op. cit., p. 24-25.

³⁵⁷ ALTENHAIN, *Absprachen...* op. cit., p. 172.

³⁵⁸ “The BGH initially was very generous in this respect. In recent years, however, the BGH has set aside several verdicts because the accused had only made a general confession, or merely declared that he would ‘not defend himself against the charge’, *wich*, because of the lack of reference to any incriminating facts, is no confession at all. The BGH here explicitly referred to the rule of ‘the best possible investigation of the facts,’ and explained that a mere formal confession without any content did not suffice. In fact, a confession has to be precise enough so as to corroborate the content of the files such an extent that no further investigation of the facts is necessary.” *Idem*.

³⁵⁹ MENDES, *Leniency...* op. cit., p. 157.

³⁶⁰ As modalidades de arquivamento da persecução estão previstas nos §§ 153 e 154, do Código de Processo Penal alemão.

³⁶¹ JUY-BIRMANN, *O Sistema...* op. cit., p. 64-65.

acarreta a extinção da punibilidade, uma vez que a investigação (ou a instrução) pode ser retomada caso surjam novas provas da prática do delito pelo imputado³⁶².

O encerramento da investigação sem imposição de condições na fase pré-processual pode ocorrer com ou sem a intervenção judicial, que é definida pela gravidade do delito. O investigado deve anuir com a aplicação do instituto, posto que estará prescindindo do seu direito ao julgamento³⁶³.

Caso a ação penal já tiver sido iniciada, é necessário o controle judicial³⁶⁴ sobre a proposta de encerramento sem imposição de condições; são requisitos para que sua aplicação: a existência de indícios de autoria e materialidade; o delito ser apenado com pena privativa de liberdade inferior a um ano; a inexistência de interesse público na persecução, e a culpabilidade ínfima do autor.

Por outro lado, nos crimes de pequena e média gravidade, se houver interesse público na continuidade da persecução penal, a legislação processual alemã permite a possibilidade do *arquivamento sob condições*, por meio de negociação entre promotor, e acusado³⁶⁵, tanto na fase de investigação, como no processo.

O *arquivamento sob condições* está previsto no § 153, *a*, do StPO, e permite ao Ministério Público se abster de propor a acusação, suspendendo provisoriamente as investigações, desde que o investigado anua com a imposição de determinadas condições prevista em lei, por um prazo estabelecido³⁶⁶, que uma vez cumpridas torna definitivo o encerramento da persecução, sem a formação da culpa e não gera antecedentes criminais.

Ao contrário do arquivamento sem condições, neste mecanismo de *solução negociada* do conflito penal, o controle judicial sobre a proposta é imprescindível em qualquer uma das fases em que for aplicado (investigação ou ação penal), e o acordo somente terá efeitos após ser devidamente homologado pelo juiz.

Dessa forma, em razão de sua natureza jurídica, dos seus efeitos, do necessário cumprimento de condições previstas em lei pelo investigado/acusado e, principalmente da obrigatoriedade do controle e homologação judicial, entendemos que o *arquivamento sob condições*, possui similitude com o acordo de não persecução penal brasileiro.

³⁶² ASMUS, A justiça... op. cit., p. 94.

³⁶³ GIACOMOLLI, **Legalidade**... op. cit., p. 133-134.

³⁶⁴ LEITE, **Justiça**... op. cit., p. 83.

³⁶⁵ MENDES, **Leniency**... op. cit., p. 164.

³⁶⁶ De acordo com § 153, *a*, do StPO, o prazo o máximo será de seis meses, e pode ser prorrogado uma única vez por um período de três meses.

2.5.1.1. Controle judicial no arquivamento sob condições

O *arquivamento sob condições* é um instrumento de *justiça negociada*, que mitiga o princípio da legalidade que rege a atuação do Ministério Público, o que permite a aplicação do princípio da oportunidade, e provoca uma exceção à obrigação de acusar³⁶⁷, mediante a negociação com o investigado de que ele se sujeite ao cumprimento de determinadas condições previstas na legislação.

Nesse contexto, a legislação processual abriu espaço para que, nos delitos de menor gravidade³⁶⁸, o conflito pudesse ser resolvido por meio de negociação entre as partes³⁶⁹.

Assim, nos crimes punidos com pena mínima de um ano de prisão, o Ministério Público pode, na fase investigatória, propor ao investigado, sem antecedentes, que se submeta a determinadas condições ou indicações de práticas de condutas, com a promessa de suspensão das investigações e conseqüente arquivamento delas, quando do cumprimento do acordo. O consentimento do investigado é fundamental para que a proposta possa ser levada à homologação³⁷⁰.

De acordo com Kai Ambos, a função do instituto é inquestionavelmente desafogar o sistema penal, e sua estrutura é próxima ao do procedimento normal, mas dele se distancia, em razão da substituição da sanção penal por condições, as quais para serem impostas exigem o controle judicial, que se dá por meio do consentimento do juiz³⁷¹.

As condições estabelecidas pelo legislador previstas são: a reparação do dano à vítima; a prestação pecuniária para instituições públicas; a prestação de serviços à comunidade (ou outras prestações de utilidade pública) e, o cumprimento de obrigações alimentícias. Outra condição prevista na lei de drogas permite o arquivamento provisório nos casos em que o acusado se submeter ao tratamento de desintoxicação, sempre que a pena prevista for inferior a dois anos (o que exclui o tráfico)³⁷².

Na fase pré-processual, os juízes não participam da negociação, que fica confinada às partes. De todo modo, se houver acordo de *arquivamento sob condições*, a proposta deve

³⁶⁷ ROXIN, *Derecho...* op. cit., p. 160.

³⁶⁸ São os chamados *Vergehen*, crimes cuja pena mínima legal é multa ou menos de um ano de prisão. Neles estão inclusos vários crimes contra as pessoas, como agressões, crimes ambientais, crimes contra a propriedade, crimes empresariais, independentemente do dano financeiro causado.

³⁶⁹ MENDES, *Leniency...* op. cit., p. 164.

³⁷⁰ ASMUS, *A justiça...* op. cit., p. 94.

³⁷¹ AMBOS, Kai. Procedimiento normal y abreviado en el proceso penal alemán y los proyectos de reforma sudamericanos. In: AMBOS, Kai. *Fundamentos y ensayos críticos de derecho penal y procesal penal*. Perú: Palestra Editores, 2010, p. 386-387.

³⁷² JUY-BIRMANN, *O Sistema...* op. cit., p. 65.

ser submetida ao controle judicial para obtenção da concordância do Tribunal³⁷³, que se dá pela homologação, sem a qual o acordo não é efetivado³⁷⁴.

O arquivamento provisório também pode ser implementado por iniciativa do Tribunal após o início da ação penal, até o término da fase do juízo oral, e permanece necessária a concordância do acusado e do Ministério Público³⁷⁵.

No exercício do controle judicial, compete aos juízes verificarem se a proposta preenche os requisitos legais, se as condições negociadas são necessárias e proporcionais ao delito cometido, se há interesse público na sua homologação, bem como se os direitos fundamentais do imputado foram respeitados. Caso entenda pela inadequação, o magistrado pode rejeitar a proposta. Preenchidos os requisitos, a concordância judicial é expressa pela decisão de homologação que concede executividade ao acordo³⁷⁶.

Após a homologação judicial a investigação ou o processo ficam suspensos, e é de competência do Ministério Público a fiscalização do cumprimento do acordo. Uma vez cumpridas integralmente as condições acordadas, a decisão de *arquivamento sob condições* se torna definitiva com a extinção da punibilidade. O descumprimento, por sua vez, acarreta a retomada do procedimento investigatório ou do processo penal³⁷⁷.

Apesar do elevado poder discricionário dos promotores alemães³⁷⁸, ao optar pelo *arquivamento sob condições*, é necessária aprovação do Tribunal³⁷⁹, que pode limitar, por meio do seu poder de revisão, as negociações travadas pelo Ministério Público³⁸⁰.

2.6. ITÁLIA

Tal como ocorreu com Portugal, França e Alemanha, o sistema processo penal da Itália passou por verdadeira metamorfose no final do século XX. A amplitude das reformas empreendidas, com forte inspiração no modelo de justiça estadunidense, como a tradução de institutos de *solução negociada* do conflito penal, inspirados no *plea bargaining*, além da

³⁷³ LEITE, **Justiça...** op. cit., p. 84.

³⁷⁴ JUY-BIRMANN, O Sistema... op. cit., p. 64.

³⁷⁵ RAUXLOH, Regina E. Formalization of Plea Bargaining in Germany: Will the New Legislation Be Able to Square the Circle? **Fordham International Law Journal**, v. 34, 2011, p. 304. Disponível em: <<https://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2278&context=ilj>> Acesso em: 10 fev. 2022.

³⁷⁶ GIACOMOLLI, **Legalidade...** op. cit., p. 151.

³⁷⁷ *Ibid.*, p. 152.

³⁷⁸ LANGBEIN; WEINREB, *Continental...* op. cit., p. 1566.

³⁷⁹ MARSTALLER, Marie-Lena. The legality principle: an effective way to minimise the European prosecutors' influence on substantive criminalisation? **EuCLR European criminal law review**. 2. ed. Nomos eLibrary: 2016, v. 6, p. 170. Disponível em: <https://www.nomos-elibrary.de/10.5771/2193-5505-2016-2-161.pdf?download_full_pdf=1> Acesso em: 10 fev. 2022.

³⁸⁰ *Ibid.*, p. 178.

incorporação de característica do processo *adversarial*, tiveram como consequência profundas alterações na natureza do modelo processual italiano³⁸¹.

As reformas italianas de 1988 forneceram à legislação processual procedimentos especiais³⁸² de *solução negociada* do conflito penal, que visavam à economia processual, à aceleração dos julgamentos³⁸³ pela simplificação procedimental³⁸⁴, dos quais destacamos³⁸⁵: o *giudizio abbreviato*³⁸⁶; a *applicazione della pena su richiesta delle parti* ou *patteggiamento sulla pena*³⁸⁷; o *giudizio diretissimo*³⁸⁸; o *giudizio immediato*³⁸⁹, e o *procedimento per decreto*³⁹⁰.

Apesar da conclusão de Langer acerca da redistribuição dos poderes processuais ocasionados pelas reformas no processo italiano, Tonini esclarece que a adoção de mecanismos inspirados no modelo estadunidense de negociação de culpa, reconhecidamente o *patteggiamento*, não afastou os juízes das decisões acerca da utilização de institutos de *solução negociada*³⁹¹.

³⁸¹ “Compared to the German *Absprachen*, Italian plea bargaining, or *patteggiamento*, has been much more faithful to American model, even if it presents substantial differences from the American practice. Italian legal translators had much more power than German translators in advancing their reform and were able to introduce Italian plea bargaining as part of deeper and broader criminal procedure reforms inspired by the American adversarial system. Thus, Italian reformers had compromise much less than German translators, and they had much more power to change the pre-existing inquisitorial structure of meaning, distribution of procedural powers etc. Since, these adversarial reforms have had substantial political support, they have moved the Italian system in the direction of the American adversarial system much more than any other civil law jurisdiction.” Cf. LANGER, From legal... op. cit., p. 46-47.

³⁸² SIRACUSANO, Delfino; GALATI, A.; TRANCHINA, G.; ZAPPALÀ, Enzo. **Diritto processuale penale**. Milano: Giuffrè Editore, vol. 01, 2006, p. 14-15.

³⁸³ VASCONCELLOS, Vinicius G.; CAPPARELLI, Bruna. Barganha no processo penal italiano: análise crítica do patteggiamento e das alternativas procedimentais na justiça criminal. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Periódico Semestral da Pós-Graduação Stricto Sensu da UERJ**, v. 15, jan./jun., 2015, p. 443. (Disponível em: www.redp.com.br. Acesso em: 03.05.21).

³⁸⁴ FERNANDES, Teoria... op. cit., p. 190.

³⁸⁵ Os procedimentos especiais estão na ordem estabelecida pelo Código de Processo Penal italiano.

³⁸⁶ Artigos 438 a 443, do Código de Processo Penal italiano.

³⁸⁷ Artigos 444 a 448, do Código de Processo Penal italiano.

³⁸⁸ Artigos 449 a 452, do Código de Processo Penal italiano.

³⁸⁹ Artigos 453 a 458, do Código de Processo Penal italiano.

³⁹⁰ Artigos 459 a 464, do Código de Processo Penal italiano.

³⁹¹ “Al tempo stesso, l’ordinamento italiano oppone un ostacolo isormontabile all’accoglimento di quei meccanismi di semplificazione, di tipo angloamericano, che sono basti su principio di opportunità dell’azione penale. Il nostro pubblico ministero, vincolato (almeno formalmente) al principio di obbligatorietà dell’azione penale, non può ‘cestinare’ i caso di minore importanza, nei quali non vi è in concreto alcun interesse pubblico alla repressione penale; né esistono strumenti extraopenali da utilizzare in via alternativa. Pertanto, nell’ordinamento italiano i procedimenti semplificati denovo rispettano il principio di obbligatorietà dell’azione penale; ciò vuol dire che la decisione sulla semplificazione deve intervenire ad opera di un giudice e dopo che sia stata comunque eseguita l’azione penale. Occorre sottolineare che la indispensabilità di strumenti deflativi del dibattimento è stata di recente recepita anche livello costituzionale. Il nuovo comma 5 dell’art. 111 permette di derogare su consenso dell’imputato al principio del contraddittorio nella formazione della prova. La norma chiaramente si riferisce ai riti semplificati che omettono il dibattimento, quali il patteggiamento, il rito abbreviato e il decreto penale di condanna”. TONINI, Paolo. **Manuale di procedura penale**. Milano: Giuffrè Editore, 8. ed., 2007, p. 612-613.

No processo italiano, a competência para decidir sobre o *patteggiamento* é do juiz – aquele que detém legitimamente a disponibilidade material dos autos –, que avalia a proposta de acordo, e percorre o caminho da ponderação das circunstâncias, adequação da classificação jurídica e da pena, regularidade, voluntariedade, além da adequação da medida de suas consequências, exclusão das causas de punição, não persecução ou extinção da punibilidade³⁹².

2.6.1. Mecanismos de solução negociada no sistema italiano

Dos cinco institutos citados no tópico anterior, três deles carregam consigo alguma marca genética da *solução negociada* do conflito penal³⁹³: o *procedimento per decreto*, o *giudizio abbreviato* e o *patteggiamento sulla pena*, já que buscam evitar o processo tradicional *conflituoso*³⁹⁴.

No *procedimento per decreto*, também denominado de procedimento *monitório*³⁹⁵, encerrada a fase de investigação, o juiz, após pedido do Ministério Público, e da análise dos elementos coligidos nos autos, podem proceder à condenação do acusado, que deve ser citado para que se manifeste sobre a aceitação da condenação. Ressalta-se que a não oposição é considerada como aceitação³⁹⁶.

De acordo com Perrodet o *procedimento per decreto* é aplicado nos casos em que o Ministério Público considere que a pena pecuniária é a apropriada, e deve assim, no prazo de seis meses a contar do registro do caso, apresentar requerimento fundamentado ao juiz das investigações, o qual, se acolher o pedido, expede o mandado de condenação³⁹⁷ e determina a citação do acusado para que se manifeste. Assim, trata-se de um mecanismo fundado na aceitação ou não oposição aos termos da condenação proposta, e não abre maiores espaços às negociações.

Por sua vez, o *giudizio abbreviato* (ou *patteggiamento* sobre o rito)³⁹⁸ foi idealizado,

³⁹² DALIA, Gaspare. **Deflazione processuale e alternative al dibattimento**. Milano: Editora Giuffrè Francis Lefebvre, 2020, p. 04.

³⁹³ GIACOMOLLI, **Legalidade...** op. cit., p. 257-262.

³⁹⁴ LEITE, **Justiça...** op. cit., p. 94.

³⁹⁵ De acordo com Antonio Scarance Fernandes, o procedimento monitório europeu é uma alternativa simplificadora, e possui como característica a condenação sem prévia citação do acusado. Além da Itália, a França e a Alemanha possuem institutos similares, respectivamente a *ordonnance penale* e o procedimento por mandato penal. Cf. FERNANDES, **Teoria...** op. cit., p. 210-211.

³⁹⁶ Artigo 460, 1, *f*, do Código de Processo Penal italiano.

³⁹⁷ PERRODET, Antoinette. O sistema italiano. In: DELMAS-MARTY, Mireille (org.). **Processos penais da Europa**. Trad. de Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 379.

³⁹⁸ FERNANDES, **Teoria...** op. cit., p. 201.

inicialmente, para implementar a negociação entre acusação e defesa sobre a resolução do conflito penal, com o objetivo de abreviar o procedimento, pois possibilita o julgamento do caso já na audiência preliminar³⁹⁹⁻⁴⁰⁰.

Importante esclarecer que, apesar de a Itália ter adotado o *juiz das garantias* “*Giudici per le indagini preliminari*”⁴⁰¹ (art. 328, CPP), sua atuação foi desenhada para atuar no controle das investigações promovidas pelo Ministério Público, bem como da legalidade dos procedimentos⁴⁰².

Nessa linha, de acordo com Tonini, o magistrado que assume a condução da audiência preliminar, e nesta função tem a competência de analisar a proposta de acordo, deve ser diverso do “*Giudici per le indagini preliminari*”, o qual tem funções limitadas a resolver questões não decisórias⁴⁰³.

De acordo com Pizzi e Narafioti, o *giudizio abbreviato* não é uma barganha ao estilo estadunidense, posto que a questão da culpa permanece em aberto e não há julgamento contraditório completo (*trial*), pois as evidências utilizadas pelo juízo se limitam àquelas colhidas na investigação⁴⁰⁴.

Na versão original do instituto, o acusado era o único legitimado para propô-lo, e cabia ao Ministério Público manifestar-se favoravelmente à proposta, para que então o caso pudesse ser apresentado em juízo⁴⁰⁵. Porém, Zachè explica que, com o tempo, o *giudizio abbreviato* foi perdendo sua característica negocial, e transformou-se em instrumento de defesa, em razão do entendimento da jurisprudência de que se tratava de um direito subjetivo do imputado para obter a redução da pena⁴⁰⁶.

Após vários questionamentos perante a Corte Constitucional italiana, o legislador reformou o mecanismo, e tornou irrelevante a manifestação positiva do Ministério Público⁴⁰⁷

³⁹⁹ ZACCHÈ, Francesco. **Il giudizio abbreviato**. Milão: Editora Giuffrè, 2004, p. 71.

⁴⁰⁰ O processo penal comum italiano, assim como o português é dividido em três fases, o inquérito, a audiência preliminar e o julgamento. Cf. ANGELINI, Roberto. A negociação das penas no direito italiano. (o chamado *patteggiamento*). **Julgar**, v. 19, jan./abr., 2013, p. 222. Disponível em: < <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2013/01/221-229-Negocia%C3%A7%C3%A3o-penas-direito-italiao.pdf> > Acesso em: 03 maio 2021.

⁴⁰¹ ARMENTA DEU, **Sistemas...** op. cit., p. 73.

⁴⁰² TONINI, **Manuale...** op. cit., p. 395.

⁴⁰³ TONINI, **Manuale...** op. cit., p. 473.

⁴⁰⁴ PIZZI, William T.; MARAFIOTI, Luca. The new code Italian of criminal procedure: the difficulties of building an adversarial trial system on a civil law foundation. **The Yale Journal of International Law**, v. 17, n. 1, winter 1992, p.23-24.

⁴⁰⁵ FERNANDES, **Teoria...** op. cit., p. 202.

⁴⁰⁶ ZACCHÈ, **Il giudizio...** op. cit., p. 26.

⁴⁰⁷ Conforme se observa na jurisprudência que sobreveio após a reforma: A lei de 16 de dezembro de 1999 transformou radicalmente o instituto da sentença abreviada, configurando-o como direito real do arguido com a consequência de que, feito o pedido relativo, o juiz deve ordená-lo, podendo, caso o processo não possa ser

para aplicação do *giudizio abbreviato*, o que conseqüentemente ceifou a bilateralidade das negociações. Com a mudança legislativa, o requerimento é endereçado diretamente ao magistrado, que fica obrigado à adoção do rito, no qual não há espaço para discricionariedades na avaliação do pedido⁴⁰⁸.

Ao exercer o controle judicial, os juízes são livres para apreciarem livremente se o caso está de acordo com as provas já produzidas na investigação, e podem absolver ou condenar o réu⁴⁰⁹. Por outro lado, a legislação italiana mune os magistrados de poderes instrutórios, razão pela qual, caso o julgador considere entender que as provas contidas nos autos não são suficientes para o julgamento abreviado, pode determinar a suplementação de ofício⁴¹⁰, ou o requerimento da parte⁴¹¹.

Perrodet explica que o poder instrutório do juiz, e a possibilidade de a parte requerer o aprofundamento das investigações, limitaram ainda mais a possibilidade de rejeição do pedido de julgamento abreviado motivado pela escassez de provas⁴¹².

O terceiro instituo que abre espaço para acordo entre as partes é o *patteggiamento sulla pena* (aplicação da pena a pedido das partes) – conhecido como “*Italian Plea Bargaining*”⁴¹³ – por meio do qual, acusação e defesa negociam à renúncia ao procedimento e, sob controle judicial, acordam sobre a modalidade e a incidência de pena.

Conforme leciona Dalia, trata-se de um instituto deflacionário por excelência, visto que a introdução no ordenamento jurídico em 1988 buscava atingir altos padrões de economia processual⁴¹⁴.

De acordo com o procedimento estabelecido nos artigos 444 a 448, do Código de Processo Penal italiano, a iniciativa para *patteggiamento sulla pena* pode partir tanto do Ministério Público, quanto do acusado, ou em conjunto; em todo caso deve sempre haver a

resolvido no estado em que se encontra, proceder de ofício, nos termos do art. 441, parágrafo 5, buscar elementos adicionais necessários à decisão (tradução nossa) – “*La legge 16 dicembre 1999 ha radicalmente trasformato l'istituto del giudizio abbreviato configurandolo come un vero e proprio diritto dell'imputato con la conseguenza che, una volta fatta la relativa richiesta, il giudice deve senz'altro disporlo, peraltro, con la possibilità, ove ritenga di non poter decidere allo stato degli atti, di assumere anche d'ufficio, ex art. 441, comma 5, gli ulteriori elementi necessari ai fini della decisione* (Cassazione penale, Sez. I, sentenza 11272 del 12 marzo 2001.” ITALIA. **Codice di procedura penale** Disponível em: <https://www.brocardi.it/codice-di-procedura-penale/libro-sesto/titolo-i/art438.html>. Acesso em: 04 maio 2021. Ver ainda, F FERNANDES, **Teoria...** op. cit., p. 202; VASCONCELLOS; CAPPARELLI, Barganha... op. cit., p. 445.

⁴⁰⁸ LEITE, **Justiça...** op. cit., p. 97.

⁴⁰⁹ *Ibid.*, p. 377.

⁴¹⁰ Conforme artigo 441.5: “Quando o juiz considerar que não pode decidir sobre o estado dos fatos, assume, ainda que *ex officio*, os elementos necessários à decisão. Neste caso, a aplicabilidade do artigo 423 (5) permanece inalterada”. (Tradução nossa).

⁴¹¹ FERNANDES, **Teoria...** op. cit., p. 202.

⁴¹² PERRODET, O sistema... op. cit., p. 376.

⁴¹³ PIZZI; MARAFIOTI, The new... op. cit., p. 21.

⁴¹⁴ DALIA, **Deflazione...** op. cit., p. 17-19.

consentimento de ambas as partes⁴¹⁵, o que tem por consequência tornar a proposta de acordo irrevogável e não permite sua alteração posterior⁴¹⁶.

O *patteggiamento* sobre a pena⁴¹⁷ pode ser acordado antes da formalização da denúncia, ainda na fase de investigação, até a abertura do juízo oral⁴¹⁸. Inicialmente a legislação previa que o instituto poderia ser aplicado aos crimes puníveis com penas de até dois anos⁴¹⁹, requisito que foi ampliado na reforma do código de 2003, a partir de quando se abriu a possibilidade de sua aplicação nos crimes cuja pena não exceda cinco anos, chamado de *patteggiamento* estendido⁴²⁰.

Nesse instrumento, o acordo entre as partes modificava o *iter* procedimental que deveria ser seguido, o que tem por consequência a renúncia voluntária do acusado à presunção de inocência, e implicitamente o reconhecimento da culpabilidade, posto que não nega os fatos contidos na acusação, ainda que essa admissão não seja considerada uma confissão⁴²¹.

Uma vez estabelecidos os termos da proposta, o *patteggiamento sulla pena* é submetido ao efetivo e motivado controle jurisdicional⁴²², permitindo, inclusive, que os juízes adentrem o mérito da acusação⁴²³.

Por fim, a reforma dos Códigos Penal e Processual da Itália pela Lei Anticorrupção de 2019⁴²⁴ inaugurou um novo instituto no modelo italiano, o *patteggiamento "anticorruzione"*⁴²⁵, que busca recompensar a conduta colaborativa do agente (autodenúncia), por meio

⁴¹⁵ Conforme artigo 444, 2, do Código de Processo Penal italiano.

⁴¹⁶ Nesse sentido: Em termos de negociação de confissão de culpa, o acordo entre o arguido e o Ministério Público constitui um negócio jurídico processual que, uma vez dado conhecimento à outra parte e esta última tenha dado o seu consentimento, torna-se irrevogável e não pode ser alterado por iniciativa unilateral do outro, visto que o consentimento mutuamente expresso com as declarações de vontade conjuntas determina efeitos irreversíveis no processo, portanto nem o arguido nem o Ministério Público podem questioná-la. ITÁLIA. CASSAZIONE PENALE (Sez. IV). **Setenza n. 38070**, 1 ottobre 2012. (Tradução nossa)

⁴¹⁷ FERNANDES, Teoria... op. cit., p. 201.

⁴¹⁸ LEITE, Justiça... op. cit., p. 103.

⁴¹⁹ ANGELINI, Roberto. Op. cit., p. 223.

⁴²⁰ De acordo com Borasi, o *patteggiamento* pode ser requerido para crimes e contravenções, quando a pena final for pecuniária ou privativa de liberdade, isolada ou cumulativamente, desde que não ultrapassem os dois anos de reclusão, ou prisão, para o *patteggiamento* tradicional, e cinco anos de reclusão para o *patteggiamento* estendido, introduzido pelo legislador em 2003. BORASI, Ivan. **Patteggiamento**. Altalex Editora, 2017, p. 2. Disponível em: < https://www.altalex.com/documents/alta_lexpedia/2013/10/25/patteggiamento> Acesso em: 14 fev. 2022.

⁴²¹ GARCIA, Nicolás Rodriguez. **La justicia penal negociada**. Experiencias de derecho compado. Salamanca: Editora Universidad Salamanca, 1997, p. 172-173.

⁴²² GIACOMOLLI, Legalidade... op. cit., p. 266.

⁴²³ DALIA, Andrea Antonio; FERRAIOLI, Marzia. **Manuale di diritto processuale penale**. 3ª ed. Padova: Cedam, 2000, p. 644.

⁴²⁴ A Lei nº 3/2019, também chamada de Lei Anticorrupção, estabeleceu os mecanismos de combate aos crimes contra a administração pública, e trouxe inovações como a reforma dos prazos prescricionais, além de medidas que visam a dar transparência às contribuições e movimentações financeiras dos partidos políticos.

⁴²⁵ DALIA, **Deflazione**... op. cit., p. 17-19.

de um acordo que tem por efeito a sua não punibilidade, o que obsta, assim, a instauração da ação penal.

O instituto é uma espécie de colaboração premiada, e é aplicado no âmbito dos crimes contra a administração, notadamente os que envolvem atos de corrupção e tráfico de influência, e permite que o agente (corrupto ou corruptor), nos quatro meses seguintes à prática delitiva, e antes de ser informado da instauração de investigação contra si, apresente-se voluntariamente às autoridades e se autodeclare culpado e, portanto, confesse a prática do delito⁴²⁶.

Com efeito, para que seja possível assegurar a não culpabilidade do agente, é necessário que ele, ao fazer a autodeclaração de culpa, satisfaça outro requisito do instituto, que é o incremento da capacidade investigativa estatal, fornecendo elementos que sejam úteis para apuração do crime e identificação dos demais coautores⁴²⁷.

De acordo com art. 323-ter do Código Penal italiano, a não punibilidade do denunciante está condicionada à prestação do benefício auferido pelo crime ou, em caso de impossibilidade, de quantia no valor equivalente, ou à indicação de elementos úteis e concretos à identificação do beneficiário.

No *patteggiamento anticorruzione*, os juízes são chamados para verificarem a admissibilidade do acordo, a qual está vinculada à anterior restituição dos valores à administração pública, requisito que, se não for cumprido, impede o magistrado de examinar a proposta⁴²⁸. Sobre esse ponto, Dalia esclarece que o cumprimento do requisito é feito “às escuras” pelo interessado, pois o juiz ainda poderá recusar a proposta⁴²⁹.

Além disso, cumpre aos juízes exercerem o controle judicial com vistas a assegurar a efetividade da colaboração. Aos magistrados cumprem, ainda, verificar se o acordo trouxe incremento da capacidade investigativa do Estado, bem como analisar se a autodeclaração de culpa é factível e está acompanhada de elementos que levem à reconstrução total dos fatos, e não somente parte deles⁴³⁰.

⁴²⁶ PUSSINI, Ileana. La natura della causa di non punibilità ex art. 323 ter c.p. e la sua applicabilità al traffico di influenze illecite e al fatto commesso dall'agente provocatore. **Revista Cammino Diritto**, n. 10, 2020, disponível em: <<https://rivista.camminodiritto.it/articolo.asp?id=5812>> acesso em: 14 jun. 2022.

⁴²⁷ BELLAGAMBA, Filippo. La non punibilità del delatore nei reati contro la P.A.: "praticabile" compromesso o vera e propria chimera? Criminal Justice Network: **Revista trimestral de Direito Penal Contemporâneo**, n. 02, 2021, p. 153. Disponível em: <https://dpc-rivista-trimestrale.criminaljusticenetwork.eu/pdf/DPC_Riv_Trim_2_2021_bellagamba.pdf> Acesso em: 14 fev. 2022.

⁴²⁸ DALIA, **Deflazione...** op. cit., p. 18

⁴²⁹ Ibid., p. 18-19.

⁴³⁰ TESCAROLI, Luca. La cd. legge spazzacorrotti: analisi e problematiche delle novità sostanziali e processuali della legge n. 3 del 2019. **Questione Giustizia**, 09 set. 2019. Disponível em: <

2.6.1.1. Controle judicial nos institutos de solução negociada no sistema italiano

Da análise dos institutos previstos no modelo italiano, verificamos que eles se distanciam do acordo de não persecução penal brasileiro, pois, apesar de serem instrumentos que buscam a economia processual, sua aplicação reclama a formação da acusação, com subtração de fases do procedimento tradicional conflituoso, e tem por efeito a imposição da pena acordada, com a formação de culpa, portanto guarda similitude com institutos do modelo estadunidense⁴³¹.

Em que pese o recém instituído *patteggiamento "anticorruzione"* poder ser aplicado antes da formação da acusação, e assim não impor a formação da culpa, sua natureza jurídica guarda maior relação com os acordos de colaboração premiada, sendo ainda que o legislador não retirou a possibilidade de o juiz impor outras condenações acessórias.

Apesar disso, ao utilizar o exemplo do *patteggiamento sulla pena*, constata-se que o sistema jurídico italiano impõe como fase necessária o controle judicial à homologação de proposta de acordo celebrado entre as partes.

Nesse sentido, no *patteggiamento sulla pena*, após o pedido de homologação da proposta, caberá aos juízes verificarem: se a qualificação jurídica dos fatos está correta; se as circunstâncias propostas e o *quantum* de pena acordados estão adequados à sanção negociada⁴³²; se não é possível a absolvição do acusado, e se não estão presentes causas de extinção da punibilidade⁴³³.

Os juízes não estão vinculados à proposta, e podem verificar se o acordo não se trata apenas da manifestação volitiva das partes⁴³⁴, mas se foi obtido à luz das provas dos autos⁴³⁵. De acordo com a jurisprudência das Cortes italianas, mesmo se houver consenso entre as partes para aplicação de determinada medida, o julgador permanece investido no poder/dever de examinar se a proposta está adequada e, se não concordar com o pedido, pode

https://www.questionegiustizia.it/articolo/la-cd-legge-spazzacorrotti-analisi-e-problematiche_09-09-2019.php> Acesso em: 14 fev. 2022.

⁴³¹ LANGER, From legal... op. cit., p. 48-49.

⁴³² Nos termos do artigo 444, 2.

⁴³³ De acordo com o Artigo 129, 1 e 2, do Código de Processo Italiano, em todas as instâncias de julgamento, os juízes poderão declarar *ex officio* a extinção da punibilidade, ou a absolvição do acusado.

⁴³⁴ GIACOMOLLI, **Legalidade**... op. cit., p. 268.

⁴³⁵ CUNHA, **Acordos**... op. cit., 2019:158.

rejeitá-lo integralmente⁴³⁶.

Além disso, o controle judicial reclama ainda que os juízes, antes de anuírem a proposta, ou fazerem-na (nos casos em que é permitido)⁴³⁷, verifiquem se não houve qualquer tipo de pressão indevida do Ministério Público sobre o arguido, que possa ter maculado a voluntariedade da negociação, o que torna invalido o acordo⁴³⁸.

Conforme leciona Tonini, o controle judicial deve passar por um funil de “caráter substancial”, no qual os juízes avaliam a legitimidade e a validade do acordo, e não pode ser limitado a um exercício meramente notarial de simples reconhecimento da vontade das partes⁴³⁹.

Quando entender que a proposta cumpriu os requisitos legais, o juiz homologa o acordo por sentença. Também deve constar na decisão que houve solicitação das partes⁴⁴⁰ para que o *patteggiamento* fosse aplicado.

Caso o juiz entenda que os requisitos não foram preenchidos, poderá rejeitar a proposta, e não é permitida a modificação do seu conteúdo. Nesse caso, o magistrado deve devolver os autos ao Ministério Público para que as partes reanalisem os termos do acordo, e então o submetam novamente à apreciação judicial⁴⁴¹. Quando a recusa em homologar o acordo for considerada injustificada pelas partes, a rejeição pode combatida em sede recursal⁴⁴².

Por fim, é garantindo ao acusado em caso de dissenso com o Ministério Público quanto à concordância ou anuência com a proposta, que o órgão ministerial justifique as suas razões de oposição⁴⁴³. Os fundamentos da recusa também passam pelo controle judicial, e se o juiz as considerar infundadas, pode, após a fase de debates, aplicar a sanção que havia

⁴³⁶ Nesse sentido a Cassação Criminal nº 6996/1992: Em caso de negociação de confissão de culpa, se a parte, ao formular o pedido, condicionar a sua eficácia à concessão da suspensão condicional da pena, o juiz, mesmo havendo acordo entre as partes, permanece em todo o caso investido com o dever de verificar a concessão do benefício e, se considerar que há condições impeditivas, deve, nos termos do parágrafo terceiro do art. 444 do CPP 1988, indeferir o pedido e proceder nas formas ordinárias. (Tradução nossa – ITALIA. **Codice di procedura penale...** op. cit.

⁴³⁷ A necessidade de o acordo ser considerado voluntário restou estabelecida pela jurisprudência italiana, a qual proibiu o Ministério Público de subordinar o seu pedido ou seu consentimento nas negociações de confissão, à renúncia do suspeito ao pedido de suspensão condicional da pena, conforme julgado na Cassação Criminal n. 9827/1991. Idem.

⁴³⁸ O vício de vontade torna inválido o pedido, e os juízes devem verificar a ausência de vícios. O permissivo legal para que os magistrados possam proceder a verificação de voluntariedade está prevista no Artigo 446, 5, do Código de Processo Penal.

⁴³⁹ TONINI, **Manuale...** op. cit., p. 632-633.

⁴⁴⁰ Nos termos do artigo 444, 2.

⁴⁴¹ ANGELINI, Roberto. Op. cit., p. 224.

⁴⁴² O artigo 448, 1, prevê a possibilidade da aplicação da sanção proposta pelo magistrado de segundo grau, em sede de recurso.

⁴⁴³ Artigo 446, 6, do Código de Processo Penal Italiano.

sido proposta pelo acusado e recusado pela promotoria⁴⁴⁴.

⁴⁴⁴ De acordo com o artigo 448, 1: “(...) em caso de dissidência do Ministério Público ou de indeferimento do pedido do juiz de instrução, o arguido, antes da declaração de abertura da audiência em primeira instância, pode renovar o pedido e o juiz, se o considerar procedente, profere imediatamente a sentença. (tradução nossa).

3. CAPÍTULO 03 - ACORDOS PROCESSUAIS PENAIS NO BRASIL

3.1. ANÁLISE HISTÓRICO-EVOLUTIVA DA SOLUÇÃO NEGOCIADA E O CONTROLE JUDICIAL NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

De acordo com as observações feitas nos capítulos anteriores, as últimas décadas do Século XX foram permeadas por amplas reformas legislativas em diversas jurisdições de tradição *civil law*, que na busca de soluções para amenizar a crise instalada em seus sistemas penais, face as dificuldades impostas pelo processo penal tradicional conflituoso, enxergaram na solução negociada do conflito penal uma saída para imprimir velocidade aos procedimentos e, assim, atenuar o quase colapso da justiça penal.

Apesar de o objetivo do presente trabalho não ser um amplo estudo histórico-evolutivo de institutos de solução negociada em todas as áreas do Direito brasileiro, acreditamos ser importante mencionarmos que a busca por medidas alternativas à litigiosidade da justiça não se restringiu ao processo penal. Tal movimento também foi visto em outros ramos do processo, como o civil e administrativo, os quais também implementaram e consagraram a negociação e o consenso com objetivo e empreender maior celeridade na distribuição da justiça e na resolução de conflitos, proporcionando maior satisfação aos interesses das partes⁴⁴⁵.

Voltando ao processo penal, como veremos a seguir, os primeiros passos dados pelo legislador brasileiro para trilhar caminho da justiça negociada, e a primeira onda de institutos

⁴⁴⁵ Nesse sentido o relato sobre a origem e evolução dos compromissos de ajustamento de conduta elaborado por Scalzaretto: “O compromisso de ajustamento de conduta no âmbito administrativo sancionador está disciplinado nas legislações e resoluções econômicos-setoriais dos principais sistemas nacionais de regulação e fiscalização de atividades econômicas e atualmente é um meio de largamente utilizado por agências reguladoras, autarquias federais, estaduais, municipais e demais órgão das administração pública como alternativa aos processos administrativos sancionadores em face dos agentes econômicos. (...) O compromisso de ajustamento de conduta foi concebido como meio extraprocessual de resolução do conflito e está intimamente ligado aos papéis desempenhados pela administração pública e pelo ministério público, como agentes defensores dos direitos transindividuais, bem como pelo administrado, com sujeito no exercício de sua livre iniciativa. Ao lado de técnicas extraprocessuais como a mediação e a conciliação, esse instrumento se insere no contexto do que se determinou de ‘terceira onda’ de acesso à Justiça, como forma de vencer a dificuldade em se alcançar efetividade na tutela jurídica estatal em sociedades complexas, marcadas por alta litigiosidade, morosidade e burocratização da Justiça, Tal movimento pela busca de medidas alternativas à judicialização encontra-se, inclusive, consagrado no Código de Processo Civil, que eleva esse objetivo à categoria de dever do Estado, a fim de proporcionar maior satisfação das partes envolvidas na distribuição da Justiça. No que concerne aos compromisso de ajustamento de conduta, sua origem tem relação com a tutela de direitos transindividuais surgida com a edição da Lei nº 7.347/1985, a chamada lei da ação civil pública, que visa conferir maior proteção ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, a qualquer interesse difuso ou coletivo, à defesa da ordem econômica e urbanística, além da honra e dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos e, por fim, ao patrimônio público e social”. SCALZARETTO, Adriano. **Efeitos penais dos acordos administrativos**. São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 87-89.

negociais introduzidos aqui, ocorreram simultaneamente à adoção das mesmas medidas no Continente Europeu, como por exemplo, a recomendação do Conselho de Ministros da Justiça da Europa (1987) para que os Estados membros adotassem medidas de consenso e simplificação procedimental, que inspirou as reformas nos ordenamentos da França Portugal e Itália.

3.1.1. A Constituição Federal de 1988

O caminho trilhado pelo legislador brasileiro para estabelecer alternativas à *justiça conflituosa*, com a incorporação de institutos voltados à implantação e aprimoramento da *justiça negociada*, o que abriu espaço para solução do conflito penal, teve como ponto de partida o desenho feito pelo Constituinte de 1988, que previu a criação dos Juizados Especiais Criminais no artigo 98, inciso I, da Carta da República, e a partir disso, possibilitou ao Ministério Público e autor do fato a solução do conflito penal por meio da via negociada⁴⁴⁶.

Por certo que os Constituintes, ao abrirem esse caminho, fizeram-no amparados muito mais em argumentos que visavam a interesses de gestão da Justiça, tal qual ocorreu nos mais diversos outros sistemas jurídicos⁴⁴⁷, os quais buscaram soluções simplificadoras por meio dos mecanismos de *justiça negociada* para amenizar a crise pela qual passavam seus modelos de justiça criminal⁴⁴⁸.

Essa constatação fica um pouco mais nítida quando analisamos o diagnóstico apresentado pela Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público, da Assembleia Nacional Constituinte, que tratava, dentre outros pontos, da crise da Justiça Criminal brasileira e da sobrecarga de trabalho dos magistrados:

2.1 A Justiça brasileira é antes de tudo demasiadamente lenta. A solução dos litígios requer, geralmente, bastante mais tempo do que seria razoavelmente necessário para o seu término. Processos que poderiam ser solucionados em horas ou dias levam meses e anos; demandas que a boa técnica processual recomendaria finalização em meses e anos demandam décadas. (...)

2.5 A segurança de uma boa sentença em qualquer das justiças (cível, criminal, trabalhista, federal) vê-se ameaçada pela imensa sobrecarga de trabalho dos juízes. Um juiz brasileiro profere quatro a cinco vezes mais decisões do que de outros países e, em que pese a competência e a dedicação da imensa maioria dos nossos magistrados, esse acúmulo de trabalho não pode deixar de se refletir na qualidade

⁴⁴⁶ FERNANDES, *Teoria...* op. cit., p. 249.

⁴⁴⁷ Nesse sentido: TULKENS, *Justiça negociada...* op. cit., p. 680-681; RODRIGUES, *Globalização...* op. cit., p. 279-282; THAMAN, *A typology...* op. cit., p. 321.

⁴⁴⁸ *Vide, subcapítulo 1.3, supra*

das decisões.⁴⁴⁹

Aberta a porta ao modelo de *justiça negociada* pela Constituição Federal de 1988, coube então aos legisladores do novo regime democrático brasileiro darem efetividade ao desenho introduzido no texto constitucional.

3.1.2. Primeira onda negociada: Lei nº 9.099/95

Promulgada a Constituição Federal de 1988, coube ao então Deputado Federal Michel Temer apresentar o Projeto de Lei nº 1.480/1989⁴⁵⁰, que deu origem à Lei 9.099/95, a qual operou uma verdadeira “revolução”⁴⁵¹ no processo penal brasileiro.

Dentre as justificativas do projeto, extraíram-se as ideias da ruptura do processo penal *conflituoso*, tais como a disponibilidade da ação penal, a desburocratização e a simplificação da justiça criminal, e, por causa disso, o rompimento com o princípio da obrigatoriedade, e da ilusão de que o Estado deve perseguir penalmente, sem exceção, toda e qualquer infração penal, sem a admissão de alguma hipótese de disponibilidade e discricionariedade⁴⁵².

A partir disso foram instituídos dois mecanismos de solução do conflito penal, a transação penal e a suspensão condicional do processo, cuja genética era fundada nos ideais da *justiça negociada*, que “atendem a lógica de política criminal que se move pelos campos do utilitarismo e da despenalização”⁴⁵³, em alternativa ao tradicional *processo penal conflituoso*.

⁴⁴⁹ BRASIL. Assembleia Geral Constituinte. Volume 114. III – Comissão da Organização dos Poderes e Sistema de Governo. III-c) - Subcomissão do poder judiciário e do ministério público. Anteprojeto. Relatório sobre a organização do poder judiciário e do ministério público. Brasília, 1987. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-114.pdf>> Acesso em: 20 nov. 2021.

⁴⁵⁰ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 1480, de 23 de fevereiro de 1989**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências Regulamenta o artigo 98, inciso I, da Constituição Federal. Brasília: Câmara dos Deputados, 1989. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=25233>> Acesso em: 20 nov. 2021.

⁴⁵¹ O termo “revolução”, para descrever a transformação do processo penal brasileiro em razão da implementação do instituto da transação penal e da suspensão condicional do processo, é utilizado por diversos autores, e guarda consigo a ideia de ruptura e transformação. Nesse sentido: ZILLI, Transplantes... op. cit., p. 102. No mesmo sentido, Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes e Luiz Flávio Gomes, autores que definiram o impacto da introdução da Lei 9.099/85, como uma “verdadeira revolução no sistema processual-penal brasileiro.” Cf. GRINOVER et al. **Juizados...** op. cit., p. 29.

⁴⁵² De acordo com a justificativa do Projeto de Lei nº 1480/1989: “Com efeito, a ideia de que o Estado possa e deva perseguir penalmente, sem exceção, toda e qualquer infração, sem admitir-se, em hipótese alguma, certa dose de discricionariedade ou disponibilidade da ação penal pública, mostrou com toda evidência sua falácia e hipocrisia.” Cf. BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 1480...** op. cit.

⁴⁵³ ZILLI,. Tudo que é sólido... op. cit., p. 78.

O legislador nacional inspirava-se na tendência reformista de países europeus, notadamente, aqueles cujo sistemas jurídicos tiveram maior influência e ligação na formação e desenvolvimento do processo penal brasileiro, conforme demonstramos no capítulo anterior.

A influência dos sistemas jurídicos italiano e português se fez presente na idealização dos mecanismos da transação penal e da suspensão condicional do processo estabelecidos na Lei 9.099/95⁴⁵⁴, institutos que também são uma tradução⁴⁵⁵ de mecanismos próprios do sistema da *common law*, como o *nolo contendere* e a *probation*⁴⁵⁶

A fórmula encontrada pelo legislador brasileiro, apesar da tradução de institutos da *common law*, deles se distanciou, pois, buscaram-se, na transação penal e na suspensão condicional do processo, caminhos para que o acordo processual caminhasse juntamente da presunção de inocência, portanto implica a formação da culpa⁴⁵⁷.

Apesar da abertura de espaços de consenso tender a deslocar a centralidade do juiz dos destinos da solução do conflito penal, o que deu maior protagonismo às partes, a opção do nosso legislador foi a de não conceder amplos poderes de negociação às partes, como ocorre em outros modelos⁴⁵⁸. O legislador manteve os juízes no controle fiscalizatório e na centralidade da negociação dos acordos.

⁴⁵⁴ GRINOVER, GOMES FILHO, FERNANDES e GOMES demonstram em sua obra a influência da experiência portuguesa e italiana na preparação da proposta que deu origem à Lei 9.099/95: “Ao mesmo tempo, a experiência processual penal apontou, em outros países, para modelos de Justiça consensual e despenalizadora, merecendo ser apontada a Lei italiana 689, de 14 de novembro de 1981, intitulada ‘Modificações ao sistema penal. Descriminalização’, permitindo que o juiz, a pedido do acusado e após manifestação favorável do Ministério Público, aplicasse a sanção, com a subsequente extinção da punibilidade, com o registro da pena para efeito de impedir um segundo benefício (art. 77 *et seq.*); bem como o Código de Processo Penal português, de 17 de fevereiro de 1987, que, no art. 392 *et seq.*, permite que o Ministério Público requeira ao tribunal a aplicação de pena de multa ou pena alternativa, funcionado ao mesmo tempo como representante da vítima pra formular o pedido de indenização civil. Aceita a proposta, a homologação judicial equivale a uma condenação”. Cf. GRINOVER et al. **Juizados...** op. cit., p. 25.

⁴⁵⁵ Conforme explicamos no tópico 1.3., a metáfora das traduções está ligada à ideia de inspiração. *Vide*, tópico 1.3, *supra* e notas 130, 131 e 132, *supra*.

⁴⁵⁶ De acordo com GRINOVER, GOMES FILHO, FERNANDES e GOMES, a transação penal se aproxima mais do *nolo contendere* estadunidense, e se afasta do *plea bargaining*, uma vez que não se tem o reconhecimento da culpabilidade penal e, por sua vez, o instituto da suspensão condicional foi inspirado na *probation* (no qual se suspende a sentença condenatória, após declaração de culpabilidade), porém, não se confunde, posto que não há declaração de culpa no modelo brasileiro. *Ver*: GRINOVER et al. **Juizados...** op. cit., p. 33 e 221.

⁴⁵⁷ CUNHA, **Acordos...** op. cit., p. 214-215 e p. 216-218.

⁴⁵⁸ A exemplo do sistema norte-americano, conforme aponta Langer, o poder discricionário dos promotores, que pode ser visto na ampla liberdade para fazer imputações, faz com que em muitos casos eles sejam os únicos juízes de um fato. Por outro lado, segundo o autor, esse amplo poder dado à acusação no sistema estadunidense coexiste com a bilateralidade das negociações entre promotor e defesa; conseqüentemente, nesse modelo de negociação se encaixa o sistema contraditório de disputa entre as duas partes, sendo que, no acordo bilateral, promotoria e defesa decidem juntos quem é o culpado e de que crime. Cf. LANGER, *Rethinking...* op. cit., p. 249-250.

3.1.2.1. Controle judicial na transação penal e suspensão condicional do processo.

Na fiscalização dos acordos nos institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo, reservou-se aos juízes amplos poderes de intervenção judicial, que envolvem o controle de legalidade, voluntariedade e justa causa, uma vez que, ainda que a solução seja negociada entre as partes, acordos no processo penal, invariavelmente, envolvem renúncia de direitos e garantias, cabendo então o juiz o papel de garantidor da não violação desses instrumentos de proteção do indivíduo.

Consoante analisaremos no próximo capítulo, a figura dos magistrados brasileiros foi forjada para ocupar papel central no processo penal, e na primeira onda negociada à brasileira a sua aceção não foi diferente. Ainda que o espírito da Lei 9.099/95 tenha investido em dar maior relevância ao papel das partes na resolução do conflito por meio do acordo, o procedimento de negociação foi estruturado para ocorrer em juízo⁴⁵⁹, ocupando o magistrado “o relevante papel de mediador de conflitos”⁴⁶⁰.

Além de estabelecer importantes fases de controle judicial, o legislador ainda permitiu aos juízes desfrutarem de certa iniciativa nos acordos, como a possibilidade de aplicar condições especiais, para além daquelas postas pelo Ministério Público e fixadas em lei⁴⁶¹, poder que pode soar estranho à genética da negociação processual⁴⁶².

Como vimos na análise de direito comparado, na análise dos sistemas analisados, os juízes não costumam ser dotados de poderes para modificar a proposta de acordo formulada pelo Ministério Público. Porém, no Brasil, o Supremo Tribunal Federal consolidou entendimento que preservou o comando legal, e permitiu que os juízes, dentro do seu poder de controle dos acordos, especifiquem condições facultativas àquelas da acusação⁴⁶³.

⁴⁵⁹ KARAM, **Juizados...** op. cit., p. 86 e 175.

⁴⁶⁰ GRINOVER et al. **Juizados...** op. cit., p. 113.

⁴⁶¹ De acordo com o estabelecido na Lei 9.099/95, nos casos em que for possível o oferecimento de proposta de transação penal pelo Ministério Público, uma vez aceita a proposta, esta “será submetida à apreciação do Juiz” (§ 3º, art. 76), trata-se, pois, de análise dos termos do acordo e a voluntariedade do investigado/acusado, consolidando-se a fase de controle judicial, com o acolhimento e conseqüente homologação da proposta pelo magistrado (art. 76, § 4º). Ainda, de acordo com art. 89, § 1º, aceita a proposta de suspensão condicional do processo, “na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova”, podendo ainda especificar outras condições à proposta do Ministério Público (§ 2º, art. 89).

⁴⁶² ZILLI, *Pelo movimento...* op. cit., p. 104.

⁴⁶³ Nesse sentido, BRASIL.STF. **HC 108.103/RS**, Rel. Ministro. Gilmar Mendes, DJ.: 08.11.2011: “Habeas Corpus. 2. Suspensão condicional do processo. Art. 89, § 2º, da Lei 9.099/1995. 3. Condições facultativas impostas pelo juiz. Prestação pecuniária. Possibilidade. 4. Precedente: INQ. 2721, rel. Min. Joaquim Barbosa, pleno, decisão unânime, DJe 29.10.2009. 5. Ordem denegada”, ou ainda, STF, **HC 108.927/RS**, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 28/02/2012: “Habeas Corpus. Crimes de menor potencial ofensivo. Suspensão condicional

O poder discricionário dos Membros do Ministério Público, para oferecer ou não a proposta de transação penal ou suspensão condicional do processo, também não passa ao largo do controle judicial. A recusa imotivada de Promotores de Justiça ao oferecimento de acordo, nos casos em que estiverem reunidos os pressupostos legais que permitiram o seu oferecimento, não vincula o juiz, que pode submeter os autos à Procuradoria-Geral – que é a chefia da instituição – para que ela se manifeste de maneira definitiva acerca do cabimento de eventual proposta⁴⁶⁴.

Por outro lado, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal se firmou no sentido de que o acordo não é um direito subjetivo do acusado. Com esse entendimento o Supremo rechaçou a possibilidade de os juízes oferecerem eles próprios o acordo, em substituição ao Ministério Público⁴⁶⁵, como vimos ocorrer na Itália, com o *giudizio abbreviato*, no qual a Corte Constitucional tornou irrelevante a manifestação positiva do Ministério Público e, devido a isso, desfigurou a característica negocial do instituto e tornou-o um instrumento de defesa⁴⁶⁶.

Assim, entendemos que Supremo Tribunal Federal, ao limitar a possibilidade de os juízes oferecerem o acordo quando entenderem cabível, manteve as características negociais dos institutos.

do processo. Art. 89, § 2º, da Lei nº 9.099/1995. Condições facultativas impostas pelo juiz. Doação de cestas básicas. Possibilidade. Precedentes. Ordem denegada. Os crimes investigados são daqueles que admitem a suspensão condicional do processo mediante o cumprimento dos requisitos estabelecidos para a concessão do benefício. O §2º do art. 89 da Lei nº 9.099/95 faculta ao juiz da causa “especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado”. Nesse ponto, a doação de cestas básicas não caracteriza a espécie de pena restritiva de direito prevista no inc. I do art. 43 do Código Penal, atinge a finalidade da suspensão do processo e confere rápida solução ao litígio, atendendo melhor aos fins do procedimento criminal. Ordem denega.”

⁴⁶⁴ Nesse sentido a Súmula 696, do STF: “Reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, mas se recusando o Promotor de Justiça a propô-la, o Juiz, dissentindo, remeterá a questão ao Procurador-Geral, aplicando-se por analogia o art. 28 do Código de Processo Penal.”

⁴⁶⁵ Interessante discussão acerca da possibilidade de os juízes oferecerem proposta de acordo de suspensão condicional do processo, nos casos em que estivessem presentes os pressupostos legais que permitissem a aplicação do instituto, quando do julgamento do HC 75.343/MG, pelo Tribunal Pleno, em 12/11/1997. Nesse julgamento, assentou-se entendimento de que, dada a natureza consensual da suspensão condicional do processo, que pressupõe a bilateralidade entre acusação e acusado para negociar a proposta, não seria cabível que juízes substituíssem o Ministério Público, e oferecessem a proposta, sob pena de macular o caráter consensual do instituto, expulsando uma das partes na negociação. Consta no acórdão que a Procuradoria-Geral da República à época opinou favoravelmente à possibilidade de se dotar os magistrados de atribuição para conceder os benefícios, à revelia ou em discordância com a manifestação do órgão da acusação. Por fim, os Ministros, por maioria, entenderam que, nos casos de recusa do órgão ministerial, dada a natureza consensual do instituto, caberia aos juízes remeterem o processo à Procuradoria-geral, para que ela, em nome da unidade institucional, proferisse a manifestação definitiva sobre o caso a formação do acordo, o que violaria a bilateralidade da negociação entre acusação e defesa. BRASIL. STF (Tribunal Pleno). HC 75.843/MG, Rel. Ministro Octavio Gallotti, DJ: 12.11.1977, p. 18.06.2001.

⁴⁶⁶ ZACCHÈ, Il *giudizio...* op. cit., p. 26.

3.1.3. Segunda onda negociada: Acordos de colaboração premiada

Para além de institutos de solução negociada voltados à economia processual e à despenalização, o legislador brasileiro, também de acordo com tendência mundial⁴⁶⁷, calcadas no movimento das políticas criminais derivadas da *Law and Order*⁴⁶⁸, deu início à implementação de mecanismos de justiça negociada que visam ao incremento da capacidade de investigação do Estado, em especial a colaboração premiada.

A colaboração premiada, pós Constituição Federal de 1988⁴⁶⁹, foi inicialmente prevista na Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8.072/1990), que instituía a possibilidade de redução de pena em favor do coautor que auxiliasse as autoridades na libertação da vítima, do crime de extorsão mediante sequestro, quando praticado por quadrilha ou bando⁴⁷⁰, assim como estabeleceu a diminuição da pena para o integrante que auxiliasse no desmantelamento do bando, denunciando-o à autoridade⁴⁷¹.

Conforme explica Franco, ao procurar atenuar a responsabilidade criminal do delator que colaborasse com a justiça e com as investigações com informações que auxiliassem na libertação de vítimas de sequestro, o legislador brasileiro o fez inspirado no modelo italiano⁴⁷².

Cinco anos após a primeira iniciativa legislativa de utilização da colaboração premiada, ela voltou a aparecer no âmbito da Lei 9.034/95, que foi a primeira experiência brasileira

⁴⁶⁷ CORDEIRO, Nefi. **Colaboração premiada: caracteres, limites e controles**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2020, p. 03.

⁴⁶⁸ De acordo com Oliveira Serra, a tendência mundial de endurecimento e diminuição das garantias dos investigados, inspiradas na política do *Law and Order*, não ficaram alheias ao legislador brasileiro, sendo exemplo disso a Lei 8.072/90, que estabeleceu o rol dos crimes tidos por hediondos. Cf. OLIVEIRA, **Consenso...** op. cit., p. 51-52; e em BITTAR, Walter Barbosa. **Delação premiada: direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 86.

⁴⁶⁹ O acordo de colaboração premiada não é uma novidade no ordenamento jurídico brasileiro. Apenas a título de curiosidade histórica, a colaboração premiada está presente no Brasil desde o início da vigência das Ordenações Filipinas, em 11 de janeiro de 1603, que em seu Livro Quinto, Título VI, que trata do Crime de Lesa Majestade, previa: “E quanto ao que fizer conselho e confederação contra o Rey, se logo sem algum espaço, e antes de outrem seja descoberto, elle o descobrir, merece perdão”. ALMEIDA, Candido Mendes de. **Ordenações e leis do Reino de Portugal**. Código Philippino, ou, Ordenações e leis do Reino de Portugal : recopiladas por mandado d'El-Rey D. Philippe I. 14. ed. Rio de Janeiro: Typ. do Instituto Philomathico, 1870. Disponível em: < <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242733> > Acesso em 20 nov. 2021.

⁴⁷⁰ “Foi nesse contexto que a Lei 8.072/90 introduziu em nosso ordenamento jurídico pátrio a premiação ao participante delator que emprestasse sua colaboração. Introduziu no art. 159, do Código Penal, um parágrafo (§ 4º), no qual estabelecia uma causa de redução de pena em favor do coautor ou partícipe de extorsão mediante sequestro, praticada em quadrilha ou bando, que fornecesse à autoridade dados que ajudassem – de qualquer forma – na liberdade das vítimas de sequestro”. Cf. BITTAR, **Delação...** op. cit., p. 88.

⁴⁷¹ Conforme consta no parágrafo único, do artigo 8º da Lei 8.072/90: “O participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços.”

⁴⁷² FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 348.

de tentar reprimir e prevenir ações praticadas pelo crime organizado⁴⁷³. O legislador previu a diminuição de pena para o colaborador que auxiliasse espontaneamente no esclarecimento de infrações penais e sua autoria, quando praticadas por organização criminosa⁴⁷⁴.

No mesmo ano, nosso ordenamento jurídico foi reformado à luz da lógica da atenuação da responsabilidade criminal dos colaboradores⁴⁷⁵, por meio da incorporação do instituto da colaboração premiada, com a Lei 9.080/95, que introduziu o mecanismo nas Leis que definem os Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional (Lei 7.492/1986)⁴⁷⁶ e Crimes Contra a Ordem Tributária, Econômica e Contra as Relações do Consumo (Lei 8.137/1990)⁴⁷⁷.

Na sequência, foi sancionada a Lei 9.269/96, que alterou a redação do parágrafo 4º, do artigo 159, do Código Penal, e estendeu o alcance da possibilidade de diminuição de pena ao agente que colaborasse para a libertação da vítima do crime de extorsão mediante sequestro⁴⁷⁸.

Por seguir a linha evolutiva dos mecanismos de colaboração premiada, ao introduzir a Lei de Lavagem de Capitais (Lei 9.613/1998), o legislador estabeleceu pela primeira vez⁴⁷⁹ a possibilidade de se conceder perdão judicial⁴⁸⁰ ao colaborador, e ampliou a capacidade negocial do instituto que, até então, somente previa a possibilidade de se negociar a diminuição de pena.

⁴⁷³ ZILLI, Pelo movimento... op. cit., p. 107.

⁴⁷⁴ Nos termos do artigo 6º da Lei 9.034/95: “Art. 6º Nos crimes praticados em organização criminosa, a pena será reduzida de um a dois terços, quando a colaboração espontânea do agente levar ao esclarecimento de infrações penais e sua autoria.”

⁴⁷⁵ BITTAR, **Delação...** op. cit., p. 100-102.

⁴⁷⁶ A partir da sanção da Lei 9.080/95, ao artigo 25, da Lei 7.492/1986 foi acrescido o “§ 2º Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou coautoria, o coautor ou partícipe que por meio de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços.”

⁴⁷⁷ Com a inclusão do parágrafo único ao artigo 16, o legislador instituiu a redução de pena o infrator que colaborasse com as investigações, vejamos: “Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou coautoria, o coautor ou partícipe que por meio de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços.”

⁴⁷⁸ Com a reforma do parágrafo 4º, do artigo 159, do Código Penal feita por meio da Lei 9.269/1996, o legislador estendeu a possibilidade de concessão do benefício para os crimes cometidos em concurso de agentes: “Se o crime é cometido em concurso, o concorrente que o denunciar à autoridade, facilitando a libertação do sequestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços”. Com isso o legislador alijou a necessidade prevista na redação original de que a concessão do benefício somente poderia ocorrer nos crimes cometidos por quadrilha ou bando, bastando a partir de então que o crime fosse cometido por pelo menos duas pessoas.

⁴⁷⁹ CORDEIRO, **Colaboração...** op. cit., p. 08.

⁴⁸⁰ A redação original do artigo 1º, § 5º, da Lei 9.613/1998, estabelecia que: “A pena será reduzida de um a dois terços e começará a ser cumprida em regime aberto, podendo o juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la por pena restritiva de direitos, se o autor, coautor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais e de sua autoria ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime.”

O verdadeiro divisor de águas na utilização da colaboração premiada se deu com a Lei de Proteção das Vítimas e Testemunhas (Lei 9.807/1999), que abriu as portas para a utilização do instrumento nos crimes em geral⁴⁸¹, e ampliou em muitos aspectos os benefícios previstos nas legislações anteriores⁴⁸².

Ainda, a colaboração premiada foi utilizada no âmbito da política de combate às drogas (Lei 11.343/06), pois previu a possibilidade de redução de pena para o indiciado ou acusado que colaborasse de forma voluntária com a persecução penal⁴⁸³.

Apesar de constar em diversas leis esparsas, até esse momento, o legislador brasileiro pautou o uso da colaboração premiada de maneira restrita e limitou o poder negocial das partes, tanto que o instituto era pouco utilizado.

Esse cenário se modificou com advento da Lei 12.850/2013, que supriu o vácuo legislativo acerca da definição da organização criminosa e trouxe em seu bojo a utilização da colaboração premiada como meios de obtenção de prova destinada ao combate da criminalidade organizada.

3.1.3.1. Expansão dos acordos de colaboração premiada

A “novidade” nos acordos de colaboração premiada instituídos pela Lei 12.850/2013 estava na amplitude negocial daquilo que poderia ser oferecido em troca da cooperação: a possibilidade de se negociar a imunidade processual com o colaborador⁴⁸⁴.

O instituto da colaboração premiada previsto na Lei 12.850/2013 começou a vigorar em 16 de setembro do mesmo ano⁴⁸⁵, e seus efeitos começaram a ser sentidos quase um ano depois, em 31/08/2014, quando Procuradores da República em Curitiba celebraram a

⁴⁸¹ O artigo 13, da Lei 9.807/1999, estabeleceu a possibilidade do perdão judicial e, consequentemente, a extinção da punibilidade do crime, para os agentes que colaborassem de forma efetiva e voluntária com a investigação e processo criminal. Desta forma, a concessão estava vinculada à eficácia da delação dos benefícios previstos nos incisos I a III: (i) identificação dos demais coautores e partícipes da ação criminosa, (ii) a localização da vítima com sua integridade física preservada, (iii) a recuperação total ou parcial do produto do crime. Por sua vez o artigo 14, da Lei de Proteção das Vítimas e Testemunhas, estabeleceu a possibilidade da redução da pena de um a dois terços, no caso de condenação do indiciado ou acusado que colaborasse voluntariamente com a investigação policial e com o processo criminal na identificação dos demais coautores ou partícipes do crime, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime.

⁴⁸² CORDEIRO, *Colaboração...* op. cit., p. 09.

⁴⁸³ BITTAR, *Delação...* op. cit., p. 142.

⁴⁸⁴ BOTTINO, Thiago. Colaboração premiada e incentivos à cooperação no processo penal: uma análise crítica dos acordos firmados na “operação lava jato”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 122, v. 24, 2016, p. 374.

⁴⁸⁵ A Lei 12.850/2013 foi sancionada em 02/08/2013, porém o seu art. 27 estabeleceu um prazo de *vacatio legis* de 45 dias para sua entrada em vigor.

primeira⁴⁸⁶ colaboração premiada no âmbito da chamada *Operação Lava Jato* – que vem a ser o conjunto das centenas de fases⁴⁸⁷, atos de investigação e acordos de colaboração premiada, praticados e celebrados pela Polícia Federal e pelo Ministério Público Federal⁴⁸⁸.

A partir dali os Procuradores da República envolvidos nas investigações da chamada *Operação Lava Jato* passaram a celebrar acordos de colaboração premiada em escala exponencial, o que tornou o instituto pedra basilar da investigação, conforme expõe Canotilho e Brandão⁴⁸⁹.

Essa constatação de Canotilho e Brandão é respaldada pelos números disponibilizados pelo Ministério Público Federal acerca da *Operação Lava Jato*, que até o mês de junho de 2022 contabilizava 399 acordos de colaboração premiada celebrados em primeira instância⁴⁹⁰ nas mais diversas fases daquele conjunto de investigações⁴⁹¹.

Essa vertiginosa e repentina expansão dos acordos de colaboração deu notoriedade ao instituto⁴⁹² – impulsionado pela grande exposição midiática⁴⁹³. Isso tornou sua

⁴⁸⁶ O primeiro colaborador da Operação Lava Jato foi o ex-diretor da Petrobras, Paulo Roberto Costa. Dados do próprio Ministério Público Federal. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Caso Lava Jato**. Conheça a linha do tempo. Disponível em: < <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/linha-do-tempo> > Acesso em 28 nov. 2021.

⁴⁸⁷ Conforme dados informados pelo próprio Ministério Público Federal, as operações conduzidas no âmbito das chamadas “forças-tarefa” (forma de estruturação de trabalho investigativo, cujo ato de criação está a cargo do Procurador-Geral da República, e tem por característica a provisoriedade e a transitoriedade, no qual o procurador natural escolhe colegas da própria instituição para auxiliá-lo), instaladas para concentrar as investigações da chamada “Operação Lava Jato”, somaram 141 fases, e foram assim divididas: pela força-tarefa de Curitiba foram realizadas 79 operações; pela sua congênere do Rio Janeiro, 56 operações, e pela força-tarefa instalada em São Paulo, 06 operações. Juntas, as três forças-tarefas realizaram 141 operações relacionadas à chamada Operação Lava Jato. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Caso Lava Jato**. Resultados. Disponível em: : < <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/resultados> > Acesso em: 28 nov. 2021.

⁴⁸⁸ GOMES, Marcus Alan de Melo. Crítica à cobertura midiática da operação lava jato. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 122, v. 24, 2016, p. 230.

⁴⁸⁹ De acordo com Canotilho e Brandão: “Constitui ainda facto público e notório que, ao menos inicialmente, as pedras basilares da investigação Lava Jato foram os acordos de colaboração premiada firmados entre o Ministério Público Federal de um lado, e Paulo Roberto Costa e Alberto Youssef, do outro, no âmbito de várias acções penais da operação Lava Jato em que os mesmos figuram como réus.” CANOTILHO, J. J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada e auxílio judiciário em matéria penal: a ordem pública como obstáculo à cooperação com a operação lava jato. **RJL. Revista de Legislação e Jurisprudência**, a. 146, n. 4000, set./out., 2016, p. 16.

⁴⁹⁰ De acordo com o portal do Ministério Público Federal, no qual há uma página dedica aos chamados “resultados” da Operação Lava Jato, os números de acordos de colaboração premiada impressionam. Os dados acessados em 29.11.21 mostram que: o Ministério Público Federal em primeiro grau em Curitiba celebrou 209 acordos de colaboração; no Rio de Janeiro 180 acordos de colaboração, e em São Paulo 10 colaborações. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Caso Lava Jato**. Resultados... op. cit.

⁴⁹¹ Em levantamento feito pelo portal de notícias Jota, em 15/04/2019, após cinco anos do início da Operação Lava Jato, dos 163 réus que haviam sido condenados pela Justiça Federal no Paraná, 67 deles haviam celebrado acordos de colaboração premiada, ou seja, 41% dos condenados eram colaboradores da justiça, o que demonstra a amplitude da utilização do instituto naquelas investigações. PÁDUA, Luciano. Dos 163 condenados na Lava Jato de Curitiba, 40% são delatores. **Jota**, 15 abr. 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/justica/lava-jato-curitiba-condenados-delatores-15042019>. Acesso em: 29 nov. 2021.

⁴⁹² BOTTINO, Colaboração... op. cit., p. 375.

⁴⁹³ Kuwahara, em artigo publicado na Revista de Estudios Brasileños, ao se questionar sobre os motivos que

compreensão e manuseio um desafio para os atores do processo penal que se propunham a operá-lo⁴⁹⁴.

A velocidade com que as colaborações premiadas se propagaram⁴⁹⁵ fez com que não houvesse tempo hábil para que doutrina e jurisprudência pudessem analisar com serenidade as características e, em especial, os limites negociais do mecanismo, ante a criatividade com que era negociado o conteúdo dos acordos, em verdadeiro descompasso com a taxatividade legal do instrumento normativo que os regulava⁴⁹⁶.

Ao nos ampararmos nas constatações de Canotilho e Brandão⁴⁹⁷, podemos concluir que o legislador brasileiro, ao instituir a colaboração premiada na Lei 12.850/2013, fez isso a partir da *tradução* do instituto estadunidense do *plea bargaining* estadunidense, em que pese serem mecanismos formal e materialmente distintos. Ocorre que a colaboração premiada a Lei 12.850/2013 ainda foi objeto de uma *segunda tradução*, porém esta segunda foi realizada pelos operadores do direito.

levaram uma investigação criminal a se tornar uma obsessão nacional, a ponto de impactar, inclusive, a política brasileira, encontrou resposta na “interação entre a imprensa e a utilização da colaboração premiada pela força-tarefa da ‘Operação Lava-Jato’”, uma vez que esses acordos deram “um farto material à agenda da imprensa, com elementos de dramaticidade: trechos de delação, interceptações telefônicas, operações transmitidas em tempo real, operadores jurídicos concedendo coletivas de imprensa, inserções de repórteres e comentaristas políticos ao vivo e âncoras de telejornal mantendo a atenção do público, fazendo a cobertura jornalística se assemelhar à dos grandes eventos esportivos de 2014 e 2016”. Outra conclusão a que chega o articulador é a de que essa interação entre imprensa e órgãos de investigação, com uso constante de trechos de acordos de colaboração premiada pela mídia, auxiliou no crescente apoio popular às investigações, o que deu legitimidade à “Operação Lava-Jato”, e à escalada do número de acordos, os quais passaram a fazer parte do vocabulário brasileiro, em função do massivo destaque dado a esse tipo instrumento pela imprensa nacional. Cf. KUWAHARA, Shigueo. Discursos sobre a colaboração premiada na imprensa escrita e seu impacto na política brasileira: operação lava jato pré e pós campanha eleitoral. **REB. Revista de Estudos Brasileños**, Salamanca, v. 5, n. 10, p. 106-118, 2018.

⁴⁹⁴ De acordo com Assis Moura: “Tratar da colaboração premiada é um desafio para todos aqueles que se propõem a operar esse novo instituto. Para o magistrado, mais um elemento de um sistema acusatório que transfere suas atribuições a um campo negocial das partes. Para o procurador ou delegado, uma oportunidade de esclarecer fatos, um instrumento relevante de investigação. Para o advogado, uma estratégia de defesa e obtenção de benefícios para clientes envolvidos em práticas delitivas. Para a sociedade, um instituto que pode gerar frutos relevantes se usado com serenidade e parcimônia.” MOURA, Maria Thereza de Assis. Introdução. In: BOTTINI, Pierpaolo Cruz; MOURA, Maria Thereza de Assis. **Colaboração premiada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 15.

⁴⁹⁵ Nesse sentido: MENDONÇA, Andrey Borges de. Os benefícios possíveis na colaboração premiada: entre a legalidade e a autonomia da vontade. In: BOTTINI, Pierpaolo Cruz; MOURA, Maria Thereza de Assis. **Colaboração premiada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 63; BOTTINO, Colaboração... op. cit., p.375-378;

⁴⁹⁶ Sobre as cláusulas dos acordos e a criatividade dos operadores, explica Vasconcellos: “Em contraposição à sistemática prevista no ordenamento jurídico brasileiro, os acordos formalizados no âmbito da operação Lava Jato têm inovado em diversos aspectos, com a previsão de ‘regime diferenciados de execução de penas’, a liberação de bens provenientes de atividades ilícitas, a regulação de imunidade a familiares e terceiros ao acordo a renúncia ao acesso à justiça e aos recursos e a imprecisão de um dever genérico de colaboração” Cf. VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração premiada**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 147.

⁴⁹⁷ CANOTILHO; BRANDÃO, Colaboração... op. cit., p. 22.

Isso porque, ao se incitarem o imaginário e as expectativas de alguns atores processuais brasileiros, eles buscaram em outros sistemas processuais, em especial o estadunidense, a centelha para tentar reproduzir aqui os amplos espaços negociais conferidos às partes naquele modelo, fato que estava em descompasso com *tradução* inicial feita pelo legislador⁴⁹⁸.

As lacunas existentes na legislação e a falta de procedimento⁴⁹⁹, somadas à utilização do instituto fora dos limites estabelecidos pela legislação⁵⁰⁰, além da defesa por membros do Ministério Público Federal da prisão preventiva como meio para “convencer os infratores a colaborar”⁵⁰¹, demandaram intervenção do judiciário para fixar limites aos poderes negociais

⁴⁹⁸ Os efeitos iniciais da tradução do instituto da colaboração premiada e sua aplicação pelos operadores do direito brasileiro foram assim explicadas por Zilli: “A ruptura de paradigmas trazida pelo acordo de colaboração premiada e a ausência de referências próximas que pudessem orientar a compreensão do instituto e o preenchimento de muitos vácuos legais alimentaram as expectativas exegéticas que, dessa forma, buscaram inspiração no clima de ampla liberdade de pactuação consolidado em outros sistemas processuais. Ou seja, em sua prática, a colaboração premiada atendeu as expectativas imaginárias de alguns atores do processo sobre a forma de operacionalização dos negócios jurídicos processuais no âmbito da justiça criminal, em uma espécie de reprodução do ambiente negocial comum ao direito norte-americano (...). Ali, o clima de desconfiança perante o poder público na resolução do conflito foi decisivo para se afirmar o poder das partes sobre as diferentes formas de realização de Justiça: disputada e consensual. Mas, como exposto, há resistências imunológicas ao mero transplante e que se expressam pelo filtro da tradução. A tradução supõe uma releitura do instituto estrangeiro o qual é adaptado às características do organismo receptor. Foi o verificado com a revolução consensual dada pela suspensão condicional do processo e pela transação penal e repetido com a regulamentação do acordo de colaboração premiada. Não são raras, contudo, as situações em que a tradução inicial, a cargo do legislador, é descaracterizada pela atividade dos operadores que, dessa forma, empreendem uma nova tradução. Foi o verificado no acordo de colaboração premiada. A introdução realizada pelo legislador, seguiu-se outra concretizada pelo operador”. Cf. ZILLI, Tudo... op. cit., p. 86-87.

⁴⁹⁹ Conforme explica Maria Salomi: “De fato no Brasil atual, a colaboração premiada tem desempenhado papel importante no combate à criminalidade organizada e aos crimes de colarinho branco. Nos últimos anos, ganhou destaque não só como a novel regulamentação sobre o tema, mas sobretudo com as investigações levadas a efeito no bojo da conhecida Operação Lava Jato e seus desdobramentos. Se, por um lado, essa crescente utilização da colaboração premiada trouxe uma maior aceitação do instituto e fomentou uma saudável discussão acerca de seus aspectos procedimentais, por outro, provocou um quadro de insegurança jurídica em razão da aleatoriedade de sua implementação e diversidade procedimental, a depender da autoridade negociante e da jurisdição de homologação”. Cf. SALOMI, Maira Beauchamp. Colaboração premiada: principais questões acerca da competência para homologação. In: BOTTINI, Pierpaolo Cruz; MOURA, Maria Thereza de Assis. **Colaboração premiada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 63; BOTTINO, Colaboração... op. cit., p. 158.

⁵⁰⁰ De acordo com Bottino, a análise dos acordos de colaboração premiada celebrados entre Paulo Roberto Costa, Alberto Youssef e Pedro José Barusco Filho, com o Ministério Público Federal, no âmbito da Operação Lava Jato, revelou a pactuação de diversos benefícios não previstos na Lei 12.850/2013, v.g., a substituição da prisão cautelar pela prisão domiciliar com uso de tornozeleira eletrônica, a fixação do regime e do tempo máximo de cumprimento de pena nos acordos, independentemente das penas cominadas na sentença, o estabelecimento de regime prisional não previsto em lei (regimes diferenciados) e a permissão para utilização de bens que são produto de crime. Assim, para o autor, “Entretanto, as cláusulas acima mencionadas fogem completamente aos limites estabelecidos pela Lei 12.850/2013 e a discricionariedade com que foram redigidas tais cláusulas não possui previsão legal. Com efeito, as hipóteses da lei são taxativas, não exemplificativas. São fruto de uma ponderação do legislador sobre quais benefícios deveriam ser concedidos para estimular o criminoso a cooperar, e quais não deveriam ser concedidos”. Cf. BOTTINO, Colaboração... op. cit., p. 375-377.

⁵⁰¹ Em dois pareceres da Procuradoria Regional da República que atua no âmbito do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, constou expressamente que as prisões preventivas: “Além de se prestar a preservar as provas, o elemento autorizativo da prisão preventiva, consistente na conveniência da instrução criminal, diante da série

das partes nessa modalidade de acordo e, especialmente, os caminhos a serem trilhados pelos juízes no exercício do controle judicial na proposta de colaboração premiada.

3.1.3.2. O controle judicial no acordo de colaboração premiada

A colaboração premiada é um negócio jurídico processual⁵⁰² bilateral que se forma pela exteriorização da vontade das partes (celebrante e celebrado), cuja utilização tem seus limites regulados e fixados pelo próprio ordenamento, e permite que os sujeitos envolvidos escolham a utilização de um determinado regramento jurídico a ser aplicado à determinada situação fática⁵⁰³, e tem por objeto a cooperação do imputado para a investigação ou para o processo penal⁵⁰⁴.

Inicialmente, coube ao Supremo Tribunal Federal estabelecer as bases do controle judicial no acordo de colaboração premiada, quando do julgamento do HC 127.483/PR. Do acórdão paradigma, extrai-se que os Ministros estabeleceram um rito de filtragem a ser utilizado pelo juiz quando do exame do negócio jurídico. São elementos deste rito: as condições de existência, pela análise dos seus elementos, a fim de verificar se a colaboração é existente ou inexistente⁵⁰⁵; a validade do negócio jurídico, por meio da análise de seus requisitos, com objetivo de verificar se o negócio é nulo ou anulável⁵⁰⁶, e os fatores que dão

de atentados contra o país, tem importante função de convencer os infratores a colaborar com o desvendamento dos ilícitos penais, o que poderá acontecer neste caso, a exemplo de outros tantos”. Cf. Parecer nos autos do MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **HC nº 5029050-46.2014.4.04.0000**, Rel. Desembargador Federal João Pedro Gebran Neto. DJ: 21.11.2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/lava-jato-parecer-mpf-prisao-forcar.pdf>> Acesso em: 11 dez. 2021. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **HC nº 5029016-71.2014.4.04.0000**, Rel. Desembargador Federal João Pedro Gebran Neto. DJ: 21.11.2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/lava-jato-parecer-mpf-prisao-forcar1.pdf>>. Acesso em: 11 dez. 2021.

⁵⁰² Conforme assentou o Supremo Tribunal Federal no acórdão paradigma proferido pelo Tribunal Pleno, no julgamento do HC 127.483/PR, em 27/08/2015: “4. A colaboração premiada é um negócio jurídico processual, uma vez que, além de ser qualificada expressamente pela lei como “meio de obtenção de prova”, seu objeto é a cooperação do imputado para a investigação e para o processo criminal, atividade de natureza processual, ainda que se agregue a esse negócio jurídico o efeito substancial (de direito material) concernente à sanção premia a ser atribuída a essa colaboração.” BRASIL. STF (Tribunal Pleno). **HC 127.483/PR**, Rel. Min. Dias Toffoli. DJ: 27.08.2015..

⁵⁰³ DIDIER Jr., Fredie, BOMFIM, Daniela. Colaboração premiada (Lei nº 12.850/2013): Natureza Jurídica e controle da validade por demanda autônoma – um diálogo como direito processual civil. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, n. 62, out./dez., 2016, p. 29.

⁵⁰⁴ BRASIL. STF (Tribunal Pleno). **HC 127.483/PR**... op. cit.

⁵⁰⁵ “Esse acordo deverá ser feito por escrito e conter: i) o relato da colaboração e seus possíveis resultados; ii) as condições da proposta do Ministério Público ou do delegado de polícia; iii) a declaração de aceitação do colaborador e de seu defensor; e iv) as assinaturas do representante do Ministério Público ou do delegado de polícia, do colaborador e de seu defensor.” Idem.

⁵⁰⁶ Na análise do plano de validade, deve ser verificado se: “i) a declaração de vontade do colaborador for a) resultante de um processo volitivo; b) querida com plena consciência da realidade; c) escolhida com liberdade e d) deliberada sem má-fé; e ii) o seu objeto for lícito, possível e determinado ou determinável.”. Destaca-se que os Ministros fixaram entendimento, segundo o qual a liberdade do agente deve ser “psíquica” e não a sua

condição de eficácia ao acordo⁵⁰⁷.

Dessa forma, o órgão jurisdicional não é parte no negócio⁵⁰⁸, porém a sua atuação é imprescindível para dar eficácia ao acordo, a qual é exteriorizada pela homologação⁵⁰⁹, que vem a ser um provimento interlocutório (que resolve questão incidental), no qual o juízo se pronuncia sobre a regularidade, legalidade e voluntariedade do acordo entabulado entre as partes, sem adentrar o mérito da pretensão acusatória⁵¹⁰.

Ainda durante o julgamento *leading case*, uma tese relevante relacionada à taxatividade legal do conteúdo dos acordos foi discutida pelos Ministros e, ao nosso ver, terá que ser analisada pelo juiz quando do controle judicial, que é a possibilidade de o acordo de colaboração premiada dispor sobre efeitos extrapenais, e de mitigação ou redução da pena, não previstos na Lei 12.850/2013⁵¹¹.

Apesar da taxatividade legal dos benefícios estipulados pelo legislador pátrio, do acórdão paradigma se extrai que no controle judicial o magistrado, ao verificar a negociação de concessões não previstas na Lei 12.850/2013, poderá realizar um exercício de solução baseado na interpretação dos objetivos do acordo de colaboração premiada à luz dos preceitos da Convenção de Palermo e de Mérida, das quais o Brasil é signatário e permitem a adoção das medidas adequadas para encorajar as colaborações premiadas; portanto é

“liberdade de locomoção”, motivo pelo qual não haveria nenhum óbice à celebração de acordos com imputados presos, provisória ou preventivamente, desde que o acordo fosse celebrado sem coação. BRASIL. STF (Tribunal Pleno). **HC 127.483/PR...** op. cit.

⁵⁰⁷ “Finalmente, superados os planos da existência e da validade, chegasse ao plano da eficácia: o acordo existente e válido somente será eficaz se for submetido à homologação judicial (art. 4º, § 7º, da Lei nº 12.850/13)”. BRASIL. STF (Tribunal Pleno). **HC 127.483/PR...** op. cit.

⁵⁰⁸ De acordo com o § 6º, do art. 4º, da Lei 12.850/2013: “O juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor.”

⁵⁰⁹ Sobre o juízo de homologação: “O juízo de homologação do negócio é o juízo sobre a presença dos pressupostos necessários para que o ato a ser homologado (no caso, o negócio de colaboração), praticado por sujeitos diversos do órgão jurisdicional, seja homólogo, equivalente, à decisão jurisdicional correspondente. A exigência da homologação, como fator de eficácia do negócio, é consonante com a *ratio* subjacente ao sistema penal, já que, em princípio, caberia ao órgão jurisdicional o juízo de aplicação das consequências penais punitivas. Assim, é preciso que o órgão jurisdicional verifique se estão presentes os pressupostos para que se irradiem os benefícios penais pactuados”. DIDIER; BOMFIM, Colaboração... op. cit., p. 34.

⁵¹⁰ “Esse provimento interlocutório, que não julga o mérito da pretensão acusatória, mas sim resolve uma questão incidente, tem natureza meramente homologatória, limitando-se a se pronunciar sobre a ‘regularidade, legalidade e voluntariedade’ do acordo (art. 4º, § 7º, da Lei no 12.850/13)”. BRASIL. STF (Tribunal Pleno). **HC 127.483/PR...** op. cit.

⁵¹¹ Na redação original na Lei 12.850/2013, que vigorava à época do julgamento, os benefícios que poderiam ser negociados com o colaborador eram: a concessão de perdão judicial, a redução da pena privativa de liberdade em até 2/3 (dois terços), ou a sua substituição por restritivas de direito, e a possibilidade de imunidade processual ao delator que não ocupasse posição de liderança na organização criminosa e fosse o primeiro a colaborar.

possível a negociação de outros benefícios com esse objetivo⁵¹².

Dito de outro modo, no controle judicial do acordo de colaboração, cabe ao juiz verificar se os benefícios contidos na proposta de acordo feita pelos órgãos de investigação ao colaborador extrapolam aqueles previstos na Lei 12850/2013. Assim, excepcionalmente, poderá homologar o acordo de colaboração premiada, desde que entenda que a medida proposta está adequada ao efetivo combate da criminalidade organizada.

3.1.4. Terceira onda negociada: Acordo de não persecução penal

A velocidade de expansão e aceitação do instituto da colaboração premiada, somado ao processo de transformação de valores do processo penal *conflictivo*, em razão de mais de duas décadas de aplicação dos institutos introduzidos pela Lei 9.099/95, inspiraram⁵¹³ o

⁵¹² Nesse sentido, a Convenção de Palermo, aprovada pelo Congresso Nacional brasileiro e incorporada ao nosso ordenamento jurídico por meio do Decreto nº 5.015, de 12 março de 2004, estabelece que: “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: (...)”. Por sua vez, a Convenção de Mérida, incorporada pelo Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006, previu em seu artigo 37, que trata da 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 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.” Ao adotar essas Convenções como base, o Supremo Tribunal Federal assentou entendimento, segundo o qual “...havendo previsão em Convenções firmadas pelo Brasil para que sejam adotadas ‘as medidas adequadas para encorajar’ formas de colaboração premiada, tais como a redução ou mitigação da pena (no sentido, repita-se, de abrandamento das consequências do crime), parece-me lícito, sem prejuízo de ulterior e mais aprofundada reflexão sobre o tema, que o acordo de colaboração, ao estabelecer as sanções premiaias a que fará jus o colaborador dentre as ‘condições da proposta do Ministério Público ou do delegado de polícia’ (art. 6º, II, da Lei nº 12.850/13), possa também dispor sobre questões de caráter patrimonial, como o destino de bens adquiridos com o produto da infração pelo agente colaborador, em seu nome ou de interposta pessoa”. BRASIL. STF (Tribunal Pleno). HC 127.483/PR... op. cit.

⁵¹³ Nesse sentido: “Desde 1995 revolucionou-se o sistema de persecução penal criminal. Antes do conflito, do embate, do entrelaçamento de opiniões e teses, é possível a conciliação entre as partes, permite-se que se evitem as agruras do processo penal (difícil para os atores processuais), mediante acordo das (futuras) partes, cada qual cedendo um pouco do exercício de seus direitos, para o aperfeiçoamento de um pacto que atenda aos interesses recíprocos. Na nova feição pactuada e consensual inaugurada pela Lei 9.099/1995 e reforçada pela Lei 12.850/2013, é necessário abandonar antigos preconceitos e aceitar a existência de um ‘espaço de consenso’, valorizando-se o sistema acusatório e positivando-se a maturidade do Ministério Público, como uma das instituições que maneja a política criminal do Estado”. Cf. ARAS, Acordos penais... op. cit., p. 265-266.). Ou ainda: “O legislador reconheceu, então, a necessidade de consenso. A transação penal nos juizados especiais foi um importante quebra do princípio da obrigatoriedade logo tratada como uma exceção para tentar dar sobrevivência ao princípio. A colaboração premiada e possibilidade de acordos de imunidade na Lei 12.850/2013 sepultaram por completo o princípio da obrigatoriedade (...). É preciso acabar com o paternalismo

Conselho Nacional do Ministério Público brasileiro a abrir – mesmo sem autorização legal – outro caminho para a resolução do conflito penal por meio da *via negocial*: o *acordo de não persecução penal* (ANPP).

A introdução do acordo de não persecução penal em nosso sistema judicial ocorreu em agosto de 2017, quando o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), por meio da Resolução nº 181/2017⁵¹⁴ – que dispunha sobre a instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal (PIC) –, tentou regulamentar a possibilidade de que o membro do Ministério Público poderia propor ao investigado acordo de não persecução penal, nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça, e que não fossem caso de arquivamento da investigação.

A bem da verdade, o Conselho Nacional do Ministério Público optou por não aguardar⁵¹⁵ o final da tramitação do PLS nº 513/2013, no Senado Federal, onde se inseriu o artigo 394-B no Código de Processo Penal, que previa o regramento para o acordo de não persecução penal⁵¹⁶. A ideia dos membros do Ministério Público brasileiro de introduzir os acordos, mesmo sem autorização legal, não era nova, conforme vimos na análise do direito comparado francês e alemão, nos quais a prática também surgiu de maneira heterogênea.

Para que fosse possível alcançar o benefício, o investigado deveria confessar formal e detalhadamente o delito, indicar as provas de seu cometimento, além de cumprir, de forma cumulativa ou não, os requisitos previstos nos incisos de I a VI, do art. 18, da referida Resolução⁵¹⁷.

estatal em matéria processual. O réu é detentor de capacidade jurídica e tem condições de avaliar a vantagem, ou não, do acordo”. Cf. FREIRE JR., Américo Bedê. Acordo de não persecução penal: permissões e vedações. *In*: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renne do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (coords.). **Acordo de não persecução penal**. Resolução 181/2017 do CNMP. Salvador: Editora JusPodvim, 2017, p. 265-266.

⁵¹⁴ BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução nº 181/2017**. CNMP, 2017. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-181.pdf>> Acesso em: 28 nov. 2021.

⁵¹⁵ Conforme afirma Cabral: “É bem verdade que a solução ideal seria a regulamentação pela via legislativa, o que evitaria alegações de inconstitucionalidade forma do instituto. Infelizmente, até agora isso não ocorreu e, como visto, a demora do legislador, também ocorreu em países desenvolvidos com a Alemanha e França.” Cf. CABRAL, **Acordo...** op. cit., p. 46.

⁵¹⁶ Previa o PLS 513/2013: “Art. 394-B. Nos crimes praticados sem violência ou grave ameaça, havendo prova da materialidade e indícios suficientes de autoria, o Ministério Público poderá, antes do oferecimento da denúncia, propor a aplicação imediata de pena de prestação de serviços à comunidade ou à entidade pública, na forma do art. 46 do Código Penal, respeitados os seguintes requisitos:” BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 513, de 2013**. Altera a Lei de Execução Penal. Brasília: Senado, 2013. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7172128&ts=1630418810656&disposition=inline>> Acesso em: 28 nov. 2021.

⁵¹⁷ A redação original do artigo 18, previsto na Resolução 181/2017, estabelecia que: “Nos delitos cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, não sendo o caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor ao investigado acordo de não-persecução penal, desde que este confesse formal e detalhadamente a

A introdução do acordo de não persecução penal pela via administrativa causou grande debate acerca da constitucionalidade do referido ato normativo. De um lado, além do próprio CNMP, parte da doutrina entendia ser possível incorporação, regulação e aplicação do instituto por meio de resolução do citado órgão de fiscalização do Ministério Público⁵¹⁸.

De lado oposto, entidades de classe, como a Associação Nacional dos Magistrados do Brasil⁵¹⁹ e a Ordem dos Advogados do Brasil⁵²⁰, além da Advocacia-Geral da União⁵²¹, entendiam que o Conselho Nacional do Ministério Público, ao introduzir o *acordo de não persecução penal* por meio de Resolução, exorbitava o poder regulamentado do órgão (art. 130-A, § 2º, inciso I, da CF), usurpava a competência da União para legislar sobre direito penal e processual penal (art. 22, inciso I, CF), do Poder Judiciário de processar e julgar infrações penal (art. 5º, incisos XXXV, LIII, LIV, LV, LVI, LXI, LXII e LXV, da CF), e violava o princípio da indisponibilidade da ação penal (art. 129, inciso I, da CF), dentre outras razões utilizadas para atacar a flagrante inconstitucionalidade do ato administrativo do CNMP.

As contestações quanto à constitucionalidade do *acordo de não persecução penal* criado pela Resolução 181/2017 também encontraram ressonância no Poder Judiciário⁵²², e

prática do delito e indique eventuais provas de seu cometimento, além de cumprir os seguintes requisitos, de forma cumulativa ou não: I – reparar o dano ou restituir a coisa à vítima; II – renunciar voluntariamente a bens e direitos, de modo a gerar resultados práticos equivalentes aos efeitos genéricos da condenação, nos termos e condições estabelecidos pelos arts. 91 e 92 do Código Penal; III – comunicar ao Ministério Público eventual mudança de endereço, número de telefone ou e-mail; IV – prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito, diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo Ministério Público. V – pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Código Penal, a entidade pública ou de interesse social a ser indicada pelo Ministério Público, devendo a prestação ser destinada preferencialmente àquelas entidades que tenham como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito. VI – cumprir outra condição estipulada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal aparentemente praticada.”

⁵¹⁸ Nesse sentido: CABRAL, Um panorama... op. cit., p. 30-31; BARROS; ROMANIUC, *Acordo...* op. cit., p. 83-91.

⁵¹⁹ Conforme se verifica na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5790, proposta pela Associação Nacional dos Magistrados do Brasil, perante o Supremo Tribunal Federal Cf. BRASIL. STF. **ADI 5790 DF**, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5283027>> Acesso em: 28 nov. 2021.

⁵²⁰ Nos termos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5793, proposta pela Ordem dos Advogados do Brasil, perante o Supremo Tribunal Federal (Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5288159>> Acesso em: 28.11.21.

⁵²¹ De acordo com o parecer da AGU apresentando nos autos da ADI nº 5790, em 12 de março de 2018. BRASIL. Advocacia Geral da União. **ADI nº 5790, em 12 de março de 2018**. Rel. Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 12 mar. 2018. (Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=725187187&prcl>> Acesso em: 28 nov. 2021.

⁵²² A título de exemplo, decisão proferida pelo Magistrado da 1ª Vara Federal de Pernambuco, em tutela de urgência, determinando que CNMP se abstinisse de instaurar reclamações disciplinares ou administrativas contra membros da instituição que se negavam a realizar os acordos de não persecução penal instituídos pela Resolução 181/2017. De acordo com o julgador, a mitigação do princípio da obrigatoriedade, e a discussão acerca da transação penal, que dispõe sobre o poder de iniciativa do Ministério Público em matéria de persecução penal, são resultado de processo legislativo, situação diversa do acordo de não persecução penal

em outra parte da doutrina, a qual destacava que reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal de que as resoluções do Conselho Nacional de Justiça (e, pela lógica, do CNMP) possuem caráter normativo primário, e não autorizavam a introdução de mecanismo contrário à ordem jurídica vigente e violador de direitos fundamentais⁵²³.

Dentre os motivos que ensejaram os pedidos de inconstitucionalidade do *acordo de não persecução penal*, previsto no artigo 18, da Resolução nº 181/2017, estavam a *total ausência* de quaisquer mecanismos de controle judicial sobre os acordos, permanecendo *interna corporis* toda análise das condições e medidas a serem cumpridas, bem como a decisão de cumprimento ou não do acordo que, eventualmente, fosse celebrado pelos membros do Ministério Público e os investigados, ou por seus defensores.

Isso porque o §2º, do art. 18, estabelecia que o *acordo de não persecução penal* seria firmado e formalizado nos autos do procedimento investigatório criminal, nos quais seriam estipuladas as condições, eventuais valores a serem restituídos e as datas para cumprimento. Por sua vez, o § 6º, do mesmo artigo, previa que, uma vez descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo ou não comprovando o investigado o seu cumprimento, o membro do Ministério Público deveria, se fosse o caso, oferecer imediatamente denúncia. O § 7º

que teve sua origem em espécie normativa diversa da lei. (Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/dl/liminar-jfpe-resolucao-cnmp-ignorar.pdf> > Acesso em: 12.12.21). Em outra decisão, o Juiz Federal da 1ª Vara de Cáceres, MT, ao ser surpreendido com um pedido do Procurador da República, em uma ação penal, para que fosse designada uma audiência no Poder Judiciário para oferecimento de proposta de acordo de não persecução penal, proferiu decisão, em sede de controle difuso de constitucionalidade, declarando que o art. 18, da Resolução 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público, era formal e materialmente inconstitucional. BRASIL. TRF 1ª Região. **Processo Nº 0000774-67.2016.4.01.3601**. Cáceres, 16 out. 2019. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/dl/acordo-nao-persecucao-cnmp.pdf> > Acesso em: 12 dez. 2021.

⁵²³ Nesse sentido Vasconcellos: “Alguns argumentos favoráveis à referida resolução se mostram fragilizáveis. Primeiramente, o fato de o STF reconhecer que resoluções do CNJ (e, por essa lógica, do CNMP) possuem caráter normativo primário para expedir atos regulamentares (ADC 12 MC e MS 27621) não autoriza que assim se introduzam mecanismos contrários ao ordenamento jurídico vigente e violadores de direitos fundamentais. De modo semelhante, a regulamentação da audiência de custódia por resolução do CNJ é situação distinta, pois visa a consolidar um direito fundamental (convencionalmente previsto), de aplicação imediata, no ordenamento brasileiro. Ao contrário, o art. 18 da Res. 181/2017 introduz espaço de redução e potencial violação a direitos fundamentais. Por fim, a autorização para celebração do referido acordo é norma de matéria processual, pois aborda a realização ou não da persecução penal, além de acarretar uma renúncia da defesa ao contraditório e ao devido processo legal, permitindo a realização antecipada da jurisdição penal (aplicação de sanções pelo Estado), ainda que ausente o controle judicial. Portanto, tal inovação normativa está submetida e viola a reserva legal.” (VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Não-obrigatoriedade e acordo de não persecução penal na resolução 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público. **Boletim IBCCRIM**, n. 299, v. 25, 2017, p. 8). No mesmo sentido Andrade: “Embora o acordo de não persecução penal tenha sido criado para ser celebrado durante a fase de investigação, parece inegável que o instituto versa sobre o processo penal, de maneira que não podia ter sido instituído e disciplinado por resolução do CNMP. Ainda que se viesse a entender que a matéria tem natureza procedimental, haveria ofensa ao artigo 24, XI, da CF/1988, que confere à União, aos Estados e ao Distrito Federal a competência para legislar, concorrentemente, sobre a matéria.” (ANDRADE, Flávio da Silva. O acordo de não persecução penal criado pelo Conselho Nacional do Ministério Público – art. 18 da resolução nº 181/2017: análise de compatibilidade constitucional. **Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região**, n. 137, v. 29, 2018, p. 57).

estabelecia que eventual não cumprimento poderia ser utilizado como justificativa para o casual não-oferecimento de suspensão condicional do processo. Caso houvesse cumprimento integral do acordo, o § 8º, do art. 18, estabelecia que o Ministério Público – como instituição – promoveria o arquivamento da investigação, o que vincularia todos os seus membros.

Ocorre que, o postulado da Reserva de Jurisdição estabelece à submissão dos juízes os atos que são de interesse das partes em conflito, o que pode ser aplicado também à *justiça negociada*, posto que, ainda que haja acordo e cada parte ceda um pouco, é inegável a existência de conflito entre acusado e acusação.

Mesmo que a resolução do conflito penal se dê pela via *negocial*, este ato requer intervenção e controle judicial, mesmo durante a investigação, na medida em que envolve renúncia ou exercício negativo de direitos e garantias fundamentais⁵²⁴.

Diante dos vícios apontados, bem como em resposta às duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade⁵²⁵, propostas perante o Supremo Tribunal Federal, o Conselho Nacional do Ministério Público editou a Resolução nº 183/2018, para promover, dentre outras alterações, mudanças no regramento do *acordo de não persecução penal* instituído pela Resolução nº 181/2017.

⁵²⁴ Nesses termos a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 176.785/DF, de Relatoria do Ministro Gilmar Mendes, publicado em 19/05/20: “Ainda que o réu se conforme com a acusação e aceite a imposição da pena com o benefício proposto, não se pode aceitar que o poder punitivo estatal seja exercido sem o devido controle judicial. Por isso, em todos os casos, tanto em colaboração premiada, como em transação penal ou suspensão condicional do processo, há a submissão para homologação judicial. (...) Portanto, resta evidente que acordos penais precisam ser submetidos à homologação judicial. E, conforme aqui já exposto, tal controle não pode ser meramente formal e mecânico, ao passo que a imposição de uma pena pelo Estado, ainda que consentida pelo imputado, deve ocorrer de modo legítimo e em conformidade com os direitos fundamentais previstos constitucional e convencionalmente.” BRASIL. STF. **HC 176.785/DF**, Rel. Ministro Gilmar Mendes. DJ: 19.05.2020.

⁵²⁵ Dentre os motivos elencados pelo CNMP para promover as mudanças na Resolução nº 181/2017, estavam as questões levantadas nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade: “Considerando as preocupações externas da Associação dos Magistrados Brasileiros e pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, respectivamente, nos autos das ações diretas de inconstitucionalidade n^{os} 5.790 e 5.793, em trâmite no Supremo Tribunal Federal sob relatoria do Exmo. Ministro Ricardo Lewandovski, bem assim pelas entidades que pleitearam ingresso nos referidos processos a título de *amici curiae*.” Cf. BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução nº 183, de 24 janeiro de 2018**. Altera os artigos 1º, 3º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10, 13, 15, 16, 18, 19 e 21 da Resolução 181, de 7 de agosto de 2017, que dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Disponível em: < <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-183.pdf> > Acesso em: 28 nov. 2021.

3.1.4.1. Tentativa de mitigação do controle judicial no acordo de não persecução penal

Dentre as principais mudanças, estava a determinação de “submissão” ao controle judicial do *acordo de não persecução penal* celebrado no âmbito dos procedimentos investigatórios criminais, conforme redação dada ao § 4º, do art. 18, que estabeleceu a remessa dos autos à apreciação judicial, uma vez realizado o acordo, para que os magistrados pudessem analisar então se o acordo era cabível, se as condições estavam adequadas e suficientes (§ 5º, art. 18), momento em que devolveriam os autos para o Ministério Público para “implantação”.

Caso os juízes não concordassem com a adequação e suficiência das condições, ou ainda considerassem incabível o acordo (art.18, § 6º), deveriam remeter os autos para o Procurador-Geral ou órgão superior interno para análise, para que fosse, então, adotada uma das providências previstas nos incisos de I a IV, do referido parágrafo, quais sejam, oferecer denúncia ou designar outro membro para oferecê-la; complementar as investigações; reformular a proposta do acordo; ou manter o acordo de não persecução penal.

Em meio às alterações promovidas entre uma Resolução e outra do CNMP, o papel destinado aos juízes no controle judicial dos acordos de não persecução penal entabulado entre Ministério Público e investigado foi anunciado como uma simples “conferência estritamente formal”⁵²⁶ e, se não houvesse concordância do magistrado, ele *deveria* “seguir o disposto no §6º do art. 18 da Resolução”⁵²⁷. Ou ainda, caberia aos julgadores *limitar-se a fiscalizar* se o acordo foi firmado em observância ao regramento estabelecido no ato administrativo, e, caso entendessem – os juízes – ser necessário designar audiência para aferir a voluntariedade do ato, essa “formalidade” era tida com o “excepcional”, “desnecessária” e “contraproducente”⁵²⁸.

⁵²⁶ BARROS; ROMANIUC, *Acordo...* op. cit., p. 36.

⁵²⁷ Nesse sentido Barros e Romaniuc: “Uma vez celebrado o acordo, este deve ser submetido à apreciação judicial. Esta análise não confere ao magistrado opção de, discricionariamente, aceitar ou não o acordo, tal como transacionado entre as partes envolvidas (Ministério Público e Investigado, devidamente representado por advogado), mas sim um dever de conferência estritamente formal. Nesse aspecto, deve o magistrado avaliar se o delito comporta o acordo, se as cláusulas obedeceram aos ditames da Resolução, bem como se foram assegurados direitos fundamentais do investigado, tais como assistência técnica por meio de advogado legalmente constituído, transparência por meio da adequada informação de benefícios do acordo e consequências em caso de seu descumprimento, dentre outros. Uma vez regularmente constituído o acordo, deve o magistrado devolvê-lo ao membro do Ministério Público para que seja implementado. Em caso negativo, ou seja, entendendo que o acordo foi firmado quando não poderia ser, deve o magistrado seguir o disposto no §6º do art. 18 da Resolução em comento, que nada mais fez do que trazer procedimento análogo ao do art. 28 do Código de Processo Penal.” Idem.

⁵²⁸ SOUZA; DOWER, *Algumas respostas...* op. cit., p. 144.

Ou seja, por meio de ato administrativo do órgão disciplinador do Ministério Público, estabeleceram-se até mesmo quais procedimentos deveriam ser observados e adotados pelas autoridades judiciárias no acordo de não persecução penal, sem qualquer previsão legal para tanto.

Nesse sentido, observa-se uma similaridade com o que ocorreu em colaborações premiadas pós Lei 12.850/2013 analisadas no tópico anterior, pois, na primeira tentativa de introdução do acordo de não persecução penal pelo CNMP houve uma transposição dos mesmos ideários do direito estadunidense, de ampliação do papel das partes, a defesa do amplo alargamento da liberdade e autonomia dos atores envolvidos na persecução penal, em especial do *parquet*, o que relegou o controle judicial a uma mera questão burocrática e formal.

Ainda que inconstitucionais e amplamente criticáveis, certo é que houve uma proliferação de acordos de não persecução penal amparados nas citadas resoluções do CNMP⁵²⁹ e, posteriormente, respaldados por recomendações e decisões de alguns Tribunais⁵³⁰ que enxergaram nesse instituto de *justiça negociada* uma solução para resolver problemas estruturais de gestão da Justiça Criminal e passaram a defender sua aplicação.

Tais fatos estabeleceram as bases para a formação da uma “terceira onda”⁵³¹ da *justiça negociada* brasileira, e, cerca de um ano e meio após a malfadada introdução do instituto por meio de ato administrativo do Conselho Nacional do Ministério Público, o *acordo de*

⁵²⁹ Segundo dados do Ministério Público Federal, até o início do mês de novembro de 2019, o órgão já havia proposto 1.029 acordos de não persecução penal em todo o Brasil. BRASIL. Ministério Público Federal. **Acordos de não persecução penal**. “Investigações mais céleres, eficientes e desburocratizadas.” Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/publicacoes/apresentacoes/apresentacao-sobre-acordos-de-nao-persecucao-penal-anpp-e-30-012020_.pdf> Acesso em: 12 dez. 2021.

⁵³⁰ Nesse sentido a Recomendação do Tribunal Federal da 1ª Região, na Circular COGER – 8721150, de 05 de setembro de 2019: “Senhores Magistrados, o acordo de não persecução penal – ANPP – foi regulamentado pelo Conselho Nacional do Ministério Público por meio da Resolução nº 181/2017, alterada pela Resolução nº 183/2018, e o MPF o tem adotado como importante e eficiente ferramenta do sistema de justiça criminal. Encaminhado, assim, a Vossas Excelências, para conhecimento, o Ofício 111E/2019/2ªCCR (Doc. 8566467), que trata da política do acordo de não persecução penal como alternativa à propositura de ação penal para certos tipos de crimes, considerando tratar-se de ‘boas práticas’, recomendo aos Senhores Magistrados a aplicação da mencionada Resolução, principalmente neste momento, em que se faz premente a utilização de métodos alternativos de soluções de conflitos e a otimização dos recursos públicos.” (Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/oficio-trf-adotar-acordo-nao-persecucao.pdf>> Acesso em: 13.01.21.). Ainda, decisão da Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, em Mandado de Segurança Criminal impetrado pelo Ministério Público Federal contra decisão de magistrado de primeiro grau que se recusou a apreciar acordo de não persecução penal proposto por representante do órgão ministerial, tendo os Desembargadores concedido a ordem para “assegurar” que fosse apreciado o acordo pelo Juízo impetrado. BRASIL. TRF 5. **MSC 0804975-89.2019.4.05.0000**. DJ: 20.08.2019.

⁵³¹ ZILLI, Tudo que é sólido... op. cit., p. 93.

não persecução penal encontrou abrigo nas reformas implementadas no que se chamou “pacote anticrime”⁵³², encaminhado ao Congresso Nacional pelo Poder Executivo Federal.

Nesse mesmo contexto do chamado “Pacote Anticrime” se deu uma tentativa de *tradução* do instituto estadunidense do *plea bargaining*⁵³³, porém sua implementação foi rechaçada pelos congressistas, e foi, então, retirada do texto final da Lei nº 13.964/2019⁵³⁴.

3.1.4.2. A recepção do acordo de não persecução penal pela legislação processual

Em 24 dezembro de 2019, foi sancionada a Lei 13.964/2019, decorrente do processo legislativo a que foi submetido o chamado “pacote anticrime”. Dentre as alterações previstas na legislação processual penal, estava a introdução do art. 28-A no Código de Processo Penal, que pavimentou o caminho da legalidade para adoção do *acordo de não persecução penal (ANPP)* pelos operadores do direito.

Além de conferir legalidade ao acordo de não persecução penal⁵³⁵, a Lei 13.964/2019 implementou um poderoso instrumento⁵³⁶ que traz consigo a marca genética dos mecanismos *solução negociada* do conflito penal.

Na arquitetura do acordo de não persecução penal previsto art. 28-A do CPP, legislador abriu caminho para o maior protagonismo no processo penal, pois cabe às partes a negociação dos termos e condições da proposta. Assim, dada a natureza extraprocessual⁵³⁷ do ANPP, os juízes não participam das negociações, mas têm a função – decorrente do seu papel estabelecido pela Constituição Federal de 1988 – de exercerem o controle judicial da

⁵³² O chamado “pacote anticrime” consistiu em projeto de lei que alterava ou introduzia diversos dispositivos na legislação penal, processual, eleitoral, bem como em diversas leis esparsas. Dentre os objetivos que norteavam a proposta, estava o aprimoramento dos mecanismos de eficiência do Estado no combate aos ilícitos em geral. Cf. SUXBERGER, Antonio; SOUZA, Renee do Ó; CUNHA, Rogério Sanches. Nota dos coordenadores. In: SUXBERGER, Antonio; SOUZA, Renee do Ó; CUNHA, Rogério Sanches (coords.). **Projeto de lei anticrime**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 5-8.

⁵³³ SUXBERGER, Antonio. Projeto de lei “anticrime” a adoção do procedimento abreviado no Brasil. In: SUXBERGER, Antonio; SOUZA, Renee do Ó; CUNHA, Rogério Sanches (coords.). **Projeto de lei anticrime**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 122.

⁵³⁴ De acordo com a Agência Câmara de Notícias: “Grupo sobre pacote anticrime aprova regra para acordos judiciais. Foi rejeitada a criação da ‘plea bargain’, medida já adotada nos EUA que prevê acordo com o juiz quando o acusado assume antecipadamente a culpa pelo crime”. Cf. BRASIL. Câmara dos Deputados. Grupo sobre pacote anticrime aprova regra para acordos judiciais **Agência Câmara de Notícias**, 7 ago. 2019. Disponível em: < <https://www.camara.leg.br/noticias/567659-grupo-sobre-pacote-anticrime-aprova-regra-para-acordos-judiciais/> > Acesso em: 05 jan. 2022.

⁵³⁵ Conforme analisamos no item 3.2.1., *supra*, o ANPP foi introduzido em nosso sistema jurídico por meio de ato normativo do Conselho Nacional do Ministério Público e não por meio de texto legal decorrente do processo legislativo e sanção presidencial.

⁵³⁶ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 220.

⁵³⁷ MORAES; BECHARA, Acordo... op. cit., p. 437.

regularidade, legalidade e voluntariedade do acordo à luz dos princípios e garantias fundamentais do imputado⁵³⁸.

Ressaltamos desde já que o legislador estabeleceu ainda que o controle judicial sobre os requisitos e condições do ANPP seria realizado pelo juiz das garantias. Porém, conforme analisaremos mais detidamente no tópico 4.3. deste trabalho, o juiz de garantias teve a sua eficácia suspensa em razão de decisão cautelar do Ministro Luiz Fux, do Supremo Tribunal Federal.

Assim, a incorporação do acordo de não persecução penal ampliou consideravelmente os espaços destinados à negociação da solução do conflito penal no sistema processual brasileiro, visto que, ao fixar o critério de oferecimento de acordo nos quatro anos de pena mínima cominada⁵³⁹ – excluídos os crimes praticados com violência ou grave ameaça –, o legislador descomprimiu o campo de possibilidades de tipos penais que poderiam ser alcançados pela negociação, e abarcou uma quantidade significativa delitos⁵⁴⁰ que estavam excluídos do modelo *negocial* até então previstos no âmbito dos institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo.

Ao se estabelecer a possibilidade de as partes negociarem o acordo de não persecução penal fora do ambiente ritualístico forense⁵⁴¹, permitiu-se importante mudança no caminho a ser percorrido para que o conflito penal seja resolvido por meio de uma *solução negociada*, pois favorece o diálogo entre as partes, e, com isso, a construção do consenso possível fora da alçada do Judiciário.

Isso porque a negociação de acordo no modelo criado nos institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo, via de regra, era burocratizada, cartorial e

⁵³⁸ BIZZOTTO; SILVA, **Acordo...** op. cit., p. 134-136.

⁵³⁹ Art. 28-A, *caput*, do CPP.

⁵⁴⁰ MORAES; BECHARA, **Acordo...** op. cit., p. 419.

⁵⁴¹ Nesse sentido: Resolução nº 03/2018 do Ministério Público Federal que orientou seus membros negociarem o acordo de não persecução penal fora o ambiente forense. BRASIL. Ministério Público Federal. **Orientação Conjunta nº 03/2018**. Revisada e ampliada a partir da edição da Lei 13.964/2019. Brasília: Ministério Público Federal, 2020. Disponível em: < <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/orientacoes/documentos/orientacao-anpp-versao-10-03-2020-ampliada-e-revisada>> Acesso em: 03.01.2022). Em sentido semelhante, o Ministério Público do Estado de São Paulo expediu a Nota Técnica nº 06, com vista a criar o fluxo das negociações do acordo de não persecução penal em ambiente exclusivamente virtual. SÃO PAULO. Ministério Público do Estado de São Paulo. **Nota técnica n. 6**. Fluxo do ANPP 100% virtual. São Paulo: Ministério Público do Estado de São Paulo, 2020. Disponível em: < http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/notas_tecnicas/NotaTecnica_6_FLUXO%20DO%20ANPP%20100%20virtual_Concluido-%202%C2%AA%20edic%CC%A7a%CC%83o.pdf> Acesso em: 03 jan. 2022.

ritualizada^{542/543}; também o momento reservado para que as partes pudessem negociar e buscar o consenso, via de regra, dava-se em audiências preliminares no interior dos próprios Juizados Especiais Criminais, ou ainda, na sala de audiência do magistrado, na sua presença⁵⁴⁴, o que restringia a possibilidade de se construir um consenso para resolução do conflito penal⁵⁴⁵.

Apesar de afastar os juízes das discussões iniciais e da formalização da proposta do acordo de não persecução penal, o legislador reservou aos magistrados o efetivo espaço para o exercício do controle judicial, por meio do qual, nas diferentes etapas do acordo, são filtrados os seus requisitos constitucionais e legais, para que seja possível a sua homologação.

3.1.4.3. Breve análise dos conceitos e características que envolvem o ANPP recepcionado pelo legislador

O acordo de não persecução penal previsto no artigo 28-A, do Código de Processo Penal, é um instrumento processual de *solução negociada* do conflito penal, ligado ao conceito de economia processual, em razão de suprir a necessidade da deflagração, e, em

⁵⁴² Conforme explica Leite, ao traçar do perfil da Justiça Consensual na Lei nº 9.099/95: “No juizado, designa-se a audiência preliminar, à qual devem comparecer o representante do ministério público, o suposto responsável pela infração, a vítima e, se possível, o responsável civil. É nesse momento que podem ser aplicados dois institutos consensuais, ou seja, a composição civil e a transação penal. Caso não se obtenha êxito com essas iniciativas, o procedimento segue, com oferecimento da peça acusatória oral, marcando-se data para audiência de instrução e julgamento. A partir da acusação formal, adota-se o procedimento sumaríssimo, previstos nos arts. 77-83. Por esse rito, aberta a audiência, é dada a palavra para o que o defensor responda à acusação. Na sequência, o juiz se manifesta pelo recebimento ou não da denúncia ou queixa. Com o recebimento, verifica-se o cabimento da suspensão condicional do processo, outra medida que se insere no consenso”. Cf. LEITE, **Justiça...** op. cit., p. 151.

⁵⁴³ De acordo com Giacomolli: “O comparecimento do acusado, ante uma estrutura formalizada, ritualística, e alheia a seus costumes e situação social, propicia a manutenção de maus acordos. O pior é quando o próprio magistrado por puro utilitarismo, ainda que indiretamente, induz o acusado a aceitar o acordo, com o beneplácito da defesa e do *parquet*. Cf. GIACOMOLLI, **Legalidade...** op. cit., p. 102-103.

⁵⁴⁴ SALGADO, Daniel de Resende. A horizontalização do acordo de não persecução penal. In: SALGADO, Daniel de Resende; KIRCHER, Luis Felipe Shneider; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro (coords.). **Acordos penais, cíveis e administrativos**. São Paulo: Editora JusPdivm, 2022, p. 471.

⁵⁴⁵ Nesse sentido: “A forma de produção de consenso e da verdade processual nos casos examinados nos juizados criminais diferem da promovida no sistema da *common law*, ainda que alguns discursos jurídicos persistam em assemelhar este e o nosso sistema. O consenso, tal como previsto nas tradições jurídicas da *common law*, pressupõe a igualdade – de tratamento e de oportunidades para se manifestar – entre os interlocutores. Nos casos examinados aqui, o consenso não foi construído pela reflexão e explicitação das diferentes perspectivas dos envolvidos, por meio de um processo de argumentação demonstrativa e com o fim de conseguir o convencimento de todas as partes, como ocorre na lógica adversária – a exemplo do *trial by jury* americano, como afirmado ainda por Kant de Lima (2010). E, vez disso, prevaleceu o uso da lógica do contraditório na qual a decisão decorre de representações de quem detinham o poder (quase mágico) de assim agir, fundado em um saber apropriado particularizadamente.” Cf. ALMEIDA, Vera Ribeiro de. Consenso à brasileira: Exame da justiça consensual criminal sob perspectiva antropológica. **Dilemas: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social**, v. 7, n. 3, Jul./Ago./Set., 2014, p. 744-745.

alguns casos, o andamento do processo judicial conflituoso; com isso, permite a antecipação do desfecho do caso⁵⁴⁶.

A natureza negocial do instituto é reconhecida pela própria lei, que empregou termos como “homologação do acordo”, “concordância do investigado”, “voluntariedade”, “proposta de acordo” e “celebração e o cumprimento do acordo”. O uso dessas expressões é um indicativo claro da consagração de um novo modelo negocial com abertura de maiores espaços para que as partes possam acordar a solução do conflito penal sem que seja necessário a abertura do processo tradicional conflituoso⁵⁴⁷.

O acordo de não persecução penal é um negócio jurídico entabulado entre Ministério Público e investigado, no qual cada parte transige, e cede dentro de sua esfera de disponibilidade, até alcançarem um ponto no qual ocorra comunhão de interesses, necessária à formalização do acordo.

Da parte do investigado, a opção pelo acordo se caracteriza pela renúncia do pleno exercício de direitos e garantias inerentes ao processo penal tradicional conflituoso⁵⁴⁸, em especial ao direito ao silêncio, já que o legislador estabeleceu a confissão como requisito essencial para oferecimento da proposta. Daí porque a lei também se referiu à necessária participação do defensor na negociação, para que ele possa orientar seu constituído acerca dos significados e consequências da aceitação da proposta.

Da mesma maneira, para que haja acordo, também será necessária a exteriorização da vontade do Ministério Público, representante de parte do poder punitivo estatal⁵⁴⁹, que exerce por meio da titularidade e monopólio da ação penal pública, os quais conferem ao órgão ministerial um poder/dever de realizar adequadamente a política criminal⁵⁵⁰.

Ao aderir à *solução negociada* do conflito penal, ao nosso ver, o órgão ministerial exerce uma opção político-criminal estratégica, voltada ao aprimoramento da persecução penal, com adoção de medidas alternativas para a resolução dos casos de menor gravidade, priorizando, com isso, que energia processual, recursos materiais e humanos do Ministério Público – e do Poder Judiciário, por via reflexa⁵⁵¹ – sejam utilizados para investigação, processamento e julgamento de casos de maior gravidade. Consagra-se assim o argumento

⁵⁴⁶ MOURA, Maria Thereza de Assis; SAAD, Marta. Acordo de não persecução penal: desafios já diagnosticados da reforma trazida pela lei n. 13.964/2019. In: SALGADO, Daniel de Resende; KIRCHER, Luis Felipe Shneider; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro (coords.). **Acordos penais, cíveis e administrativos**. São Paulo: Editora JusPdivm, 2022, p. 397.

⁵⁴⁷ ROSA; ROSA; BERMUDEZ, **Como negociar...** op. cit., p. 42

⁵⁴⁸ ZILLI, Tudo... op. cit., p. 9.

⁵⁴⁹ MORAES; BECHARA, Acordo... op. cit., p. 438.

⁵⁵⁰ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Op. cit., 2018, p. 36.

⁵⁵¹ SALGADO, A horizontalização... op. cit., p. 450-451.

exposto por Tulkens, segundo a qual, “a ideia (*da justiça negociada*) não é a de menor intervenção, mas a de intervir melhor”⁵⁵².

Assim, o acordo de não persecução penal tem por característica permitir que partes, por meio de uma solução negociada, cujas condições são acordadas e não impostas pelo órgão ministerial⁵⁵³, encerrem de maneira abreviada o conflito penal⁵⁵⁴, sem a afirmação de culpa, diminuindo os efeitos deletérios da pena⁵⁵⁵ e a estigmatização decorrente do processo.

Para além das partes, o legislador ainda se preocupou com a vítima ao estabelecer no inciso I, do art. 28-A do CPP como a primeira condição a ser negociada, a reparação do dano ao lesado. Em que pese o silêncio da lei sobre a participação do lesado nas negociações do ANPP, sua participação é sempre recomendável – e o Ministério Público dispõe de meios para proporcionar à vítima lugar na mesa de negociação –, pois possui especial interesse e direito de ver os danos que lhe foram causados pela infração serem reparados⁵⁵⁶.

Com relação à pena, o acordo de não persecução penal abre espaço para substituição das penas privativas de liberdade, por certas medidas restritivas ou obrigações assumidas quando da formalização do negócio jurídico. Não se desconhecem opiniões contrárias de que as obrigações acordadas na verdade são “penas disfarçadas”⁵⁵⁷.

Por outro lado, há corrente divergente sobre a natureza das condições do ANPP, da qual destacamos o magistério de Bechara e Moraes para quem: “A imunidade material dada pelo não oferecimento da denúncia, assim como as consequências desse negócio jurídico extraprocessual que não importa em sanção em sentido estrito e nem tampouco em

⁵⁵² TULKENS, *Justiça negociada...* op. cit., p. 708.

⁵⁵³ SILVARES, Ricardo. Algumas espécies de crimes e a (in) compatibilidade com o acordo de não persecução penal. In: ARANHA FILHO, Adalberto José Q. T.; MAGNO, Levy Manoel; CURY, Rogério (coords.). **Temas atuais de direito penal e direito processual penal**. São Paulo: Editora Rideel, 2021, p. 276.

⁵⁵⁴ MOURA; SAAD, *Acordo...* op. cit., p. 397.

⁵⁵⁵ Sobre o efeito estigmatizante da pena: “A pena – em qualquer dos regimes – retira o indivíduo do convívio social e o estigmatiza, não havendo como evitar que carregue ao longo do tempo os pesos da condenação criminal e do cumprimento da reprimenda estatal”. Cf. GEBRAN NETO, João Pedro; ARENHART, Bianca Georgia Cruz; MARONA, Luís Fernando Gomes. **Comentários ao novo inquérito policial**. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2021, p. 218.

⁵⁵⁶ Nesse sentido: GEBRAN NETO; ARENHART; MARONA, **Comentários...** op. cit., p. 152-157. Em sentido semelhante: MORAES; BECHARA, *Acordo...* op. cit., p. 444.

⁵⁵⁷ Nesse sentido Bizzotto e Francisco da Silva: “Considerando-se, ainda, que uma das finalidades da pena é a prevenção (geral e especial), não se nega que as mencionadas condições ou poderiam ser denominadas de penas disfarçadas) exercem de modo mais efetivo a tarefa. O investigado, ao se sujeitar aos termos apresentados pelo Estado, por seu órgão titular da ação penal, o toma como ‘lição’, como um aviso preventivo para que não volte a cometer outras condutas delituosas (inclusive advertência de que não poderá mais gozar do benefício). Esse informe preventivo também é dado à coletividade. A resposta estatal de repressão – com exigência para cumprimento de obrigações individuais com nítido caráter sancionatório – atende ao parâmetro de como não se pode conduzir (prevenção geral), servindo de alerta para que outros compreendam que poderão sofrer os idênticos efeitos intervencionistas do poder estatal em suas liberdades individuais, caso infringjam as proibições”. Cf. SILVA; BIZZOTTO, **Acordo...** op. cit., p. 52.

cumprimento de pena privativa liberdade...”⁵⁵⁸.

Além disso, temos que as condições não podem ser toda como penas, pois a imposição de pena é ato exclusivo do Poder Judiciário, bem como “sanções” decorrentes das condições negociadas no âmbito do na verdade se caracterizam por serem obrigações alternativas pactuadas entre as partes⁵⁵⁹.

Dessa maneira, conforme leciona Zilli, a “lógica informadora do acordo de não persecução retoma a energia da primeira onda consensual: despenalização e aprimoramento do aparato persecutório. A possibilidade de encerramento do conflito penal, sem afirmação de culpa, indica um enfrentamento mais brando do ilícito penal. Por outro lado, a adoção do caminho alternativo ao processo penal disputado busca liberar energia persecutória para o enfrentamento da criminalidade mais grave.”⁵⁶⁰

Do ponto de vista do seu enquadramento legal, embora formalmente inserido no campo das normas processuais penais, não se pode perder de vista que o acordo de não persecução penal impacta diretamente no poder punitivo estatal, tendo em vista que o art. 28-A, § 13, estabelece que o cumprimento integral das condições pactuadas tem por consequência a extinção da punibilidade, o que denota que se trata de uma norma processual de conteúdo material. Por essa razão, conforme magistério de Moura e Saad, “o acordo de não persecução penal tem caráter misto, de norma processual penal, mas também penal”⁵⁶¹.

Alçado à categoria de norma processual penal de conteúdo material, o texto legal situou o momento procedimental de oferecimento do acordo de não persecução penal à fase pré-processual (art. 28-A, § 4º, do CPP). Tal categorização acarretou certo embate doutrinário e jurisprudencial acerca da aplicação retroativa instituto, ou seja, o oferecimento de proposta do acordo, mesmo nos casos em que a persecução penal já estivesse em curso. Trata-se, pois, de análise de regra de direito intertemporal, que demandará enfrentamento pelo juiz quando do controle judicial na etapa destinada à análise da propositura do acordo conforme analisaremos no subcapítulo 5.2.2. deste trabalho

Outra característica do acordo de não persecução penal é que sua eficácia está intimamente ligada ao controle judicial, no qual o juiz verificará a presença dos pressupostos necessários para que o negócio entabulado entre as partes seja homologado. A simples formação da exteriorização de vontades entre o Ministério Público e investigado/acusado

⁵⁵⁸ MORAES; BECHARA, Acordo... op. cit., p. 437. Em sentido semelhante: VASCONCELLOS, Vinicius. **Acordo de não persecução penal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 127.

⁵⁵⁹ GEBRAN NETO; ARENHART; MARONA, **Comentários**... op. cit., p. 300.

⁵⁶⁰ ZILLI, Tudo que é sólido... op. cit., p. 93-94.

⁵⁶¹ MOURA; SAAD, Acordo... op. cit., p. 399.

empresta à proposta condição de existência, porém não gera qualquer valor legal para efeitos processuais penais. Trata-se, pois, de indispensável salvaguarda dos direitos fundamentais do investigado.

Neste sentido, para que a exteriorização de vontades das partes se convalide em acordo, a lei exige que os juízes sejam chamados para exercerem o controle judicial da regularidade, legalidade e voluntariedade da proposta, ponto a partir do qual, portanto, inaugura-se a imprescindível fase jurisdicional do procedimento de formação do acordo de não persecução penal.

Preenchidos os requisitos de admissibilidade da proposta, o juiz então, no exercício de um ato exclusivo do Poder Judiciário, profere a decisão judicial homologatória, e somente ela tem o condão de gerar efeitos jurídicos ao negócio, com a imposição de deveres e obrigações às partes.

4. CAPÍTULO 04 - DESENVOLVIMENTO DO DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO À LUZ DO PAPEL DOS JUÍZES

4.1. NOTA INTRODUTÓRIA

À medida que as sociedades evoluíram, a titularidade do poder de punir passou a ser exercida exclusivamente por parte do Estado⁵⁶². Dessa forma, o processo penal desempenha papel fundamental como ferramenta de limitação do poder punitivo estatal, e, ao mesmo tempo, configura-se como um instrumento para resguardar a correta aplicação da pena à luz dos direitos e garantias fundamentais⁵⁶³.

Conforme lição de Dinamarco, a ciência processual nasce da obra de Bülow - publicada na Alemanha em 1868, sobre exceções e pressupostos processuais – e revoluciona a maneira como o processo era visto e entendido pelos estudiosos da época – “*mero procedimento*”⁵⁶⁴–, para demonstrar que o processo era muito mais que uma caminhada avante e que:

há também entre o juiz e as partes uma relação, progressiva sim, mas verdadeira relação jurídica, por força da qual, de um lado, o juiz assume a concreta obrigação de decidir e realizar o direito deduzido em juízo; e de outro lado, as partes ficam obrigadas, perante ele, a prestar uma colaboração indispensável e a submeter-se ao resultado dessa atividade comum. É uma relação jurídica de direito público, diversa da relação substancial litigiosa em seus *sujeitos*, em seu *objeto* e em seus *requisitos constitutivos* (pressupostos processuais)⁵⁶⁵.

Assim, o processo é uma imposição do próprio Estado para autolimitar seu próprio poder repressivo⁵⁶⁶, por isso se obriga a someter-se à utilização da sua estrutura preestabelecida e consubstanciada no processo judicial, no qual, segundo Lopes Jr., “mediante a atuação de um terceiro imparcial, cuja designação não corresponde à vontade das partes e resulta da imposição da estrutura institucional, será apurada a existência do delito e sancionado o autor.”⁵⁶⁷

⁵⁶² “Abolida que está a vingança privada, a sanção penal é hoje monopólio do Estado, pois o Direito Penal tem uma função pública, achando-se fora de seu âmbito qualquer forma de repressão privada. Só o Estado, portanto, tem o poder de punir”. Cf. MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. São Paulo: Editora Forense, 1965, v. 1, p. 9.

⁵⁶³ LOPES JR., **Introdução**... op. cit., p. 1-2.

⁵⁶⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editora, 2002, v. I, p. 40-41.

⁵⁶⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Ibidem*, p. 41

⁵⁶⁶ LOPES JR., **Introdução**... op. cit., p. 6.

⁵⁶⁷ *Ibid.*, p. 2-3.

Nessa esteira, temos que durante a instrução do processo há uma relação conflituosa entre as partes, essa relação antagônica é resolvida pela atividade do juiz que, por meio da sentença⁵⁶⁸, transforma em comando concreto a norma abstrata⁵⁶⁹ desenvolvida pela atividade legislativa estatal.

Assim, diante da limitação do poder estatal em auto executar seu direito de punir, o processo se tornou o “palco no qual devem se desenvolver, em estrutura equilibrada e cooperada, as atividades do Estado (jurisdição) e das partes (autor e réu)”⁵⁷⁰, ou seja, a atividade processual foi uma das formas encontradas pelo Estado para resolver o conflito de interesses entre o direito de punir e o direito à liberdade, que nasce com violação à ordem legal pelo crime⁵⁷¹.

Entretanto, o estudo do desenvolvimento do papel do juiz no processo penal brasileiro nos mostra que a atuação de juízes e das partes nem sempre se deu de maneira equilibrada, mas sim, centralizada na figura dos primeiros, verdadeiros protagonistas da ação penal, que exerciam funções que na verdade caberiam ao órgão da acusação e ditavam os passos do processo.

Antes de mais nada, entendemos necessário lembrar as raízes e as concepções que deram origem ao nosso Código de Processo Penal, as quais, conseqüentemente, irão impactar na estrutura de interpretação e significados, e na dimensão da disposição individual que foram internalizadas pelos atores jurídicos⁵⁷² e formaram a cultura processual penal brasileira.

⁵⁶⁸ DINAMARCO, **Instituições...** op. cit., p. 44-45.

⁵⁶⁹ Ao descrever as premissas da doutrina processual de Calamandrei, Dinarmaco afirma que, “de acordo com o processualista toscano, o momento essencial da jurisdição é aquele em que o juiz transforma em comando concreto a norma abstrata, a qual se dirige a todos e a nenhum; ; a norma da lei é em si mesma uma hipótese abstrata e inerte, que não pode tornar-se preceito concreto a poder da magia, sendo por isso necessário que o juiz, inserindo-se na realidade, desempenhe seu papel de comandar e impor sanções”. Ibid., p. 50.

⁵⁷⁰ FERNANDES, **Processo...** op. cit., p. 33.

⁵⁷¹ MARQUES, **Elementos...** op. cit., p. 12-13.

⁵⁷² Langer explica que os modelos processuais não são apenas modos de estruturar os procedimentos criminais, mas também formas de entender e representar o processo penal, de modo que não são apenas as regras processuais que ditam a maneira como os atores do processo compreendem seu papel nos sistemas jurídicos. Assim, explica o autor, juízes da *common law* participam muito menos das oitivas de testemunhas, do que seus colegas da *civil law*. Isso se dá não apenas em razão de as normas processuais lhes oferecerem menos poderes para fazê-lo, mas também porque naquela cultura processual o papel do juiz é compreendido como um árbitro mais passivo, enquanto no modelo Continental é tido como um investigador ativo. Para além disso, há ainda a dimensão das disposições individuais, que é o resultado da internalização pelos atores do processo, das formas como eles estão predispostos a compreender o processo penal e os seus vários papéis de uma forma particular, por meio da sua socialização. Estas disposições que se tornam estáveis com o tempo (cita o autor como exemplo dessa socialização dos atores: escolas de direito, escolas de magistratura, escritórios da promotoria e advocacia, interação nos tribunais). Essa dimensão das disposições individuais ganha relevância, pois ela também pode ser utilizada para analisar as mudanças no comportamento dos atores, a exemplo das conseqüências

4.1.1. O Código de Processo Penal de 1941

Nosso Código de Processo Penal foi elaborado sob a base da Constituição outorgada em 1937, a qual “é o reflexo de uma corrente autoritária de pensamento que subjugou nossas melhores esperanças democráticas”⁵⁷³, e ela foi o “biombo de uma ditadura que sequer tinha preocupações com os disfarces”⁵⁷⁴.

Dessa forma, na sua concepção, a legislação processual penal foi forjada para atender à primazia dos interesses punitivos do Estado em detrimento dos direitos individuais, o que está escancarado na exposição de motivos do Código de Processo de 1941, de onde se destaca:

(...) a necessidade imperiosa da substituição do direito processual, multiforme, vigente no Distrito Federal e nos vinte e um Estados, por um Código Nacional, capaz de assegurar de forma mais eficiente, pela rapidez e pela energia, o trabalho de apuração séria e precisa dos crimes e de punição dos responsáveis por tais infrações, com ‘abolição da injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum. O indivíduo, principalmente quando vem se mostrar rebelde à disciplina jurídico-penal da vida, em sociedade, não pode invocar em face do Estado, outras franquias e imunidades além daquelas que o assegurem contra o exercício do poder público fora da medida reclamada pelo interesse social’⁵⁷⁵.

Na lição de Gomes Filho, a maneira como foi concebido nosso Código de Processo Penal causava “sobretudo uma confusão entre direito e governo para qual a tutela dos direitos individuais constituía ‘preconceito excessivo’”⁵⁷⁶.

Destacada a maneira com o nosso Código de Processo Penal foi concebido, entendemos que o papel do juiz, inicialmente delineado pelos idealizadores da legislação processual, foi o de servir às diretrizes do Estado autoritário brasileiro⁵⁷⁷, e de ser um representante dele;

ocasionadas pela transferência de ideias, normas e institutos de um sistema jurídico para o outro, de modo que, por meio de inúmeros novos processos de socialização, as formas de interpretação e significado, e de dimensão individual podem mudar com o passar do tempo, e os sujeitos processuais passam a agir e reagir de outras maneiras. LANGER, From legal... op. cit., p. 9-13.

⁵⁷³ ANDRADE, Paes de; BONAVIDES, Paulo. **História constitucional do Brasil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 1991, p. 333.

⁵⁷⁴ *Ibid.*, p. 333.

⁵⁷⁵ ESPINOLA FILHO, Eduardo. **Código de processo penal brasileiro anotado**. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1943, v. I, p. 1.

⁵⁷⁶ GOMES FILHO, **Direito à prova**... op. cit., p. 33-34

⁵⁷⁷ Conforme explica Melchior: “A decisão de sobrestar a promulgação do código de processo penal visava, portanto, adequá-lo às diretrizes do Estado autoritário que pudesse eventualmente lhe ter escapado. O melhor exemplo dado pelo próprio Narcélio ao se manifestar sobre os debates em torno da ‘natureza’ do interrogatório e, conseqüentemente, dos limites de atuação do juiz criminal. O destaque é relevante, veja-se: O código penal investiu o juiz de amplo arbítrio, principalmente na fixação da pena. Todo código se orienta no sentido de dar ao juiz maior responsabilidade na repressão. O Código de Processo não podia fugir a esse critério, uma vez

também, aos juízes foram dados amplos poderes, que lhes conferiam a centralidade no desenvolvimento da atividade processual.

A raiz do protagonismo do órgão judicial nos rumos do processo penal brasileiro, ao nosso ver, pode ser encontrada na concepção dos idealizadores⁵⁷⁸ do Código de Processo Penal de 1941, que, com forte inspiração no aparato normativo de sustentação do fascismo italiano⁵⁷⁹, orientaram a legislação processual no sentido de dotar os juízes de poderes para ditar a direção do processo, para além da sua função fiscalizatória⁵⁸⁰.

que não mais merece consideração o argumento que se fundava na possibilidade de vir o juiz por meio de perguntas cavilosas, a criar armadilhas no interrogatório dos acusados. Tão alta é a função do juiz penal, em face a nova legislação, que argumentos dessa ordem, na crítica de dispositivos, perderam a razão de ser. (...) A concepção de Roberto Lyra a respeito do papel do juiz reflete pressupostos fundamentais do modelo jurídico do Estado autoritário: crença na alta espiritualidade do magistrado, em sua sensibilidade para averiguação da verdade e distribuição da justiça; visão distorcida das garantias individuais, concebidas não para o controle do poder, mas para proteção abusiva de criminosos. (...) Em suma, foi com o objetivo de promover a adaptação do Código de Processo Penal a essas ideais que a promulgação do texto, elaborado em 1938, foi suspensa. Dessa forma, atendia-se ao que, a essa altura, já constava no Código Penal, permitindo uma convergência do sistema de justiça criminal em favor do fortalecimento do papel do juiz". Cf. MELCHIOR, A comissão... op. cit., p. 136-137.

⁵⁷⁸ A idealização do Código de Processo Penal de 1941 tem início após o golpe de Estado (que tornou explícita a ditadura de Getúlio Vargas, cuja ascensão ao poder se deu justamente com o golpe de 1930, que depôs o presidente Washington Luís). Dessa forma, em 10 de novembro de 1937, foi instaurado o regime político do Estado Novo caracterizado pelo autoritarismo, nacionalismo e centralização do poder. Foi nesse contexto, conforme leciona Melchior, que o código de processo penal brasileiro foi pensado: "O redesenho institucional do Estado brasileiro, em direção à consolidação de um estado forte, intervencionista e antiliberal, obedeceu a um processo contínuo de implosão das instituições democráticas que se inicia com a promulgação de leis orientadas à repressão política, em 1935, e deságua no Código de Processo Penal, finalmente promulgado em 1941. O pensamento político e jurídico do ministro Francisco Campos exerceu forte influência política na consolidação do estado autoritário, mas é importante que se registre que a construção normativa dos aparelhos repressivos se inicia antes dele. (...) A comissão de juristas responsável pela elaboração do novo código de processo penal foi indicada pelo Ministro da Justiça, Francisco Campos, no próprio mês de novembro de 1937, imediatamente após tomar posse. Era composta por Nelson Hungria, Antonio Veiga Braga, Narcélio de Queiroz, Roberto Lyra e Candido Mendes de Almeida". Cf. MELCHIOR, A comissão... op. cit., p. 122 e 127.

⁵⁷⁹ "Não fosse suficiente a compulsividade com que retorna ao assunto, quase todas as citações de Narcélio remetem a juristas italianos, fundamentais na construção do aparato normativo do fascismo. Referiu-se a Manizini para sustentar que a lei é 'uma entidade autônoma, inteiramente liberta das pessoas', e, com isso, atribuir ao magistrado e ao jurista a tarefa de submeter-se estritamente ao resultado prático que ela visava atingir. (...) A principal inovação do novo código de processo penal e, aparentemente, a de que mais se orgulhava Narcélio de Queiroz, era a introdução da livre apreciação da prova pelo juiz no artigo 157 do projeto. Desdobramento natural do lugar ocupado pelo magistrado no modelo processual, a liberdade na apreciação da prova surge, nas palavras do membro da comissão, 'como a mais formidável revolução no processo penal.'" Cf. MELCHIOR, A comissão... op. cit., p. 138-139.

⁵⁸⁰ Conforme se encontra em Espínola Filho: "Não se limita, porém, ao pronunciamento da decisão a função do juiz no processo, mas toma uma atitude de direção ativa, desde a queixa ou denúncia que lhe é apresentada, até o em que passa em julgado a sentença, isentando de pena o acusado ou que o réu condenado se livra, pelo cumprimento, pela morte, ou por qualquer causa extintiva de punibilidade, dos efeitos da sanção, a que foi submetido. Toda a atividade das partes é submetida à apreciação e controlada pelo juiz, que, no processo criminal, tem um papel de efetiva orientação muito mais extenso do que lhe é atribuído no processo civil. (ESPINOLA FILHO, Eduardo. **Código de processo penal brasileiro anotado**. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1942, v. III, p. 196.)

A formação da nossa cultura processual penal, mesmo com o passar dos anos, consagrou um sistema que manteve no juiz a expectativa de ser um investigador ativo, dotado de amplos poderes para, além de prover a regularidade do processo⁵⁸¹, dar à investigação processual a maior amplitude e profundidade possível⁵⁸², para ao final funcionar como órgão exclusivo encarregado de aplicar a lei penal em nome do Estado⁵⁸³.

A concepção de nossa estrutura processual, por um lado, contrasta com o que vimos anteriormente, quando analisamos a forma como foi forjado o processo penal estadunidense, no qual o juiz é chamado para solucionar o conflito a partir dos elementos que chegam ao seu conhecimento trazidos pelas partes⁵⁸⁴. Por outro lado, assemelha-se à concepção de poderes dos magistrados alemães, que, como visto, são vinculados à regra da melhor investigação possível dos fatos que chegam ao seu conhecimento, e não se vinculam àqueles elementos que lhes são trazidos pelas partes, inclusive confissões⁵⁸⁵.

⁵⁸¹ “Atribuições, poderes e prerrogativas. Reza o art. 251 do Código que ao Juiz incumbe prover à regularidade do processo e manter a ordem no curso dos respectivos atos. Duas, pois, são as suas atribuições no desenrolar da relação: uma de ordem processual e outra administrativa. (...) Para que possa executar essas funções que lhe são atribuídas, confere o Código ao Juiz poderes, como os dos arts. 156 e 502 (atividade probatória), 168 e 176 (intervenção nos exames periciais), 209 (audiência de testemunhas que não são apresentadas pelas partes), 425 (determinação de diligências antes de marcar o dia para julgamento do Júri), etc. Dispõe ainda ele de poderes de disciplina, como acontece com os dos arts. 184 (impedimento de intervenção do advogado no interrogatório), de coerção, arts. 201, 218 e 260 (comparecimento do ofendido, testemunha e acusado), 212 (fiscalização das reperguntas das partes), 230 (impedimento de juntada de cartas particulares obtidas criminosamente), 448 e 450 (providências, quanto ao não comparecimento das partes), etc. Poderes relativos à economia processual ainda que são outorgados: arts. 82 (avocação de processos na continência e conexão), 94 (sustação processual, no caso de prejudicial civil), 97, 109 (afirmação e reconhecimento da suspeição e da incompetência), 115 n° III e 116 § 1° (suscitação de conflitos de jurisdição), 425 e 502 (saneamento de irregularidades processuais). Condizentes ainda com a marcha e celeridade processuais são os poderes de nomeação de advogado para o querelante (art. 32), curador par o ofendido (art. 33) e o acusado (arts. 149 § 2°, 262), defensor ad hoc (arts. 263 e 396, parágrafo único), etc.” Cf. NORONHA, Edgard Magalhães. **Curso de direito processual penal**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1976, p. 125-126)

⁵⁸² Nesse sentido Tourinho Filho: “Na verdade, enquanto o Juiz não penal deve satisfazer-se com a verdade formal ou convencional que surja das manifestações formuladas pelas partes, e sua indagação deve circunscrever-se aos fatos por eles debatidos, no Processo Penal o Juiz tem o dever de investigar a verdade real, procurar saber como os fatos se passaram na realidade, quem realmente praticou a infração e em que condições a perpetrou, para dar base à certa justiça. No processo penal, há ‘motivos para sair da órbita da verdade subjetivamente limitada e dar à investigação a maior amplitude possível’. A natureza pública do interesse repressivo exclui limites artificiais que se baseiam em atos ou omissão das partes. A força incontrastável desse interesse consagra a necessidade de um sistema que assegure o império da verdade, mesmo contra a vontade das partes.” Cf. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 20. ed. rev., mod., ampl. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 40-41.

⁵⁸³ “O juiz, figura central do processo, representa e encarna o Estado, na relação processual, como órgão jurisdicional a que incumbe aplicar os preceitos da ordem jurídica. (...) O processo penal é um processo de partes, Frente ao juiz, que encarna, o poder do Estado de aplicar o direito objetivo, há um ator que pede a atuação da *voluntas legis*, e um réu que impetra a pretensão jurisdicional para anular a pretensão do adversário. O juiz é assim o órgão exclusivamente encarrado pela aplicação da lei penal”. Cf. MARQUES, **Elementos...** v. 1, op. cit., p. 395-397.

⁵⁸⁴ Ver tópico 2.2.1, *supra*.

⁵⁸⁵ Ver tópico 2.2.1.1, *supra*.

Visto de outra perspectiva, a maneira como foi idealizado o poder do juiz brasileiro reflete o magistério de Damaska, que associa as diferentes formas de expressão dos ideais de estruturação da autoridade estatal – hierárquico e o coordenado⁵⁸⁶ –, que acabam por ter implicações na estruturação do processo judicial.

Assim, segundo Damaska, no ideal hierárquico, há estruturação do aparato estatal ativista em oficiais públicos, os quais controlam e pronunciam as decisões como uma entidade impessoal, de maneira a resguardar os interesses institucionais, o que implica, assim, o fato de interferências externas na tomada dessas decisões serem vistas como intromissão e terem de ser contidas e tornadas inócuas⁵⁸⁷.

Esse ideal se reflete no processo penal, de modo a permitir que funcionários públicos (a exemplo dos juízes togados brasileiros) implementem as políticas idealizadas pelo Estado – o processo espelha a política estatal – o que, conseqüentemente, limita a intervenção e a atividade de particulares no processo, pois seus interesses podem colidir com os do Estado. Neste conflito, devem prevalecer os interesses estatais, razão pela qual o julgamento não se limita ao exame dos fatos trazidos pelas partes, e o juiz pode considerar fatores diferentes para tomar sua decisão⁵⁸⁸.

Temos, assim, que o processo penal brasileiro traz em sua genética o modelo de investigação oficial⁵⁸⁹, em que a marcha processual foi concebida para gravitar em torno da ideia de ampliação do poder estatal sobre os atos e as fases do processo, o que de certa

⁵⁸⁶ DAMASKA., **The faces...** op. cit., p. 16-28.

⁵⁸⁷ “*Permanently placed officials carve out a sphere of practice which they regard as their special province. Over time, they also developed a sense of identity with similarly situated individuals, so that lines become rigid between ‘insiders’ and ‘outsiders. If outside participation in the making of decisions is imposed upon such officials, it is viewed, at best, as meddling, which deserves to be contained and made innocuous. How this official exclusivity affects procedural form will be a recurring theme throughout this volume. Long terms of office create the space for routinization and specialization of tasks. Routinization of activity implies that issues that before the official are no longer apprehended as presenting a unique constellation of circumstances calling for ‘individualized justice’. (...) This schism between office and occupant promotes institutional thinking: impulses to bypass institutional interests and to consult one’s conscience are too ‘protestant’ to be tolerated. Judgments become pronouncements of an impersonal entity (a curia) even where a single individual is entrusted with their rendition.*”. Cf. DAMASKA, **The faces...** op. cit., p. 18-19.

⁵⁸⁸ “*Although the administration of justice in a truly activist state may involve an official or a private dispute, it is actually independent of dispute resolution per se. The true procedural adjective is to apply law in the context of contingent circumstances: it must be ascertained whether conditions exist that require official attendance, if so, measures must be chosen that best advance the interests of the state. Inasmuch as activist law mirrors governmental policy, it can be said the ultimate purpose of activist justice is to implement state policy on cases that come before the adjudicator. (...) It is also clear that control over this search must be vested in state officials; first, private individuals, driven by self-interest, might thwart the realization of state programs; second, facts and interests other than those urged by private actors must often be considered in the forensic drama. Hence, animated by perception of the objective of administering justice, an activist state must seriously consider designing its legal process as an inquiry controlled by state officials. In lieu of privately controlled contest, the idea of officially controlled inquest epitomizes the procedural style.*” Ibid., p. 87.

⁵⁸⁹ Idem.

maneira acabou por relegar a segundo plano o protagonismo dos demais atores na resolução do conflito penal.

4.1.2. Constituição de 1988 e sua repercussão no processo penal

Entre nós, a Constituição Federal de 1988 trouxe um modelo político gravado na ampliação das garantias e direitos fundamentais, retornando à herança liberal do Iluminismo do Estado brasileiro⁵⁹⁰, que havia sido rechaçada, quando o Código de Processo Penal de 1941⁵⁹¹ foi talhado, sob a égide da Constituição outorgada de 1937⁵⁹².

Bastos de Pinho e Pereira Sales afirmam que “se o CPP de 1941 (por tudo o que anteriormente já se disse) trilhou o caminho do substancialismo penal e do processo inquisitório, a CR/88 seguiu outro caminho, diametralmente oposto: o do convencionalismo penal e do processo penal acusatório.”⁵⁹³

Portanto, a Constituição de 1988, ao eleger um modelo processual de matriz acusatória, “essencialmente um processo de partes, no qual acusação e defesa se contrapõem em igualdade de posições, e que apresenta um juiz sobreposto a ambas”⁵⁹⁴, instituiu, definitivamente, a devida separação dos papéis desempenhados pelos atores da justiça criminal.

No bojo da nova ordem constitucional, sobrevieram, ainda, outras conquistas significativas para o campo penal, dado o caráter marcadamente garantista da Constituição Federal⁵⁹⁵, e a pavimentação do caminho para que o processo penal brasileiro – até então essencialmente *conflituoso* – pudesse, aos poucos, adotar institutos de *solução negociada* do

⁵⁹⁰ Nesse sentido, ver Bastos de Pinho e Pereira Sales: “A essa conclusão se chega, inexoravelmente, por meio da simples leitura do seu art. 5º, que traz extenso rol de garantias individuais, marcando o núcleo liberal dos direitos fundamentais, que herdamos da Ilustração”. Cf. PINHO, Ana Claudia Bastos de; SALES, José Edvaldo Pereira. Processo penal autoritário versus processo penal garantista: dois antípodas, uma escolha. In: MADEIRA, Guilherme; BADARÓ, Gustavo; CRUZ, Rogerio Schietti. **Código de processo penal: estudos comemorativos aos 80 anos de vigência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, v. 1, p. 195.

⁵⁹¹ De acordo com Melchior, o Estado brasileiro à época da promulgação do Código de Processo Penal de 1941 havia sido redesenhado para consolidação de “um estado forte, intervencionista e antiliberal. Ainda segundo o autor, “a retórica oficial do governo mantinha-se na linha do início da década de 30, de que as leis penais do país eram lenientes e não passavam de ‘favores liberais aos criminosos.’” (MELCHIOR, A comissão... op. cit., p. 122 e 142). Andrade e Bonavides esclarecem que a ideologia liberal, foi introduzida como princípio do constitucionalismo brasileiro, na Constituição do Império, definido o liberalismo como uma filosofia de liberdade, elaborada a partir da doutrina contratualista, e que busca demonstrar que o homem é por essência livre e detentor de direitos naturais, de maneira que a sociedade e o Estado, para legitimar as suas instituições, devem aclamar a liberdade. Cf. ANDRADE; BONAVIDES, **História...** op. cit., p. 92-93.

⁵⁹² Vide, nota 575, *supra*.

⁵⁹³ PINHO; SALES, Processo... op. cit., p. 195.

⁵⁹⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito processual penal: Tomo I**. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2008, p. 37.

⁵⁹⁵ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; MAHMOUD, Mohamad Ale Hasan. A reforma processual penal. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. **Revista de Informação Legislativa -RIL**, n. 183, v. 46, 2009, p. 155.

conflito penal, vista na primeira onda negociada, a partir da Lei nº 9.099/95, de que tratamos no capítulo anterior⁵⁹⁶.

Em meio à nova ordem constitucional, o Código de Processo Penal de 1941, nascido no seio do Estado Novo, reclamava uma ampla reforma, de maneira a adequar o quase septuagenário CPP à Constituição Federal de 1988⁵⁹⁷, fato que ocorreu vinte anos após a promulgação da Carta, com a implementação das reformas de junho de 2008, que foram a primeira grande reforma idealizada para nossa legislação processual⁵⁹⁸.

A reforma trouxe significativas mudanças na estrutura do Código de Processo Penal⁵⁹⁹ - sobretudo no papel desenvolvido pelos atores - e afirmou a clara distribuição das funções de julgar, acusar e defender. Configura-se “inconcebível a existência de um sistema em que os papéis desenvolvidos pelos operadores do processo penal se misturem e que não haja absoluta igualdade de oportunidades processuais, entre acusação e defesa, na busca da prestação jurisdicional imparcial e, plenamente fundamentada na prova produzida em contraditório”⁶⁰⁰.

O legislador prestigiou a garantia do contraditório na reforma, e teve a cautela de destacar as duas fases da persecução penal. Assim, separou, claramente, a fase de investigação e a fase de ação penal, e estabeleceu ainda que o juiz não poderia formar sua convicção e fundamentar suas decisões com base em elementos de informação do procedimento investigatório⁶⁰¹.

⁵⁹⁶ Vide, *tópico 3.1.2*, *supra*

⁵⁹⁷ O estudo do processo penal constitucional demonstra que vários dispositivos do Código de Processo Penal não foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988, mas continuaram inseridos no texto da norma instrumental, o que provocou dúvidas de interpretação e desvios de aplicação. Mister se fazia a adequação do Código de Processo Penal aos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal. Cf. SOUZA, Luiz Roberto Salles; CABORNI, Christian Marcos. A reafirmação do processo acusatório e contraditório no processo penal brasileiro: as reformas de junho de 2008. **Revista da ESMP**, a. 1, v. 2, p. 41-46, jul./dez., 2008, p. 42.

⁵⁹⁸ Nesse sentido, afirma Nunes “Em verdade, de 1941 até 2007 algumas alterações foram realizadas na Lei Processual Penal, porém, com pontualidade, sem que efetivamente uma reforma geral pudesse ser viabilizada.” Ainda, segundo o autor, muitas das modificações implementadas pela reforma de 2008 foram idealizadas pela Comissão presidida pela Professora Ada Pellegrini Grinover, com a finalidade de concretizar reformas radicais no Código de 1941. A Comissão foi criada quase uma década antes da sanção da reforma em junho, tendo sido instituída pelo Presidente Fernando Henrique Cardoso em meados dos anos 2000. (NUNES, Adeildo. A reforma do processo penal. **Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária**, n. 22, v.1, 2009/2010, p. 13.). A Comissão Ada Pellegrini para reforma do Código de Processo Penal era composta por Petrônio Calmon Filho, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes, Luiz Flavio Gomes, Miguel Reale Júnior, Nilzardo Carneiro Leão, René Ariel Dotti, Rogerio Lauria Tucci e Sidnei Beneti, os quais pautaram os trabalhos por meio de uma atualização fragmentada da legislação processual, que foram reduzidos a oito anteprojetos de lei, que tratavam da prisão especial; interrogatório; júri; procedimentos; prisão, medidas cautelares e inquérito policial. Cf. MOURA; MAHMOUD, A reforma... op. cit., p. 156.

⁵⁹⁹ NUNES, A reforma... op. cit., p. 13.

⁶⁰⁰ SOUZA; CABORNI, A reafirmação... op. cit., p. 42.

⁶⁰¹ Conforme observam Salles Souza e Carboni: “A reforma junina destaca claramente a separação entre a fase

A reforma promoveu um deslocamento do papel do juiz – idealizado para ser o eixo central do processo – e abriu espaço para que acusação e defesa, os polos antagônicos da persecução penal e verdadeiros interessados no provimento jurisdicional, desempenhassem seus papéis de maneira dinâmica e ativa, o que garantiu legitimidade à decisão judicial⁶⁰².

Essas mudanças que, inequivocamente, prestigiaram a separação dos papéis na resolução conflito penal; assim, o juiz passou a desempenhar o papel de garantidor da estrita obediência aos direitos fundamentais, e deixou de ser o juiz instrutor/investigador da ação penal. Ao Ministério Público criou-se mecanismo para que, efetivamente, assumisse seu papel de condutor da ação penal⁶⁰³, e à defesa do imputado foram implementadas reformas procedimentais a permitir a plenitude da defesa⁶⁰⁴.

Outra grande mudança instituída pela reforma de 2008 e que denota o redesenho dado pelo legislador ao papel do juiz foi a alteração do art. 212, do CPP, que rompeu com o denominado “sistema presidencialista de inquirição”⁶⁰⁵, no qual se podia observar, indubitavelmente, o protagonismo dos juízes, frente ao papel subsidiário das partes⁶⁰⁶.

A antiga redação⁶⁰⁷ do art. 212, do CPP, estabelecia um modelo no qual os juízes detinham o monopólio sobre a prova testemunhal; também cabia aos magistrados iniciarem a inquirição das testemunhas; às partes era permitido fazer reperguntas. Além disso, acusação e a defesa deveriam formular suas perguntas diretamente aos juízes, e estes as formulavam à testemunha.

de investigação e a fase da ação penal. O artigo 155, do Código de Processo Penal, estabelece que o juiz não pode formar a sua convicção e fundamentar a sua decisão com base nos elementos informativos da investigação. A vedação legal prestigia a garantia do contraditório e favorece o aprimoramento da investigação criminal como instrumento imprescindível a justificar a ação penal. O produto da investigação não é prova, pois esta só pode ser produzida em contraditório judicial. O legislador tomou a cautela de utilizar o vocábulo ‘investigação’ para demonstrar que a colheita dos ‘elementos informativos’ relacionados à prática delituosa não está, necessariamente, vinculada a instauração de inquérito policial”. Cf. SOUZA; CABORNI, A reafirmação... op. cit., p. 42.

⁶⁰² Nesse sentido Gomes Filho: “É justamente o antagonismo entre as falas dos interessados no provimento final (*contra dicere*) que garante a imparcialidade do juiz, característica inesperável do exercício da jurisdição; daí a universal inclusão do contraditório entre as garantias fundamentais do processo justo, chegando-se mesmo a afirmar que se trata de uma espécie de direito natural. (...) Sob outra ótica, a contradição entre as partes cumpre função social, qual seja a de legitimar a decisão tomada: é a esperança de poder influenciar o resultado do processo que leva os contendores ao compromisso de aceitação da solução ainda incerta e, com isso, imuniza-se o sistema social contra descontentamentos e protestos”. Cf. GOMES FILHO, **Direito à prova...** op. cit., p. 135-136.

⁶⁰³ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. 2. ed. rev., atual., ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 81

⁶⁰⁴ FERNANDES, **Processo...** op. cit., p. 266-268

⁶⁰⁵ NUCCI, **Manual...** 4. ed. rev., atual., ampl. op. cit., p. 458.

⁶⁰⁶ BADARO, **Processo...** op. cit., p. 481.

⁶⁰⁷ A redação do art. 212, do CPP, antes de reforma estabelecia que: “Art. 212. As perguntas das partes serão requeridas ao juiz, que as formulará à testemunha. O juiz não poderá recusar as perguntas da parte, salvo se não tiverem relação com o processo ou importarem repetição de outra já respondida.”

Com a nova redação do *caput* do artigo 212, adotou-se o modelo de perguntas diretas e a técnica da inquirição cruzada (*cross examination*⁶⁰⁸), no qual acusador e defensor formulam perguntas diretamente à testemunha. Cabe à parte que arrolou iniciar a inquirição – e não mais o juiz – e, posteriormente, é passada a palavra à parte contrária. A mudança trouxe inegável equilíbrio entre partes, que são os verdadeiros interessados na prova, o que garantiu, além disso, a plenitude de suas atuações, a efetividade à garantia do contraditório processual⁶⁰⁹.

Pelo novo modelo, cabe à parte interessada na produção da prova produzi-la, e não mais ao juiz, a quem o legislador reservou duas funções durante a oitiva de testemunhas: controlar efetivamente o ato, ao filtrar perguntas ofensivas, indutivas, que já tenham sido respondidas, ou que não guardem relação com os fatos⁶¹⁰, e completiva, com complementação dos pontos que não foram esclarecidos devidamente⁶¹¹.

Ocorre que, conforme nos ensina Langer, qualquer tentativa de mudança na estrutura de interpretação e significados, que interfira na dimensão dos seus poderes processuais, geralmente, acarretará reação dos juízes, os quais protestarão contra perda de poder decorrente da uma nova estrutura processual de significados⁶¹². Este fato pode ser visto na resistência à aplicação do novo modelo de inquirição de testemunhas adotado com a reforma do art. 212, do Código de Processo Penal.

Passadas mais de uma década da reforma, a jurisprudência dos nossos Tribunais Superiores ainda não se pacificou sobre o tema⁶¹³, bem como há interpretações distintas no campo doutrinário acerca da mudança do papel do juiz após a reforma do art. 212.

⁶⁰⁸ Gomes Filho aponta que “a técnica do *cross examination* constitui, certamente, o traço mais característico do sistema anglo-americano no tocante à produção de provas e sempre foi visto pela doutrina, desde Wigmore, como o meio mais eficaz para descoberta da verdade. (...) Trata-se, portanto, de mecanismo característico de um sistema acusatório puro, cuja função é fundamental não somente para uma apuração mais correta dos fatos, mas principalmente para atestar a correção do debate dialético entre as partes, servindo igualmente à legitimação das decisões”. Cf. GOMES FILHO, **Direito à prova...** op. cit., p. 141-142.

⁶⁰⁹ SOUZA; CABORNI, A reafirmação... op. cit., p. 44.

⁶¹⁰ LOPES JR., **Direito...** op. cit., p. 527.

⁶¹¹ BADARO, **Processo...** op. cit., p. 481

⁶¹² LANGER, From legal... op. cit., p. 14.

⁶¹³ No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, há entendimentos conflitantes sobre as consequências da não aplicação do art. 212, do CPP. No julgamento do HC 121.216/DF, os Ministros da Quinta Turma se pronunciaram da seguinte maneira: “1. A nova redação dada ao art. 212 do CPP, em vigor a partir de agosto de 2008, determina que as vítimas, testemunhas e o interrogado sejam perquiridos direta e primeiramente pela acusação e na sequência pela defesa, possibilitando ao magistrado complementar a inquirição quando entender necessários esclarecimentos. 2. Se o Tribunal admite que houve a inversão no mencionado ato, consignando que o Juízo Singular incorreu em *error in procedendo*, caracteriza constrangimento, por ofensa ao devido processo legal, sanável pela via do *habeas corpus*, o não acolhimento de reclamação referente à apontada nulidade. 3. A abolição do sistema presidencial, com a adoção do método acusatório, permite que a produção da prova oral seja realizada de maneira mais eficaz, diante da possibilidade do efetivo exame direto e cruzado do contexto

E, de acordo com Lopes Jr., a reforma do art. 212 “foi muito importante e adequada para conformar o CPP à estrutura acusatória desenhada na Constituição”, de maneira que, também redesenhou o papel do juiz no processo penal, “não mais como juiz-ator (sistema inquisitório), mas sim, um juiz-espectador”⁶¹⁴.

Segundo o magistério de Badaró, com a mudança se tornou inadmissível que o juiz inicie a oitiva das testemunhas, o que reforçou seu papel de controlador do ato, e de função completiva:

As expressões ‘pontos não esclarecidos’ e ‘complementar’ deixam claríssimo que não cabe ao juiz iniciar a inquirição inicial, que é atribuída às partes, no *caput* do artigo. As partes perguntam diretamente e as testemunhas respondem. Se das respostas restar algum ponto não esclarecido, o juiz complementar a indagação. Ora, complementar a inquirição exige, naturalmente, que já tenha havido uma indagação inicial, no caso, das partes. Assim sendo, à luz da nova sistemática do art. 212

das declarações colhidas, bem delineando as atividades de acusar, defender e julgar, razão pela qual é evidente o prejuízo quando o ato não é procedido da respectiva forma. 4. Ordem concedida para, confirmando a medida liminar, anular a audiência de instrução e julgamento reclamada e os demais atos subsequentes, determinando-se que outra seja realizada, nos moldes do contido no art. 212 do CPP.” (BRASIL. STJ (5. Turma) **HC 121.216/DF**, Rel. Ministro Jorge Mussi, DJ: 19.05.2009, Dje 01.06.2009). Em sentido contrário, quando do julgamento do AgRg no HC 578.934/SP, os Ministros da Sexta Turma, proferiram a seguinte decisão: “1. Em consonância com a jurisprudência desta Corte, a inquirição das testemunhas pelo juiz antes que seja oportunizada a formulação das perguntas às partes, com a inversão da ordem prevista no art. 2012 do Código de Processo Penal, constitui nulidade relativa. Não havendo demonstração do prejuízo, nos termos exigidos pelo art. 563 do mesmo estatuto processual, não se procede à anulação do ato, já tendo sido discutida a alegação de ofensa ao art. 212 do CPP no anterior Habeas Corpus 501.834/SP, constituindo-se a presente impetração em mera reiteração do mencionado writ. Agravo regimento improvido.” (BRASIL. STJ (6. Turma). **AgRg no HC 578.934/SP**, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, DJ: 02.06.2020, DJe: 08.06.2020). Da mesma maneira, perante o Supremo Tribunal Federal, também é possível enxergar pelas decisões de ambas as Turmas da Suprema Corte que tanto as interpretações quanto as consequências da não observância do rito estabelecido pelo art. 212, do CPP ainda são conflitantes. Assim, na análise de *Habeas Corpus*, sob a relatoria do Ministro Edson Fachin, a Segunda Turma do Tribunal entendeu que: “4. No que tange à oitiva das testemunhas em audiência de instrução e julgamento, deve o magistrado, em atenção ao art. 212 do CPP, logo após a qualificação do depoente, passar a palavra às partes, a fim de que produzam a prova, somente cabendo-lhe intervir em duas hipóteses: se evidenciada ilegalidade ou irregularidade na condução do depoimento ou, ao final, para complementar a oitiva, se ainda existir dúvida - nessa última hipótese sempre atuando de forma supletiva e subsidiária (como se extrai da expressão “poderá complementar”). (...) 6. A demonstração de efetivo prejuízo no campo das nulidades processuais penais é sempre prospectiva e nunca presumida. É dizer, não cabe ao magistrado já antecipar e prever que a inobservância a norma processual cogente gerará ou não prejuízo à parte, pois desconhece quo ante a estratégia defensiva. 7. Demonstrado, no caso dos autos, iniciativa e protagonismo exercido pelo Juízo singular na inquirição das testemunhas de acusação e verificado que foram esses elementos considerados na fundamentação do decreto condenatório, forçoso reconhecer a existência de prejuízo ao acusado.” (BRASIL. STF, **HC 202.557/SP**, Rel. Ministro Edson Fachin, DJ: 03.08.2021, DJe: 12.08.2021). Em sentido contrário, a Primeira Turma, no julgamento do HC 175.048, que teve como Relator do Acórdão o Ministro Alexandre de Moraes, manifestou-se da seguinte maneira: “4. O acórdão impugnado encontra amparo na jurisprudência de ambas as Turmas deste SUPREMO TRIBUNAL, no sentido de que a inobservância do procedimento previsto no art. 212, do Código de Processo Penal, pode gerar, quando muito, nulidade relativa, cujo reconhecimento não prescinde da demonstração do prejuízo para a parte que a suscita (...) 5. A defesa do paciente trouxe argumentação genérica, sem demonstrar qualquer prejuízo concretamente sofrido, capaz de nulificar o julgado. Nesse contexto, incide a regra segundo a qual não haverá declaração de nulidade quando não demonstrado o efetivo prejuízo causado à parte (pas de nullité sans grief). Precedentes desta CORTE (...) 6. *Habeas corpus* não conhecido. (BRASIL. STJ (1. Turma). **HC 175.048/SP**, Rel. do Acórdão Ministro Alexandre de Moraes, DJ: 28.04.2020, DJe 18.08.2020).

⁶¹⁴ LOPES JR., *Direito...* op. cit., p. 527.

do CPP, é inadmissível a praxe de muitos juízes que insistem em iniciar a inquirição das testemunhas, permitindo que, depois, mediante reperguntas, as partes complementem a inquirição. (...) Mesmo no sistema de indagação direta pelas partes, o juiz deverá ficar atento durante a inquirição, não admitindo a formulação de perguntas que ‘puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importem em repetição de outra já respondida’ (CPP, art. 212, caput, segunda parte)⁶¹⁵.

Em sentido contrário, Nucci destaca que a reforma alterou apenas o sistema de inquirição feito pelas partes, e preservou a centralidade do magistrado na condução depoimento:

Porém há de se ressaltar o seguinte: foi alterado, apenas, o sistema de inquirição feito pelas partes. Nada mais. O juiz, como presidente da instrução e destinatário da prova, continua a abrir o depoimento, formulando, como sempre fez, as suas perguntas às testemunhas de acusação, de defesa ou do juízo. Somente após esgotar o seu esclarecimento passa a palavra às partes para que, diretamente, reperguntem. Primeiramente a acusação repergunta às suas testemunhas, para, na sequência fazer o mesmo a defesa. Em segunda fase, a defesa repergunta diretamente às suas testemunhas para, depois fazer o mesmo a acusação. O magistrado pode, ao final da inquirição, como aliás, sempre pôde, fazer quaisquer outras indagações quanto aos pontos não esclarecidos (art. 212, parágrafo único, CPP)⁶¹⁶.

Outro aspecto importante da reforma de 2008 foi a introdução de uma fase de admissibilidade da acusação, na qual se tornou obrigatória que a defesa responda à acusação. Assim, o novo art. 396, do CPP, estabeleceu que o juiz, oferecida a denúncia ou queixa, caso as rejeite, liminarmente, deverá determinar a citação do acusado para respondê-la.

Essa mudança permitiu ainda ao juiz exercer com maior profundidade o controle judicial sobre a acusação, pois, devido à introdução da resposta à acusação obrigatória⁶¹⁷, a defesa técnica poderá arguir preliminares, juntar documentos e arrolar testemunhas, o que abre uma oportunidade de trazer ao conhecimento do magistrado novos elementos antes de iniciada a instrução criminal.

Isso porque, essa mudança está libada à introdução do novo art. 397 no Código de Processo Penal, que permitiu ao magistrado, ainda na fase de admissibilidade da denúncia, absolver, sumariamente, o acusado antes do início da instrução processual, quando verificada a incidência de causas de excludentes de ilicitude ou de culpabilidade.

Conforme observa Lopes Jr., sem oferecimento dessa peça da defesa, “... dificilmente o juiz tem elementos para analisar a existência de uma causa de exclusão de ilicitude ou de culpabilidade, mesmo que manifesta, quando do oferecimento da denúncia ou queixa (mas,

⁶¹⁵ BADARO, *Processo...* op. cit., p. 481.

⁶¹⁶ NUCCI, *Manual...* 6. ed. rev., atual., ampl. op. cit., p. 486.

⁶¹⁷ BADARO, *Processo...* op. cit., p. 610.

se tiver, deverá rejeitá-la). Por outro lado, após a resposta da defesa, novos elementos podem ser trazidos ao feito, permitindo essa decisão”.

No sistema anterior, uma vez recebida a denúncia, não poderia mais o juiz rever a sua decisão⁶¹⁸; o antigo procedimento estabelecia que, no recebimento da peça acusatória, estava inaugurada a instrução⁶¹⁹, e deveria ser designada data para o interrogatório do acusado⁶²⁰, o qual, querendo, poderia apresentar defesa prévia, que era facultativa, e tinha por objetivo principal a apresentação do rol de testemunhas⁶²¹.

Dessa forma, ao permitir à defesa que responda à acusação, com a possibilidade de o acusado ser absolvido sumariamente, a reforma propiciou a instauração do contraditório já na fase de admissibilidade da denúncia, ao contrário do sistema anterior, no qual a contrariedade se instaurava durante a instrução processual, bem como permitiu ao juiz exercer efetivamente o controle sobre a denúncia ou a queixa nos seus nascedouros. Isso permitiu que a ação penal avance, somente quando a peça acusatória passar pelo crivo da análise formal e das prejudiciais de mérito⁶²².

Com base nos exemplos acima, buscamos demonstrar que a reforma do Código de Processo Penal de 2008, primeiro grande aperfeiçoamento de nossa legislação processual penal em quase sete décadas, buscou descentralizar o juiz como eixo central da ação penal, e redesenhou seu papel à luz da função que lhe foi definida pela Constituição Federal de 1988, consubstanciada na tutela da proteção dos direitos e garantias do indivíduo, que no processo penal impõe a estrita observância aos princípios constitucionais que constituem as cláusulas do devido processo.

⁶¹⁸ LOPES JR., **Direito...** op. cit., p. 527.

⁶¹⁹ NUCCI, **Manual...** op. cit., p. 659.

⁶²⁰ A redação do art. 394, anterior à reforma de 2008, estabelecia que: “O juiz, ao receber a queixa ou denúncia, designará dia e hora para o interrogatório, ordenando a citação do réu e a notificação do Ministério Público e, se for caso, do querelante ou do assistente.”

⁶²¹ Segundo a lição de Nucci: “A defesa prévia é a primeira peça de defesa escrita, produzida pela defesa técnica. Nota-se que, no interrogatório, pode o réu ter fornecido ao juiz, se não se valeu do direito ao silêncio, a primeira versão oral da sua defesa. Na defesa prévia, não costumam os defensores adiantar suas teses, limitando-se a alegar que a inocência do réu será demonstrada no final da instrução. (...) A ausência de defesa técnica prévia não é causa de nulidade, desde que se tenha dado a oportunidade para sua apresentação. Afinal, como se disse, o mais importante nessa fase é o oferecimento do rol de testemunhas. Se não houver interesse na prova testemunhal, é possível que fique a defesa inerte. Aliás, nota-se o disposto no início do art. 396 do CPP: ‘Apresentada ou não a defesa’, demonstrado seu caráter de facultatividade.” Cf. NUCCI, **Manual...** 6. ed. rev., atual., ampl. op. cit., p. 659-660.

⁶²² SOUZA; CABORNI, A reafirmação... op. cit., p. 45.

4.1.3. Devido processo constitucional

Conforme vimos, a longa trajetória de formação do processo penal tradicional conflituoso, calcado na reconstrução da verdade por meio da análise das narrativas antagônicas das partes e provas, foi concebida para que o juiz pudesse exercer seus poderes com plenitude, efetividade e de maneira legítima.

O preambulo da Carta da República de 1988 evidencia o seu ideal de instituir “um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça (...)”, portanto evidencia que os ideias políticos que forjaram a nossa Constituição fazem dela uma Constituição democrática e liberal⁶²³.

Essa legitimidade do Poder Judiciário advém do texto constitucional, que é a matriz que define toda a ordem social do país⁶²⁴. Assim, a atividade do juiz é regida por princípios legais norteadores do Estado Democrático de Direito⁶²⁵, os quais, além de limitarem o poder estatal, subordinam a atividade de seus entes à supremacia da vontade popular. Portanto impôs que o Estado, para exercer a sua titularidade do *ius puniendi*, faça-o vinculado à estrita obediência e cumprimento dos atos previstos em lei, de maneira que a sanção penal somente será aplicada no trâmite regular e imprescindível do processo, do qual se extrai o princípio *nulla poena sine iudicio*⁶²⁶.

⁶²³ LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 59.

⁶²⁴ DINAMARCO, **Instituições...** op. cit., p. 190.

⁶²⁵ Sobre o conceito de Estado Democrático de Direito, Zanoide de Moraes explica que: “Em nossa República, conforme preceitua o parágrafo único do art. 1º da Constituição, ‘todo poder emana do povo, que o exerce por meio de seus representantes eleitos diretamente, nos termos dessa Constituição.’ Logo, há uma soberania popular que se faz presente através dos procedimentos por ela escolhidos para ser representada. Nessa perspectiva de soberania popular no ápice do poder, a determinação de que o Brasil seja um Estado Democrático de Direito garante que a nação seja guiada não por homens, mas por leis (Estado de Direito) soberanamente escolhidas pelo povo, o que lhe confere o atributo de ‘democrático’. (...) Nesse perfil juspolítico, a participação popular para garantia de uma fórmula política não se limitar à escolha do que deve ou não ser assegurado (direitos), esperando que o conteúdo e finalidade da norma se autorrealizem ou sejam efetivados por ente (público ou privado) diverso do cidadão, porquanto esse último lhe é, a um só tempo, o determinante e o titular. Inscrever na lei os aspectos da vida cotidiana que o indivíduo que ver protegidos e efetivados não lhe encerra a missão constitucional de cidadão. A cidadania, outro fundamento de todo ordenamento brasileiro (art. 1, inciso II, CR), exige que cada integrante (público ou privado) da nação brasileira assuma deveres e responsabilidades pelas escolhas feitas democraticamente e, dentre essas responsabilidades, está a promoção, realização e respeito daquelas escolhas. (...) Analisando-se a ‘fórmula política’ do Estado Democrático de Direito em face dos direitos fundamentais, não se pode deixar de perceber um profundo nexo de ‘interdependência genética e funcional’ entre ambos, pois os direitos fundamentais reconhecidos no texto constitucional impõem um gama de valores básicos a serem respeitados e efetivados. Fixados na Constituição, convenciona não apenas toda aplicação e a interpretação dos vários dispositivos nela contidos, mas se tornam normas conformadoras de toda a legislação infraconstitucional.” Cf. ZANOIDE DE MORAES, Maurício. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 193-197.

⁶²⁶ ZILLI, **A iniciativa...** op. cit., p. 109-110.

Conforme lição de Scarance, o direito é regulado de acordo com valores de cada momento histórico, do qual é reflexo. Portanto, há uma íntima relação entre processo e Estado. Em razão desse íntimo relacionamento, exigiu-se cada vez mais a introdução nos textos constitucionais de “princípios e regras de direito processual” de caráter garantista, o que possibilitou “ao Estado mecanismos para atuar o seu poder punitivo e o de garantir ao indivíduo instrumentos para defender os seus direitos e garantias fundamentais e para preservar sua liberdade”⁶²⁷.

Ao analisar a correlação entre processo e Constituição, Dinamarco nos mostra que o papel desempenhado pela atividade processual é a de resguardar a efetividade dos preceitos e garantias constitucionais:

*Direito processual constitucional é o método consistente em examinar o sistema processual e os institutos de processo à luz da Constituição e das relações mantidas com ela. O método constitucionalista inclui em primeiro lugar o estudo das recíprocas influências existentes entre Constituição e processo – relações que se expressam na tutela constitucional do processo e, inversamente, na missão deste como fator de efetividade dos preceitos e garantias constitucionais de toda ordem: incluindo também o exame do arsenal de medidas integrantes da chamada jurisdição constitucional das liberdades (...). A tutela constitucional do processo é feita mediante os princípios e garantias que, vindos da Constituição, ditam padrões políticos para a vida daquele. Trata-se de imperativos cuja observância é penhor a fidelidade processual à ordem político-constitucional do país*⁶²⁸.

O fenômeno da constitucionalização dos direitos e garantias não é novo e se deu em diversas jurisdições; acentuou-se no pós-Segunda Guerra Mundial, conforme vimos no início desse trabalho⁶²⁹, com a internacionalização dos direitos humanos. Seu marco inicial histórico se deu em 1945, com a Carta de São Francisco, que criou a Organização das Nações Unidas⁶³⁰.

Conforme lecionam Cintra, Grinover e Dinamarco, é “inegável o paralelo existente entre a disciplina do processo e o regime constitucional em que o processo se desenvolve”, de forma que a “condensação metodológica e sistemática dos princípios constitucionais do processo toma o nome de direito processual constitucional”⁶³¹, a partir do qual temos a análise do processo penal sob o enfoque constitucional⁶³².

⁶²⁷ FERNANDES, **Processo...** op. cit., p. 21-23.

⁶²⁸ DINAMARCO, **Instituições...** op. cit., p. 188-189.

⁶²⁹ Ver tópico 1.2.2, *supra*.

⁶³⁰ RAMOS, **Processo...** op. cit., p. 27.

⁶³¹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 19ª ed. rev., atual. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 78-79.

⁶³² FERNANDES, **Processo...** op. cit., p. 19-23.

Os renomados autores apontam que emerge a “tutela constitucional do processo”, caracterizada pelos vários dispositivos constitucionais que tutelam a ação e o processo, de modo que, a “própria Constituição incumbe-se de configurar o direito processual não mais como um mero conjunto de regras acessórias de aplicação do direito material, mas, cientificamente, como instrumento público de realização da justiça.”⁶³³

Como decorrência dessa constitucionalização do processo penal, temos que ele deixou de ser apenas um instrumento para que o Estado possa exercer seu *ius puniendi* a partir da suposta prática da infração penal, para se tornar um *instrumento de proteção* do indivíduo contra o abuso do poder estatal. É desse contexto que se ergue a função do juiz.

De acordo com Lopes Jr, “o fundamento da legitimidade da jurisdição e da independência do Poder Judiciário está no reconhecimento da sua função de garantidor dos direitos fundamentais inseridos ou resultantes da Constituição. Nesse contexto, “a função do juiz é atuar como *garantidor* dos direitos do acusado no processo penal.”⁶³⁴

Além disso, conforme se extrai da lição de Roxin, o Direito processual penal é o “sismógrafo” da Constituição de um Estado, e cada mudança essencial na sua estrutura política também conduz a transformações do processo penal, de modo que, segundo o autor, a atuação dos juízes, para garantir a aplicação dos direitos fundamentais em casos individuais, acaba, por via reflexa, contendo medidas intervencionistas do Estado e do legislador, o que obriga ambos a se submeterem aos princípios constitucionais⁶³⁵.

Essa tendência, de acordo com Armenta Deu, manifesta-se em “ambos os lados do Atlântico”, e a estrita função de fiscalizador das garantias e de direção do processo foi relegada aos juízes, em diversos sistemas jurídicos⁶³⁶.

Apresentado o processo penal constitucional e como se entende a função do juiz no seu contexto, passaremos a analisar o seu papel à luz do devido processo legal, de forma a possibilitar a análise posterior acerca de algumas garantias que cercam o processo penal e a maneira como entendemos que elas devem ser aplicadas no controle judicial.

⁶³³ CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, **Teoria...** op. cit., p. 80.

⁶³⁴ LOPES JR, **Direito...** op. cit., p. 63.

⁶³⁵ ROXIN, **Derecho...** op. cit., p. 68 e 70.

⁶³⁶ ARMENTA DEU, **Sistemas...** op. cit., p. 123-124;

4.1.4. O devido processo legal

No centro do processo penal se encontra a garantia do *due process of law*, que está intimamente ligado ao axioma *nulla poena sine iudicio*, o qual, aponta Julio Maier, exige que a imposição de sanção penal ao indivíduo seja precedida da existência de uma sentença penal condenatória, emanada de um Tribunal, que declarou a culpabilidade do imputado e determinou a aplicação da pena⁶³⁷.

Na lição de Ferrajoli, a principal garantia processual, e que forma o pressuposto de todas as demais, é a da submissão à jurisdição, expressa no princípio de que a pena somente poderá ser aplicada após imprescindível processo⁶³⁸.

Por sua vez, Chiavario em seu magistério aponta que o princípio “*nulla pena sine iudicio* é a essência e o núcleo do ‘direito a um processo judicial’ e, ainda mais, exatamente, do ‘direito a um julgamento criminal’ para o acusado”⁶³⁹, cujo sentido está ligado àquele da cláusula 39 da Magna Carta de 1215, da qual se extrai que nenhum indivíduo pode ser condenado (no sentido estrito do termo) sem julgamento⁶⁴⁰.

A garantia do devido processo legal tem por antecedente o art. 39, da Magna Carta, outorgada pelo rei inglês João Sem Terra em 1215, que estabelecia a garantia de que nenhum homem livre seria detido ou preso, ou privado de seus direitos e suas posses, ou posto fora da lei, ou seria exilado, sem um julgamento legal de seus pares ou pela lei da terra⁶⁴¹.

O texto original⁶⁴² falava, inicialmente, do princípio do *law of the hand*, e é a origem da expressão devido processo legal – *due process of law* – (em substituição ao princípio da lei da terra). Tal expressão foi utilizada pela primeira vez em 1354, pelo rei inglês Eduardo III que, ao confirmar a Magna Carta, estabeleceu “que nenhum homem de qualquer estado ou condição que seja, possa ser posto fora da terra ou da posse, ou molestado, ou aprisionado, ou deserdado, ou condenado à morte, sem antes ser legado a responder a um devido processo legal”⁶⁴³.

⁶³⁷ MAIER, *Derecho...* op. cit., p. 478-479.

⁶³⁸ FERRAJOLI, *Direito e razão...* op. cit. p. 495.

⁶³⁹ CHIAVARIO, Mario. Os direitos do acusado e da vítima. In: DELMAS-MARTY, Mireille (org.). **Processos penais da Europa**. Trad. de Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 568.

⁶⁴⁰ CHIAVARIO, Os direitos... op. cit., p. 568.

⁶⁴¹ FERNANDES, *Processo...* op. cit., p. 43.

⁶⁴² O texto da Magna Carta, outorgado inicialmente, estabelecia em seu art. 39: “*No free man shall be seized or imprisoned, or stripped of his rights or possessions, or outlawed or exiled, or deprived of his standing in any other way, nor will we proceed with force against him, or send others to do so, except by the lawful judgement of his equals or by the law of the land*”.

⁶⁴³ Conforme explica Ramos: “A expressão ‘devido processo legal’ (*due process of the law*) foi utilizada pela primeira vez em 1354, quando o Rei inglês Eduardo III (1327-1377), seguindo a tradição que vinha do rei

De acordo com Canotilho, apesar de a Magna Carta não se tratar de “uma manifestação da ideia de direitos fundamentais inatos, mas da afirmação de direitos corporativos da aristocracia feudal em face de seu suserano”, o seu vigor, visto no art. 39 acabou causando uma abertura transformadora (“a Magna Carta, embora contivesse, fundamentalmente, direitos estamentais, fornecia já <<aberturas>> para transformação dos direitos corporativos em direitos do homem”). Isso levou a uma interpretação mais geral quando o conceito de homem livre⁶⁴⁴ se tornou extensivo a todos os ingleses⁶⁴⁵. Assim, como foi sendo aperfeiçoada com o passar dos séculos, a garantia do devido processo legal estabelecida na Magna Carta ganhou “status constitucional”, e compõe, até os dias de hoje, uma das fontes do direito processual penal da Inglaterra⁶⁴⁶.

A garantia do *due processo of law* ganhou assento também na Constituição estadunidense de 1791, inserida inicialmente na 5ª Emenda⁶⁴⁷, que na sua penúltima cláusula estabelece que “ninguém (...) poderá ser privado da vida, liberdade, ou bens, sem o devido processo legal”.

Porém, o Constituinte originário permitiu que os Estados-membros adotassem as suas próprias Constituições. Esta permissão possibilitou aos Estados que adequassem a redação de suas Cartas de forma a atender às questões regionais, o que, por vezes, levava à não aplicação das garantias fundamentais estabelecidas da Constituição Federal⁶⁴⁸.

Para alinhar e fazer com a que a Constituição Federal estadunidense tivesse impacto na justiça criminal dos sistemas estaduais, bem como prevenir novas tentativas de secessão⁶⁴⁹,

Guilherme I, confirmou a Magna Carta das Liberdades. Com essa confirmação, as leis passaram a ser leis da terra. A origem remota do princípio é a expressão ‘pelo direito da terra’ (em latim: *per legem terrae*; em inglês: *by the law of the land*), que consta do famoso documento de 1215”. RAMOS, **Curso...** op. cit., p. 156-157.

⁶⁴⁴ Conforme anota Canotilho: “Só eram livres os barões e, depois, os proprietários dos condados e os burgueses representados na Câmara dos Comuns, mas já não a grande massa dos vilões.” CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Almedina, 2003, nota 15, p. 383.

⁶⁴⁵ *Ibid.*, p. 382-383.

⁶⁴⁶ SPENCER, J.R. O sistema inglês. *In*: DELMAS-MARTY, Mireille (org.). **Processos penais da Europa**. Trad. de Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 247.

⁶⁴⁷ A 5ª emenda traz em seu texto (tradução livre) que: “Ninguém será detido para responder por crime capital, ou outro crime infamante, salvo por denúncia ou acusação perante um Grande Júri, exceto em se tratando de casos que, em tempo de guerra ou de perigo público, ocorram nas forças de terra ou mar, ou na milícia, durante serviço ativo; ninguém poderá pelo mesmo crime ser duas vezes ameaçado em sua vida ou saúde; nem ser obrigado em qualquer processo criminal a servir de testemunha contra si mesmo; nem ser privado da vida, liberdade, ou bens, sem processo legal; nem a propriedade privada poderá ser expropriada para uso público, sem justa indenização.”

⁶⁴⁸ De acordo com Ramos, “as diferenças regionais se fariam sentir mais cedo ou mais tarde”, com discrepância capital “à escravidão e, posteriormente à discriminação imposta aos negros”, que culminaram na deflagração da Guerra de Secessão. Cf. RAMOS, **Curso...** op. cit., p. 158-160.

⁶⁴⁹ RAMOS, **Curso...** op. cit., p. 160-161.

foi ratificada, em 1868, a 14ª Emenda, que, em sua Seção 1⁶⁵⁰, impôs a garantia do devido processo legal aos Estados-membros “nenhum Estado poderá (...) privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade, ou bens sem processo legal, ou negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igual proteção das leis.” Ao judiciário coube, então, o papel de fazer valer a 14ª Emenda, e dar-lhe força executiva, o que pode ser visto nas decisões da Suprema Corte posteriores à sua ratificação⁶⁵¹.

Na lição de Canotilho, da leitura das duas Emendas, extrai-se que “o processo devido em direito significa obrigatoriedade da observância de um tipo de processo, legalmente previsto antes de alguém ser privado da vida, da liberdade e da propriedade”. Ainda segundo autor, “por outras palavras: *due process* equivale ao *processo justo definido* por lei para *se dizer o direito* no momento jurisdicional de aplicação de sanções criminais, particularmente graves”⁶⁵².

Por outro lado, chama atenção o fato de que, à medida que o princípio do devido processo legal ganhava força com a sua ampliação decorrente da 14ª Emenda, era justamente nesse período que as negociações culpa, notadamente o *plea bargaining*, começam a aparecer nos registros dos tribunais, conforme relato de Albert Aschuler que trouxemos na parte inicial desse trabalho⁶⁵³, e que, segundo a crítica de Langbein, tratava-se de um procedimento sem julgamento, que subvertia o desenho constitucional estadunidense⁶⁵⁴.

De acordo com o magistério de Zilli, a garantia ao devido processo legal, “além de ser um dos corolários do Estado Democrático de Direito, configura requisito essencial para que uma decisão judicial possa ser qualificada como legítima”⁶⁵⁵, legitimidade que deve refletir a equação de que o processo judicial é o instrumento de aplicação do direito adotado pelo Estado, por meios reconhecidos e aceitos como produto da soberania popular⁶⁵⁶.

⁶⁵⁰ A 14ª Emenda, estabelece em suas cinco seções, os Direitos de Cidadania, Igualdade de Proteção, Distribuição e Dívida da Guerra Civil, e a Garantia do Devido Processo Legal estava prevista na Seção 1: “*All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws*”.

⁶⁵¹ Conforme explica Ramos, no final do Século XIX, “a Suprema Corte já havia convertido definitivamente ‘a cláusula do *due process* numa restrição positiva, sustentando ser dever o Judiciário dar-lhe, obrigatoriamente, força executiva, sempre que os departamentos dos Estados procurassem, a seu ver, impor tarifas arbitrárias e irrazoáveis”, tendo como exemplo, o julgamento do caso *Chicago Milwaukee and St. Paul Railroad Co. v. Minnesota*, 134, US 418 (1890). Cf. RAMOS, *Curso...* op. cit., p. 173.

⁶⁵² CANOTILHO, *Direito Constitucional...* op. cit. p. 493.

⁶⁵³ *Vide*, tópico 1.3.1, *supra*.

⁶⁵⁴ LANGBEIN, *Compreendendo...* op. cit., p. 116.

⁶⁵⁵ ZILLI, *A iniciativa...* op. cit., p. 130

⁶⁵⁶ *Ibid.*, p. 129-130.

Paulatinamente, a garantia do *due process of law*, consagrada no direito anglo-saxão, começou, então, a ganhar assento nos textos constitucionais da Europa Continental, tais como, da Itália, Portugal e Alemanha⁶⁵⁷, e no Brasil não foi diferente. Porém, antes de avançarmos para a introdução do devido processo legal em nosso ordenamento jurídico, entendemos necessária uma breve explicação da concepção dessa garantia e sua evolução junto ao controle judicial.

Na busca por qualificar o que seria um processo justo, Canotilho conduz a duas concepções de devido processo: a teoria processual e a teoria material ou substantiva⁶⁵⁸.

Nesse sentido, a teoria processual, “limita-se a dizer que uma pessoa ‘privada’ dos seus direitos fundamentais da vida, liberdade e propriedade tem direito de exigir que essa privação seja feita segundo um processo especificado em lei.”⁶⁵⁹.

Por sua vez, a teoria substantiva, “pretende justificar a ideia material de um *processo justo*, pois uma pessoa tem o direito de não apenas a um *processo legal*, mas, sobretudo, a um *processo legal, justo e adequado*, quando se trata de legitimar o sacrifício da vida, liberdade e propriedade dos particulares.” Por conseguinte, continua o autor, um “processo devido começa por ser um processo justo logo na criação normativo-legislativa”, e deve ser “vedado o direito de disporem, arbitrariamente, da vida, liberdade e da propriedade das pessoas, isto é, sem razões, materialmente fundadas para o fazerem”. Esta é a razão pela qual os critérios informadores do devido processo passaram a ser alocados de maneira expressa ou implícitas nas normas constitucionais, bem como pelo uso e demais procedimentos previstos na legislação ordinária e outros estatutos, o que estabeleceu o “*processo devido substantivo*”⁶⁶⁰.

No magistério de Scarance, “a doutrina entende que a garantia não se circunscreve ao âmbito, estritamente processual, assumindo, também, feição substancial. Sob essa nova ótica, a observância da garantia exige que as normas advenham de um processo legislativo de elaboração, previamente, definido e ‘não sejam desarrazoadas, portanto, intrinsecamente injustas’”⁶⁶¹.

Voltando à lição de Canotilho, ele afirma que do devido processo substantivo extrai-se o argumento apto a se defender a “*judicial review of legislation*”, o que confere aos juízes poderes para, baseados nos princípios constitucionais, analisarem os requisitos intrínsecos

⁶⁵⁷ FERNANDES, *Processo...* op. cit., p. 43

⁶⁵⁸ CANOTILHO, *Direito Constitucional...* op. cit., p. 494.

⁶⁵⁹ Idem.

⁶⁶⁰ Idem.

⁶⁶¹ FERNANDES, *Processo...* op. cit., p. . 43.

da lei; este é um importante passo para a evolução do devido processo legal, que “passará a ser considerado como *proteção alargada de direitos fundamentais* quer nas dimensões processuais quer nas dimensões substantivas.”⁶⁶²

Por corroborar esses entendimentos, Tucci afirma que o *due process of law*, correspondente a uma garantia constitucional, em si mesma, considerando que impera desde “o processo legislativo de elaboração de lei, previamente definido como razoabilidade e senso de justiça de seus dispositivos, necessariamente enquadrados nas preceituações constitucionais”, de onde emerge o conceito de “*substantive due process of law*”. Ainda segundo o autor, tal conceito reclama a aplicação das normas jurídicas, por meio de instrumento hábil à sua interpretação e realização, no caso, o processo judicial, de maneira a assegurar nele a paridade de armas entre as partes que o integram, “visando à consecução da *igualdade substancial*” que somente será atingida quando a realidade processual demonstrar que houve o equilíbrio de situações definida pelo legislador⁶⁶³.

De maneira que o devido processo legal, continua o autor, é “o *processo* legitimamente instituído e regularmente desenvolvido reclama também para os revéis, ponderosa e equitativa direção do agente do Poder Judiciário e *plena contraditoriedade* entre as partes”⁶⁶⁴, com objetivo de fazer valer os “direitos denominados como *fundamentais*, mediante a efetivação do *direito ao processo*, materializado num *procedimento regularmente desenvolvido*, com a concretização de todos os seus respectivos componentes e corolários, e num *prazo razoável*.”⁶⁶⁵.

Assim, de acordo com Tucci, o devido processo legal, no que se refere ao processo judicial penal, apresenta-se como um conjunto de elementos indispensáveis para que ele possa atingir devidamente sua finalidade “solucionadora de conflitos de interesses de alta relevância social”⁶⁶⁶.

Segundo Marques, a garantia do devido processo legal “implica na adoção do procedimento contraditório, na plena igualdade entre acusação e defesa e *no controle jurisdicional prévio sobre a pretensão punitiva*”⁶⁶⁷ (com destaque em itálico nossos).

Dessa maneira, temos que a garantia do *due process of law* evolui para se tornar um guia para o efetivo controle judicial à luz dos direitos e garantias constitucionalmente

⁶⁶² CANOTILHO, J. J. Gomes. Op. cit., 2003, p. 494-495.

⁶⁶³ TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 4. ed. rev., atual., ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 61-63.

⁶⁶⁴ TUCCI, **Direitos**... op. cit., p. 63.

⁶⁶⁵ Ibid., p. 64.

⁶⁶⁶ Ibid., p. 52

⁶⁶⁷ MARQUES, **Elementos**... op. cit., p. 78.

estabelecidas, assegurando, de um lado que as partes possam exercer suas faculdades e poderes processuais, porém, tornando indispensável o exercício da jurisdição, como salvaguarda ao processo, que não serve apenas aos interesses da acusação e da defesa⁶⁶⁸.

4.1.5. Devido processo legal no ordenamento jurídico brasileiro

A garantia do devido processo legal ganhou assento na Constituição Federal de 1988, que, em seu artigo 5º, LIV, estabeleceu que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”; foi incorporada, justamente, no campo reservado pelo Constituinte aos direitos e garantias fundamentais.

De acordo com Cintra, Grinover e Dinamarco, a Constituição de 1988, pela primeira vez adotou, expressamente, a fórmula do direto anglo-saxão, e estabeleceu a garantia de que ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal⁶⁶⁹.

Apesar disso, a garantia do devido processo legal, não é uma novidade no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que está presente em outros textos constitucionais, conforme se extrai da lição de José Frederico Marques⁶⁷⁰. Da mesma maneira, Tucci explica que a Constituição de 1988, a exemplo das anteriores, estabeleceu orientações e determinações alusivas ao processo penal⁶⁷¹.

Com efeito, Zilli leciona que coube ao direito estadunidense, por intermédio de sucessivos julgados, integrar a cláusula do devido processo legal, de modo a obrigar os legisladores, quando da elaboração de todo e qualquer ordenamento jurídico, a respeitarem a vida, a liberdade, a propriedade e a razoabilidade. Afirma ainda que, para além das imposições ao legislador⁶⁷², a cláusula do *due process of law* pode ser conceituada, da seguinte maneira:

⁶⁶⁸ CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, **Teoria...** op. cit., p. 82.

⁶⁶⁹ *Idem*.

⁶⁷⁰ “A Constituição de 1946, à maneira do que continha nas anteriores, formula regras diversas a respeito da Justiça Penal e respectivo processo. As garantias que reconhece e proclama, solenemente, em seu texto, reproduzem os clássicos princípios que desde a ‘Magna Carta’, e sobretudo a partir do humanitarismo de BECCARIA e da Revolução Francesa, se tornaram inerentes à própria estrutura do ‘Estado de Direito’ e do regime democrático. (...) A privação da liberdade, em consequência de ilícito penal, somente será legítima quando precedida de acusação julgada em procedimento onde a defesa plena não seja comprometida. Se isto não ocorrer o *status libertatis* estará sendo atingido sem o ‘devido processo legal’, o que torna írrita e *contra jus* a ação punitiva do Estado. O segundo princípio fundamental da Justiça penal que se extrai da Constituição é, portanto, o deque ninguém pode ser privado de sua liberdade sem o devido processo legal.” MARQUES, **Elementos...** op. cit., p. 74-78.

⁶⁷¹ A Constituição Federal de 1988, conforme o magistério Lauria Tucci, “a exemplo das precedentes, e de modo igualmente expresso, contém várias preceituações alusivas ao Direito Processual Penal, implicativas, inclusive, da orientação determinante da edição de normas disciplinadoras do processo penal”. Cf. TUCCI, **Direitos...** op. cit., p. 52.

⁶⁷² ZILLI, **A iniciativa...** op. cit., p. 131

A despeito da variante norte-americana, a cláusula do devido processo legal é comumente conceituada como uma garantia constitucional pela qual ficam assegurados aos sujeitos processuais parciais o estabelecimento e o respeito a um processo judicial instituído legitimamente por lei e conduzido por um juiz natural, independente e imparcial, resguardando-se o contraditório, a ampla defesa, a publicidade dos atos e a motivação das decisões judiciais⁶⁷³.

O conteúdo da fórmula do devido processo legal, assentado pelo constituinte de 1988, desdobra-se em um “leque de garantias específicas”⁶⁷⁴. De acordo com lição de Tucci, essas garantias têm por objetivo a consecução de direitos denominados como fundamentais, tido como aqueles que são inerentes e essenciais ao indivíduo em sua vida comunitária, vejamos:

Esses *direitos fundamentais* – bem é de ver – são tidos nessa garantia ‘explícita ou implicitamente, como inerentes ou essenciais ao membro da coletividade na vida comunitária; e a saber: a) direito à integridade física e moral, e à vida; b) direito à liberdade; c) direito à igualdade; d) direito à segurança; e) direito à propriedade; f) direitos relativos à personalidade (a par, obviamente, do *direito ao processo*)’. E, não só deles, como, também, ‘de todos os direitos subjetivos materiais, emergentes dos diversificados relacionamentos jurídicos resultantes da convivência social, concretamente lesados ou ameaçados de lesão.’ E, no tocante à determinação de *prazo razoável* para finalização do processo penal de conhecimento de caráter condenatório, trata-se igualmente, de *garantia* preconizada, não somente em tratados e convenções internacionais, como igualmente, nas Leis Magnas dos povos cultos, e também pela nossa vigente Constituição Federal, por força do disposto no § 2º, do art. 5º e expressamente no inciso LXXVIII do mesmo art. 5º, acrescentado pela EC b. 45, de 2004⁶⁷⁵.

Nesse sentido, as garantias constitucionais estabelecidas no artigo 5º da Constituição Federal de 1988 devem ser aplicadas, ainda, em conjunto com a regra do seu § 2º: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”, além de orientarem todo o sistema processual brasileiro⁶⁷⁶.

Assim sendo, para além dos normas constitucionais de caráter fundamental que preservam o indivíduo frente ao poder estatal, o Brasil assumiu compromissos internacionais com o objetivo de garantir o respeito básico aos direitos individuais, a exemplo da Declaração dos Direitos Universais do Homem, de 1948; o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 1966, promulgado no Brasil em 1992, e a Convenção Americana sobre

⁶⁷³ Ibid., p. 132.

⁶⁷⁴ A saber: “a) antes mais nada, de mais nada, na dúplice garantia do juiz natural, não mais restrito à proibição de *bills of attainder* e juízos ou tribunais de exceção, mas abrangendo a dimensão do *juiz competente* (art. 5º, incis. XXXII e LIII); e b) ainda em uma série de garantias, estendidas agora expressamente ao processo civil, ou até mesmo novas para o ordenamento constitucional.” Cf. CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, **Teoria...** op. cit., p. 83.

⁶⁷⁵ TUCCI, **Direitos...** op. cit., p. 64.

⁶⁷⁶ FERNANDES, **Processo...** op. cit., p. 20-21.

Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 1969, promulgado aqui em 1992⁶⁷⁷, os quais também são tidos como fundamentais⁶⁷⁸.

Inserido nesse quadro está o devido processo penal, que se torna a designação apropriada para examinar as garantias inerentes ao devido processo legal, em face do processo penal⁶⁷⁹.

4.2. O DEVIDO PROCESSO PENAL

Assentadas as premissas de que a atividade processual, resguardada pela cláusula do devido processo legal, tem a missão de tornar efetiva as garantias e os direitos fundamentais dos indivíduos, apregoa-se que a cláusula do *due process* se estende ao processo penal, e, assim, concebe-se o *devido processo penal*⁶⁸⁰.

Para que o processo penal possa vir a servir a seus objetivos: ser um instrumento de limitação do poder estatal, estruturado de modo a garantir a plena efetividade aos direitos individuais, constitucionalmente previstos⁶⁸¹, torna-se necessário que esses corolários do ordenamento constitucional se fundam à norma processual penal, formando o *devido processo penal*, concebido sob à luz das seguintes garantias:

a) de acesso à Justiça Penal; b) do juiz natural em matéria penal; c) de tratamento paritário dos sujeitos parciais do processo penal; d) da plenitude da defesa do indiciado, acusado ou condenado, com todos os meios e recursos a ela inerentes; e) da publicidade dos atos processuais penais; f) da motivação dos atos decisórios; g) da fixação do prazo razoável de duração do processo penal; e, h) da legalidade da execução penal⁶⁸².

Ainda segundo Rogério Lauria Tucci, os postulados do *devido processo penal* devem ser aplicados antes da imposição de qualquer sanção penal, e o indivíduo tem o direito ao processo prévio, em regra antecedido e precedido de um procedimento investigatório, e nos quais lhe são garantidos:

⁶⁷⁷ Somados os Tratados citados, Ramos (2019) destaca que o Brasil, aderiu ou assinou, e promulgou, 55 Tratados de Direitos Humanos. Cf. RAMOS, **Processo...** op. cit., p. 467-470.

⁶⁷⁸ FERNANDES, **Processo...** op. cit., p. 20.

⁶⁷⁹ *Ibid.*, p. 44.

⁶⁸⁰ “...mencionados componentes e corolários, por sua vez, e como também procuramos antes demonstrar, constituem, na força de sua conjunção, e em sede penal, o devido processo penal, designação apropriada (como tal, dotada de rigor técnico) à sua verificação em particularizado campo processual de atuação.” TUCCI, **Direitos...** op. cit., p. 65.

⁶⁸¹ LOPES JR., **Direito...** op. cit., p. 36.

⁶⁸² TUCCI, **Direitos...** op. cit., p. 67.

a) a atuação de órgão jurisdicional precedentemente designado pela lei para o respectivo julgamento, independente e imparcial; b) a estatuição, em lei regulamente elaborada e promulgada, e vigente, de um procedimento destinado a investigação, instrução e posterior julgamento sobre fato tido como penalmente relevante; c) o proferimento deste, em prazo razoável, pública e motivadamente; d) a correlação entre acusação e sentença de mérito; e) a possibilitação de reexame dos fatos e sua qualificação jurídica, versados nos atos decisórios desfavoráveis ao imputado; f) a propiciação de ampla defesa, com todos os meios e recursos a ela inerentes, tanto material, quanto tecnicamente; e, g) o não reconhecimento de culpabilidade do indiciado, ou acusado, senão quando transitada em julgado a sentença condenatória.⁶⁸³

Transportada a garantia constitucional de que “ninguém será privado de sua liberdade, ou de seus bens sem o devido processo legal” (art. 5º, LIV, CF), para a persecução penal, temos que uma pessoa, que se vê investigada ou processada criminalmente, deve ter assegurado o amplo e irrestrito acesso, à Justiça Penal, em todas as suas instâncias, e ao juiz natural do caso, que deve dedicar-se, portanto, para que todas as garantias constitucionais sejam, estritamente, observadas e respeitadas em qualquer fase da *persecutio criminis*⁶⁸⁴.

No plano do *devido processo penal*, a Constituição Federal de 1988, ao inaugurar um novo modelo de Estado liberal e garantista, pôs sob o controle do Poder Judiciário a titularidade de dizer o direito⁶⁸⁵, que a exerce por meio da jurisdição, notadamente, na figura dos juízes⁶⁸⁶, a quem compete a resolução do conflito penal.

No *devido processo penal*, é o juiz quem deve, em primeiro lugar, assegurar que direitos e garantias constitucionais do acusado sejam respeitados, promovidos e protegidos⁶⁸⁷, razão pela qual aos magistrados foram reservados poderes para exercer o devido controle, de maneira a permitir a intervenção judicial para evitar comportamentos que neguem ou violem bens jurídicos fundamentais do indivíduo durante toda a persecução penal⁶⁸⁸.

⁶⁸³ Ainda segundo o autor, as mesmas garantias devem ser aplicadas à execução da sentença penal condenatória, na qual, particularmente, deve ser observada a garantia da “imprescindibilidade de estrita observância do título executivo penal, e da asseguaração ao condenado de todos os direitos não atingidos pelo julgamento, ou pela lei, bem como nesta estabelecidos; vale dizer, da legalidade da execução penal.” Cf. TUCCI, *Direitos...* op. cit., p. 66-68.

⁶⁸⁴ TUCCI, Rogério Lauria. Devido processo penal e alguns de seus mais importantes corolários. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, n. 88, 1993, p. 468-470.

⁶⁸⁵ ZIILI, *A iniciativa...* op. cit., p. 111.

⁶⁸⁶ Nesse sentido, emprestando os ensinamentos de Dinarmaco para processo civil, temos que: “Havendo chamado a si a missão de intervir nos conflitos ocorrentes entre as pessoas ou grupos com o objetivo de eliminá-los, para estabelecer a paz entre os conflitantes, o Estado estrutura órgão e organismos destinados ao exercício das atividades inerentes a essa função, ou seja, à função jurisdicional. Esses órgãos são compostos pelos juízes de todos os níveis e por seus auxiliares – aqueles, com o encargo superior de dirigir o processo, julgar e comandar a efetivação dos direitos e estes, incumbidos de dar aos juízes o apoio indispensável para que exercer a jurisdição”. Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editora, 2002, v. II, p. 220.

⁶⁸⁷ HEERDT, Fábio Vieira. *Normas penais e os poderes do juiz: controle do déficit e do excesso de criminalização*. Curitiba: Juruá Editora, 2019, p. 25-26.

⁶⁸⁸ *Ibid.*, p. 52.

Além disso, a consolidação do *devido processo penal* de caráter garantista pela Constituição Federal impôs o afastamento do juiz de interesses externos à sua função jurisdicional, e fixou sua independência em relação ao sistema político, demais poderes e autoridades estatais, em especial do órgão da acusação – com conseqüente distanciamento dos magistrados dos interesses das partes – de modo a atribuir eficácia à garantia constitucional da imparcialidade dos juízes⁶⁸⁹.

Esse conjunto de condições que formam o *devido processo legal* encarregou os juízes de exercer um *contrapoder* em relação aos demais poderes estatais, o que, segundo Ferrajoli, tem uma dupla aplicação, ambas ligadas ao exercício do controle judicial: primeira, a legalidade ou a validade dos atos legislativos e administrativos do Estado; segunda, a tutela dos direitos fundamentais dos cidadãos contra lesões ocasionadas pelo próprio Estado⁶⁹⁰.

Nesse sentido, o exercício do controle judicial é uma forma de tutelar as garantias⁶⁹¹, e deve ser aplicado em todas as fases e procedimentos que compõem a persecução penal; cabe ao juiz, portanto, a função de controlar a legalidade dos atos e a eficácia das garantias constitucionais exigíveis pelo *devido processo penal* desde a fase pré-processual⁶⁹².

Com efeito, a Constituição Federal de 1988 definiu expressamente a separação entre as funções de defender, acusar e julgar, signo do processo penal acusatório, insculpido no art. 129, I, CF, o que tornou a atuação do juiz na fase pré-processual somente admissível com o propósito de proteger as garantias fundamentais do indivíduo que sofre a investigação⁶⁹³.

Ao dar efetividade à separação das funções processuais, o legislador reformista de 2019 recepcionou em nosso processo penal o instituto⁶⁹⁴ do *juiz das garantias*, importante figura já consagrada em diversos países, com destaque às jurisdições europeias continentais de que tratamos no Capítulo destinado à análise de direito comparado⁶⁹⁵.

⁶⁸⁹ FERRAJOLI, *Direito e razão...* op. cit. p. 534.

⁶⁹⁰ *Ibid.*, p. 535.

⁶⁹¹ HEERDT, *Normas...* op. cit., p. 93.

⁶⁹² LOPES JR., *Direito...* op. cit., p. 144-145.

⁶⁹³ Nesse sentido o entendimento exarado pelo Tribunal Pleno, do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 4.414, onde se extrai: “(...) 8. A separação entre as funções de acusar defender e julgar é o signo essencial do sistema acusatório de processo penal (Art. 129, I, CRFB), tornando a atuação do Judiciário na fase pré-processual somente admissível com o propósito de proteger as garantias fundamentais dos investigados...” Cf. BRASIL. STF (Tribunal Pleno). **ADI 4414**, Rel. Ministro Luiz Fux. DJ: 31.05.2012, p. 17/06/2013, disponível em: < <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3994214>> Acesso em: 06 abr. 2022.

⁶⁹⁴ LOPES JR., *Direito...* op. cit., p. 139.

⁶⁹⁵ De acordo com Armenta Deu, a figura do juiz de garantias, foi incorporada ao ordenamento jurídico italiano, que atribuiu ao Ministério Público a chamada investigação preliminar, com a necessária colaboração do juiz para investigação preliminar; na França, foi incorporado o juiz de detenção e liberdade e, no processo

O *juiz das garantias* foi idealizado pelo legislador como medida para harmonizar nosso Código de Processo Penal com o modelo acusatório consagrado pela Constituição Federal. Sua função foi concebida para atuar durante toda a fase pré-processual e nos atos a ela relacionados como de um controlador da legalidade da investigação, e para operar como protetor das garantias fundamentais, até o encerramento da fase da admissibilidade da acusação, momento procedimental previsto no artigo 399, do Código de Processo Penal⁶⁹⁶. Também fica impedido de funcionar na ação judicial.

Porém, em que pese a importante e necessária introdução do instituto do *juiz das garantias*, que colocou o processo penal brasileiro no caminho há muito trilhado por notáveis jurisdições europeias, a sua vigência foi suspensa em razão de decisão cautelar do Ministro Luiz Fux, proferida nas ADIs nº 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, em trâmite perante o Supremo Tribunal, há poucos dias da entrada em vigor da Lei nº 13.964/2019⁶⁹⁷.

Por outro lado, em que pese a eficácia do *juiz de garantias* estar suspensa *sine die*, a recepção dessa figura pelo ordenamento jurídico brasileiro tem elevada importância para os fins deste trabalho, pois, dentre as suas atribuições, está a de decidir sobre a homologação do acordo de não persecução penal (art. 3º-B, inciso XVII, CPP).

Em vista disso, por se tratar de uma suspensão de eficácia amparada em medida cautelar, que poderá perder sua vigência a qualquer momento, e pelo fato de entendermos que

português, institui-se por mandamento constitucional a necessária intervenção do juiz no inquérito (ARMENTA DEU, **Sistemas...** op. cit., p. 73). No modelo processual alemão, foi instituído o juiz de investigação, que tem por competência o controle da legalidade, fazendo ressalva que há dúvidas na doutrina acerca de sua eficiência. ROXIN, **Derecho...** op. cit., p. 139-140.

⁶⁹⁶ LOPES JR., **Direito...** op. cit., p. 144.

⁶⁹⁷ Os argumentos utilizados pelo Ministro Luiz Fux, para a concessão da medida cautelar suspendendo a eficácia da nova lei, estão elencados em duas ordens: a primeira relacionada à questão de organização do Poder Judiciário, como Relator entendeu que não caberia ao Congresso Nacional a iniciativa para criação do juiz das garantias, por força do art. 96, CF, e a segunda, de aspecto financeiro, aponta que implementação do juiz de garantias traria impacto financeiro ao Poder Judiciário, em especial aos Estados da Federação. Vejamos alguns pontos da decisão: “(a) Artigos 3º-A a 3º-F do Código de Processo Penal, na redação concedida pela Lei n. 13.964/2019 (Juiz das garantias e normas correlatas): (a1) O juiz das garantias, embora formalmente concebido pela lei como norma processual geral, altera materialmente a divisão e a organização de serviços judiciais em nível tal que enseja completa reorganização da justiça criminal do país, de sorte que inafastável considerar que os artigos 3º-A a 3º-F consistem preponderantemente em normas de organização judiciária, sobre as quais o Poder Judiciário tem iniciativa legislativa própria (Art. 96 da Constituição); (a2) O juízo das garantias e sua implementação causam impacto financeiro relevante ao Poder Judiciário, especialmente com as necessárias reestruturações e redistribuições de recursos humanos e materiais, bem como com o incremento dos sistemas processuais e das soluções de tecnologia da informação correlatas; (...) (a5) É cediço em abalizados estudos comportamentais que, mercê de os seres humanos desenvolverem vieses em seus processos decisórios, isso por si só não autoriza a aplicação automática dessa premissa ao sistema de justiça criminal brasileiro, criando se uma presunção generalizada de que qualquer juiz criminal do país tem tendências que favoreçam a acusação, nem permite inferir, a partir dessa ideia geral, que a estratégia institucional mais eficiente para minimizar eventuais vieses cognitivos de juízes criminais seja repartir as funções entre o juiz das garantias e o juiz da instrução;” BRASIL. STF. **ADI 6298 MC / DF**. Rel. Ministro Luiz Fux. DJ: 22.01.2020. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6298.pdf>> Acesso em: 02 abr. 2022.

a criação do *juiz de garantias* está acobertada pela presunção de constitucionalidade⁶⁹⁸ – e não se está aqui a negar o controle judicial sobre as leis, decorrente da cláusula do devido processo legal e do princípio da isonomia⁶⁹⁹ –, optamos em analisar algumas premissas e princípios que regerão o controle judicial sobre o acordo de não persecução penal desse novo papel atribuído aos juízes, os quais podem (e devem) nortear a atuação de qualquer juiz criminal no modelo atual.

4.2.1. A reforma do CPP em 2019: Formatação do juiz controlador da correta aplicação das garantias fundamentais

A lei 13.964/2019, conhecida como “pacote anticrime”, introduziu significativas alterações em nosso Código de Processo Penal; o legislador buscou reforçar a função do juiz criminal de controlador da legalidade das investigações e garantidor da estrita observância

⁶⁹⁸ Segundo o magistério de Luís Roberto Barroso: “A presunção de constitucionalidade das leis encerra, naturalmente, uma presunção *iuris tantum*, que pode ser infirmada pela declaração em sentido contrário do órgão jurisdicional competente (...). Em sua dimensão prática, o princípio se traduz em duas regras de observância necessária pelo intérprete e aplicador do direito: (a) Não sendo evidente a inconstitucionalidade, havendo dúvida ou a possibilidade de razoavelmente se considerar a norma como válida, deve o órgão competente abster-se da declaração de inconstitucionalidade; (b) Havendo alguma interpretação possível que permita afirmar-se a compatibilidade da norma com a Constituição, em meio a outras que carregavam para ela um juízo de invalidade, deve o intérprete optar pela interpretação legitimadora, mantendo o preceito em vigor” (BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 164-165). Na mesma linha, o Supremo Tribunal Federal afirmou, em mais de uma oportunidade, que vige no direito brasileiro o postulado da presunção de constitucionalidade da lei formal até o julgamento de mérito contrário em controle de constitucionalidade. Vejamos: “AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. MATÉRIA CRIMINAL. DESACATO. COMPATIBILIDADE DO ART. 331 DO CP COM O TEXTO CONSTITUCIONAL E COM A CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. ORIENTAÇÃO DA SEGUNDA TURMA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. SOBRESTAMENTO DO FEITO. DESNECESSIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. O fato de haver ação de controle concentrado de constitucionalidade pendente de julgamento não se mostra impeditivo do julgamento da matéria, sobretudo quando a seu respeito já existe orientação colegiada. Embora seja possível em posterior julgamento a alteração da compreensão jurisprudencial, vige no direito brasileiro o postulado de que lei formal goza de presunção de constitucionalidade até declaração em contrário. Art. 525, §§12, 14 e 15 do CPC/15. 2. Agravo regimental desprovido.” (BRASIL. STF (2. Turma). **ARE 1.064.517**, Rel. Ministro Edison Fachin. DJ: 23.08.2019, p. 03.09.2019), em outro julgado: “AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÕES SOSCIAS. SISTEMA S. MP 1.715/1998. 1. Acórdão proferido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, ainda que sede de medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade, possibilita a formação de diretriz jurisprudencial dominante idônea a autorizar negativa de seguimento de recurso extraordinário por decisão monocrática. Art. 21, §1º, RISTF. 2. O fato do mérito da ADI não ter sido ainda definitivamente julgado não se mostra impeditivo do julgamento da matéria. Embora seja possível em posterior julgamento a alteração da compreensão jurisprudencial, vige no direito brasileiro o postulado de que lei formal goza de presunção de constitucionalidade até declaração em contrário. Art. 525, §§12, 14 e 15 do CPC/15. 3. Agravo regimental a que se nega provimento, com aplicação de multa, nos termos do art. 1.021, §4º, do CPC.” (BRASIL. STF (2. Turma). **RE 1.039.886-Agr**, Rel. Ministro Edison Fachin. DJ: 06.10.2017, p. 25.10.2017.)

⁶⁹⁹ Conforme a lição de Ferreira Filho, o “...controle do judiciário sobre a lei, esse controle que pode chamar-se de controle da justiça, transpõe na jurisprudência norte-americana como na brasileira. Naquela, encontra caminho na celebre cláusula do *due process of law*. Nesta, em grau muito menor, no princípio da isonomia” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do processo legislativo**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 284)

às garantias fundamentais, comprometido com a manutenção do necessário equilíbrio entre as partes, desde a fase pré-processual da persecução penal.

Dentre todas as alterações trazidas no âmbito da lei 13.964/2019, foi a introdução do *juiz das garantias* que mais rendeu controvérsias na doutrina e jurisprudência nacionais⁷⁰⁰, mesmo com sua eficácia suspensa por força de medida cautelar deferida pelo Ministro Luiz Fux.

A leitura fria do texto da lei pode nos dar alguma indicação dos motivos que levaram à introdução do *juiz das garantias* em nosso ordenamento jurídico, mas, para captarmos a verdadeira vontade do legislador, entendemos necessário lançar o olhar para o processo legislativo, em busca da fundamentação e dos motivos⁷⁰¹ que levaram à recepção do instituto, de maneira a eliminar dúvidas e incertezas sobre⁷⁰² o verdadeiro *espírito da lei*.

A introdução da figura do *juiz de garantias* já havia sido proposta pela Comissão de Juristas⁷⁰³ responsáveis pela elaboração do anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal de 2009, que em sua exposição de motivos trazia:

Para a consolidação de um modelo orientado pelo princípio acusatório, a instituição e um juiz de garantias, ou, na terminologia escolhida, de um juiz das garantias, era de rigor. Impende salientar que o anteprojeto não se limitou a estabelecer um juiz de inquéritos, mero gestor da tramitação de inquéritos policiais. Foi, no ponto, muito além. O juiz das garantias será o responsável pelo exercício das funções jurisdicionais alusivas à tutela imediata e direta das inviolabilidades pessoais. A proteção da intimidade, da privacidade e da honra, assentada no texto constitucional, exige cuidadoso exame acerca da necessidade de medida cautelar autorizativa do tangenciamento de tais direitos individuais. (...) No âmbito, ainda, da persecução penal na fase de investigação preliminar, o anteprojeto traz significativa alteração no que respeita à tramitação do inquérito policial. A regra do atual Código de Processo Penal não guarda qualquer pertinência com um modelo

⁷⁰⁰ GEBRAN NETO; ARENHART; MARONA, **Comentários...** op. cit., p. 44.

⁷⁰¹ A motivação da iniciativa parlamentar é uma garantia político-social que consigna submeter, ao exame e à vigilância sociais, a demonstração da necessidade pelo legislador de determinada regulamentação pretendida, bem como para que também seja possível o exercício do controle judicial de legalidade da norma, sendo a fundamentação inerente ao processo legislativo, que se desenvolve sob as mesmas regras e condições, que regulam o devido processo legal. Cf. SILVA, Reginaldo Pereira. **Justificação como requisito essencial do devido processo legislativo**: o caso da estimativa de impacto fiscal das proposições legislativas. Brasília: Senado Federal – Instituto Legislativo Brasileiro, 2018, p. 20-27. Disponível em: < <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/556136> > Acesso em: 07 abr. 2022.

⁷⁰² De acordo com Ferreira Filho: “...o processo legislativo não foi concebido para que o Estado criasse o Direito, mas para que o Estado declarasse o Direito, eliminando dúvidas e incertezas, portanto, insegurança.” Cf. FERREIRA FILHO, **Do processo...** op. cit., p. 257.

⁷⁰³ O anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal foi elaborado por uma Comissão de Juristas, criada em 2008, da qual fizeram parte: Antonio Correa, Antonio Magalhães Gomes Filho, Eugênio Pacelli de Oliveira (relator-geral), Fabiano Augusto Martins Silveira, Felix Valois Coelho Júnior, Hamilton Carvalhido (presidente), Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Sandro Torres Avelar e Tito Souza do Amaral. O eixo central da reforma consistia em adequar o Código de Processo Penal aos valores da Constituição Federal de 1988, em especial ao princípio acusatório. Cf. BRASIL. Senado. Comissão de juristas para elaboração da reforma do Código de Processo Penal. **Anteprojeto**. Brasília: Senado Federal, 2009. Disponível em: < <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=2966191&ts=1630439504987&disposition=inline> > Acesso em: 07 abr. 2022.

processual de perfil acusatório, como se deduz do sistema dos direitos fundamentais previstos na Constituição. A investigação não serve e não se dirige ao Judiciário; ao contrário, destina-se a fornecer elementos de convencimento, positivo ou negativo, ao órgão da acusação. Não há razão alguma para o controle judicial da investigação, a não ser quando houver risco às liberdades públicas, como ocorre na hipótese de réu preso. Neste caso, o curso da investigação será acompanhado pelo juiz das garantias, não como controle da qualidade ou do conteúdo da matéria a ser colhida, mas como fiscalização do respeito aos prazos legais previstos para a persecução penal. Atuação, como se vê, própria de um juiz das garantias.⁷⁰⁴

O texto do anteprojeto foi aprovado em dezembro de 2010 pelo Senado Federal⁷⁰⁵, no âmbito do PLS 156/2009, e foi, então, submetido à Câmara dos Deputados, onde tramita até os dias de hoje⁷⁰⁶.

Apesar disso, aquele esboço inicial do *juiz das garantias*, que se buscou implantar no âmbito do PLS 156/2009, acabou por inspirar o legislador reformista de 2019, o que culminou na introdução do instituto na reforma do Código de Processo Penal, sancionada por meio da lei 13.964/2019, conforme fica claro no Parecer nº 163, de 2019, da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal:

Outra novidade do texto é o instituto do ‘juiz das garantias’, constante do projeto de reforma do Código de Processo Penal aprovado pelo Senado Federal em 2009 (PLS nº 156, de 2009). O juiz das garantias, figura inexistente em nosso ordenamento jurídico atual, seria o responsável último pelo controle de legalidade da investigação criminal e salvaguarda dos direitos fundamentais do acusado (decisão sobre a prisão em flagrante, decretação de prisão preventiva, autorização de quebra dos dados resguardados por sigilo constitucional, autorização de técnicas de investigação, como infiltração de agentes, decretação de busca e apreensão domiciliar, decisão sobre acordo de não persecução penal e de colaboração premiada formalizados durante a investigação etc.). Hoje, o juiz que participa da fase de inquérito policial torna-se preventivo, isto é, será o mesmo juiz que proferirá a sentença, porque foi o primeiro a tomar conhecimento do fato (art. 83 do atual Código de Processo Penal). A figura do juiz de garantias rompe com essa lógica da prevenção, e o juiz chamado a intervir no inquérito policial ficará impedido de julgar o caso. A ideia básica é garantir ao juiz do processo (agora chamado de juiz da instrução e julgamento) isenção e ampla liberdade crítica em relação ao material colhido na fase de investigação. Trata-se de um instituto que mais se harmoniza com um modelo acusatório puro de processo penal. O modelo brasileiro é considerado misto⁷⁰⁷.

⁷⁰⁴ BRASIL. Senado. **Anteprojeto....** Op. cit.

⁷⁰⁵ BRASIL. Senado. **Projeto de Lei do Senado nº 156/2009**. Brasília: Senado Federal, 2009. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/90645>> Acesso em: 07 abr. 2022.

⁷⁰⁶ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 8045/2010**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2010. Câmara dos Deputados. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>> Acesso em: 07 abr. 2022.

⁷⁰⁷ BRASIL, Senado Federal. **Parecer (SF) nº 163, de 2019**. Da COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA E CIDADANIA, sobre o Projeto de Lei nº 6341, de 2019, que Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília: Senado Federal, 2019. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/docuemento?dm=8053121&ts=1630441904205&disposition=inline>> Acesso em: 06 fev. 2022.

Da análise das mensagens extraídas das fundamentações acima transcritas e que integram o processo legislativo que levou à introdução do *juiz de garantias* em nosso processo penal, extrai-se que o legislador buscava compatibilizar nosso CPP ao princípio acusatório, prescrito na Constituição de 1988, e pretendia demarcar as funções dos atores processuais a partir da fase de investigação. Dessa forma, impede que o juiz ocupe a posição de produtor de provas e acusador, e instituiu sua atuação voltada ao controle da legalidade, e para a salvaguarda das garantias fundamentais.

Além disso, a criação do *juiz de garantias* estava voltada à otimização da atuação jurisdicional criminal pela especialização, do tempo que a prestação leva para se concretizar⁷⁰⁸ e, por fim, da adequação do processo penal à correta separação das funções dos atores processuais a partir da fase de investigação. Assim, impede a perpetuação do modelo de juiz-investigador, e implementa um mecanismo que mantém distante o juiz da fase processual, responsável pela instrução e julgamento, em relação à formação dos elementos de convicção produzidos na fase pré-processual, e que são dirigidos ao órgão da acusação.

Outro fundamento teórico que levou à criação do *juiz de garantias* foi evitar que imparcialidade do juiz na fase processual seja comprometida em razão de sua atuação na fase de investigação⁷⁰⁹. De acordo com Coutinho, Taparosky Filho, Cani e Baltazar: “A importância da separação entre as funções de controle da investigação, instrução e julgamento reside na tentativa de mitigação do chamado ‘efeito confirmatório’ de decisões anteriores (confirmation bias). Trata-se de uma característica comum do comportamento humano: tomada uma decisão, a tendência é que a pessoa tente sempre buscar elementos ou argumentos voltados à sua confirmação subsequente, não à sua revisão ou reconsideração.”⁷¹⁰

As justificativas da escolha do legislador brasileiro se assemelham, assim, àquelas que Armana Deu aponta como empregadas em diversos ordenamentos jurídicos da Europa na introdução do *juiz de garantias*, quais sejam, a exigência constitucional e legal de preservação de direitos fundamentais, a necessidade de se controlar as investigações levadas a cabo por órgão de investigação, bem como para não comprometer a imparcialidade do juiz no âmbito da ação penal⁷¹¹.

⁷⁰⁸ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Juiz das Garantias**. 3 ed. Curitiba: Editora Jaruá, 2020, p. 78-79

⁷⁰⁹ GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim; RIBEIRO, Sarah Gonçalves. A introdução do juiz de garantias no Brasil e o inquérito policial eletrônico. **Revista brasileira de direito processual**, n. 1, v. 6, 2020, p. 161.

⁷¹⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; TAPOROSKY FILHO, Paulo Silas; CANI, Luiz Eduardo; BALTAZAR, Shalom Moreira. Do projeto de reforma do CPP ao projeto de lei 'anticrime': mirando a Constituição. **Conjur**, 12 abr. 2019. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2019-abr-12/limite-penal-projeto-reforma-cppao-projeto-lei-anticrime#author>> Acesso em: 07 abr. 2022.

⁷¹¹ ARMENTA DEU, **Sistemas...** op. cit., p. 72-74.

Por sua vez, Kai Ambos afirma que a relação entre Ministério Público e juiz na fase de investigação é complexa, e qualquer mescla entre ambos deve ser evitada, pois a separação entre as funções de investigação e julgamento é essencial para o processo acusatório⁷¹².

Feita esta breve introdução acerca da configuração do *juiz das garantias*, cuja função primordial é a de garantir a correta aplicação dos direitos e garantias fundamentais que tangenciam a investigação criminal, e, ao nosso sentir, mesmo com sua eficácia suspensa, esse novo modelo de magistrado parece-nos servir de inspiração para embasar a atuação de todo juiz criminal.

Na mesma reforma de 2019, o legislador, como tratamos no tópico anterior, introduziu também o acordo de não persecução penal, que é, segundo Lopes Jr, “...é um poderoso instrumento de negociação processual penal que requer uma postura diferenciada por parte dos atores judiciais, antes forjados no confronto, que agora precisam abrir-se para uma lógica negocial, estratégica, que demanda análise do que se pode oferecer e do preço a ser pago (*prêmio*), do timing da negociação, da arte negocial.”⁷¹³.

Em vista disso, não podemos olvidar, portanto, que o processo penal brasileiro possui marcadamente uma tradição *conflituosa*, fato que, de acordo com Fischer, acarreta a muitos a ideia de que qualquer acordo de natureza penal “violaria e iria de encontro aos ‘princípios e garantias.’”⁷¹⁴.

Em decorrência da frutificação do modelo de *justiça negociada* em nosso processo penal, temos que o papel do juiz nesse novo cenário é o de ser garantidor da máxima eficácia dos direitos do acusado. Sua missão no acordo de não persecução penal é controlar para que a imposição de qualquer condição ao imputado, ainda que consentida, ocorra legitimamente e em conformidade com as garantias constitucionais que lastreiam o devido processo penal.

Dito isso, neste trabalho, não temos a pretensão de analisar de maneira exauriente cada uma das garantias que formam o devido processo penal, de maneira que buscaremos abordar a seguir, de forma breve, as garantias fundamentais que entendemos serem mais relevantes para nortear trabalho do juiz (seja o das *garantias* ou não), no efetivo controle judicial sobre os acordos de não persecução penal.

⁷¹² AMBOS, Procedimiento... op. cit., p. 435.

⁷¹³ LOPES JR., **Direito**... op. cit., p. 220.

⁷¹⁴ FISCHER, Douglas. Apontamentos sobre algumas questões relevantes do acordo de não persecução penal – ANPP. In: SALGADO, Daniel de Resende; KIRCHER, Luis Felipe Shneider; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro (coords.). **Acordos penais, cíveis e administrativos**. São Paulo: Editora JusPdivm, 2022, p. 373.

4.2.2. O controle das garantias fundamentais no ANPP

Ao assumirmos que o processo penal moderno é tutelado constitucionalmente, e deixou de ser um instrumento do Estado para o exercício do *ius puniendi*, para se tornar um instrumento de proteção do indivíduo contra o abuso do poder estatal, enalteçemos que a função do juiz é exercer o efetivo controle sobre a persecução penal, com objetivo de evitar a negativa e a violação de bens jurídicos fundamentais.

Com efeito, a renúncia a direitos e garantias fundamentais pelo seu titular nos institutos de *justiça negociada* está amparada na autonomia do indivíduo e na liberdade que ele detém em exercitá-la, ou não. Por sua vez, trata-se de uma “liberdade protegida”⁷¹⁵, pois, de acordo com a lição de Alexy, “quando se fala em direitos fundamentais como ‘direito de defesa’, quer-se, em geral, fazer referência aos direitos, contra o Estado, a ações negativas que protegem liberdades fundamentais.”⁷¹⁶

A lógica da *justiça negociada*, na qual está inserido o acordo de não persecução penal, é fundada na renúncia pelo indivíduo ao exercício pleno das garantias expressas na cláusula do devido processo penal, e a direitos fundamentais formadores do Estado Democrático de Direito⁷¹⁷. Essa renunciabilidade, pelo particular, não passa ao largo de severas críticas daqueles que não concordam com insubmissão do arguido ao processo tradicional *conflituoso*, e com a consequente resolução do conflito penal pela submissão consentida à sanção penal acordada⁷¹⁸.

Traduzido do modelo estadunidense de justiça⁷¹⁹, cuja configuração permite às partes maior protagonismo na resolução do conflito penal, houve no Brasil uma tendência inicial de transportar para o acordo de não persecução penal a lógica dos negócios jurídicos privados⁷²⁰, nos quais há primazia da autonomia da vontade das partes na resolução do conflito⁷²¹, calcada em conceitos de discricionariedade privada, e na ampla autonomia das partes em

⁷¹⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva, da 5. ed. alemã. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 232-233.

⁷¹⁶ *Ibid.*, p. 234.

⁷¹⁷ KARAM, **Juizados...** op. cit., p. 42.

⁷¹⁸ Nesse sentido: LOPES JR, **Introdução...** op. cit., p. 133-142; KARAM, **Juizados...** op. cit., p. 23-51; JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, P.S.M.C. **Direito processual penal: estudos e pareceres**. 14. ed. Salvador: JusPodvim, 2016.p. 592-596; PRADO, Geraldo. **Transação penal**. 2. ed., rev., atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 189,

⁷¹⁹ Cf. p. 54, capítulo 2.2.1.1, *supra*.

⁷²⁰ Nesse sentido: SOUZA; DOWER, **Algumas respostas...** op. cit., p. 161; BARROS, Francisco Dirceu. **Acordos criminais**. 2. ed., rev. e atual. Leme: Editora Mizuno, 2021, p. 69.

⁷²¹ Conforme leciona Dinamarco, no processo civil há “...essencial distinção entre atos de poder, que atingirão a esfera jurídica de pessoas diferentes de quem realiza; e atos de vontade, ou negócios jurídicos, que se destinam à autorregulação de interesses e são realizados pelos próprios titulares destes (autonomia da vontade)”. Cf. DINAMARCO, **Instituições...** op. cit., p. 214.

abandonarem a posição de resistência e encerrarem o conflito por meio de acordo que considerem justo ou possível⁷²².

A tendência de transportar para o processo penal a lógica dos negócios jurídicos privados, em que as partes detêm notável liberdade e autonomia⁷²³, como meio de facilitar a autocomposição⁷²⁴ envolveu, inicialmente, até mesmo a malfadada tentativa de negativa da garantia de acesso à jurisdição criminal, consoante expusemos no subcapítulo 3.3.1.1 deste trabalho, por entenderem alguns que as condições previstas para celebração do acordo de não persecução penal não se materializariam em sanções penais⁷²⁵.

Apesar das condições previstas são serem tidas como pena, por certo elas têm caráter punitivo, e acarretam a concretização antecipada do poder de punir⁷²⁶, além do fato de sua aceitação estar ligada à renúncia a garantias e direitos fundamentais, razão pela qual o legislador brasileiro optou por tornar obrigatório o controle judicial na homologação do acordo. Repete-se, aqui, o que ocorre em países cuja cultura jurídica se assemelha à do Brasil, a exemplo do que vimos nos institutos da *compositon* francesa⁷²⁷ e da *suspensão provisória do processo* em Portugal⁷²⁸.

Ao impor a obrigação da análise judicial, verificamos que o legislador deu efetividade à garantia de inafastabilidade da jurisdição⁷²⁹ que, também, deve ser competente, de onde decorre a aplicação da garantia do juiz natural⁷³⁰.

Dessa maneira, entendemos que a assertiva - que considera a lógica dos acordos no processo penal como incompatível com o regime do devido processo penal - equivoca-se ao não considerar a inafastabilidade da tutela judicial sobre os acordos, a qual não é renunciável. Assim, a submissão do indivíduo às condições do acordo de não persecução penal

⁷²² Cf. tópico 2.2.1, supra.

⁷²³ Cf. ZILLI, Tudo... op. cit., p. 96.

⁷²⁴ NERY JUNIOR; NERY, **Código**... op. cit., p. 688.

⁷²⁵ SUXBERGER, Antonio. Acordo de não persecução penal: reflexão a partir da inafastabilidade da tutela jurisdicional. In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (Orgs.). **Acordo de não persecução penal**. Salvador: Editora JusPodvim, 2017, p. 105-106.

⁷²⁶ KARAM, **Juizados**... op. cit., p. 48-49.

⁷²⁷ Cf. p. 64, capítulo 2.2.2.

⁷²⁸ Cf. p. 76, capítulo 2.2.3.

⁷²⁹ TUCCI, **Direitos**... op. cit., p. 60

⁷³⁰ “O acesso do membro da coletividade à Justiça Criminal reclama, também, como garantia inerente ao due process of law, especificada ao processo penal (devido processo penal) a pré-constituição de órgão jurisdicional competente, sintetizada, corretamente, na dicção do juiz natural. Não obstante as dúvidas experimentadas por alguns autores que ocuparam do tema, verdade é que o indivíduo envolvido num *persecutio criminis* só pode ser validamente processado e julgado por agente do Poder Judiciário – juiz ou tribunal – dito ‘autêntico’; (...)” TUCCI, **Direitos**... op. cit., p. 101.

não se faz com a dispensa da tutela jurisdicional, pois sobre ele – o acordo – recai o controle judicial.

Nessa linha, consoante todo ato jurídico, a primeira análise que deve ser feita pelo juiz na proposta de acordo de não persecução penal é a relacionada à sua constitucionalidade⁷³¹, explicitada pela inafastabilidade da jurisdição competente, e decorrente do devido processo penal, cujo fenômeno da principiologização encarregou ao magistrado a tarefa de dirigir a aplicação dos princípios e de determinadas políticas públicas⁷³², dentre elas a realização de política criminal.

Nessa linha, ao ser chamado para o exercício do controle judicial, é necessário que o juiz analise o caso, cuja solução se pretende dar por meio de acordo entre as partes, por meio da utilização do método estabelecido por Ferrajoli, consubstanciado em quatro aspectos ou dimensões do poder judicial: a) poder de denotação ou verificação jurídica; b) poder de comprovação provatória ou de verificação fática; c) poder de conotação ou de discernimento equitativo e, d) poder de valoração ou de disposição ético-política⁷³³.

Em breve síntese, as duas primeiras dizem respeito ao controle exercido pelo juiz na análise de verificabilidade jurídica e fática da conduta que está sendo imputada, e se essa conduta é típica, bem como se fatos trazidos nos autos podem ser verificados (ou refutados) por intermédio de elementos de informação que sejam aptos a demonstrar o resultado lesivo e a culpabilidade do agente⁷³⁴.

Por sua vez, a equidade prescreve ao juiz a compreensão equitativa dos fatos (e do acusado), o que lhe permite analisar e valorar cada caso para além dos elementos constitutivos do delito preestabelecidos em lei, mas, também, por meio de suas circunstâncias específicas e características acidentais não previstas em lei (poder de conotação). Essa concepção possibilita ao magistrado avaliar com distinção casos com características idênticas, mas que são diversos, quando verificadas as suas individualidades. Assim, o poder de conotação se liga ao fato de que o juiz não julga o tipo de delito, mas o caso concreto, singular e entendido dentro de suas especificidades⁷³⁵, que, também, possui como critério o princípio do *favor rei*⁷³⁶.

⁷³¹ BIZZOTTO; SILVA, **Acordo...** op. cit., p. 134.

⁷³² BARBOSA, Paulo Roberto Fonseca. **O poder complementar dos juízes**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2015, p. 35.

⁷³³ FERRAJOLI, **Direito e razão...** op. cit., p. 112.

⁷³⁴ *Ibid.*, p. 116-121.

⁷³⁵ FERRAJOLI, **Direito e razão...** op. cit., p. 148-158

⁷³⁶ De acordo com Bettiol, o princípio do “favor rei” é o princípio básico de toda a legislação processual penal de um Estado, inspirado na vida política e no seu ordenamento jurídico fundado em um critério superior de

Por fim, a dimensão do poder de disposição é, sem dúvida, a mais preocupante, por possibilitar uma perigosa e ilegítima discricionariedade, que independe da vontade do juiz. Essa dimensão é uma consequência da utilização de expressões indeterminadas e antinomias semânticas pelo legislador, que acaba por acarretar a inverificabilidade fático-jurídica dos termos que levaram à formação do juízo penal, fato que, inevitavelmente, abre espaço para arbitrariedade política das decisões judiciais. Deste modo, na concepção de Ferrajoli, para atenuar essa liberdade, os juízes devem pautar sua atuação calcados nos princípios gerais do ordenamento (*v.g. in dubio pro reo*), os quais têm por efeito orientar as decisões e torná-las controláveis⁷³⁷.

Dessa maneira, reputamos que a atuação do juiz criminal, escrutinada sob o prisma das dimensões dos poderes judiciais concebidas por Ferrajoli, deve ser fundada na verificação e aplicação das garantias constitucionais no acordo de não persecução penal.

Nesse sentido, cabe ao julgador analisar a proposta, com base nos fatos que podem ser verificados nos elementos de informação constantes nos autos, os quais devem demonstrar o resultado e a culpabilidade do ato lesivo, e a valoração desse conjunto de informações é decorrente da garantia da motivação dos atos decisórios⁷³⁸. Assim, temos que a confissão do imputado não pode ser utilizada para outros fins que não seja o cumprimento de um requisito para aceitação da proposta.

Deve também o juiz exercer o controle judicial sobre o respeito à garantia da ampla defesa, o que envolve a verificação, deve também verificar se já durante a fase investigatória foi permitida participação ativa da defesa técnica, quais sejam: assegurado a possibilidade de requer diligências, o amplo acesso ao teor da investigação (decorrente do direito à informação), pois, conforme nos ensina Saad, “a partir da instauração do inquérito policial inúmeros atos que acarretam restrição a direitos, constitucionalmente assegurados podem ocorrer em desfavor do acusado...”⁷³⁹.

liberdade. Desta forma, no conflito entre o *ius puniendi* do Estado, e do *ius libertatis* do acusado de outro, deve haver preeminência a favor da liberdade. Cf. BETTIOL, Giuseppe. **Instituciones de Derecho Penal y Procesal**. Trad. Faustino Gutiérrez-Alviz y Conradi. Barcelona: Bosch, 1977, p. 262.

Por sua vez, segundo Bonfim, o princípio do “favor rei” tem por fundamento a presunção de inocência, sendo que, no Estado de Direito, deve ser privilegiada a liberdade em detrimento da pretensão punitiva. Além disso, também o princípio do “in dubio pro reo” seria uma manifestação do “favor rei”, de modo que ao juiz, realizada atividade probatória, e havendo dúvida quanto a culpa do réu, é vedada a imposição de condenação. Cf. BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 47-48

⁷³⁷ FERRAJOLI, **Direito e razão...** op. cit., p. 148-158.

⁷³⁸ Da motivação das decisões judiciais, decorre a atividade da valoração pelo julgador, do conjunto elementos recolhidos, a fim de verificar sua aptidão a servir de fundamento para decisão sobre a veracidade de determinado fato. Cf. GOMES FILHO, **Direito...** op. cit., p. 159-160.

⁷³⁹ SAAD, Marta. **O direito de defesa do inquérito policial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 199.

A partir da garantia constitucional da igualdade das partes no processo penal, da qual decorre a institucionalização da paridade de armas, se à acusação é garantida a possibilidade de produzir provas, por isonomia, não se pode negar o mesmo direito à defesa que também tem interesse em esclarecer corretamente os fatos. Daí a pertinência da criação do *juiz de garantias* (cuja vigência está suspensa, lembramos), pois, além do legislador vedar-lhe a iniciativa probatória, em substituição probatória ao órgão da acusação (art. 3º-A, CPP), permitiu-lhe decidir sobre o requerimento de produção antecipada de provas (art. 3º-B, inciso VII, CPP), e deferir pedido de admissão de assistente técnico para acompanhar a produção de perícia (art. 3º-B, inciso XVI, CPP), além de ter competência sobre todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo (art. 3º-C, CPP).

Dando efetividade à garantia da ampla defesa, o legislador consignou o dever de o *juiz de garantias* ser informado sobre a instauração de qualquer investigação criminal (art. 3º-B, inciso IV, CPP). Em linhas gerais, decorre desse dever a possibilidade de desenvolvimento da investigação defensiva, regulamentada pelo Provimento nº 188/2018, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil⁷⁴⁰, cujas informações obtidas também são aptas a serem utilizadas tanto pela defesa, quanto pela acusação, uma vez que deverão ser comunicadas e analisadas pelo *juiz das garantias*⁷⁴¹.

⁷⁴⁰ OAB. Ordem dos Advogados do Brasil. Disponível em: < <https://www.oab.org.br/leisnormas/legislacao/provimentos/188-2018> > Acesso em 20 abr. 2022

⁷⁴¹ Nesse sentido, Capez: “Mesmo não tendo força legal, o Provimento 188 serve como diretriz de atuação dos advogados, passando a estes a responsabilidade pelo sigilo das informações colhidas, garantindo ao cidadão o respeito aos seus direitos fundamentais (dignidade, privacidade, intimidade) – art. 5º do Provimento. Para que as informações obtidas sejam publicadas, será indispensável a anuência expressa do investigado (Provimento 188, art. 6º, parágrafo único) e em observância à Lei 13.964/19 todos os atos deverão ser comunicados ao juiz de garantias. Se as provas e os documentos particulares são aptos ao oferecimento de denúncia, também devem ser para a instruir a defesa, afinal de contas a verdade é uma só, esteja com a acusação, esteja com a defesa e toda prova que ajudar a esclarecê-la deve ser considerada.” (CAPEZ, Fernando. *Investigação defensiva e princípio da ampla defesa*. **Conjur**, 19 ago. 2021. Disponível em: <

Com efeito, entendemos que, para que seja possível a proposta de acordo de não persecução penal, a investigação deve estar madura o suficiente de modo a permitir que o Ministério Público ofereça a denúncia. Nessa linha, o juiz criminal deve observar se ao indivíduo foi oportunizado, desde o início da investigação, o pleno exercício do seu direito de defesa, com todos os meios e recursos a ele inerentes⁷⁴², como meio de assegurar a garantia do processo acusatório.

Diante do exposto, reafirmamos que, embora a vigência do *juiz das garantias* esteja suspensa, sua instituição pela Lei nº 13.964/2019 encontra elevada importância a servir de inspiração – e não obstaculização – para que as suas competências delineadas pelo legislador sejam aplicadas por qualquer juiz criminal, pois, conforme mencionamos, a Constituição Federal de 1988 concebeu o papel do magistrado para ser um controlador da legalidade da investigação e protetor das garantias individuais.

Portanto, concluímos que o controle judicial sobre o acordo de não persecução penal deve ser exercido à luz da efetiva proteção aos direitos e garantias fundamentais, e cabe ao juiz criminal anuir na aplicação do instituto, somente nos casos em que esteja convencido de que as condições pactuadas pelas partes são legítimas, e o indivíduo teve respeitadas e efetivadas as garantias que fundam a cláusula do devido processo penal, o que, também, legitima o poder punitivo do Estado operacionalizado por meio do acordo.

⁷⁴² Conforme leciona Tucci, a garantia da ampla defesa deve ser efetivada em sua plenitude desde a fase pré-processual da investigação criminal, até o final do processo de conhecimento ou de execução. Cf. TUCCI, **Direitos...** op. cit., p. 154-155.

5. CAPÍTULO 05 – OS ALCANCES E LIMITES DO CONTROLE JUDICIAL NO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

5.1. CONTROLE JUDICIAL NAS DIFERENTES ETAPAS DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

De acordo com o exposto no capítulo anterior, a nova ordem constitucional pós 1988 conduziu os juízes ao novo papel na persecução penal, e desvinculou-os da figura central da persecução penal outrora desenhada para dar-lhes a incumbência de, como expectador equidistante, conduzir a regularidade processual de modo a tutelar os direitos e garantias constitucionais dos indivíduos, e a preservar a igualdade entre as partes.

Diferentemente do que ocorreu nos institutos da suspensão condicional do processo e da transação penal, introduzidos naquela que foi a primeira onda de *justiça negociada* brasileira, o legislador, ao estabelecer o procedimento para o acordo de não persecução penal, fê-lo, ao nosso ver, porque o harmonizou ao almejado sistema acusatório prescrito na Carta de 1988, de maneira que preservou a equidistância e a imparcialidade do juiz na entabulação da negociação do acordo, conferindo às partes maior protagonismo na resolução do conflito penal.

Assim, na arquitetura do acordo de não persecução penal, os juízes não participam das negociações das condições – que cabe exclusivamente às partes –, e são chamados a intervir somente quando a proposta de acordo estiver formalizada, momento em que exercerá seu papel constitucional de filtrar o pacto entabulado entre Ministério Público e defesa.

Esse afastamento do juiz da fase negocial, com atuação focada na sindicabilidade da proposta, ou seja, à *posteriori* da entabulação do acordo, em muito se assemelha à atuação dos magistrados em outro mecanismo de *justiça negociada*: a colaboração premiada⁷⁴³. Apesar de notadamente possuírem natureza jurídica distinta, essa semelhança, ao nosso ver, demonstra uma mudança de concepção do legislador, a qual abriu maiores espaços ao protagonismo das partes.

Essa alteração de pensamento resta mais evidente quando comparamos os mecanismos introduzidos pela Lei nº 9.099/95, que foi a primeira onda negociada brasileira, quando coube ao juiz exercer a fiscalização e a condução das negociações entre as partes.

⁷⁴³ Conforme se extrai do § 6º, do art. 4º, da Lei nº 12.850/2013, o juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração.

Por certo que essa mudança de postura do legislador - o qual, na verdade, apenas aplicou o desenho constitucional da atuação dos juízes, o que proporcionou às partes uma maior abertura de espaços e de possibilidades para resolverem entre si o conflito penal - suscitou algumas interpretações de intérpretes do Direito, os quais passaram a enxergar no papel do juiz nos institutos de *justiça negociada* como um mero chancelador de acordo; assim, caberia aos magistrados proceder uma *conferência estritamente formal* sobre o acordo firmado entre as partes⁷⁴⁴.

No acordo de não persecução penal brasileiro as tratativas entre acusação e defesa, em regra, devem ocorrer fora do judiciário, razão pela qual o instituto tem natureza extraprocessual⁷⁴⁵. Uma vez negociadas e fixadas as condições, e formalizada a proposta, o negócio jurídico entabulado entre as partes detêm, até esse momento, pressupostos aptos a lhe conferirem *existência e validade*⁷⁴⁶.

Todavia, para que o negócio tenha *eficácia*, ou seja, para que tenha algum efeito e possa ser cumprido, faz-se necessária a chancela judicial, que decorre da homologação, sem a qual, conforme afirmam Bizzotto e Silva, “tudo que se realizou não passa de um esboço de acordo que não tem valor legal para efeitos processuais penais. É um nada jurídico penal.”⁷⁴⁷.

Essa necessidade de homologação do acordo para conferir-lhe *eficácia* não é uma exclusividade do sistema jurídico brasileiro. Conforme vimos no subcapítulo 2.2.1.1, no qual analisamos o instituto estadunidense do *deferred prosecution agreement*, nem mesmo naquele modelo, notoriamente reconhecido pelos amplos espaços de disponibilidade e poderes as partes detêm para negociar a resolução do conflito penal, o sistema jurídico desincumbiu os magistrados de sindicarem os acordos e verificar se eles não são abusivos. Conforme visto, no modelo norte-americano o controle judicial visa a proteger o sistema processual, de modo que a decisão homologatória confere efetividade ao acordo empregando-lhe um “selo de aprovação”⁷⁴⁸.

⁷⁴⁴ Vide, subcapítulo 3.1.4.1, *supra*

⁷⁴⁵ Nesse sentido: SILVA; BIZZOTTO, **Acordo...** op. cit., p. 139.

⁷⁴⁶ Conforme entendimento de Cabral, o acordo de não persecução penal constitui negócio jurídico de natureza extraprocessual, de modo que prescinde dos pressupostos da existência, consubstanciado no consentimento livre e informado das partes e de validade, ou seja, o acordo deve ser celebrado em conformidade com as regras jurídicas. Cf. CABRAL, **Manual...** op. cit., p. 139-148.

⁷⁴⁷ SILVA; BIZZOTTO, **Acordo...** op. cit., p. 62.

⁷⁴⁸ Vide, nota 210, *supra*.

No mesmo sentido, quando analisamos os sistemas jurídicos de tradição *civil law*⁷⁴⁹, em maior ou menor grau, os países analisados dotaram seus magistrados de poderes para controlar judicialmente os acordos entabulados entre as partes e, também, naquelas jurisdições as negociações entre as partes não podem ser efetivadas sem a homologação ou concordância dos juízes.

Nesse sentido, no instituto português da *suspensão provisória do processo*, em que se estabeleceu o chamado consenso alargado, o qual prevê que, além das partes, deve haver concordância do juiz para que o acordo prospere. Compete ainda ao magistrado lusitano sindicá-la proposta, pois, apesar de as *injunções ou regras* acordadas não possuírem índole penal, suas características são um limitador de garantias e direitos individuais, e sua aplicação é uma função típica do poder judiciário e do Ministério Público⁷⁵⁰.

Retornando à análise do instituto brasileiro, porquanto tudo que afirmamos até o momento, no acordo de não persecução penal o papel do juiz é o exercício do controle judicial da proposta.

O caminho a ser percorrido pelo juiz tem início pelo controle da propositura (ou não) do acordo. Ultrapassada essa fase, passa-se então ao controle do cabimento do acordo; e cabe, então, ao magistrado verificar os pressupostos legais autorizadores do cabimento do acordo, ao sindicá-la cada um dos requisitos objetivos e subjetivos previstos na legislação. Se a proposta respeitar os pressupostos, tem início a fase destinada ao controle dos requisitos da voluntariedade e legalidade, com a verificação das condições e renúncias que foram estabelecidas entre as partes.

Se do efetivo controle judicial todas as barreiras foram ultrapassadas positivamente, então o juiz passa à decisão homologatória fundamentada da proposta de acordo de não persecução penal.

Por outro lado, em alguns casos, o juiz, ao perpassar por todas as barreiras legais que lhe competem no controle da proposta, poderá aferir que o acordo não é admissível no caso concreto, momento em que deverá recusar a sua homologação. A razão pela qual se deu a recusa, por certo, deverá ser fundamentada, e o seu conteúdo definirá o destino da proposta.

Caso a recusa da homologação tenha se dado por algum motivo sanável, o legislador permitiu que aos juízes a devolução dos autos para o Ministério Público, para que, juntamente com a defesa e o acusado, possam reformular a proposta.

⁷⁴⁹ Vide, Capítulo 2, *supra*

⁷⁵⁰ Vide, subcapítulo 2.4.1.1, *supra*.

Por outro lado, em se tratando de casos em que a recusa na homologação se deu em razão de vício irreparável, cabe ao magistrado externar justificadamente os motivos que o levaram à rejeição da proposta e a razão pela qual ela não pode ser reformulada. Nesta quadra, a fundamentação da recusa, além de atender à garantia da motivação (art. 93, IX, CF), também permite que as partes conheçam, ainda que minimamente, os argumentos da decisão e possam refutá-la por meio da via recursal⁷⁵¹.

Diante do exposto, feita essa breve síntese do controle judicial nas variadas etapas do acordo de não persecução penal, passaremos à análise mais detida dos caminhos que serão perpassados pelo juiz para analisar os planos de existência e validade da proposta, até que seja possível conferir eficácia ao acordo.

Mas antes disso, entendemos ser necessária uma verificação, que não se pretende exaustiva, sobre a controvertida possibilidade de aplicação retroativa do instituto, em especial nas ações penais que já estavam em curso após a sanção da Lei nº 13.964/2019, em 23 de janeiro de 2020. Entendemos que essa análise deva ocorrer nesse momento, pois a sua conclusão poderá ter efeito quando formos analisar os alcances e limites do controle judicial no acordo de não persecução penal.

5.1.1. Leis mista e direito intertemporal: Aplicação retroativa do acordo de não persecução penal

O mecanismo do acordo de não persecução penal foi inserido pelo legislador no art. 28-A, do Código de Processo Penal, na fase pré-processual, na qual notoriamente estão compreendidos o final das investigações, notarialmente o inquérito policial e os procedimentos investigatórios criminais⁷⁵².

O primeiro ponto que entendemos ser relevante é o da terminologia empregada pelo legislador. A escolha do nome do instituto como acordo de não *persecução* penal, como bem explicam Bizzotto e Silva, “sugere que não existe uma persecução penal com a realização do acordo criminal em discussão”⁷⁵³.

Com efeito, conforme a lição de Frederico Marques, a *persecução*⁷⁵⁴ tem início com a notícia do crime, da qual resulta o “desencadeamento da *persecutio criminis* com a prática

⁷⁵¹ SILVA; BIZZOTTO, *Acordo...* op. cit., p. 152.

⁷⁵² Cf. GEBRAN NETO; ARENHART; MARONA, *Comentários...* op. cit., p. . 230-231

⁷⁵³ SILVA; BIZZOTTO, *Acordo...* op. cit., p. 42.

⁷⁵⁴ Conforme se extrai do entendimento de Placido e Silva a palavra *persecução* é derivada do latim *persecutione*, sendo empregada para exprimir o ato de “*perseguição*”, vocábulo este que de derivou de

dos atos investigatórios que constituem a *informatio delicti*. Somente depois desses atos prévios de informação sobre o fato delituoso é que o Ministério Público apresenta a denúncia, e, propõe, assim, a ação penal, para instaurar-se a relação processual.”⁷⁵⁵.

Nessa esteira ainda, segundo o magistério de Tourinho Filho, a *persecutio criminis* se desenvolve em dois instantes: o primeiro na fase destinada a investigar o fato criminoso, cujo exemplo utilizado pelo autor é o inquérito policial; e o segundo se dá com a conclusão da investigação, quando o Ministério Público promove a ação penal, para levar ao conhecimento do juiz a notícia sobre a prática da infração penal e seu autor, o que resulta em um pedido de julgamento⁷⁵⁶.

Assim a *persecução penal* se desenvolve em dois momentos distintos, o primeiro na fase pré-processual e o segundo na fase processual. Ocorre que o legislador, ao implementar o acordo de não persecução penal, não fez qualquer ressalva, ou impôs barreiras, nem determinou expressamente em qual fase da *persecutio criminis* a utilização do mecanismo estaria obstada e em qual delas seria permitido.

Sob este aspecto, importante destacar desde já que a aplicabilidade do instituto para casos em que a denúncia já tiver sido oferecida e a ação penal já estiver em curso, quando da entrada em vigor da Lei nº. 19.964/2019, em 23 de janeiro de 2020, desencadeou controvérsia doutrinária e jurisprudencial ainda não definida, de maneira que analisaremos a propositura do acordo, também para os casos em que a ação penal já estiver em andamento.

Em sua concepção, o acordo de não persecução penal é negócio jurídico processual, no qual as partes, desde que preenchidos os requisitos legais, celebram entre si acordo composto de condições, cuja finalidade é a ação penal. Uma vez homologado o acordo e cumpridas as condições acordadas, haverá declaração judicial e extinção da punibilidade. Diferentemente do instituto da colaboração premiada, que é definida como meio de obtenção de prova, e visa o incremento do aparato investigatório estatal, o ANPP, assim como a suspensão condicional do processo e a transação penal, tem outra finalidade: a exclusão completa do processo⁷⁵⁷.

persecutio, em sua origem latina e é tomado como a ação de perseguir em justiça. Cf. SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 24. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 1034.)

⁷⁵⁵ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. São Paulo: Editora Forense, 1965, v II, p. 122-123.

⁷⁵⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de processo penal comentado**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 34-37.

⁷⁵⁷ VASCONCELLOS, **Acordo de não...** op. cit., p. 39.

E é justamente pela interpretação de que instituto visa a uma alternativa *ao processo*, compreendido com a segunda fase da persecução penal, que se instalou a controvérsia sobre a aplicação retroativa do acordo de não persecução penal.

Conforme magistério de Moura e Saad, “o acordo de não persecução penal tem caráter misto, de norma processual penal, mas também penal, em razão da consequência de extinção da punibilidade decorrente do cumprimento integral das condições acordadas, conforme prevê o art. 28-A, caput, do Código de Processo Penal.”⁷⁵⁸.

Ainda segundo o magistério das autoras, o “caráter misto, penal e processual penal” da norma que estabeleceu o ANPP gerou dúvidas quanto ao estágio processual até o qual será admitida a propositura do acordo: se apenas até o recebimento da denúncia; se depois do recebimento da denúncia, mas somente até antes da prolação da sentença; se durante o processamento do recurso de apelação ou a até mesmo depois, porém antes do trânsito em julgado, ou até mesmo depois de certificado o trânsito em julgado de uma sentença condenatório, em razão do art. 2º, do CPP⁷⁵⁹.

No âmbito da doutrina, há corrente que entende que o caráter misto do art. 28-A do CPP não lhe empresta retroatividade, ainda que o art. 2º do CPP atribua à lei de caráter processual aplicação imediata, uma vez que o mecanismo do acordo de não persecução penal não poderia ser operado para obstar procedimentos já em curso.

Exemplo desse entendimento pode ser encontrado no magistério de Ferreira Lima: “É precisamente esta hipótese aqui discutida: não há como aplicar-se a regra do art. 28-A do CPP aos processos em andamento, pois esta situação de fato, depois de instaurada a instância penal com o oferecimento da denúncia, não mais condiz com a natureza do instituto e fere sua própria *ratio*, que é a abstenção da propositura da ação (com todas as consequências daí decorrentes), inclusive brevidade e economia processuais.”⁷⁶⁰.

Outra corrente extrai outros elementos da própria norma que indicariam que a não retroatividade do acordo de não persecução penal foi uma *opção* do legislador. Destes posicionamentos, destacamos a interpretação de Douglas Fischer, para quem disposições constantes no bojo do artigo 28-A do CPP são um indicativo de que o ANPP não poderia ser aplicado nas ações penais já em curso. Para demonstrar que o acordo foi criado para

⁷⁵⁸ MOURA; SAAD, Acordo... op. cit., p. 399.

⁷⁵⁹ Ibid., p. 399-400.

⁷⁶⁰ LIMA, Marco Antônio Ferreira. Da eficiência da justiça consensual diante dos acordos de não persecução penal. In: ARANHA FILHO, Adalberto José Q. T.; MAGNO, Levy Manoel; CURY, Rogério (coords.). **Temas atuais de direito penal e direito processual penal**. São Paulo: Editora Rideel, 2021, p. 206.

situações em que a *denúncia não tiver sido recebida*, o autor funda sua compreensão em algumas premissas⁷⁶¹.

Nessa linha, segundo Douglas Fischer: o comando *não é caso de arquivamento*, previsto no *caput*, do art. 28-A do CPP, conjugado com estabelecido do § 8º do mesmo artigo, o qual estabelece que, nos casos em que for *recusada a homologação*, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para complemento das investigações, *ou o oferecimento da denúncia* seria um indicativo da não retroatividade. Sob outro giro, o autor destaca que a situação do ANPP é “bem diversa da situação da suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei 9.099/95), em que há ajuste para a suspensão do processo (embora não se admita ‘culpa’ para tais fins de suspensão, algo que deverá ser feito para fins do acordo de não persecução penal – o pretense beneficiário precisa confessar a prática da infração penal).”⁷⁶²

Mesmo no âmbito de órgãos superiores e de apoio do Ministério Público, foram elaboradas orientações aos Membros da instituição que divergem sobre a admissibilidade do oferecimento de acordo de não persecução penal nas ações penais já em curso⁷⁶³.

Com efeito, a discussão acerca da aplicação retroativa do acordo de não persecução penal aos casos em que a denúncia tivesse sido oferecida chegou aos Tribunais Superiores.

Inicialmente, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça entendeu que, dado o caráter de *norma de natureza jurídica mista e mais benéfica ao réu*, *ela deve retroagir em seu benefício em processos não transitados em julgado*. Desta forma, os autos deveriam ser baixados para o juízo de origem para que ele suspendesse a ação penal e procedesse a intimação do Ministério Público sobre a eventual propositura do acordo de não persecução penal⁷⁶⁴.

⁷⁶¹ FISCHER, Douglas. Não cabe acordo de não persecução penal em ações penais já em curso. **Meu site jurídico MSJ.**, 11 jul. 2020. Disponível em: <<https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2020/07/11/nao-cabe-acordo-de-nao-persecucao-em-acoes-penais-em-curso/>> Acesso em: 08 maio 2022.

⁷⁶² FISCHER, Não cabe acordo.. op. cit.

⁷⁶³ Nesse sentido a Orientação Conjunta nº 03/2018, do Ministério Público Federal, item 8: “Admite-se o oferecimento de acordos de não persecução penal no curso da ação penal, podendo ser dispensada, nessa hipótese, a instauração de PA, caso a negociação seja realizada nos próprios autos do processo. Nessa hipótese, deverá ser requerido ao juízo o sobrestamento da ação penal. (BRASIL. Ministério Público Federal. **ORIENTAÇÃO CONJUNTA Nº 03/2018**... op. cit.); Em sentido contrário, o Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais, por meio do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal, emitiu o seguinte enunciado: “Cabe acordo de não persecução penal para fatos ocorridos antes da vigência da Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia”. (Disponível em: <https://www.cnpq.org.br/images/arquivos/gndh/documentos/enunciados/GNCCRIM_Enunciados.pdf> Acesso em 07.05.2022)

⁷⁶⁴ Conforme se verifica no excerto do acórdão a seguir transcrito: “1. É reconsiderada a decisão inicial porque o cumprimento integral do acordo de não persecução penal gera a extinção da punibilidade (art. 28-A, § 13, do CPP), de modo que como norma de natureza jurídica mista e mais benéfica ao réu, deve retroagir em seu

Por sua vez, os Ministros da Quinta Turma, também do Superior Tribunal de Justiça, estabeleceram entendimento diverso, ao afirmarem que *o acordo de não persecução penal é um negócio jurídico pré-processual* de maneira que não seria possível sua aplicação retroativa⁷⁶⁵. Após esta decisão, a Sexta Turma reviu seu posicionamento, tratado no parágrafo anterior, e fixou entendimento, segundo o qual o ANPP somente seria aplicável aos casos em que não houve recebimento da denúncia⁷⁶⁶.

Não tardou para que a discussão chegasse ao Supremo Tribunal Federal. A Primeira Turma da Suprema Corte adotou entendimento semelhante ao do Superior Tribunal de Justiça, reconhecendo a aplicabilidade do acordo de não persecução penal somente até o recebimento da denúncia⁷⁶⁷.

Por outro lado, o Ministro Gilmar Mendes, da Segunda Turma da Corte Constitucional, ante os entendimentos controvertidos, fixou o julgamento HC 185.193/DF de sua

benefício em processos não transitados em julgado (art. 5º, XL, da CF). 2. Agravo regimental provido, determinando a baixa dos autos ao juízo de origem para que suspenda a ação penal e intime o Ministério Público acerca de eventual interesse na propositura de acordo de não persecução penal, nos termos do art. 28-A do CPP (introduzido pelo Pacote Anticrime - Lei n. 13.964/2019).” (BRASIL. STJ (6. Turma). **AgRg no HC 575395/RN**, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, DJ: 08.09.2020, DJe 14.09.2020).

⁷⁶⁵ Destaca-se do acórdão: “1. O Acordo de Não Persecução Penal consiste em um negócio jurídico pré-processual entre o Ministério Público e o investigado, juntamente com seu defensor, como alternativa à propositura de ação penal. Trata-se de norma processual, com reflexos penais, uma vez que pode ensejar a extinção da punibilidade. Contudo, não é possível que se aplique com ampla retroatividade norma predominante processual, que segue o princípio do tempus regit actum, sob pena de se subverter não apenas o instituto, que é pré-processual e direcionado ao investigado, mas também a segurança jurídica. (...) 4. O Projeto de Lei 882/2019 também previa a figura do "Acordo de Não Continuidade da Ação Penal" - não aprovado pelo Congresso Nacional -, o qual apenas poderia ser proposto após o recebimento da denúncia ou queixa e até o início da instrução processual, o que revela a especificidade de cada instituto, a depender do momento processual. Nessa linha de intelecção, não tendo ocorrido a implementação integrada dos institutos, ou mesmo a indicação de regra de transição, cabe ao Judiciário firmar compreensão teleológica e sistemática, que melhor reflita a coerência e o alcance da norma trazida no art. 28-A do Código de Processo Penal. Assim, é possível sua aplicação retroativa apenas enquanto não recebida a denúncia.” (BRASIL. STJ (5. Turma). **AgRg na PET no AREsp 1664039/PR**, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. DJ: 20.10.2020, DJe: 26.10.2020).

⁷⁶⁶ 1. O art. 28-A do Código de Processo Penal, introduzido pela Lei n. 13.964/2019, que passou a vigorar a partir de 24/01/2020, traz norma de natureza híbrida, isto é, possui conteúdo de Direito Penal e Processual Penal. (...) 3. Se, por um lado, a lei nova mais benéfica deve retroagir para alcançar aqueles crimes cometidos antes da sua entrada em vigor - princípio da retroatividade da *lex mitior*, por outro lado, há de se considerar o momento processual adequado para perquirir sua incidência - princípio *tempus regit actum*, sob pena de se desvirtuar o instituto despenalizador. 4. Ao conjugar esses dois princípios, tem-se que é possível a aplicação retroativa do acordo de não persecução penal, desde que não recebida a denúncia. A partir daí, iniciada a persecução penal em juízo, não há falar em retroceder na marcha processual. 5. Agravo regimental desprovido.” (BRASIL. STJ (6. Turma). **AgRg no HC 628647/SC**, Rel. p/ Acórdão Ministra Laurita Vaz. DJ: 09.03.2021, DJe: 07.06.2021).

⁷⁶⁷ “1. A Lei nº 13.964/2019, no ponto em que institui o acordo de não persecução penal (ANPP), é considerada lei penal de natureza híbrida, admitindo conformação entre a retroatividade penal benéfica e o *tempus regit actum*. 2. O ANPP se esgota na etapa pré-processual, sobretudo porque a consequência da sua recusa, sua não homologação ou seu descumprimento é inaugurar a fase de oferecimento e de recebimento da denúncia. 3. O recebimento da denúncia encerra a etapa pré-processual, devendo ser considerados válidos os atos praticados em conformidade com a lei então vigente. Dessa forma, a retroatividade penal benéfica incide para permitir que o ANPP seja viabilizado a fatos anteriores à Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia.” (BRASIL. STF (1. Turma). **AgR no HC 191464/SC**, Rel. Ministro Roberto Barroso, DJ: 11.11.2020, DJe: 26.11.2020).

Relatoria, ao Plenário Virtual da Corte. Este julgamento se iniciou em 17 de setembro de 2021, porém foi retirado de pauta em razão de pedido de destaque do Ministro Alexandre de Moraes, o que afetou o julgamento ao Tribunal Pleno da Corte⁷⁶⁸.

Apesar disso, a minuta do voto do Ministro Gilmar Mendes foi publicizada, e dela se extrai que o Relator proporia a seguinte tese: “É cabível o acordo de não persecução penal em casos de processos em andamento (ainda não transitados em julgado) quando da entrada em vigência da Lei 13.964/2019, mesmo se ausente confissão do réu até aquele momento. Ao órgão acusatório cabe manifestar-se motivadamente sobre a viabilidade de proposta, conforme os requisitos previstos na legislação, passível de controle, nos termos do artigo 28-A, §14, do CPP”.⁷⁶⁹

Dentre os argumentos invocados pelo Ministro Gilmar Mendes, está o conteúdo material de norma eminentemente processual, que traça um paralelo com outros julgados proferidos pela da Corte no âmbito da Lei nº 9.099/95, dentre os quais rememoramos o julgamento da ADI 1.719, de Relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, no qual o Tribunal Pleno do Supremo se debruçou sobre a constitucionalidade do art. 90, da Lei nº 9.099/95: *as disposições desta Lei não se aplicam aos processos penais cuja instrução já estiver iniciada*.

Com efeito, extrai-se do acórdão que o voto do Relator foi para o fim de “dar interpretação conforme ao art. 90 da Lei 9.099/1995 do caráter intertemporal do dispositivo ora atacado, voto pela confirmação da cautelar, para dar interpretação conforme ao art. 90 da Lei 9.099/1995, de modo a impedir que dele se extraiam conclusões conducentes a negar a aplicabilidade imediatamente e retroativa às normas de direito penal mais favoráveis aos réus contidas nessa lei”⁷⁷⁰.

Anterior a esse julgamento, nos autos do INQ 1055 QO, o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal entendeu que os instrumentos jurídicos trazidos no âmbito da Lei nº 9.099/95 tinham por finalidade criar um *novo modelo* de justiça criminal no país, forjado na ampliação dos espaços de consenso, motivo pelo qual seus efeitos se projetavam sobre os procedimentos penais instaurados em todos os órgãos e tribunais brasileiros⁷⁷¹. Baseado

⁷⁶⁸ BRASIL. STF. HC 185913/DF, Rel. Ministro Gilmar Mendes Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5917032>> Acesso em: 08 maio 2022.

⁷⁶⁹ Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/voto-gilmar-anpp.pdf>>. Acesso em: 08 maio 2022.

⁷⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/Search/sjur6104/false>> Acesso em: 08 maio 2022.

⁷⁷¹ “INQUERITO - QUESTÃO DE ORDEM - CRIME DE LESÕES CORPORAIS LEVES IMPUTADO A DEPUTADO FEDERAL - EXIGÊNCIA SUPERVENIENTE DE REPRESENTAÇÃO DO OFENDIDO ESTABELECIDADA PELA LEI N. 9.099/95 (ARTS. 88 E 91), QUE INSTITUIU OS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS - AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA - NORMA PENAL BENEFICA -

nesse entendimento, a Primeira Turma da Corte Suprema, no julgamento do HC 74.017/CE, confirmou o efeito retroativo das medidas despenalizadoras instituídas pela Lei nº 9.099/95 e anulou acórdão do Tribunal de Justiça do Ceará que havia condenado o réu, sem antes pedir a manifestação do órgão da acusação sobre a admissibilidade da suspensão condicional do processo⁷⁷².

APLICABILIDADE IMEDIATA DO ART. 91 DA LEI N. 9.099/95 AOS PROCEDIMENTOS PENAIIS ORIGINARIOS INSTAURADOS PERANTE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CRIME DE LESÕES CORPORAIIS LEVES - NECESSIDADE DE REPRESENTAÇÃO DO OFENDIDO - AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA. - A Lei n. 9.099/95, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, subordinou a perseguibilidade estatal dos delitos de lesões corporais leves (e dos crimes de lesões culposas, também) ao oferecimento de representação pelo ofendido ou por seu representante legal (art. 88), condicionando, desse modo, a iniciativa oficial do Ministério Público a delação postulatória da vítima, mesmo naqueles procedimentos penais instaurados em momento anterior ao da vigência do diploma legislativo em questão (art. 91). - A lei nova, que transforma a ação pública incondicionada em ação penal condicionada a representação do ofendido, gera situação de inquestionável benefício em favor do réu, pois impede, quando ausente a delação postulatória da vítima, tanto a instauração da persecutio criminis in judicio quanto o prosseguimento da ação penal anteriormente ajuizada. Doutrina. LEI N. 9.099/95 - CONSAGRAÇÃO DE MEDIDAS DESPENALIZADORAS - NORMAS BENEFICAS - RETROATIVIDADE VIRTUAL. - Os processos técnicos de despenalização abrangem, no plano do direito positivo, tanto as medidas que permitem afastar a própria incidência da sanção penal quanto aquelas que, inspiradas no postulado da mínima intervenção penal, tem por objetivo evitar que a pena seja aplicada, como ocorre na hipótese de conversão da ação pública incondicionada em ação penal dependente de representação do ofendido (Lei n. 9.099/95, arts. 88 e 91). - A Lei n. 9.099/95, que constituiu o estatuto disciplinador dos Juizados Especiais, mais do que a regulamentação normativa desses órgãos judiciários de primeira instância, importou em expressiva transformação do panorama penal vigente no Brasil, criando instrumentos destinados a viabilizar, juridicamente, processos de despenalização, com a inequívoca finalidade de forjar um novo modelo de Justiça criminal, que privilegie a ampliação do espaço de consenso, valorizando, desse modo, na definição das controvérsias oriundas do ilícito criminal, a adoção de soluções fundadas na própria vontade dos sujeitos que integram a relação processual penal. Esse novíssimo estatuto normativo, ao conferir expressão formal e positiva as premissas ideológicas que dão suporte as medidas despenalizadoras previstas na Lei n. 9.099/95, atribui, de modo consequente, especial primazia aos institutos (a) da composição civil (art. 74, parágrafo único), (b) da transação penal (art. 76), (c) da representação nos delitos de lesões culposas ou dolosas de natureza leve (arts. 88 e 91) e (d) da suspensão condicional do processo (art. 89). As prescrições que consagram as medidas despenalizadoras em causa qualificam-se como normas penais benéficas, necessariamente impulsionadas, quanto a sua aplicabilidade, pelo princípio constitucional que impõe a *lex mitior* uma insuprimível carga de retroatividade virtual e, também, de incidência imediata. PROCEDIMENTOS PENAIIS ORIGINARIOS (INQUERITOS E AÇÕES PENAIIS) INSTAURADOS PERANTE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - CRIME DE LESÕES CORPORAIIS LEVES E DE LESÕES CULPOSAIS - APLICABILIDADE DA LEI N. 9.099/95 (ARTS. 88 E 91). - A exigência legal de representação do ofendido nas hipóteses de crimes de lesões corporais leves e de lesões culposas reveste-se de caráter penalmente benéfico e torna consequentemente extensíveis aos procedimentos penais originários instaurados perante o Supremo Tribunal Federal os preceitos inscritos nos arts. 88 e 91 da Lei n. 9.099/95. O âmbito de incidência das normas legais em referência - que consagram inequívoco programa estatal de despenalização, compatível com os fundamentos ético-jurídicos que informam os postulados do Direito penal mínimo, subjacentes a Lei n. 9.099/95 - ultrapassa os limites formais e orgânicos dos Juizados Especiais Criminais, projetando-se sobre procedimentos penais instaurados perante outros órgãos judiciários ou tribunais, eis que a ausência de representação do ofendido qualifica-se como causa extintiva da punibilidade, com consequente reflexo sobre a pretensão punitiva do Estado". BRASIL. STF (Tribunal Pleno). **QO no INQ 1055**, Rel. Ministro Celso de Mello, DJ: 24.04.1996, p. 24.05.1996.

⁷⁷² "Habeas Corpus impetrado contra acórdão que, em 13-12-95, sem pedir manifestação do Ministério Público sobre a admissibilidade da suspensão do processo prevista no art. 89 da Lei nº 9.099-95, em vigor desde 27-11-95, confirmou a sentença de 19-6-95, que condenara o paciente a 15 dias de detenção e 50 dias multa, por infringência do art. 330 do Código Penal. Efeito retroativo das medidas despenalizadoras instituídas pela citada Lei nº 9.099 (Precedente do Plenário: Inquérito nº 1.055, D.J. de 24-5-96). Pedido deferido para, anulados o acórdão e a sentença, determinar-se a remessa dos autos da ação penal ao Tribunal Especial Criminal, para a

Na análise da aplicação retroativa do acordo de não persecução penal, nos autos do HC nº 194.677/SP, os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal votaram pela possibilidade de oferecimento do ANPP em uma ação penal já em curso, em especial porque houve mudança fática no curso do processo, o que torna o acordo potencialmente aplicável⁷⁷³.

Da análise feita até aqui, percebemos que há notáveis opiniões diametralmente opostas acerca da aplicação retroativa do acordo de não persecução penal, bem como diante da possibilidade de qual seria o momento processual limítrofe para sua aplicação.

Nesse sentido, ao analisarmos as mudanças que ocorrem quando da entrada em vigor de leis mista, tal como ocorreu na Lei nº 13.964/2019, Zilli leciona que elas “cuidam de dois universos”⁷⁷⁴, uma vez que tratam de normatização que relaciona direito penal material e processual. Neste aspecto, quando trata do instituto que abre novos caminhos através da solução negociada do conflito penal, o autor afirma:

O acordo de não persecução penal abre novas fronteiras de negociação no processo penal que levam à solução do conflito penal sem o uso do processo tradicional. A possibilidade de extinção da punibilidade resultante do cumprimento do acordo escancara o aspecto penal do instituto e da norma que o implementa. (...) Não há outra forma de solucionar o conflito provocado por leis mistas que não passe pela afirmação da prevalência de seus aspectos penais com a consagração do postulado fundamental da retroatividade da lei penal mais benéfica. Ou seja, no exame da lei, as lentes devem concentrar-se no diagnóstico de seus efeitos penais. Se estes implicarem tratamento punitivo mais prejudicial, a aplicação retroativa estará obstada. Se, por outro lado, os ‘reagentes’ revelarem a maior benignidade punitiva, a lei alcançará os fatos pretéritos⁷⁷⁵.

Com relação ao momento limítrofe para a propositura do acordo de não persecução, Zilli compreende que “enquanto pendente a solução do conflito penal, vale dizer, enquanto

aplicação, no que for cabível, do disposto nos artigos 76 e 89 da Lei nº 9.099-95.” BRASIL. STF (1. Turma). **HC 74.017/CE**, Rel. Ministro Octavio Gallotti. DJ: 13.08.1996, p. 27.09.2016.

⁷⁷³ “Habeas corpus. 2. Consoante jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, não cabe ao Poder Judiciário impor ao Ministério Público obrigação de ofertar acordo em âmbito penal. 3. Se o investigado assim o requerer, o Juízo deverá remeter o caso ao órgão superior do Ministério Público, quando houver recusa por parte do representante no primeiro grau em propor o acordo de não persecução penal, salvo manifesta inadmissibilidade. Interpretação do art. 28-A, § 14, CPP a partir do sistema acusatório e da lógica negocial no processo penal. 4. No caso concreto, em alegações finais, o MP posicionou-se favoravelmente à aplicação do redutor de tráfico privilegiado. Assim, alterou-se o quadro fático, tornando-se potencialmente cabível o instituto negocial. 5. Ordem parcialmente concedida para determinar sejam os autos remetidos à Câmara de Revisão do Ministério Público Federal, a fim de que aprecie o ato do procurador da República que negou à paciente a oferta de acordo de não persecução penal.” BRASIL. STF (2. Turma). **HC 194.677/SP**, Rel. Ministro Gilmar Mendes, DJ: 11.05.2021, DJe: 13.08.2021.

⁷⁷⁴ ZILLI, Marcos. Leis mistas e direito intertemporal: leituras a partir da Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime). In: ARANHA FILHO, Adalberto José Q. T.; MAGNO, Levy Manoel; CURY, Rogério (coords.). **Temas atuais de direito penal e direito processual penal**. São Paulo: Editora Rideel, 2021, p. 244.

⁷⁷⁵ ZILLI, Leis mistas... op. cit., p. 244-245.

não produzida a coisa julgada, os novos dispositivos devem ser aplicados, conferindo-se assim, efetividade às novas dimensões político-criminais proclamadas pelo legislador.”⁷⁷⁶

Adotando posição semelhante, Gebran Neto, Arenhart e Marona lecionam que:

Apesar de a natureza processual ser a mais notada, o seu conteúdo material do ANPP não se desapega da norma. A não persecução penal sempre será mais benéfica que uma possível condenação criminal, mesmo quando houver relativa equivalência entre as condições pactuadas consensualmente e as penas restritivas de direito porventura resultantes de eventual condenação. Nessa perspectiva, é razoável que, sob o prisma do art. 5º, XL, da Constituição Federal, seja possível a sua incidência igualmente aos processos em curso, cabendo ao Estado propiciar ao réu a oportunidade de ter sua punibilidade extinta pelo cumprimento dos termos convenacionados. A amenização dos efeitos da conduta delitiva é, assim, incontestável.⁷⁷⁷

Com relação ao marco final para aplicação do acordo, os autores, afirmam ser possível sua utilização “exceto para os casos julgados em definitivo”⁷⁷⁸; do que nós interpretamos se tratar das ações penais que transitaram em julgado. Já Lopes Jr e Josita possuem uma interpretação intermediária quanto à retroatividade do ANPP. Sustentam os ilustres autores que o instituto “aplica-se a todos os processos em curso, ainda não sentenciados até a entrada em vigor da lei.”⁷⁷⁹.

Por ser o acordo de não persecução penal um instituto de *solução negociada*, cuja inserção em nosso ordenamento reflete a adoção de uma política criminal despenalizadora pelo legislador, que busca a solução do conflito penal sem afirmação de culpa, nos filiamos à corrente doutrinária e jurisprudencial que compreende ser possível a aplicação do mecanismo em todas as fases da persecução penal, inclusive nos processos já em curso que não tenham transitado em julgado.

5.2. PROPOSITURA DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

O artigo 28-A do Código de Processo, introduzido pela Lei nº 13.964/2019, estabeleceu que o acordo de não persecução penal poderá ser proposto quando, *não for caso de arquivamento, e o investigado tiver confessado formal e circunstancialmente a prática da infração sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a quatro anos, o*

⁷⁷⁶ ZILLI, Marcos. Op. cit. 2021, p. 246.

⁷⁷⁷ GEBRAN NETO; ARENHART; MARONA, **Comentários...** op. cit., p. 238.

⁷⁷⁸ *Ibid.*, p. 240.

⁷⁷⁹ LOPES, FR. Aury; JOSITA, Higyna. Questões polêmicas do acordo de não persecução penal. **Conjur**, 06 mar. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mar-06/limite-penal-questoes-polemicas-acordo-nao-persecucao-penal>>. Acesso em: 08 maio 2022.

Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante o ajuste das condições ajustadas cumulativa e alternativamente.

Transportadas as atribuições e deveres do Ministério Público para o campo da *justiça negociada*, surge a questão, que ao nosso ver deverá passar pelo crivo do controle judicial: sempre que os requisitos legais para propositura do acordo de não persecução penal estiverem satisfeitos, o titular da ação penal não poderá negá-lo ao indivíduo?

Com efeito, o que se extrai do art. 28-A do CPP é que, encerrada a fase de investigação, se o titular da ação penal formou a convicção de que existem elementos de informação a demonstrar a materialidade e a autoria do crime investigado que seriam suficientes para oferecer a denúncia, pode propor acordo de não persecução penal ao investigado, desde que preenchidos os requisitos legais previstos no artigo, e o acordo será considerado suficiente e necessário para reprovação do crime.

Veja-se que o legislador dotou o titular da ação penal de elevado poder discricionário⁷⁸⁰ na propositura do acordo de não persecução penal, ao estabelecer que ele poderá ser proposto *desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime*⁷⁸¹.

⁷⁸⁰ A discricionariedade com que o órgão do Ministério Público pode eleger os casos em que fará a propositura do acordo de não persecução penal pode ser vista, por exemplo, no Enunciado nº 21, PGJ-CGMP – Lei 13.964/2019, do Ministério Público do Estado de São Paulo, de onde se extrai: “21. A proposta de acordo de não persecução penal tem natureza de instrumento de política criminal e sua avaliação é discricionária do Ministério Público no tocante à necessidade e suficiência para reprovação e prevenção do crime. Trata-se de prerrogativa institucional do Ministério Público e não direito subjetivo do investigado.” (SÃO PAULO. Ministério Público do Estado de São Paulo. **Enunciados PGJ-CGMP – Lei 13.964/2019**. São Paulo: MPSP, 2020. Disponível em: <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/Criminal_Juri_Jecrim/Enunciados_CAOCRIM/Enunciados%20PGJ-CGMP%20-%20Lei%2013.964-19%20\(1\)-%20alterado.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/Criminal_Juri_Jecrim/Enunciados_CAOCRIM/Enunciados%20PGJ-CGMP%20-%20Lei%2013.964-19%20(1)-%20alterado.pdf)> Acesso em: 01 maio 2022); Ou ainda não Orientação Conjunta nº 03/2018, do Ministério Público do Federal, que em seu item 1.2 dispõe: “O acordo de não persecução penal não constitui direito subjetivo do investigado, podendo ser proposto pelo membro do MPF conforme as peculiaridades do caso concreto e quando considerado necessário e suficiente para a reprovação e a prevenção da infração penal.” (BRASIL. Ministério Público Federal. **Orientação conjunta nº 03/18** – revisada e ampliada a partir da edição da Lei 13.964/2019. Brasília: MPF, 2020. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/orientacoes/Orientacao%20ANPP%20versao%2010-03-%202020%20-%20ampliada%20e%20revisada%20-%20assinada.pdf>> Acesso em: 01 maio 2022.)

⁷⁸¹ De acordo com Guaragni, o requisito da necessidade e suficiência para reprovação e prevenção do delito, “tem íntima conexão com a titularidade da ação penal, investindo o órgão do MP de um vasto campo argumentativo através do qual poderá deixar de oferecer o acordo, mesmo presentes os demais pressupostos. Parece uma mitigação da transição de um modelo comprometido com a obrigatoriedade da ação penal e indisponibilidade do seu objeto, para outro que privilegia a oportunidade e disponibilidade. Como um freio à transição, o legislador possibilita ao agente ministerial espaço para desenvolver razões pelas quais faz prevalecer o modelo processual tradicional. Deve, para isso, demonstrar que a opção pelo acordo é desproporcional para reprovar ou prevenir o crime.” Cf. GUARAGNI, Fábio André. Impressões sobre a incidência do acordo de não persecução penal (anpp) nos crimes econômicos. In: MADEIRA, Guilherme; BADARÓ, Gustavo; CRUZ, Rogerio Schietti. **Código de processo penal: estudos comemorativos aos 80 anos de vigência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, v. 1, p. 494.

Ocorre que, a persecução penal, em ambas as fases, é tradicionalmente movida pelo conflito de interesses antagônicos entre acusação e defesa⁷⁸², de maneira que a ausência de interesse de uma das partes em seguir pela via negocial traz consigo a consequência da abertura da fase processual. Nesse sentido, para evitar a judicialização, ambos os lados têm que ceder à disputa de interesses e as suas chances de êxito no processo conflituoso, para, a partir de concessões mútuas, buscar da solução do conflito pela via acordada.

Se, pela visão da defesa técnica, a abertura da via negocial é uma das estratégias a ser adotada como salvaguarda dos interesses do cliente, para o Ministério Público a escolha ou não pelo oferecimento do acordo de não persecução penal ao imputado não se trata de uma mera liberalidade, ou de um poder discricionário absoluto de seu representante⁷⁸³, de maneira que a recusa imotivada na propositura não está imune a qualquer controle, sobretudo o judicial.

Não se desconhece que o Ministério Público, titular da ação penal, ostenta elevado destaque no âmbito da operacionalização das políticas criminais adotadas pelo Estado, as quais se iniciam durante a fase do processo legislativo de elaboração da lei penal e se efetivam na correta aplicação do texto legal. Nesse sentido a lição de Cabral:

Essa premissa funcionalista do Direito Penal, atualmente, é amplamente admitida e, para que ela seja plenamente realizada, é imprescindível que efetivamente mergulhemos a atuação criminal nos ideais políticos-criminais de nosso sistema, seja na fase legislativa, seja na fase de aplicação da lei. Nesse segundo momento, de aplicação concreta da norma penal, o Ministério Público, por se titular da ação penal pública, figura como o grande protagonista, uma vez que seus Membros, na qualidade de agentes políticos, têm a prerrogativa e o dever funcional de escolher prioridades políticos-criminais na concretização dos objetivos da persecução penal. Nessa ideia, inclui-se, inegavelmente, a atribuição de definir diretrizes e estabelecer prioridades, cobrando a adequada distribuição dos meios, necessariamente escassos, com que se conta para conseguir a investigação e persecução penal mais adequada dos delitos. A realização de opções políticos-criminais passa necessariamente pela realização de uma seleção de casos penais que ostentem maior relevância dentro da política de persecução penal. É precisamente com base no poder/dever do Ministério Público de realizar uma adequada política criminal, extraído fundamentalmente da sua titularidade da ação penal, ostentando o monopólio da ação penal pública ('Anklagemonopol'), é que se manifesta a possibilidade da celebração de acordos de não persecução penal⁷⁸⁴.

⁷⁸² *Vide*, tópico 1.1, *supra*

⁷⁸³ Na lição de Almeida de Moraes e Bechara, a discricionariedade do membro do Ministério Público para decidir pelo não oferecimento da proposta de acordo de não persecução penal é regrada, pautada pela lei, pela Constituição Federal e pelo princípio da proporcionalidade. Cf. MORAES; BECHARA, *Acordo... op. cit.*, p. 447.

⁷⁸⁴ CABRAL, *Manual... op. cit.*, p. 82-83.

Contudo, segundo ensinam Bizzotto e Silva, não obstante “sendo o Ministério Público o órgão com atribuições específicas para o exercício da ação penal pública, exercendo o *múnus* estatal de formular pretensões punitivas em defesa da ordem pública (art. 127 e 129, CF), só poderá manejá-la como medida extrema, isto é, quando não houver outras vias de solução do conflito”⁷⁸⁵. Ainda, continuam os autores, a atuação do Ministério Público não decorre de uma faculdade, mas do poder-dever, que não implica atribuição discricionária ao seu titular, de modo que “o dever não é uma opção ou alternativa dada ao executor do ato determinado, mas uma tarefa que há ser realizada”⁷⁸⁶.

Tal qual como ocorreu com os institutos introduzidos na primeira onda negociada brasileira⁷⁸⁷, uma das questões mais controvertidas que cerca os institutos de justiça negociada que buscam a simplificação procedimental e a solução do conflito sem a imposição de culpa está no problema de o Ministério Público não oferecer a proposta, e a controvérsia sobre o acordo constituir direito subjetivo do investigado/acusado.

À época da entrada em vigor da transação penal, por exemplo⁷⁸⁸, Grinover, Gomes Filho, Scarance Fernandes e Gomes lecionavam que “permitir que ao Ministério Público (ou

⁷⁸⁵ SILVA; BIZZOTTO, *Acordo...* op. cit., p. 70.

⁷⁸⁶ *Ibid.*, p. 70-71.

⁷⁸⁷ Acerca dos institutos introduzidos pela Lei nº 9.099/95, a análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal demonstra a controvertida interpretação sobre o direito subjetivo do indivíduo às medidas despenalizadoras, sempre que preenchidos os requisitos legais autorizadores. Nessa esteira, no âmbito do julgamento do HC 75.518/SP importante entendimento sobre o tema pode ser extraído do voto do Ministro Nelson Jobim: “... desde que se debateu a matéria na Tuma, tenho insistido no sentido de que esses institutos, introduzidos pela Lei 9.099 – a composição civil, a transação penal pelo art. 76 e suspensão do processo no art. 89 –, estão criando imensa dificuldade. A leitura desses novos institutos está sendo feita através da velha dogmática do Direito Penal brasileiro, que não permite nem valoriza a vontade privada. Os institutos têm essa finalidade. Eles não são direitos subjetivos do réu; são possibilidades de transação. Tanto é que no art. 89 da Lei nº 9.099/95 diz: ‘...o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo...’ Foi dito da tribuna que o ‘pode’ tem que ser lido como ‘deve’. Lembro-me de que, na condição de autor do projeto de lei que deu origem à Lei 9.099/95, juntamente com o então Deputado Michel Temer, autor do outro projeto, a discussão se travou no sentido de isso era medida de natureza de política criminal, e não direitos subjetivos do réu, a haver, assim, direito à suspensão do processo. São matérias exclusivamente de política criminal, e não matéria que possa assegurar direitos subjetivos.” (BRASIL. STF (2. Turma). **HC 75.518/SP**, Rel. Ministro Carlos Velloso, DJ: 04.11.1997, p. 02.05.2003). Por outro lado, durante o julgamento do HC nº 81.228/RJ, a Segunda Turma da Corte entendeu que a ausência de manifestação do Ministério Público quanto à aplicação de medida despenalizadora conferida pela Lei nº 9.099/95 configuraria injusto constrangimento ao investigado. Nessa linha, extrai-se do voto do Ministro Relator Celso de Mello que: “observa-se, pois, que a proposta de transação penal constitui direito público subjetivo do suposto autor da infração penal de menor potencial ofensivo, a quem deve ela ser dirigida, por iniciativa do Ministério Público, quando da realização da audiência preliminar a que se refere o art. 72 da Lei no 9.099/95.” (BRASIL. STF (2. Turma). **HC 81.228/RJ**, Rel. Ministro Celso de Mello, DJ: 13.03.2002, p. 27.06.2013). Seguindo a mesma linha, a Primeira Turma, por maioria, entendeu que, uma vez preenchidos os requisitos do art. 89 da Lei nº 9.099/95, cumpre implementar a suspensão condicional do processo (BRASIL. STF (1. Turma). **HC 136.053/SP**, Rel. Ministro Marco Aurélio, DJ: 07.08.2018, p. 24.09.2018).

⁷⁸⁸ Utilizamos a transação penal como exemplo, pois em que pese o instituto da Lei nº 9.099/95 ser mais modesto em seu âmbito de incidência, sua estrutura guarda similitude com o acordo de não persecução penal. Nesse sentido: BIZZOTTO; SILVA, *Acordo...* op. cit., p. 99-100.

ao acusador privado) que deixe de formular a proposta de transação penal, na hipótese de presença dos requisitos do § 2º, do art. 76, poderia redundar em odiosa discriminação, a ferir o princípio da isonomia e a reaproximar a atuação do acusador que assim se pautasse ao princípio da oportunidade pura, o que não foi colhido pela lei.”⁷⁸⁹.

A partir da entrada em vigor da Lei nº 13.964/2019, essa discussão se direcionou à propositura do acordo de não persecução penal. No âmbito doutrinário, há autores que entendem que o acordo é uma questão de interesse público, razão pelo qual o ANPP é um *direito subjetivo* do investigado/acusado. Essa linha da doutrina defende que, muito embora a lei utilize a expressão “poderá propor” que denota a ideia de *faculdade*, uma vez preenchidos os requisitos legais autorizadores à propositura do acordo, o Ministério Público estará obrigado a propô-lo⁷⁹⁰.

Outra corrente defende que o oferecimento da proposta de acordo de não persecução penal é uma *faculdade* que os membros do órgão da acusação detêm para analisar em cada caso a possibilidade de oferecimento de acordo. Desta forma, a propositura do ANPP não pode ser *imposta* aos membros do Ministério Público, pois o instituto não é um direito subjetivo do investigado/acusado⁷⁹¹. Por fim, há autores que compreendem que o melhor caminho é aguardar a resolução da controvérsia pelos Tribunais Superiores⁷⁹².

Não se pode olvidar que o acordo de não persecução traz expresso em sua genética a marca dos negócios jurídicos processuais, em especial a bilateralidade, uma vez que praticados por duas pessoas⁷⁹³ – que no caso são substituídas pela acusação e defesa – de modo que parte da doutrina destaca que, obrigatoriamente, deve haver convergência de vontade das partes para que se possa operar o ANPP⁷⁹⁴.

⁷⁸⁹ GRINOVER et al. **Juizados...** op. cit., p. 131

⁷⁹⁰ Se alinham a esse entendimento: LOPES JR., **Direito...** op. cit., p. 220; MARTINELLI, João Paulo Orsini; SILVA, Luís Felipe Sene da. Mecanismos de justiça consensual e o acordo de não persecução penal. In: BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo. **Acordo de não persecução penal**. 2. ed., 1. reimp. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2021, p. 55; BIZZOTTO; SILVA, **Acordo...** op. cit., p. 73. Utilizando como a Lei nº 9.099/95, o legislador também utilizou a expressão “poderá propor” tanto no instituto da transação penal (art. 76), quanto na suspensão condicional do processo. Nesse sentido, Grinover, Gomes Filho, Scarance Fernandes e Gomes lecionavam que expressão “poderá” não indicava uma mera faculdade do Ministério Público, mas sim um “poder-dever” do órgão ministerial. Assim, preenchidos os critérios eleitos pelo legislador, a utilização dos institutos, o *Parquet* além de poder, deveria propor o instituto cabível ao caso concreto, pois do contrário se afastaria da legalidade. Cf. GRINOVER et al. **Juizados...** op. cit., p. 131-132 e 272.

⁷⁹¹ Nesse sentido o entendimento de: GEBRAN NETO; ARENHART; MARONA, **Comentários...** op. cit., p. 252-253; FISCHER, **Apontamentos...** op. cit., p. 387-388; CABRAL, **Manual...** op. cit., p. 236-239.

⁷⁹² Conforme entendimento de ROSA; ROSA; BERMUDEZ, **Como negociar...** Op. cit., p. 100-101.

⁷⁹³ CUNHA, **Acordos...** op. cit., p. 81

⁷⁹⁴ ROCHA, André Aarão. **Acordo de não persecução penal: aspectos técnicos e procedimentais**. Atualização conforme a lei 13.964/2019 (pacote anticrime). Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2021, p. 120; SALGADO, **A horizontalização...** op. cit., p. 477.

Dessa maneira, ao emprestar o entendimento da doutrina civilista acerca dos negócios jurídicos, temos que: “conceito, portanto, de negócio jurídico pode ser decomposto da seguinte forma: (i) cuida-se de espécie de ato jurídico em sentido lato, já que a exteriorização da vontade é cerne do núcleo do seu suporte fático; (ii) a vontade exteriorizada atua também no exercício do poder de escolha no âmbito da eficácia jurídica, dentro dos limites determinados pelo sistema jurídico. Há, no mínimo, poder de escolha de categoria jurídica eficaz; pode haver escolha do conteúdo e estruturação do conteúdo eficaz das relações jurídicas”⁷⁹⁵.

A análise da questão acerca do acordo de não persecução constituir ou não direito subjetivo do investigado/acusado, embora ainda não pacificada no âmbito das Cortes brasileiras, revela que os Tribunais, pelo menos por enquanto, tenderão a manter uma posição mais passiva sobre o tema, de maneira a deixar nas mãos do *Parquet* a exclusividade para concluir sobre aplicabilidade do instituto⁷⁹⁶.

Nessa linha, a exemplo do entendimento exarado pelo Ministro Alexandre de Moraes, do Supremo Tribunal Federal, o acordo de não persecução penal é um importante instrumento de política criminal que permite ao Ministério Público optar pelo acordo ou pelo oferecimento da denúncia, e não se trata de obrigação do órgão da acusação, tampouco garante ao acusado o direito de utilizá-lo⁷⁹⁷.

As ponderações dos Tribunais sobre o tratamento que deve ser dado ao acordo de não persecução penal, se direito subjetivo do indivíduo ou faculdade do Ministério Público, ao nosso ver também carregam consigo importante controle judicial na preservação das características negociais do instituto.

Isso porque, conforme visto no item 2.2.5.1 deste trabalho, a partir do momento em que as Cortes Italianas fixaram entendimento de que o *giudizio abbreviato* se tratava de um direito subjetivo do acusado, o instituto perdeu sua característica negocial, transformou-se em um mecanismo de defesa, e se tornou irrelevante a manifestação do Ministério Público.

⁷⁹⁵ DIDIER Jr., Fredie, BOMFIM, Daniela. Colaboração premiada (Lei nº 12.850/2013): Natureza Jurídica e controle da validade por demanda autônoma – um diálogo como direito processual civil. In: Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro nº 62, out./dez. 2016, p. 29.

⁷⁹⁶ Nesse sentido: SÃO PAULO. TJ/SP (Órgão Especial). **HC nº 2068913-05.2020.8.26.0000**, Rel. Desembargador Moreira Viegas, , DJ. 16/07/2020; BRASIL. TRF-4 (7. Turma). **Ag de EP nº 5050250-51.2020.4.04.7000/PR**, Rel. Desembargadora Claudia Cristina Cristofani, DJ: 25.05.2021; BRASIL. TRF-3 (14. Turma). **ED na APCrim nº 0012635-08.2016.4.03.6119**, Rel. Desembargador José Lunardelli DJ: 12.11.2020, DJe: 26.11.2020; BRASIL. STJ (5. Turma). **AgRg no RHC 155.076/SP**, Rel. Ministro. Jesuíno Rissato (Desembargador convocado do TJDFT), DJ: 13.12.2021, DJe: 16.12.2021; BRASIL. STJ (5. Turma). **RHC 161.251/PR**, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, DJ: 10.05.2022, DJe: 16.05.2022.

⁷⁹⁷ BRASIL. STJ (1. Turma). **AgR no HC 191.124/RO**, Rel. Ministro Alexandre de Moraes, DJ: 08.04.2021, DJe: 13.04.2021.

Por outro lado, Schimitt de Bem, ao analisar os problemas que podem decorrer da excessiva liberdade que o titular da ação penal tem para propositura ou não do acordo, afirma que: “Ainda que se admita (mas não livre de questionamentos) que o Ministério Público exerce uma função de política-criminal no sistema de justiça criminal, sua atuação deve ser controlada pela legalidade, sob pena do requisito constituir um ‘super-trunfo’ em suas mãos.”⁷⁹⁸

Outra preocupação do autor, com a qual nos alinhamos, conforme demonstraremos nos próximos tópicos, decorre das resoluções, enunciados e orientações emanadas por órgãos superiores do Ministério Público que, sob o pretexto de guiar os membros da instituição, acabam por obstar automaticamente “a oferta do ANPP para certos crimes ou verificadas certas circunstâncias que não freiam (legalmente) a proposição do benefício diversificador de pena”⁷⁹⁹.

Quando discorre sobre a atuação do Ministério Público no futuro do Direito Penal brasileiro e o papel constitucional da instituição, Busato sustenta que: “Não é aceitável que a complexidade do atual perfil de atribuições converta os agentes de execução do Ministério Público em simples ‘despachantes criminais’, ocupados de pleitear meramente o emprego do rigor sistemático de dogmática jurídico-penal, ademais de meros fiscais da aplicação sistemática e anódina da pena”⁸⁰⁰.

Vale ressaltar que, muito embora a Constituição Federal em seu art. 127, § 1º, estabeleça o princípio da unidade e da indivisibilidade do Ministério Público, a instituição é dotada, também, de autonomia funcional e administrativa⁸⁰¹, o que por certo torna difícil

⁷⁹⁸ BEM, Leonardo Schimitt de. Os requisitos do acordo de não persecução penal. *In*: BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo. **Acordo de não persecução penal**. 2. ed., 1. reimp. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2021, p. 220.

⁷⁹⁹ *Ibid.*, p. 241.

⁸⁰⁰ BUSATO, Paulo César. O papel do ministério público no futuro do direito penal brasileiro. **Revista de Estudos Criminais**, v. 2, n. 5, 2002, p. 116. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/SRC%2005_105.pdf> Acesso em: 29 maio 2022.

⁸⁰¹ A própria Constituição Federal, em seu art. 128, fixou a abrangência da instituição em seis unidades, de maneira que: “O Ministério Público abrange: I - o Ministério Público da União, que compreende: a) o Ministério Público Federal; b) o Ministério Público do Trabalho; c) o Ministério Público Militar; d) o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios; II - os Ministérios Públicos dos Estados.”. Dessa subdivisão, conforme se extrai da página do Conselho Nacional do Ministério Público na rede mundial de computadores, o Ministério Público brasileiro é ramificado em 30 (trinta) unidades, sendo elas: Ministério Público da União, composto pelo Ministério Público Federal, Ministério Público Militar, Ministério Público do Trabalho e do Distrito Federal e Territórios; e pelos Ministérios Públicos dos 26 (vinte e seis) Estados. Cf. CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Portais de Transparência das unidades do Ministério Público** Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portaldatransparencia/transparencia-mp-brasileiro/portais-da-transparencia-das-unidades-do-ministerio-publico>> Acesso em: 10 maio 2022.

uma atuação orientada por uma política minimamente uniforme de atuação, em especial voltada ao acordo de não persecução penal⁸⁰².

A ausência de um entendimento uniforme quanto à aplicação do ANPP pode vir a ferir os princípios da unidade e indivisibilidade da Instituição, bem como o princípio da isonomia, uma vez que casos semelhantes podem vir a ser tratados de maneira dispare, dependendo de qual orientação dos órgãos de controle e apoio do Ministério Público o titular da ação penal opte em utilizar.

Diante do exposto, ao se tratar o ANPP de direito subjetivo do investigado/acusado ou não, sua introdução em nosso ordenamento jurídico ampliou as possibilidades para que não seja deflagrado o processo penal tradicional conflituoso e aumentou consideravelmente os espaços para se buscar a solução negociada do conflito penal.

Dessa maneira, a negativa de propositura do acordo não pode advir do arbítrio, razão pela qual o Representante do Ministério Público tem a obrigação de se pronunciar, fundamentadamente, sobre as razões pelas quais deixou de oferecer a proposta de acordo, dado que o modelo de *justiça negociada* é pautado pelo incentivo para que as partes busquem uma convergência de vontades⁸⁰³.

E, ao retomar as premissas do devido processo penal, caberá ao juiz, em sua missão de resguardar e tornar efetivas as garantias fundamentais dos indivíduos, exercer o controle judicial sobre a negativa do titular da ação penal em buscar a solução acordada do conflito penal.

5.2.1. Momento reservado à propositura do acordo

De acordo com o que analisamos anteriormente, muito embora o acordo de não persecução penal tenha sido inserido pelo legislador na fase pré-processual da persecução penal, trata-se de um instituto que reflete a escolha de uma política criminal focada na solução negociada conflito. Nessa linha, entendemos ser possível a utilização do mecanismo em

⁸⁰² Nesse sentido Moraes e Bechara ao analisarem os limites materiais negativos do Ministério Público nas hipóteses em que é cabível o ANPP destacam a necessidade da instituição formar uma política de atuação minimamente uniforme: “Em síntese, é crucial que o Ministério Público brasileiro, orientado pela ideia e princípios de unidade institucional, transparência, eficiência e, em especial, de segurança jurídica, defina uma política minimamente uniforme de atuação, inclusive sobre os limites negativos do cabimento do acordo de não persecução penal, sob pena de se olvidar que atua como instrumento e não como uma instituição-fim em si mesma”. Cf. MORAES; BECHARA, *Acordo...* op. cit., p. 447.

⁸⁰³ VASCONCELLOS, **Barganha...** op. cit., p. 56.

todas as fases da persecução penal, e adotar como marco temporal final a obstar a propositura do ANPP o trânsito em julgado da sentença penal condenatória⁸⁰⁴.

Por essa razão, o momento destinado à propositura do acordo de não persecução penal pode ocorrer em diversos momentos da persecução penal. Em regra, o momento adequado à sua propositura ocorre ao final das investigações. Isso porque, além do instituto não buscar a exclusão por completo da fase pré-processual⁸⁰⁵, o cumprimento de alguns requisitos necessários à sua admissão e eventual homologação, necessariamente, demandará a existência de elementos aptos a auxiliar o juiz na formação de sua convicção.

Com efeito, no Brasil o legislador estabeleceu que no âmbito do acordo de não persecução penal cabe ao Ministério Público como titular da ação penal pública ou pública incondicionada a exclusividade na propositura do acordo⁸⁰⁶. Porém, a referida exclusividade na propositura do acordo, dado o fato de o instituto carregar consigo a marca genética dos negócios processuais penais⁸⁰⁷, não impede que a defesa do imputado provoque o órgão ministerial e dê início às negociações para formalização do acordo de não persecução penal⁸⁰⁸.

Dessa forma, entendemos que a solução acordada é também uma importante ferramenta a ser considerada na estratégia processual que será adotada pela defesa técnica do investigado⁸⁰⁹. Isso porque, os benefícios previstos na legislação àqueles que aceitam celebrar e cumprem o acordo de não persecução penal, como, a proibição do acordo constar em certidão de antecedentes criminais e a extinção da punibilidade, não devem ser desconsiderados pela defesa. Caso contrário, estaria a se submeter o cliente ao processo conflituoso, cuja decisão final é imposta, e poderia dela decorrer pena privativa de liberdade, que poderia ser evitada pelo acordo⁸¹⁰.

⁸⁰⁴ Vide, subcapítulo 5.1.1, supra

⁸⁰⁵ VASCONCELLOS, **Acordo...** op. cit., p. 151.

⁸⁰⁶ Nessa linha, ao contrário do acordo de colaboração premiada, não se admite a negociação de acordo de não persecução penal pela a autoridade policial. VASCONCELLOS, **Acordo...** op. cit., p. 150.

⁸⁰⁷ ROSA; ROSA; BERMUDEZ, **Como negociar...** op. cit., p. 41-43.

⁸⁰⁸ Cf. GEBRAN NETO; ARENHART; MARONA, **Comentários...** op. cit., p. 233; BEM, Leonardo Schmitt de; BEM, Viviane de Aquino de. Acordo de não persecução penal: análise crítica a partir de suas fontes normativas. In: BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo. **Acordo de não persecução penal**. 2. ed., 1. reimp. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2021, p. 87.

⁸⁰⁹ Nessa linha também o entendimento de Morais da Rosa, Bermudez e Rosa: “Logo, como se vê, é possível entender o acordo de não persecução penal como uma dentre tantas estratégias defensivas a serem utilizadas por aquele que vê imputada contra si uma prática criminosa.” Cf. ROSA; ROSA; BERMUDEZ, **Como negociar...** op. cit., p. 27.

⁸¹⁰ O exercício profissional da advocacia é pautado por uma série de deveres do advogado para com seu cliente. No desempenho da advocacia criminal, esses deveres não se restringem ao mero aconselhamento preliminar sobre determinada causa, e se prolongam no tempo, desde a constituição da defesa técnica, o que pode ocorrer já na fase pré-processual, e pode perdurar até a fase de execução da sentença. Por essa razão, no exercício do

Nesse sentido, conforme explica Salgado, os acordos processuais “são instrumentos de gestão de risco, a conferir às partes maior previsibilidade sobre o resultado e sobre as despesas que o litígio pode trazer e, assim, diminuir as incertezas geradas pela persecução em juízo”⁸¹¹.

Nos casos em que a fase judicial já estiver em andamento, mas o caso concreto possibilitar a propositura de acordo de não persecução penal, o magistrado responsável pelo feito, tanto na fase de instrução, quanto na recursal⁸¹², pode provocar as partes (quando estas restarem silentes) a se manifestem sobre eventual interesse na negociação do ANPP, e abrese, então, prazo para que acusação e defesa se manifestem.

Por sua vez, nos processos em andamento, se houver manifestação de interesse das partes em negociar o acordo de não persecução, é lícito que o magistrado suspenda o andamento processual, de modo a permitir que acusação e defesa tenham tempo hábil para negociarem uma proposta de acordo. A par disso, conforme se extrai do próprio regramento do Código de Processo Penal, os juízes não participam das negociações, motivo pela qual não cabe aos magistrados agendarem audiências para oferecimento de ANPP⁸¹³.

Assim, por ser um instituto cuja essência é pautada na concordância e vontade das partes, cabe a elas negociarem as condições e cláusulas que integrarão o acordo de não persecução penal. Dado o afastamento do juiz das negociações do ANPP, entendemos que no momento reservado à sua propositura, o *ambiente* no qual as tratativas entre as partes

mandato, cumpre ao advogado conduzir a causa da maneira que lhe pareça mais adequada, sem se subordinar às intenções contrárias do cliente, porém deve sempre esclarecer a ele os eventuais riscos e consequências do caso e, em função disso, definir a melhor estratégia processual a ser adotada no caso específico. Assim, muitas das obrigações da defesa para com o seu patrocinada, estão estabelecidas no Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil, de onde destacamos: “Art. 2º O advogado, indispensável à administração da Justiça, é defensor do Estado Democrático de Direito, dos direitos humanos e garantias fundamentais, da cidadania, da moralidade, da Justiça e da paz social, cumprindo-lhe exercer o seu ministério em consonância com a sua elevada função pública e com os valores que lhe são inerentes. Parágrafo único. São deveres do advogado: (...) VI – estimular, a qualquer tempo, a conciliação e a mediação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios; (...) Art. 9º O advogado deve informar o cliente, de modo claro e inequívoco, quanto a eventuais riscos da sua pretensão, e das consequências que poderão advir da demanda. Deve, igualmente, denunciar, desde logo, a quem lhe solicite parecer ou patrocínio, qualquer circunstância que possa influir na resolução de submeter-lhe a consulta ou confiar-lhe a causa. (...) Art. 11. O advogado, no exercício do mandato, atua como patrono da parte, cumprindo-lhe, por isso, imprimir à causa orientação que lhe pareça mais adequada, sem se subordinar a intenções contrárias do cliente, mas, antes, procurando esclarecê-lo quanto à estratégia traçada.”

⁸¹¹ SALGADO, A horizontalização... op. cit., p. 452.

⁸¹² Nos casos em que o processo estiver em grau de recurso, é lícito que os magistrados exerçam a análise sobre os requisitos do acordo e, se concluírem pela sua aplicabilidade, conforme o caso, encaminham os autos para o primeiro grau para manifestação das partes Cf. GEBRAN NETO; ARENHART; MARONA, **Comentários...** op. cit., p. 248.

⁸¹³ GEBRAN NETO; ARENHART; MARONA, **Comentários...** op. cit., p. 249

ocorrerão deve ser, sempre que possível, extrajudicial, ou seja, fora da sala de audiências, de maneira a favorecer o diálogo e o equilíbrio entre as partes⁸¹⁴.

Por fim, uma vez pactuadas as condições e os termos da proposta, ela deverá ser formalizada por escrito e firmada pelo Ministério Público, investigado e seu defensor (art. 28-A, § 3º, CPP). Após a formalização, caberá ao titular da ação penal a submissão da proposta para que o magistrado exerça o controle judicial sobre o acordo celebrado pelas partes.

5.2.2. Alcances e limites do controle judicial na etapa de propositura do acordo

Ao inserir o acordo de não persecução penal no rol mecanismos de *justiça criminal negociada* já incorporados à legislação brasileira⁸¹⁵, o Estado fez clara opção político-criminal de aprimoramento do aparato persecutório, e flexibilizou a repressão de determinados tipos de delitos⁸¹⁶. Isso se deu pela expansão dos até então modestos espaços e oportunidades de negociação da solução do conflito penal sem a afirmação de culpa⁸¹⁷.

Desde a sua primeira aparição no sistema jurídico brasileiro por meio da Resolução nº 181/2017 do CNMP, o acordo de não persecução penal sempre esteve envolto na ideia de ser um instrumento de implementação de política-criminal que busca descongestionar o

⁸¹⁴ Nesse sentido, nos filiamos ao entendimento de Morais da Rosa, Bermudez e Rosa: “A negociação para o acordo de não persecução penal se dá em ambiente apartado do Jurisdicional, fazendo com que a participação ativa do juiz macule o procedimento (art. 28-A, caput e § 3º do CPP).” (ROSA; ROSA; BERMUDEZ, **Como negociar...** Op. cit., p. 169). Também à posição de Salgado, para quem: “Como modelo dialógico incentivado pelos acordos, há um ganho em informação, aumentando-se a oportunidade de se alcançar uma decisão que valoriza os interlocutores. A forma dialogal, destarte, deve buscar a objetividade aliada à interação horizontal e simétrica, sem criar sentimento de melhor valor a qualquer das partes envolvidas. Não há dúvidas de que a linguagem e a comunicação estão presentes em tudo que o homem cria, inclusive na arquitetura. Assim, a ambientação e configuração espacial também devem ser influenciadoras da interação simétrica dos atores da negociação. É importante, dessa forma, a preparação de um ambiente apto a favorecer o equilíbrio entre as partes no processo de construção negociada do conflito. Nessa linha, a clássica ambientação arquitetônica do judiciário não deixa de ser uma forma de comunicação capaz de, com sua indumentária e rito, influenciar nas tomadas de decisões. (...) Assim, há na disposição cênica da sala de audiência uma insígnia amoldável ao papel exercido por cada um dos atores do processo penal clássico de matriz simbolicamente verticalizada, aparentemente hierarquizada. Isso muito se explica pelo já referido posicionamento do juiz como figura central e prevalente no processo, com uma função soberana de aplicação do direito subjetivo, ainda estampada por uma anacrônica relação de hierarquia e soberania, típica característica de uma justiça imposta, simbolizada pela indispensabilidade da ação penal pública.” (SALGADO, *A horizontalização...* op. cit., p. 470-471). Ainda sob o aspecto do ambiente de negociação, temos que a iniciativa do Ministério Público Federal em recomendar aos seus membros que negociem o acordo de não persecução penal em ambiente diverso do judiciário é uma boa prática e que deveria ser adotada como praxe para negociação dos acordos. Nesse sentido, a Orientação Conjunta nº 03/2018, do órgão ministerial federal, recomendou aos Procuradores da República que: “1.4 As tratativas do acordo de não persecução penal, bem como sua efetiva celebração ocorrerão preferencialmente na sede do MPF. (...) 10 A negociação poderá ser realizada por meio de videoconferência, especialmente quando o investigado ou o defensor residir fora da sede do Ministério Público Federal”. Cf. BRASIL. Ministério Público Federal. **Orientação conjunta nº 03/18...** op. cit.

⁸¹⁵ *Vide*, Capítulo 3, *supra*

⁸¹⁶ LEITE, **Justiça...** op. cit., p. 66.

⁸¹⁷ ZILLI, Tudo... op. cit., p. . 93.

sistema criminal, por meio do tratamento diferenciado e alternativas mais céleres aos crimes de baixa e média gravidade. E, também, de economia com o uso racional de recursos financeiros, pessoais e de energia processual, direcionando-os à repressão dos delitos mais graves, nos quais é indispensável o processo conflituoso⁸¹⁸.

Cumpre-nos observar que a análise das razões que levaram à introdução do acordo de não persecução no Brasil, em muito, assemelha-se àquelas que Langer aponta como tipicamente utilizadas para justificar a expansão dos mecanismos de acordo em dezenas de sistema jurídicos: o crescente número de casos; a melhor eficiência da justiça criminal na gestão de seus casos; e melhor aproveitamento da justiça criminal para lidar com casos mais complexos⁸¹⁹.

Assim, a introdução do acordo de não persecução penal em nosso ordenamento jurídico reflete uma opção político-criminal e não uma política processual. Esta diferença irá refletir na maneira como o ANPP deverá ser operacionalizado, conforme analisaremos adiante.

Mas antes disso, entendemos ser necessária uma breve explicação sobre as políticas criminais estatais. Nesse sentido, as opções políticos-criminais do Estado, segundo a lição de Zanoide de Moraes, “têm dois grandes campos de preocupação: um, destinado a definir o que é crime ou o que não merece a tutela penal, ficando, neste último caso, reservado o seu tratamento ao campo extrapenal; o outro, que objetiva estabelecer meios e instrumentos para lidar com o crime. A política criminal inicia-se, portanto, antes da atuação legislativa e não se esgota apenas nela.”⁸²⁰ Prossegue o autor afirmando que uma “política criminal ideal, portanto, deve fixar como pressupostos que o crime é acontecimento inevitável e que a sanção penal deverá ser usada com comedimento e para casos extremos.”

Dessa forma, o Estado, detentor da indeclinável função de exercer o *ius puniendi*, por meio da formatação de políticas criminais, estabelece e impõe punições variáveis de acordo com o grau de lesividade ou potencialidade da conduta, e relaciona-os ao grau de importância que se dá ao bem jurídico tutelado⁸²¹.

⁸¹⁸ Nesse sentido: ARAS, Acordos penais... op. cit., p. 90; CABRAL, **Manual...** op. cit., p. 86-90; SALGADO, A horizontalização... op. cit.

⁸¹⁹ Vide, nota 106, *supra*.

⁸²⁰ ZANOIDE DE MORAES, Mauricio. Política criminal, Constituição e processo penal: razões da caminhada brasileira para institucionalização do caos. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 1, jan./dez. 2006, p. 415.

⁸²¹ De acordo com a doutrina penalista os bens jurídicos eleitos pelo ordenamento jurídico para serem tutelados são aqueles indispensáveis à vida em sociedade, motivo pelo qual merecem proteção e cuidado. Vários desses bens jurídicos estão indicados na Constituição Federal, com destaque: a vida; a liberdade; igualdade;

Participam da execução das escolhas político-criminais do Estado os órgãos de repressão e investigação estatal, em especial as polícias e o Ministério Público. Ao Poder Judiciário foi reservado o papel de estabelecer a implementação dessas políticas, o que o faz por meio do processo penal. Nesse sentido, o magistério de Zilli:

O processo não é apenas um *locus* construído para o embate de posições antagônicas sob o olhar passivo do julgador. É também campo de realização de políticas criminais. Nesse cenário, o uso do modo de justiça consensual não é uma opção fundada no absoluto poder dispositivo das partes. Em realidade, é antecedente lógico e necessário do uso do modo disputado de justiça. É por isso que os requisitos são indicados em lei. Em casos que tais, a observância da etapa consensual é obrigatória. Mais do que isso, a recusa injustificada ao uso dos meios consensuais – despenalizadores e estigmatizantes – deve ser alvo de controle judicial. Não há, dessa forma, espaço para a absoluta discricionariedade. A recusa, não amparada nos requisitos legais, afasta a justa causa para o uso da via disputada. Ou seja, não haverá interesse de agir – necessidade – no uso da via disputada enquanto não esgotada a possibilidade do uso da via consensual. Dito de outra forma, o interesse de agir do órgão acusador na promoção da ação penal vincula-se, igualmente, ao esgotamento do interesse primário do Estado no uso da justiça consensual. Nessa quadratura, o controle judicial posta-se como impedimento ao exercício da ação penal, seja pela via da rejeição liminar (art. 395, III do CPP), seja pela via do trancamento da ação penal, reconhecendo-se dessa forma, o constrangimento ilegal pela inobservância das políticas criminais de harmonização dos espaços de intersecção entre o modo consensual e o modo disputado de realização de justiça

⁸²²

Assim, como processo penal é do campo de implementação de políticas, cabe ao Poder Judiciário exercer o controle sobre as novas formas de resolução de conflitos⁸²³, verificar se as condições pactuadas não são abusivas e respeitam os direitos fundamentais e, em caso de não proposição, controlar as justificativas do Representante do Ministério Público. Essa atuação judicial garante que as regras do jogo foram respeitadas⁸²⁴.

segurança; propriedade; intimidade; vida privada; honra, e trabalho. Dado que esses bens jurídicos são tidos como mais preciosos e relevantes, foram colocados também sob a tutela do Direito Penal, por meio dos tipos penais incriminadores para protegê-los. Portanto, a opção pela tutela de determinado bem jurídico na esfera penal é decorrente de uma política criminal do Estado, a quem foi incumbido a eleição dos bens jurídicos que necessariamente merecem maior tutela no âmbito penal, cabendo ao poder estatal criação da norma penal que busca proteger determinado bem e a sua forma de aplicação. (NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit. 2013, p. 71-75).

⁸²²ZILLI, Marcos. Justiça disputada e a justiça consensual. Os modos de solução do conflito penal. Enredos e intersecções. Proposta de tipologia. In: SALGADO, Daniel de Resende; KIRCHER, Luis Felipe Shneider; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro (coords.). **Acordos penais, cíveis e administrativos**. São Paulo: Editora JusPdivm, 2022, p. 58.

⁸²³ GIACOMOLLI, **Legalidade...** op. cit., p. 335.

⁸²⁴ ROSA; ROSA; BERMUDEZ, **Como negociar...** Op. cit., p. 170

5.3. VERIFICAÇÃO DA REGULARIDADE E LEGALIDADE DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

A intervenção judicial no acordo de não persecução penal, como assinalado no item anterior, ocorre posteriormente à negociação da proposta pela acusação e defesa do investigado/acusado. O roteiro idealizado para o controle judicial no ANPP repetiu aquele aplicado aos demais institutos de *justiça negociada*; assim, o juiz é chamado para analisar a regularidade, legalidade e voluntariedade das tratativas entabuladas entre as partes⁸²⁵.

Utilizando a lição de Nefi Cordeiro sobre controle judicial na colaboração premiada, uma vez que é análoga aos negócios jurídicos processuais que demandam a intervenção judicial, o controle da legalidade deve ser amplo “examinando princípios e regras do sistema jurídico aplicáveis ao negócio jurídicos processual, excede o mero exame da regularidade do procedimento e vem analisar a validade formal e a própria validade do conteúdo material dos termos negociados”⁸²⁶.

Quanto ao controle da regularidade, embora o texto legal trate minimamente do assunto (art. 28-A, § 3º, CPP) temos que o magistério de Zilli acerca do controle judicial na colaboração premiada⁸²⁷ pode nos servir de guia para a intervenção judicial no ANPP. Nesse sentido, a verificação da regularidade demanda análise dos requisitos intrínsecos ao acordo, o qual deve ser formalizado em documento escrito, com a correta identificação das partes. Além disso, a proposta encaminhada ao juízo deve indicar precisamente as condições assumidas pela acusação e defesa, cumprindo ao representante do Ministério Público, ao investigado/acusado e seu defensor assinarem todas as peças que serão remetidas ao juiz.

Ressalta-se que é imprescindível no controle de regularidade identificar se o investigado/acusado foi assistido pela defesa técnica, pois a ausência do defensor invalidará a proposta e a homologação judicial dever ser recusada⁸²⁸.

Também cumpre ao juiz na análise da regularidade da proposta verificar se as condições foram estipuladas de modo claro, os eventuais valores a serem restituídos e a quem será destinado, bem como se as datas de cumprimento constam do documento.⁸²⁹

⁸²⁵ ZILLI,. Tudo que é sólido... op. cit., p. 94-95.

⁸²⁶ CORDEIRO, **Colaboração**... op. cit., p. 93.

⁸²⁷ ZILLI, Transplantes... op. cit., p. 120.

⁸²⁸ GEBRAN NETO; ARENHART; MARONA, **Comentários**... op. cit., p. 261. Também se invoca neste caso a Súmula 523 do Supremo Tribunal Federal: “No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova do prejuízo para o réu”.

⁸²⁹ ARAS, Acordos penais... op. cit., p. 313.

Por sua vez, Bizzotto e Silva destacam que o controle da “constitucionalidade e legalidade de cada proposta de acordo partirão da avaliação da descrição fática e da imputação penal pertinente, somadas à confissão circunstanciada (contida na proposta) com os elementos de investigação colhidos. Demanda-se coerência entre tais requisitos, haja vista que são eles que fornecem o rumo para o que o juiz possa chegar a uma conclusão.”⁸³⁰ Sob este aspecto, a homologação é condição para que o acordo atinja a condição legal (art. 28-A, § 4º, CPP).

O art. 28-A, § 5º, do Código de Processo Penal, prescreve que o juiz, quando entender que as condições avençadas na proposta são inadequadas, insuficientes ou abusivas, pode devolver os autos ao Ministério Público para que, em conjunto com o investigado e seu defensor, reformulem a proposta.

Além disso, o magistrado poderá devolver os autos ao órgão da acusação quando a análise do procedimento investigatório indicar a necessidade de complementação das investigações, momento em que também poderá ser oferecida a denúncia (art. 28-A, § 8º, CPP).

Por essas razões, entendemos que o controle da legalidade e da regularidade do acordo de não persecução penal deve ocorrer antes da designação da audiência de homologação estabelecida no art. 28-A, § 4º, do Código de Processo Penal, ocasião em que deverá ser analisada outro requisito do ANPP que é a voluntariedade do investigado/acusado⁸³¹.

Diante disso, conforme detalharmos em tópico próprio, faz-se necessário que a proposta esteja regularmente acompanhada das narrativas dos fatos e da investigação, de modo a permitir que o juiz realize o cotejamento entre fatos e as condições avençadas entre as partes para decidir se designará audiência de homologação, ou se rejeitará aquilo que foi estipulado pela acuação e defesa⁸³².

Diante do exposto, sugerimos que o controle judicial sobre o acordo de não persecução penal pode ser dividido em dois momentos distintos: o primeiro destinado à análise da regularidade e legalidade da proposta, bem como de seus requisitos e condições; o segundo se destinará ao controle da voluntariedade do investigado/acusado.

Em última análise, nessa primeira etapa do controle judicial cabe ao juiz verificar se a proposta encaminhada é regular, atendendo às formalidades que cercam o acordo, bem

⁸³⁰ BIZZOTTO; SILVA, **Acordo...** op. cit., p. 136.

⁸³¹ Em sentido semelhante: “Vale dizer que, em tese, é praticável que o magistrado, ao receber o pedido de realização da homologação do acordo de não persecução penal, não obstante o texto legal não trate do assunto, verifique previamente, sem que seja perfunctoriamente, a aparente legalidade do acordo e de seus demais requisitos formais, antes de convocar a audiência. BIZZOTTO; SILVA, **Acordo...** op. cit., p. 134.

⁸³² GEBRAN NETO; ARENHART; MARONA, **Comentários...** op. cit., p. 262.

como a legalidade das medidas propostas, além de analisar se os requisitos legais foram respeitados e se as condições respeitaram os limites legais e os direitos e garantias fundamentais do acordante.

5.4. CONTROLE JUDICIAL SOBRE OS PRESSUPOSTOS E REQUISITOS DE CABIMENTO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

A partir da ideia de que o acordo de não persecução penal reflete uma política criminal do Estado, passaremos à análise dos pressupostos e requisitos legais estabelecidos pelo legislador e que dizem respeito ao cabimento da propositura do ANPP. Para os fins deste trabalho, entendemos que este estudo é fundamental para compreendermos os alcances e limites do controle judicial nessa etapa do acordo.

Isso porque o controle judicial sobre os pressupostos e requisitos do acordo de não persecução penal, busca garantir a segurança do negócio jurídico, pois, embora o mecanismo implemente maiores espaços de autonomia e liberdade das partes, ao conferir-lhes o protagonismo na solução do conflito penal, as decisões de oferecer e aderir à proposta devem ser pautadas pelo respeito à legalidade e às garantias constitucionais que guarnecem o devido processo penal.

Dessa forma, para que o ANPP se realize na prática, fez-se necessário o preenchimento de múltiplos requisitos, verdadeiras balizadas estabelecidas na lei⁸³³, que devem ser observadas pelas partes na elaboração da proposta.

Nesse sentido, as balizas introduzidas pelo legislador ao oferecimento do acordo de não persecução foram: *a)* não ser caso de arquivamento; *b)* confissão formal e circunstancial do crime; *c)* ausência de violência ou grave ameaça; *d)* pena mínima inferior a quatro anos; *e)* condições que atendem à necessidade e suficiência para fins de reprovação; *f)* não seja admitida transação penal; *g)* não estar configurada a reincidência e ausentes elementos que indiquem conduta habitual, reiterada ou profissional; *h)* não ter sido o imputado beneficiado nos cinco anos anteriores à infração, por outro ANPP, transação penal ou suspensão condicional do processo, e *i)* não se tratar de crime de violência doméstica ou familiar, ou por razões da condição do sexo feminino.

O controle judicial, inicialmente, será focado na verificação do preenchimento desses requisitos legais. É de competência exclusiva do juiz o exame dos aspectos objetivos de

⁸³³ BEM, Os requisitos... op. cit., p. 220.

adequação do ANPP disciplinados pelo art. 28-A do CPP, os quais são imprescindíveis para que a proposta seja homologada, o que confere autenticidade ao acordo⁸³⁴.

5.4.1. Não ser caso de arquivamento

O primeiro requisito sobre o qual o juiz se debruçará em sua análise diz respeito à aptidão da investigação para se transformar em uma futura ação penal. Dessa forma, em especial, em razão da frase *não sendo caso de arquivamento* contida no art. 28-A do CPP, o legislador estabeleceu que o acordo de não persecução penal somente pode ser proposto nos casos em que a investigação já estiver apta ao oferecimento da denúncia.

Nesse sentido, compete ao magistrado analisar se o conjunto dos elementos de informação obtidos durante o procedimento investigatório é apto a indicar a existência de justa causa, dentro de um juízo de probabilidade mínima⁸³⁵ da existência do fato criminoso e de sua autoria, para materialização do acordo.

Para viabilizar essa etapa do controle judicial, entendemos que a proposta de acordo de não persecução penal deve se traduzir em um projeto de denúncia formal. Assim, o Representante do Ministério Público, ao submeter a proposta ao controle judicial, deve fazê-lo de maneira precisa, deve elencar todas as circunstâncias do delito e sua classificação, a qualificação do imputado, além de indicar claramente os elementos de informação que embasaram a propositura e a confissão.

Assim, o primeiro controle a ser realizado pelo juiz logo que tome conhecimento do acordo de não persecução penal é compatibilizar a proposta com os princípios constitucionais da presunção de inocência, *in dubio pro reo* e culpabilidade, inerentes ao investigado/acusado, além do dever de motivação das decisões judiciais⁸³⁶.

O modelo de controle judicial embasado na análise judicial da proposta frente às circunstâncias de fato e elementos colhidos na investigação não é uma exclusividade brasileira. No sistema estadunidense, de acordo com o que analisamos, os juízes, ao analisarem a proposta de *deferred prosecution agreement*, têm competência para verificarem se o acordo

⁸³⁴ GEBRAN NETO; ARENHART; MARONA, *Comentários...* op. cit., p. 257.

⁸³⁵ Conforme o magistério de Maria Thereza de Assis Moura: “Daí decorre que a prova que se exige para a incoação do processo é aquela em grau necessário para submeter alguém a julgamento. Relaciona-se, pois, a justa causa com juízo de mínima probabilidade de condenação. Não se exige, de pronto, a certeza moral quanto à ocorrência do fato, da autoria e da culpabilidade. Esta será imprescindível na final, para autorizar um decreto condenatório.” Cf. MOURA, Maria Thereza de Assis. **Justa causa para ação penal – doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 245.

⁸³⁶ Cf. FRANCO, José Henrique Kaster. O papel do juiz no acordo de não persecução penal. *In*: BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo. **Acordo de não persecução penal**. 2. ed., 1. reimp. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2021, p. 435.

está amparado em provas e se são válidas⁸³⁷. Na mesma linha, na *suspensão provisória do processo* em Portugal, o magistrado tem a incumbência de verificar se o acordo é adequado frente às circunstâncias do fato e com base nos elementos recolhidos no inquérito⁸³⁸.

No sistema jurídico criminal brasileiro, compete ao juiz, com o fim de evitar abusos e excessos⁸³⁹, avaliar se os elementos de informação obtidos na investigação e que amparam a proposta são lícitos, bem como se há indícios suficientes para comprovar a autoria, a materialidade e sustentar a confissão.

Por sua vez, há casos em que, finda a investigação e preenchidos os requisitos que permitem o oferecimento do acordo, o Representante do Ministério Público se nega a oferecê-lo e opta pelo processo penal conflituoso sem antes buscar a solução acordada.

Assim, se o magistrado se deparar com uma situação em que o acordo de não persecução penal era possível, e o titular da ação penal optar em seguir pela via conflituosa de maneira injustificada, cabe ao juiz provocar o Ministério Público e determinar o retorno dos autos para que o seu Representante explicitamente justifique as razões pelas quais o ANPP não foi proposto.

Conforme analisamos no tópico anterior, ainda que legislador tenha dotado o Ministério Público de certa discricionariedade no oferecimento do acordo de não persecução, esse poder não é absoluto, razão pela qual compete ao juiz verificar se os fundamentos utilizados para negar propositura do ANPP são legais e justificáveis.

Isso porque, com a superveniência da Lei nº 13.964/2019, os crimes previstos em nossa legislação penal em que há possibilidade de as partes negociarem acordo de não persecução penal chegou à casa das centenas⁸⁴⁰. Esse grande número de tipos penais em que é cabível o ANPP, ao nosso ver, demonstra de maneira clara a opção do legislador em adotar

⁸³⁷ *Vide*, Subcapítulo 2.2.1.1, *supra*

⁸³⁸ *Vide*, Subcapítulo 2.4.1.1, *supra*

⁸³⁹ ROSA; ROSA; BERMUDEZ, **Como negociar...** Op. cit., p. 29.

⁸⁴⁰ Para ilustrar nossa afirmação, utilizaremos a análise procedida por Barros, que analisou oito leis penais em vigor com o objetivo de identificar quais crimes nelas tipificados seriam passíveis de negociação de acordo de não persecução penal – ANPP. Para tanto, o autor levou em consideração o requisito a pena mínima cominada inferior a 04 (quatro) anos, excluídos os crimes cometidos com violência ou grave ameaça e aqueles de competência dos Juizados Especiais Criminais. Seguindo esse raciocínio, Barros chegou aos seguintes dados: *i*) no Código Penal 133 (cento e trinta e três) tipos penais são passíveis de negociação utilizando o ANPP; *ii*) no Estatuto do Desarmamento (Lei nº 10.826/2003) é cabível ANPP em 04 (quatro) tipos penais; *iii*) na Lei de Drogas (Lei nº 11.343/2006) há 06 (seis) tipos com possibilidade de negociação de ANPP; *iv*) na Lei de Abuso de Autoridade (Lei nº 13.869/2019) foram encontrados 10 (dez) crimes capazes de ensejar esse tipo de acordo; *v*) do Código de Trânsito Brasileiro (Lei nº 9.503/1997) se extraem 04 (quatro) crimes que admitem ANPP; *vi*) na Lei de Crimes Ambientais (Lei nº 9.605/1998) há 22 (vinte e dois) tipos nos quais o acordo pode ser realizado; *vii*) na Lei de Licitações (Lei nº 8.666/1993) se pode negociar ANPP em 05 (cinco) crimes ali tipificados, e *viii*) na Lei de Crimes Contra a Ordem Tributária, Econômica e Contra as Relações de Consumo (Lei nº 8.137/1990) destacam-se 04 (quatro) crimes nos quais o ANPP é admissível. Cf. BARROS, **Acordos...** op. cit., p. 230-249.

uma política criminal voltada à despenalização, distinção no tratamento da pequena, média e grave criminalidade, e solução negociada do conflito penal. Tal movimento não é novo e em muito se assemelha àqueles adotados nos sistemas jurídicos da França, Portugal, Espanha e Itália – todos de tradição *civil law* – analisados no Capítulo 02 desse trabalho.

Sob outro aspecto, a finalidade dos acordos é justamente minimizar a aplicação de penas privativas de liberdade em crimes que o legislador entendeu não serem tão graves, e destinar o foco de atuação do Estado naqueles delitos mais graves, nos quais a via negociada não é permitida. Essa justificativa encontra guarida no próprio Conselho Nacional do Ministério Público que, ao instituir a figura do acordo de não persecução penal por meio da Resolução nº 131/2017, expôs textualmente introito da norma interna que:

Considerando, por fim, a exigência de soluções alternativas no Processo Penal que proporcionem celeridade na resolução dos casos menos graves, priorização dos recursos financeiros e humanos do Ministério Público e do Poder Judiciário para processamento e julgamento dos casos mais graves e minoração dos efeitos deletérios de uma sentença penal condenatória aos acusados em geral, que teriam mais uma chance de evitar uma condenação judicial, reduzindo os efeitos sociais prejudiciais da pena e desafogando os estabelecimentos prisionais...⁸⁴¹

A partir das próprias justificativas do Conselho Nacional do Ministério Público, temos que o acordo de não persecução penal é uma ferramenta a ser utilizada em casos menos graves – nos quais não é possível o acordo –, para evitar a estigmatização e dessocialização do indivíduo, como meio de minimizar os efeitos da sentença penal condenatória, a qual somente irá existir ao final do processo conflituoso.

Desse modo, nos casos em que é possível a celebração do acordo de não persecução penal, oportunizar às partes a possibilidade de encontrarem uma solução negociada para o conflito penal se tornou um elemento subordinante a autorizar a abertura da fase processual da persecução penal. Nesse cenário, cabe ao juiz, em sua missão constitucional de guardião dos direitos e garantias fundamentais, verificar as razões da não propositura do ANPP.

Esse controle é alcançável, pois ato e recusa à propositura do acordo são passíveis de controle judicial nos termos do art. 5º, XXXV, da Constituição que apregoa que a *lei não excluirá da apreciação judicial lesão ou ameaça de direito*, pois nosso sistema processual penal foi forjado para proteger valores como o da liberdade e a dignidade humana⁸⁴². Desta

⁸⁴¹ BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução n. 181...** op. cit.

⁸⁴² Cf. ZILLI, Tudo... op. cit., p. 240.

forma, como o acordo de não persecução penal é uma solução mais benéfica, impõe-se o dever do Ministério Público de propor⁸⁴³ e negociar a proposta⁸⁴⁴.

Com efeito, deixa-se claro que, *por dever de propor* acordo não persecução penal quando presentes os requisitos legais, entende-se que o titular da ação penal está obrigado a negociar para buscar uma solução alternativa ao conflito penal, o que não significa que o Representante do Ministério Público fica obrigado a aceitar as exigências da defesa do investigado/acusado, o qual tampouco é obrigado a concordar com as condições impostas pelo Representante do Ministério Público.

Nesse sentido, entendemos que a abertura de uma via negocial alternativa à ação penal deve ser obrigatória para que as partes busquem a solução do conflito por meio do consentimento mútuo. Porém, como dito anteriormente, não há negócio jurídico sem expressão de vontade os negociantes⁸⁴⁵, de maneira que, se não houver interesse, ou se as partes não chegarem a um acordo, a consequência lógica é a deflagração da ação penal⁸⁴⁶.

O que não concebemos como legalmente válidas são negativas fundamentadas em critérios políticos da instituição Ministério Público, pois os membros do *Parquet* são apenas um dos elos da implementação das políticas criminais concebidas pelo legislador, das quais outros atores também participam e as executam, a exemplo do Poder Judiciário⁸⁴⁷.

Dessa forma, o juiz deve sindicat a proposta, ao tomar conhecimento da não propositura do acordo ao final da investigação, e tiver determinado a devolução dos autos ao Ministério Público para que justifique a recusa em ofertar o acordo de não persecução penal, uma vez apresentadas as razões da manutenção da negativa de proposta pelo órgão da acusação.

Assim, caso o juiz verifique que a recusa do Representante do Ministério Público foi ilegítima, entendemos não caber ao magistrado substituir o órgão de acusação, agir *ex officio*

⁸⁴³ Cf. BIZZOTTO; SILVA, *Acordo...* op. cit., p. 74; LOPES JR., Aury.

⁸⁴⁴ Em similitude à obrigação do Ministério Público em propor acordo de não persecução penal quando presentes os requisitos legais autorizadores, Giacomolli, ao discorrer sobre outro mecanismo de justiça negociada, a suspensão condicional do processo, afirma que: “Presentes os requisitos legais, o acusador está obrigado a propor e negociar a suspensão condicional do processo, devendo, nas infrações de médio potencial ofensivo, fundamentar a sua negativa.” Cf. GIACOMOLLI, *Legalidade...* op. cit., p. 368.

⁸⁴⁵ ROSA; ROSA; BERMUDEZ, *Como negociar...* Op. cit., p. 101.

⁸⁴⁶ GEBRAN NETO; ARENHART; MARONA, *Comentários...* op. cit., p. 257.

⁸⁴⁷ Conforme se extrai da lição de Bechara e Moraes, a instituição não atua autonomamente na definição de políticas criminais: “Em um contexto em que parte significativa da política criminal passa a ser definida pelos Tribunais, através de precedentes vinculantes, e pelo Ministério Público na celebração de acordos, espera-se o mínimo de estabilidade, coerência e segurança jurídica sobre os patamares para situações fáticas similares”. Cf. MORAES; BECHARA, *Acordo...* op. cit., p. 441.

e oferecer acordo de não persecução penal⁸⁴⁸, dada a natureza negocial do instituto, que prescinde, antes de tudo, da vontade das partes.

Nesse diapasão, o controle judicial nos casos de recusa infundada na propositura do acordo de não persecução penal deve estar alinhado à análise pelo juiz das condições da ação, em especial, do interesse de agir. Conforme leciona Badaró, o interesse de agir decorre do binômio necessidade mais adequação, do qual se extrai que a prestação jurisdicional será inútil ao eliminar a lesão afirmada na acusação, quando não for necessária, ou por não ser adequada⁸⁴⁹. Dessa forma constata o ilustre autor: “A prestação jurisdicional é necessária quando não se pode obter satisfação do direito violado por outro meio que não o Poder Judiciário”⁸⁵⁰.

Sobre o interesse de agir no processo penal, ensinam Grinover, Gomes Filho e Fernandes:

O primeiro requisito do interesse de agir é a necessidade ou utilidade do uso das vias jurisdicionais; o segundo é a adequação do provimento e do procedimento. Nessa colocação, o interesse de agir é uma imposição do princípio da economia processual, significando, na prática, que o Estado se nega a desempenhar o

⁸⁴⁸ A possibilidade de atuação de ofício do magistrado ante a negativa de propositura do acordo, quando o acusado preenche os requisitos necessários para receber o benefício, não é nova no processo penal brasileiro e foi objeto de discussão no âmbito dos Tribunais. Quando da entrada em vigor dos institutos da Lei nº 9.099/95 o tema foi objeto de discussão no âmbito Supremo Tribunal Federal, a exemplo do que ocorreu durante o julgamento do HC 75343/MG, quando se analisou a suspensão condicional do processo. Nesse caso, os Ministros da Corte fixaram o entendimento do qual se extrai que, dada a natureza consensual dos institutos, não caberia ao juiz impor ao Ministério Público a apresentação de uma proposta. Nesta esteira, o voto vencedor foi exarado pelo Ministro Sepúlveda Pertence, que se posicionou no seguinte sentido: nos casos em que o magistrado entender ser cabível a suspensão condicional, porém o promotor se recusar a propô-la, caberia ao juiz submeter a recusa à Procuradoria-Geral, e aplicar quando couber o art. 28, do CPP, para que então o Procurador-Geral, ao falar em nome da Instituição, manifestar-se sobre a propositura ou não do acordo. Dentre os argumentos utilizados pelo Ministro para encontrar a citada solução estava a natureza transacional do instituto: “... num instituto de claramente definido como mecanismo de Justiça Criminal transacional ou pactuada, é subtrair da formação desse acordo, é expulsar dessa transação uma das partes do processo, a parte acusatória, o Ministério Público, ao qual, literal e expressamente, a lei teria dado mais, porque lhe reservou a iniciativa da proposta.” Ao final do julgamento, os Ministros do Supremo Tribunal Federal acordaram por maioria: “Suspensão condicional do processo (L. 9.099/95, art. 89): natureza consensual: recusa do Promotor: aplicação, mutatis mutandis, do art. 28 C. Pr. Penal. A natureza consensual da suspensão condicional do processo - ainda quando se dispense que a proposta surja espontaneamente do Ministério Público - não prescinde do seu assentimento, embora não deva este sujeitar-se ao critério individual do órgão da instituição em cada caso. Por isso, a fórmula capaz de compatibilizar, na suspensão condicional do processo, o papel insubstituível do Ministério Público, a independência funcional dos seus membros e a unidade da instituição é aquela que - uma vez reunidos os requisitos objetivos da admissibilidade do sursis processual (art. 89 caput) ad instar do art. 28 C. Pr. Penal - impõe ao Juiz submeter à Procuradoria-Geral a recusa de assentimento do Promotor à sua pactuação, que há de ser motivada.” (BRASIL. STF (Tribunal Pleno). HC 75343/MG, Rel. Ministro Octavio Galloti, Rel. do acórdão Ministro Sepúlveda Pertence. DJ: 12.11.1997, p. 18.06.2001). Posteriormente a esse julgamento, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 696, da qual se extrai: “Reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, mas se recusando o Promotor de Justiça a propô-la, o Juiz, dissentindo, remeterá a questão ao Procurador-Geral, aplicando-se por analogia o art. 28 do Código de Processo Penal.”

⁸⁴⁹ BADARO, *Processo...* op. cit., p. 168.

⁸⁵⁰ *Ibid.*, p. 168.

processo, no caso concreto, não é necessário e quando o provimento pedido não é adequado para atingir o escopo de atuação da vontade da lei⁸⁵¹.

Com efeito, com o advento do acordo de não persecução penal, as partes têm disponível mecanismo de resolução do conflito em alternativa ao processo conflituoso. Assim, a recusa infundada ou ilegítima do titular da ação penal na propositura do acordo obsta seu interesse de agir na promoção da ação penal, uma vez que não esgotou a necessária fase de tentativa de negociação.

No controle judicial na negativa de oferecimento da proposta de acordo de não persecução penal, os juízes estarão diante de bens jurídicos de elevada envergadura constitucional que se chocam: o exercício do poder punitivo do Estado e a proteção da liberdade humana.

A possibilidade de resolução do conflito penal pela via negociada, com a consequente aceitação de cumprimento de determinadas condições durante um determinado período, cujo cumprimento efetivo levará à declaração de extinção da punibilidade, sem o reconhecimento de culpa, é uma opção político-criminal estatal de ampliação do tratamento diferenciado a determinados tipos de crime que privilegiou a proteção da liberdade, em detrimento do exercício do poder punitivo. Essa contraposição de regras constitucionais impõe ao Ministério Público o oferecimento de proposta previamente à ação penal, sob pena de faltar-lhe interesse de agir à pretensão condenatória⁸⁵².

⁸⁵¹ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **As nulidades no processo penal**. São Paulo: Malheiros Editora, 1992, p 54-55.

⁸⁵² Ao analisar o interesse de agir, Badaró estabelece raciocínio que, muito embora trate do instituto da transação de penal, pode ser aplicado ao acordo de não persecução penal, pois ambos os mecanismos estabelecem uma fase negocial, cuja aceitação leva à desnecessidade da ação penal conflituosa. Assim, de acordo com o autor, embora a regra da “necessidade da ação penal seja pressuposta” para o exercício do *ius puniendi* pelo Estado, há uma exceção, que é justamente a utilização de mecanismos de solução consensual do conflito penal por meio da composição entre as partes. Nesse sentido: “Somente no regime do Juizado Especial Criminal, diante da possibilidade de transação penal, com a consequente aceitação de uma pena restritiva de direito ou de multa, sem um prévio processo, é que se poderia cogitar da desnecessidade da ação penal. Assim, por exemplo, se o autor preenche os requisitos da transação penal e sem prévia tentativa de tal ato compositivo, o Ministério Público oferece denúncia, não há necessidade da ação penal, posto que ainda é possível a solução consensual”. (BADARO, **Processo...** op. cit., p. 168-169). Importante destacar que esse raciocínio não é pacífico, e há entendimentos contrários na doutrina, conforme se verifica em Grinover, Gomes Filho e Fernandes: “O princípio da *nulla poena sine iudicio*, elevado a dogma constitucional, consagra a ideia de que nenhuma pena poderá ser imposta, se a apreciação do Poder Judiciário. Conclui-se daí que o interesse-necessidade é sempre ínsito na ação penal condenatória. A necessária utilização das vias processuais, para a aplicação da sanção penal, ao lado da impossibilidade de satisfação voluntária da pretensão punitiva, leva à afirmação da inutilidade da aferição do interesse-necessidade na ação penal condenatória. Mesmo nos casos de transação penal, possibilitada pela Constituição de 1988 e detalhada pelas leis dos Juizados Especiais, a aceitação da sanção penal pelo acusado só pode vir mediante processo.” Cf. GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, **As nulidades...** op. cit., p. 63.

Assim, compete aos juízes controlarem judicialmente a propositura, bem como o não oferecimento de acordo de não persecução e, nesse último caso, obstar o uso da *justiça conflituosa* em detrimento da *justiça negocial* – quando esta for possível –, seja pela rejeição liminar da denúncia (art. 395, CPP), seja pelo trancamento da ação penal ante a falta de interesse de agir do órgão da acusação⁸⁵³.

Outra maneira de solucionar a não propositura de acordo de não persecução penal é a possibilidade de o juiz, antes do controle judicial sobre a denúncia, instar a manifestação do imputado acerca de seu interesse em celebrar o acordo. Se houver manifestação positiva de interesse de abertura da via negocia por parte do investigado/acusado, e negativa por parte do Ministério Público, cabe ao juiz, consoante interpretação dos artigos 28 e 28-A, § 14, do

⁸⁵³ Corroborar esse entendimento a 16ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, quando julgou o Recurso em Sentido Estrito interposto pelo Ministério Público do Estado de São Paulo contra decisão de primeiro grau que rejeitou liminarmente denúncia por falta de interesse de agir à pretensão condenatória, ante o não oferecimento de proposta de acordo de não persecução penal; aí se estabeleceu o seguinte entendimento: “Recurso em sentido estrito. Tráfico ilícito de drogas. Rejeição da denúncia por falta de interesse de agir. Recusa na oferta de proposta de acordo de não persecução. 1. A ampliação dos espaços de consenso no processo penal brasileiro segue o padrão verificado em outros ordenamentos. É um movimento crescente, consistente e irreversível. Privilegiou-se por estas bandas a construção de caminhos alternativos de solução do conflito penal que não passam pela afirmação oficial da culpa. Expressam uma distensão do aparato punitivo cujos campos de incidência, forma e efeitos são indicados pelo legislador. A dinâmica assim posta é compatível com um ambiente de controle oficial sobre as políticas criminais e os seus canais de expressão. (...) 3. Transação penal, suspensão condicional do processo e o acordo de não persecução penal são acordos de solução do conflito penal sem a afirmação de culpa. Assim sendo, mais do que despenalizar, os institutos evitam a estigmatização que decorre não só do processo, mas também da afirmação da culpa penal. Os institutos não refletem uma política de processo, mas sim, uma política criminal. (...) 6. Recusas infundadas ou desarrazoadas comportam correção não se podendo retirar do Judiciário o exame sobre a lesão ou ameaça de lesão, mormente quando esta envolver a liberdade. Não se concebe que o Ministério Público, como ator igualmente responsável pela concretização de políticas criminais, não apresente justificativa para a recusa do uso da via consensual ou que apresente justificativa não amparada pela própria lei. 7. Não haverá interesse de agir necessidade - no uso da via disputada, enquanto não esgotada a possibilidade do uso da via consensual. Logo, o interesse de agir do órgão acusador na promoção da ação penal vincula-se, igualmente, ao esgotamento do interesse primário do Estado no uso da justiça consensual. Nessa quadratura, o controle judicial posta-se como impedimento ao exercício da ação penal, seja pela via da rejeição liminar (art. 395 do CPP), seja pela via do trancamento da ação penal, reconhecendo-se, dessa forma, o constrangimento ilegal pela inobservância das políticas criminais de harmonização dos espaços de intersecção entre o modo consensual e o modo disputado de realização de justiça. (...)10. Recurso conhecido e improvido”. Cf. SÃO PAULO. TJ/SP (16ª Câmara de Direito Criminal). RESE nº 0000781-42.2021.8.26.0695, Rel. Marcos Alexandre Coelho Zilli, DJ: 26.11.2021, DJe: 26.11.2021.

CPP, determinar a remessa dos autos ao órgão superior da Instituição⁸⁵⁴ para que se manifeste acerca da propositura ou não de acordo de não persecução⁸⁵⁵.

Outrossim, em atenção à possibilidade introduzida pelo art. 28-A, § 14, do CPP que possibilitou à defesa do investigado/acusado oferecer recurso ao Órgão Superior do Ministério Público nos casos de não propositura do acordo, consoante entendimento da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, não é legítimo que o Judiciário exerça o controle judicial sobre o mérito da recusa e com isso impeça a remessa dos autos ao controle superior

⁸⁵⁴ Solução nesse sentido foi adotada no âmbito da Justiça Federal em primeiro grau, nos autos nº 5001431-64.2020.4.03.6110, em trâmite na 3ª Vara Federal de Sorocaba, SP. Uma vez oferecida a denúncia pelo Procurador da República, a Magistrada Federal, entes mesmo de sua análise, verificou que os fatos narrados na peça acusatória, em tese, seria cabível acordo de não persecução penal, motivo pelo qual determinou a devolução dos autos ao Ministério Público Federal para manifestação sobre a propositura. Com a resposta negativa do órgão ministerial, a Juíza exerceu o controle judicial acerca da justificativa do titular da ação penal, as considerou improcedentes e determinou a remessa dos autos à uma das Câmaras de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, para os fins de analogia do art. 28-A, § 14, do Código de Processo Penal. Em outra decisão de primeiro grau, o Juiz Federal que presidia os autos da Ação Penal nº 5014210-36.2021.4.04.7000, em trâmite perante a 14ª Vara Federal de Curitiba, ante a recusa do Procurador da República em oferecer acordo de não persecução penal, determinou que as defesas dos acusados se manifestassem se pretendiam fazer uso do art. 28-A, § 14, do Código de Processo Penal. Com a resposta positiva determinou a remessa encaminhou a discussão acerca do cabimento ou não de acordo à 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal.

⁸⁵⁵ Analisando a atuação da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, por meio do Diário do Ministério Público Federal Eletrônico, divulgado em 08 de março de 2022, localizamos exemplos atuação do órgão superior em incidentes de recusa de proposta de acordo não persecução penal, alicerçados em argumentos genéricos de cabimento do instituto em razão da não suficiência de reprovação do crime. À título exemplificativo, nos autos do Expediente JF-CPS-0001846-36.2009.4.03.6105, a 2ª Câmara de Coordenação e Revisão deliberou pela devolução dos autos à origem para que o Procurador da República oficiante reanalisasse sua manifestação de não propositura de ANPP à luz dos requisitos previstos no art. 28-A, do CPP. Isso porque, conforme se extrai do voto de Relator "...o argumento genérico de que o acordo não figura como necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, com base apenas no valor do prejuízo, não é suficiente para fins de justificar a negativa do oferecimento do ANPP. 9. Caso preenchidos os demais requisitos previstos no art. 28- A do CPP, o membro do Ministério Público estipulará o pagamento do débito da forma que entender pertinente, cumulado a eventuais outras condições que julgar proporcional e compatível com a infração imputada ao(s) réu(s), e, sendo recusada a proposta pela defesa, a ação penal deverá seguir seu curso regular." (BRASIL. 2ª CCR. **Expediente JF-CPS-0001846-36.2009.4.03.6105**, Rel. Carlos Frederico dos Santos, DJ: 21.02.2022, p. 09.03.2022. Disponível em: <<http://www.transparencia.mpf.mp.br/conteudo/diarios-e-boletins/diario-eletronico-dmpf-e/2022/DMPF-EXTRAJUDICIAL-2022-03-09.pdf>> Acesso em: 10 MAIO 2022). Em outro caso, a 2ª Câmara de Coordenação e Revisão analisou incidente oriundo da Justiça Federal do Rio de Janeiro; : "A Procuradora da República oficiante deixou de oferecer o acordo, por entender que 'os fatos conduzidos na presente ação penal são demasiadamente graves, com prejuízos patrimoniais expressivos à União, não sendo o acordo de não persecução penal uma medida suficiente para reprovação do crime'. Além disso, em todos os momentos que coube aos réus falarem nos autos, os mesmos não demonstraram, minimamente, interesse em confessar a prática delituosa, motivo pelo qual não houve atendimento do requisito 'confissão formal e circunstanciada' previsto no caput artigo 28-A do Código de Processo Penal.'" Por essas razões os membros do órgão deliberaram pelo retorno dos autos à origem para reanálise dos requisitos exigidos para oferecimento do ANPP, uma vez que entenderam que "...Procuradora da República oficiante limitou-se a apontar a gravidade do crime ora em análise para justificar o não oferecimento do ANPP, sem apresentar fundamentação específica e individualizada com base no caso concreto...". (BRASIL. 2ª CCR. **Expediente JF-RJ-5007751-46.2021.4.02.5101**, Rel. Carlos Frederico dos Santos, DJ: 21.02.2022, p. 09.03.2022. Disponível em: <<http://www.transparencia.mpf.mp.br/conteudo/diarios-e-boletins/diario-eletronico-dmpf-e/2022/DMPF-EXTRAJUDICIAL-2022-03-09.pdf>> Acesso em: 10 maio 2022).

do órgão da acusação. Acerca do limite do controle judicial sobre o recurso defensivo contra a recusa do titular da ação penal em propor o acordo, assim se manifestou o Ministro Relator:

Portanto, como regra geral, não é legítimo que o Judiciário controle a recusa do ANPP quanto ao seu mérito para impedir a remessa ao controle superior no MP. Em caso de manifesta inadmissibilidade, como em uma situação de ANPP requerido em um crime de feminicídio, pode-se aventar a negativa à aplicação do art. 28-A, § 14, CPP, o que eventualmente poderia ser controlado em âmbito judicial recursal em segundo grau. Contudo, neste caso concreto, em juízo preliminar, há plausibilidade jurídica na tese da defesa pelo cabimento do ANPP, se era potencialmente aplicável ao caso concreto a minorante de tráfico privilegiado. Não se trata, portanto, de um caso em que a inadmissibilidade era manifesta e, assim, a regra de remessa ao órgão superior do MP deve prevalecer⁸⁵⁶.

Dentre as razões que entendemos serem injustificáveis para a não propositura de acordo de não persecução penal, estão aquelas alicerçadas em orientações e decisões emanadas de órgãos superiores do Ministério Público que se chocam frontalmente com a legislação⁸⁵⁷. Com efeito, o legislador estabeleceu que o ANPP somente não é cabível “nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino” (Art. 28-A, § 2º, inciso IV).

Dessa maneira, recusas em proposituras de acordo calcadas em orientações do próprio órgão da acusação não podem ultrapassar os limites impostos pela própria lei, de modo que cabe ao juiz sindicá-las o não oferecimento de proposta pelo órgão da acusação apoiadas em orientações que restringem administrativamente espaços para propositura do acordo de não persecução penal.

⁸⁵⁶ BRASIL. STF (2. Turma). **HC 194.677/SP**... op. cit.

⁸⁵⁷ A título de exemplo, o Ministério Público do Estado de São Paulo, tão logo a Lei 13.964/2019, expediu uma série de enunciados com o objetivo de orientar Promotores e Procuradores de Justiça na propositura de acordos de não persecução penal. Dentre as orientações apresentadas no âmbito do Ministério Público paulista, temos algumas que, com o devido respeito, inovaram os ditames legais e criaram requisitos não previstos pelo legislador na propositura do acordo de não persecução penal. Como exemplo citamos o Enunciado nº 22: “O acordo de não persecução penal é incompatível com crimes hediondos ou equiparados, uma vez que sua elaboração não atende ao requisito previsto no caput do art. 28-A do CPP, que o restringe a situações em que se mostre necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime.” (SÃO PAULO. Ministério Público do Estado de São Paulo. **Enunciados PGJ-CGMP – Lei 13.964/2019**... op. cit.). Ou ainda, a Orientação Conjunta nº 01/2020, que orientou “os órgãos de execução do Ministério Público do Estado de São Paulo devem evitar qualquer instrumento de consenso (transação penal, acordo de não persecução penal e suspensão condicional do processo) nos procedimentos investigatórios e processos criminais envolvendo crimes de racismo, compreendidos aqueles tipificados na Lei 7.716/89 e no art. 140, §3º, do Código Penal, pois desproporcional e incompatível com infração penal dessa natureza, violadora de valores sociais.” (SÃO PAULO. Ministério Público do Estado de São Paulo. **Aviso 206/2020**. Disponível em: < http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/Noticias_CA0_Criminal/recomenda%C3%A7%C3%A3o%2001%20cg%20pgj.pdf> Acesso em 05 maio 2022).

Ultrapassada essa fase, se a proposta for provida de elementos e fatos que permitam ao magistrado concluir pelo prosseguimento da análise, cabe agora ao juiz a tarefa de analisar se o acordo de não persecução penal que as partes pretendem ver homologado preenche a exigência legal da confissão.

5.4.2. Confissão formal e circunstancial

Assim, o próximo requisito sobre o qual o juiz exercerá o controle judicial é sobre a confissão, prevista no *caput* do artigo 28-A, do CPP, que estabeleceu a exigência de o investigado ter “confessado formal e *circunstancialmente* a prática da infração penal” para que o Ministério Público lhe ofereça a proposta.

Nessa linha, parte importante da doutrina passou a adotar o entendimento, segundo o qual o requisito estaria preenchido quando o investigado confessasse integralmente a prática do crime que está sendo apurado, de maneira formal e circunstanciada, ou seja, que o ato de confessar deve ser rico em detalhes e informações sobre o delito e sua prática⁸⁵⁸.

Sem qualquer afronta aos notáveis entendimentos, acreditamos que uma mudança ocorrida no processo legislativo de implantação do art. 28-A no Código de Processo Penal acarretou considerável modificação na qualidade da confissão exigida como contrapartida para o acordo. Para facilitar nossa argumentação, estabeleceremos um quadro comparativo entre os textos dos Projetos de Lei que tramitaram no Congresso Nacional, com o texto final sancionado da Lei nº 13.964/2019.

⁸⁵⁸ Nesse sentido: “Desse modo, deverá o investigado confessar integralmente a prática do crime que está sendo apurado. (...) Essa confissão tem dois aspectos muito importantes. O primeiro que é – sendo ela crível e detalhada – apresenta ao Membro do Ministério Público fundamentos robustos no sentido de que – ao celebrar-se o acordo – não se está a praticar uma injustiça contra um inocente.” (CABRAL, **Manual...** op. cit., p. 111-113); “Por confissão formal, compreende-se a afirmação deliberada do investigado/acusado, de modo livre e consciente, quanto à prática criminosa, feita expressamente na presença do prestante ministerial e seu defensor. Precisa ser circunstanciada, rica em detalhes e informações sua participação na ação criminosa.” (BIZZOTTO; SILVA, **Acordo...** op. cit., p. 80.); “À confissão agrega-se o termo circunstancial. Em breve síntese, circunstancial significa aquilo que exprime as circunstâncias (causa, tempo etc.) ou os elementos secundários de uma ação, subordinados a uma proposição principal: complemento, adjunto circunstancial. Ou seja, do investigado exige-se que indique detalhes a respeito do crime.” (GEBRAN NETO; ARENHART; MARONA, **Comentários...** op. cit., p. 285); “Confissão circunstanciada significa que o acordante não pode apenas dizer que o foi o autor do fato típico, mas também deve fazer um relato detalhado de todos os fatos de forma esmiuçada, especificando as principais características (de tempo, lugar, meio de execução etc.), sem ocultar nada e sem dar margens para quaisquer dúvidas ou ser omissos em algum fato.” Cf. BARROS, **Acordos...** op. cit., p. 118.

Quadro 1 - Comparativo entre os Projetos de Lei e a Norma Sancionada

PL nº10.372/2018 Câmara dos Deputados	PL nº 882/2019 Ministério da Justiça	Projeto Substitutivo do Grupo de Trabalho	Lei nº 13.964/2019 Redação Sancionada
Art. 28-A. Não sendo o caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e <i>circunstanciadamente</i> a prática de infração penal...	Art. 28-A. O Ministério Público ou o querelante poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, se não for hipótese de arquivamento e se o investigado tiver confessado <i>circunstanciadamente</i> a prática de infração penal...	Art. 28-A. O Ministério Público ou o querelante, desde que necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, não for hipótese de arquivamento e se o investigado tiver confessado <i>circunstanciadamente</i> a prática de infração penal...	Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e <i>circunstancialmente</i> a prática de infração penal...

Fonte: elaboração própria.

Nessa linha, enquanto os Projetos de Lei definiam que a confissão exigida no art. 28-A, do CPP deveria *circunstanciada* – que dá origem ao advérbio *circunstanciadamente* – a redação sancionada do referido artigo estabeleceu que a confissão passaria a ser *circunstancial* – que está na genealogia do advérbio *circunstancialmente*.

Analisado as palavras *circunstanciadamente* e *circunstancialmente* há diferença no sentido que elas expressam, e isso, ao nosso ver, impacta sensivelmente na qualidade da confissão.

Isso porque, *circunstancialmente* exprime o sentido de conter uma circunstância (de tempo, modo, lugar etc.)⁸⁵⁹, ou dela depender, apesar de relevante, não é essencial, indicando uma questão incidental⁸⁶⁰. Por sua vez, *circunstanciadamente* enuncia que todas as circunstâncias devem ser expostas de modo circunstanciado⁸⁶¹, ou seja, de modo pormenorizado⁸⁶².

A partir da análise anterior, temos que a confissão exigida para contrapartida à propositura do acordo de não persecução penal exige que o imputado confesse os fatos de modo genérico, indicando o tempo, lugar e modo de execução, o que permite que o juiz afira plausibilidade dos elementos que corroborem autoria. Ou seja, sem ser necessário esmiuçar a prática delitiva com riqueza de detalhes e informações.

⁸⁵⁹ NASCENTES, Antenor. **Dicionário da língua portuguesa**. Departamento de Imprensa Nacional, 1º Tomo A-C, 1961, p. 461

⁸⁶⁰ MICHAELIS. **Dicionário brasileiro da língua portuguesa**. São Paulo: Editora Melhoramentos, 2022, versão online, disponível em: < <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/circunstancial%20/>> Acesso em: 10 maio 2022.

⁸⁶¹ NASCENTES, **Dicionário**... op. cit., p. 461.

⁸⁶² MICHAELIS. **Dicionário**... op. cit.

Sob outro aspecto, durante a fase de investigação não existe acusação formal contra o agente, mas sim a imputação⁸⁶³ de um fato que se ajusta à norma penal incriminadora, e há variações de conteúdo e forma no ato de imputar, que estão relacionados ao momento em que é feito⁸⁶⁴.

De acordo com a lição de Scarance, há variações na profundidade dos juízos de imputação na fase pré-processual e processual, o que acarreta também na intensidade dos deveres do agente em ambas as fases, bem como ressalta o autor, mesmo imputação na acusação ainda se trata de uma hipótese, que somente se tornará definitiva findado o encerramento da instrução com uma decisão judicial que lhe confirme:

A exigência de menor ou maior profundidade nos juízos de imputação do inquérito e do processo decorre da diversidade de posições jurídicas da pessoa imputada nestes dois estágios da persecução penal. A imputação no inquérito confere aos suspeitos direitos mais limitados do que os direitos decorrentes da imputação na denúncia ou queixa. Os deveres impostos ao indiciado são menos intensos que os deveres do acusado. Por isso se exige menos da primeira imputação, feita durante a investigação, quando comparada com a segunda, constante na denúncia ou queixa. A imputação constante da acusação é um juízo hipotético de atribuição de crime e depende de confirmação pela prova a ser produzida durante o desenvolver da relação jurídica processual. Encerrada a instrução, será proferido outro juízo, não mais de atribuição, mas de natureza decisória sobre os mesmos dados da imputação: o fato e a sua qualificação jurídica. Assim, o juízo de atribuição por ser hipotético precisa de um posterior de natureza decisória que o confirme. Como se depreende do exposto, há juízos progressivos e diversos. Os juízos hipotéticos de atribuição feitos pelas imputações do inquérito e do processo estão assentados em possibilidade e probabilidade de autoria e dependem de uma confirmação de outro juízo de caráter decisório⁸⁶⁵.

⁸⁶³ Conforme se extrai da lição de Scarance Fernandes, a noção de imputação: “Em suma, a imputação é um juízo pelo qual se atribui a alguém a prática de fato penal relevante, ou seja, de fato que se ajusta a uma norma incriminadora. Varia o momento desse juízo, assim como o substrato fundante desse juízo, mas se trata de um juízo. Normalmente se expressa por ato determinado: indiciamento, denúncia. Determinação judicial de prisão cautelar ou outra medida constritiva, mas também pode revelar-se pela maneira como a pessoa passa a ser tratada pela autoridade encarregada pela persecução”. Ainda segundo o autor: “Quando a imputação se manifesta por ato determinado, este varia de forma e conteúdo na dependência do momento em que é feita. Essa diversidade resulta do grau de exigência para que a alguém que possa ser atribuída a infração apurada. Assim, no ato de acusar, por meio denúncia ou queixa, há imputação, ou seja, há atribuição a alguém da prática de ato considerado infração penal. Exige-se uma atribuição precisa, determinada, lastreada em elementos fortes de convicção que sustentem razoável suspeita em torno a pessoa imputada. Também há imputação quando na fase de investigação a autoridade policial formula representação para ser decretada prisão temporária do suspeito e o juiz a acolhe; a decisão judicial que assenta-se em atribuição ao suspeito da prática de ato típico pela autoridade policial, pois, sem isso, seria injustificável restrição tão grave de liberdade”. Cf. FERNANDES, **Reação...** op. cit., p. 103.

⁸⁶⁴ “A acusação não se confunde com a imputação, pois antes de ser formulada a acusação, com a denúncia ou queixa, já existia a imputação durante a investigação, tendo-se em vista que no indiciamento o fato apurado fora atribuído a alguém como seu provável autor. Além dessa diferença há outra: a acusação contém a imputação mais o pedido de condenação e de aplicação da pena, ou seja, a acusação abrange a imputação e o pedido.” Cf. *Ibid.*, p. 153.

⁸⁶⁵ *Ibid.*, p. 156-157.

Com efeito, o agente, ao confessar a prática de determinada infração penal para celebração de acordo de não persecução penal, confessa a imputação, seja ela a da investigação, seja a da acusação, porém em maior ou menor profundidade o que se confessa é um juízo de probabilidade. A lógica informadora do acordo reside justamente em obstar a persecução penal sem o julgamento do mérito acerca da culpabilidade ou não do agente⁸⁶⁶.

Por sua vez, o instituto não é um instrumento que visa ao incremento probatório dos órgãos de persecução estatal, de maneira que a confissão não se presta a ser fonte de prova, tampouco incriminar terceiros e auxiliar nas investigações, tal qual ocorre na colaboração premiada⁸⁶⁷.

Ainda que a confissão no acordo de não persecução penal seja uma contrapartida ao oferecimento da proposta para um caso específico, o Código de Processo Penal é silente quanto ao compartilhamento da confissão para outros procedimentos ou outras instâncias de apuração⁸⁶⁸. Nesse contexto, o acordo de não persecução penal é uma totalidade de atos, que tem por objetivo obstar a persecução penal no caso específico, com a imposição de condições que, uma vez cumpridas, acarretam a extinção da punibilidade, sem a afirmação de culpa.

Sob tal aspecto, o investigado/acusado, ao deixar de exercer seu direito fundamental ao silêncio para confessar a prática de determinado fato criminoso no âmbito do ANPP, jamais espera que esse ato seja o desencadeador de novos procedimentos investigatórios em outras instâncias e esferas administrativas. Diante disso, para se evitar insegurança jurídica, bem como o desestímulo ao acordo, entendemos ser cabível a negociação de cláusula específica que impede, para outros procedimentos, eventual compartilhamento da confissão feita no bojo do ANPP.

Nessa linha, o juiz, ao exercer o controle judicial sobre a confissão no acordo de não persecução penal, deve verificar se a narrativa do imputado/acusado lhe permite aferir a plausibilidade de autoria e somente isso. Sob outro giro, cabe ao magistrado sindicat a recusa do Ministério Público no oferecimento da proposta, embasada na justificativa de

⁸⁶⁶ FRANCO, O papel... op. cit., p. 436.

⁸⁶⁷ Nesse sentido: MOURA; SAAD, Acordo... op. cit., p. 406.; SILVARES, Algumas... op. cit., p. 277. Em sentido contrário, Cabral afirma que “não há dúvidas que a confissão circunstanciada do fato pode acrescentar novos horizontes investigatórios, permitindo, portanto, que as autoridades públicas possam, por exemplo, identificar novas fontes de prova, sejam pessoais (novas testemunhas, por exemplo), sejam reais (v.g. novos documentos, extratos bancários, fiscais, informações constantes em aparelhos celulares).” Cf. CABRAL, **Manual...** op. cit., p. 130-131.

⁸⁶⁸ Conforme discorrem Moura e Saad: “Ainda quanto à possibilidade de uso da confissão para além da do acordo, discute-se se ela poderia ser compartilhada com outras instâncias de apuração do mesmo feito ilícito, como procedimentos administrativos ou civis sancionatórios, a exemplo de procedimentos instaurados na Receita Federal, CADE, Banco Central, CGU, AGU, TCU, CVM ou até para instruir inquérito civil ou ação civil pública.” Cf. MOURA; SAAD, Acordo... op. cit., p. 408.

insuficiência no ato de confessar; pois, como já dito, a confissão do ANPP não se presta ao incremento persecutório estatal.

Ainda, conforme discorrem Moraes da Rosa, Bermudez e Rosa: “A finalidade de uma confissão circunstancial seria impedir que terceiros assumam a autoria de um crime que não cometeram, e só. Até porque, em face do dever de boa-fé, já devem existir elementos convergentes de autoria materialidade e culpa”⁸⁶⁹. (grifos do original)

Por sua vez Valente leciona que a confissão no ANPP assume as seguintes características: é oferecida perante o Ministério Público em audiência especialmente designada e posteriormente será analisada com outros requisitos pelo magistrado em audiência que prescinde de contraditório imediato ou real; em caso de descumprimento, a confissão não poderá ser utilizada na fase processual; e deve ser interpretada como um elemento de força relativa, e não absoluta, em conjunto com outros elementos para formação da opinião delitiva em caso de descumprimento do acordo⁸⁷⁰.

Nesse sentido, a confissão do investigado no âmbito do acordo de não persecução penal não pode ser supervalorizada, conforme alertam Gebran Neto, Arenhart e Marona: “Não obstante, cumpre alertar que a confissão pré-processual tem finalidade bastante limitada, podendo inclusive ser objeto de retificação por parte do investigado, se eventualmente vier a ser processado na hipótese de rescisão do ANPP”⁸⁷¹.

Dado que o juiz não participa de nenhuma etapa da fase de negociação do acordo entre as partes, faz-se necessário que o controle judicial abranja a verificação se, no momento da confissão, está-se perante o representante do Ministério Público, pois somente a ele cabe a propositura do acordo.

Além disso, cumpre ao juiz verificar se a confissão extrajudicial foi oferecida mediante plena liberdade e autonomia pelo investigado/acusado, bem como se, durante o ato o imputado, estava ciente dos seus direitos constitucionais e, por fim, se estava acompanhado da defesa técnica⁸⁷².

Essa análise se faz necessária, pois, ainda que o imputado anua com a proposta no pleno exercício de autonomia da vontade, certo é que exigência legal de que o investigado/acusado confesse formal e circunstancialmente a prática delitiva acaba por colidir com

⁸⁶⁹ ROSA; ROSA; BERMUDEZ, **Como negociar...** Op. cit., p. 58.

⁸⁷⁰ VALENTE, Victor Augusto Estevam. *Reparação do dano e os reflexos da confissão pré-processual no acordo de não persecução penal*. In: BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo. **Acordo de não persecução penal**. 2. ed., 1. reimp. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2021, p. 333

⁸⁷¹ GEBRAN NETO; ARENHART; MARONA, **Comentários...** op. cit., p. 277.

⁸⁷² VALENTE, *Reparação...* op. cit., p. 335.

as garantias fundamentais da presunção de inocência e da não autoincriminação. Nesse sentido, cumpre ao magistrado aferir se o imputado abdicou de seus direitos mediante inequívoca manifestação de vontade e se foi devidamente aconselhado e informado sobre o processo de negociação⁸⁷³ e suas consequências.

5.4.3. Infração penal praticada sem violência ou grave ameaça

Passado o controle judicial sobre o requisito da confissão, cabe então ao juiz analisar se proposta de acordo preenche o requisito da *ausência de violência ou grave ameaça*.

A implementação dessa condição se tratou de uma legítima opção político-criminal do legislador de não beneficiar, com o acordo de não persecução penal, pessoas que tenham praticado delitos violentos, ou com grave ameaça. Essas duas condições possuem caráter mais elevado de reprovabilidade, conforme se depreende da interpretação comparada do requisito disposto no art. 28-A, *caput*, do CPP com aquele previsto no artigo 44, inciso I, do Código Penal, que trata das hipóteses de substituição da pena privativa de liberdade⁸⁷⁴.

Nessa linha, consoante ensinamento de Nucci, a palavra *violência* empregada pelo legislador deve ser entendida como modalidade de *violência física*; enquanto a *grave ameaça*, como modalidade de *violência moral*. Há ainda a *violência presumida*, que é uma forma *violência física* que resulta na incapacidade de resistência da pessoa ofendida, em razão de mecanismo de coação indireta utilizado pelo agente⁸⁷⁵.

A restrição prevista no art. 28-A, *caput*, do CPP deve ser empregada nos casos de *violência* ou *grave ameaça* praticada contra *a pessoa*, e não se estende aos crimes cometidos com *violência* contra as *coisas*, como ocorre no furto qualificado mediante rompimento ou destruição de obstáculo⁸⁷⁶.

O controle judicial sobre esse requisito demandará maiores esforços quando se tratar da análise de possibilidade de celebração de acordo de não persecução penal em casos em que a violência não é intencional. Muito embora a lei não seja clara, não há vedação à

⁸⁷³ SALGADO, , A horizontalização... op. cit., p. 477.

⁸⁷⁴ CABRAL, **Manual...** op. cit., p. 90-91.

⁸⁷⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 9ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 446.

⁸⁷⁶ Nesse sentido: GEBRAN NETO; ARENHART; MARONA, **Comentários...** op. cit., p. 269; CABRAL, **Manual...** op. cit., p. 91.

aplicação do instituto nos casos crimes praticados na modalidade culposa, já que a lei trata dos casos de violência real dolosa⁸⁷⁷.

Por esses motivos, temos como *regra geral* que a inviabilidade do acordo de não persecução penal se aplica aos casos em que o crime tenha sido praticado na modalidade dolosa; assim se excluem os delitos culposos, mesmo com resultado marcado por *violência* ou *grave ameaça* contra a pessoa, na modalidade culposa⁸⁷⁸, como ocorre, por exemplo, no homicídio culposo, onde a *violência* está no resultado e não na conduta.

Há ainda algumas espécies de crimes, nas quais próprio legislador estabeleceu que a *violência* ou *grave ameaça* são *presumidas* (v.g. crime de redução do trabalhador à condição análoga à de escravo) de modo que nesses casos o acordo se torna inviável⁸⁷⁹.

Nessa linha, o controle judicial desse esse requisito demandará uma análise mais global do caso concreto, consoante o preenchimento dos demais requisitos previstos na lei, em especial em relação à necessidade e suficiência de reprovação do delito⁸⁸⁰.

⁸⁷⁷ Necessário esclarecer que há entendimento de que não cabe ANPP nos casos de crimes cometidos com violência contra animais. Nesse sentido, Monique Mosca Gonçalves afirma descaber o acordo de não persecução penal para a prática do crime de maus tratos com emprego de violência contra cães e gatos, tipificado no art. 32, § 1º-A, da Lei do Crimes Ambientais (Lei nº 9.605/1998): “A incompatibilidade do ANPP com a figura dos maus-tratos a animais deve ser entendida à luz da teoria do link, que demonstra a forte vinculação entre a propensão criminosa para atos de violência contra à pessoa humana e aquela direcionada para atos de violência contra animais. A teoria do link encontra sustentação nos dados estatísticos que demonstram a semelhança do perfil da personalidade voltada para a prática de atos de violência contra seres humanos, especialmente no contexto doméstico, e de violência contra animais. O traço comum refere-se à prática de violência contra seres vulneráveis, indicando a correlação entre violência doméstica, abuso infantil e crueldade animal. Neste contexto, a aplicação do ANPP não se mostra, em uma análise geral e abstrata, suficiente para a prevenção do crime de maus-tratos contra cães e gatos e a sua admissão pode comprometer a própria eficácia e o escopo da nova lei penal. Em conclusão, diante da ausência de disposição expressa limitativa à violência contra a pessoa humana, deve-se compreender o conceito da prática de crime com violência, enquanto proibição de aplicação do ANPP, como aquela que envolve violência contra sujeitos de direitos, ou seja, contra seres portadores de dignidade, mormente aqueles que apresentam condição de vulnerabilidade, abrangendo, portanto, as infrações penais com violência à pessoa humana e aos seres sencientes.” (GONÇALVES, Monique Mosca. A tutela penal dos animais no contexto da nova lei nº 14.064/2020. **Boletim Criminal Comentado**, n. 114, out./2020. Disponível em: < http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/Boletim_Semanal/Boletim%20CAO-CRIM%20114.pdf> Acesso em: 05 jun. 2022). Em sentido contrário: “Além disso, negar, abstratamente, o cabimento do ANPP para o artigo 32, § 1º-A, da LCA, implica reconhecer a incapacidade do Ministério Público de resolver o conflito penal sem depender da judicialização, o que é a tônica do ANPP. Significa contrariar a política criminal que recomenda um Ministério Público resolutivo, aquele que, por mecanismos extrajudiciais, promove a pacificação social conferindo uma resposta efetiva para o problema penal. Não obstante, a maior gravidade dos maus tratos contra cães e gatos repercute no ANPP. As condições, no caso do artigo 32, § 1º-A, devem ser mais severas e intensas, justamente para cumprir a reprovação e prevenção do crime exigidas pelo art. 28-A, caput, do CPP. Essas condições, com destaque para a do artigo 28-A, V, do CPP, devem ser proporcionais, sob a óptica da suficiência da reprovação e prevenção, à pena a que o agente seria condenado”. (KURKOWSKI, Rafael Schwez. Crimes de maus tratos contra cães e gatos: ANPP e proibição de guarda. **Boletim Criminal Comentado**, n. 120, nov./2020. Disponível em: < http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/Boletim_Semanal/Boletim%20CAOCRIM%20120.pdf> Acesso em: 05 jun. 2022).

⁸⁷⁸ VASCONCELLOS, **Acordo...** op. cit., p. 69.

⁸⁷⁹ GEBRAN NETO; ARENHART; MARONA, **Comentários...** op. cit., p. 269-271.

⁸⁸⁰ VASCONCELLOS, **Acordo...** op. cit., p. 69.

5.4.4. Crime com pena mínima inferior a quatro anos

O próximo requisito a ser analisado pelo juiz no controle judicial da proposta de ANPP é o pressuposto objetivo previsto no *caput*, do art. 28-A, que estabelece a pena *mínima inferior a quatro anos*, já considerada, na aferição as causas de aumento e diminuição de aplicáveis ao caso concreto, conforme estabelece o §1º, do citado artigo do CPP.

Ao estabelecer a limitação para acordo aos crimes cuja pena mínima seja de até quatro anos, o legislador ampliou consideravelmente o rol de crimes abrangidos⁸⁸¹ por institutos de *justiça negociada* no sistema brasileiro⁸⁸², quando comparados aos demais mecanismos vistos na primeira onda negociada⁸⁸³.

O critério da pena mínima se relaciona ao regime estabelecido pelo art. 44, do Código Penal, o qual prevê que nos casos em que a pena aplicada *não for superior a quatro anos*, dentre outros requisitos, será possível ao juiz substituir a pena privativa de liberdade, por penas restritivas de direito.

Assim, nos casos que envolverem *causas de aumento e diminuição de pena*, o magistrado terá de controlar a aferição da *pena mínima*. O Código de Processo Penal não indicou expressamente o parâmetro a ser considerado, motivo pelo qual entendemos que devem ser utilizadas as causas reguladas pelo Código Penal e a legislação extravagante, quando aplicáveis ao caso concreto.

Dessa forma, para se evitar subjetivismos na aferição da pena, nos alicerçamos na doutrina, entendemos que o juiz deverá operar abstratamente e aplicar o *menor* percentual previsto em lei nas *majorantes*, e a *maior* fração permitida nas *minorantes*⁸⁸⁴. Com efeito, se desse somatório de penas chegar-se ao mínimo necessário – quatro anos – estará

⁸⁸¹ *Vide*, nota 843, *supra*.

⁸⁸² Nucci é crítico da aplicação do instituto aos crimes cuja pena mínima é inferior a quatro anos: “Não nos admira ter o Parlamento aprovado esse novo benefício, pois abrange a maioria dos crimes de colarinho branco. Extremamente conveniente. No entanto, o legislador torna a mencionar que o acordo de não persecução penal precisa ser necessário e suficiente para a reprovação (retribuição) e prevenção do crime.” Cf. NUCCI, Guilherme de Souza. **Pacote anticrime comentado: Lei 13.964, de 24.12.2019**. 2. ed., rev., atual., ampl. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2021, p. 71.

⁸⁸³ Conforme se extrai dos institutos previstos na Lei nº 9.099/95, o cabimento da transação penal (art. 76) regula-se pela pena máxima não superior a dois anos (art. 61). Por sua vez, o oferecimento da suspensão condicional do processo é regulado pela pena mínima cominada igual ou inferior a um ano (art. 89). Já o acordo de não persecução penal é aplicável aos crimes cuja pena mínima é de até quatro anos.

⁸⁸⁴ Cf. ROSA; ROSA; BERMUDEZ, **Como negociar...** Op. cit., p. 68; CABRAL, **Manual...** op. cit., p. 90; FRANCO, José Henrique Kaster. O papel do juiz no acordo de não persecução penal. *In*: BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo. **Acordo de não persecução penal**. 2. ed., 1. reimp. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2021, p. 438; NUCCI, **Pacote...** op. cit., p. 73.

preenchido o requisito previsto no acordo⁸⁸⁵, e se excluem os casos cujo cálculo da pena abra caminho para aplicação da transação penal (art.28-A, § 2º, inciso I).

Necessário esclarecer que a Lei nº 13.964/2019, ao estabelecer o critério da pena mínima, utilizou a expressão pena mínima *inferior* a quatro anos, e não pena mínima *superior* a quatro anos, conforme consta no Código Penal. Essa mudança legislativa, para alguns autores, fez com que o requisito se preencha quando a somatória da pena for inferior a quatro anos (v.g. 03 anos, 11 meses e 30 dias)⁸⁸⁶.

Segundo outra linha, o parâmetro a ser adotado para alcançar o mínimo necessário de pena é que a somatória não ultrapasse quatro anos, portanto a pena mínima para que o pressuposto seja validado é de exatamente quatro anos⁸⁸⁷. Ao nosso ver, esse entendimento é o que melhor está adequado aos propósitos do acordo de não persecução penal.

Se o processo já estiver em andamento (em primeiro grau ou fase recursal), será necessário verificar se houve alteração ou aplicação de causa de diminuição posteriormente ao oferecimento da denúncia. Essa aferição já foi fixada pelo Superior Tribunal de Justiça no âmbito da suspensão condicional do processo, que por se tratar de instituto de *justiça negociada* tal qual o acordo de não persecução penal, entendemos ser também aplicada a esse caso.

Restou definido pela Súmula n. 337 do STJ: “É cabível a suspensão condicional do processo na desclassificação do crime e na procedência parcial da pretensão punitiva.” Assim, caso ocorra a *emendatio libeli* (art. 383, CPP) ou *mutatio libeli* (art. 384, CPP), na desclassificação de delito, ou na precedência parcial da ação, se a nova pena possibilitar o acordo de não persecução penal, deve o magistrado processante conceder ao Ministério Público oportunidade para o oferecimento da proposta de acordo⁸⁸⁸.

Consoante entendimento da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, alterações no quadro fático da ação penal já em andamento, de modo a tonar potencialmente cabível a aplicação de instituto de *justiça negociada*, podem ser apreciadas pelo magistrado antes da prolação da sentença, o que oportunizará às partes a negociação de acordo de não persecução penal.

⁸⁸⁵ BIZZOTTO; SILVA, **Acordo...** op. cit., p. 82

⁸⁸⁶ Nesse sentido: CABRAL, **Manual...** op. cit., p. 94; GEBRAN NETO; ARENHART; MARONA, **Comentários...** op. cit., p. 273.

⁸⁸⁷ Corroboram com esse entendimento: VASCONCELLOS, **Acordo...** op. cit., p. 62; BIZZOTTO; SILVA, **Acordo...** op. cit., p. 82; ROSA; ROSA; BERMUDEZ, **Como negociar...** Op. cit., p. 57; LOPES JR, **Direito...** op. cit., p. 219-220; ROCHA, **Acordo...** op. cit., p. 24.

⁸⁸⁸ VASCONCELLOS, **Acordo...** op. cit., p. 63.

No caso que foi apreciado pela Segunda Turma da Suprema Corte, no já citado HC nº 194.677/SP, o Representante do Ministério Público, quando das alegações finais, opinou favoravelmente à aplicação do redutor de tráfico privilegiado, que, por consequência, também alterou o quadro fático da imputação, permitindo a análise do cabimento do acordo de não persecução penal⁸⁸⁹. O mesmo raciocínio pode ser aplicado pelo magistrado quando o redutor é aplicado na sentença, chega-se ao patamar de pena exigido pelo Art. 28-A do CPP e não há recurso da acusação⁸⁹⁰.

5.4.5. Acordo seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime

Outro requisito previsto pelo legislador e que demandará maior controle pelo juiz é aquele que condiciona o acordo de não persecução penal *desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime*". Dentre todos os requisitos previstos pelo legislador, neste requisito reside a maior carga de subjetividade para sua aferição.

Conforme discorre Vasconcellos desse requisito "se por um lado consolida-se importante espaço para autorizar uma gestão de política criminal pelo MP, igualmente abre-se margem para riscos de abusos e disparidade de tratamento diante da falta de parâmetros objetivos para definir o que seria 'necessário e suficiente'"⁸⁹¹.

Ao analisar o requisito, Schmitt de Bem aponta que: "Quiçá se trate do ponto mais polêmico e, como tal, mais próximo de revelar uma declaração de inconstitucionalidade, seja porque é uma fórmula assaz aberta, seja porque não existe norma constitucional que contemple as supostas finalidades a eles conectadas"⁸⁹².

Os referidos elementos – necessário e suficiente – não são novidade no sistema penal brasileiro, uma vez que o Código Penal, em seu art. 59, ao estabelecer as regras que devem nortear o juiz na aplicação da pena *culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias do crime e comportamento da vítima*, afirma que reprimenda será individualizada conforme o "*necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.*"

⁸⁸⁹ Conforme se extrai da Ementa do acórdão: "...4. No caso concreto, em alegações finais, o MP posicionou-se favoravelmente à aplicação do redutor de tráfico privilegiado. Assim, alterou-se o quadro fático, tornando-se potencialmente cabível o instituto negocial." Cf. BRASIL. STF (2. Turma). HC 194.677/SP... op. cit.

⁸⁹⁰ GEBRAN NETO; ARENHART; MARONA, *Comentários...* op. cit., p. 274.

⁸⁹¹ VASCONCELLOS, *Acordo...* op. cit., p. 69.

⁸⁹² VASCONCELLOS, *Acordo...* op. cit., p. 79.

⁸⁹² BEM, Os requisitos... op. cit., p. 229-233.

Nessa linha de interpretação, para dar maior objetividade ao cumprimento do requisito, poderiam ser utilizados por analogia os critérios definidos no art. 76, § 2^a, inciso II, da Lei 9.099/95, que trata dos pressupostos da transação penal, que por sua vez seriam baseados naqueles estipulados no artigo 59, do Código Penal⁸⁹³.

Por sua vez Guaragni destaca que, para aferir a necessidade e suficiência do acordo, uma orientação interpretativa para os membros do Ministério Público é a de levar em consideração as circunstâncias do delito; em princípio, aquelas contidas no art. 59 do Código Penal⁸⁹⁴.

Para tentar delimitar a subjetividade prevista no requisito do art. 28-A do CPP, Cabral estipula dois fatores para aferição do cumprimento dos requisitos: a presença de injusto mais grave e a maior culpabilidade do agente. O autor registra ainda que a avaliação daquilo que é necessário e suficiente para prevenção do crime é atribuição dos membros do órgão da acusação, em razão de serem os titulares da ação penal, razão pela qual a análise desse pressuposto não comportaria a interferência judicial⁸⁹⁵.

Em que pesem as opiniões contrárias, ao nosso ver, sustentar que membros do Ministério Público estão aptos a realizar a aferição do que é necessário e suficiente para reprovação do crime, seja com base nos requisitos do art. 59 do Código Penal, seja por meio de regramentos internos da instituição, é permitir que os membros do *Parquet* realizem atividade afeta única e exclusivamente ao juiz.

Nunca é demais lembrar que o que se tem de concreto no processo penal até que seja proferida a sentença condenatória (quando aí sim serão analisados critérios de fixação da pena) são juízos hipotéticos de atribuição de crime ao agente⁸⁹⁶, de modo que encontrar a correta dimensão do que é necessário e suficiente antes da decisão final do Judiciário destoa das funções do titular da ação penal⁸⁹⁷.

Nessa linha, até que se tenha uma sentença penal condenatória, a negociação e o controle judicial sobre os requisitos do acordo de não persecução penal são feitos a partir dos elementos contidos na investigação, quando o contraditório e o direito de defesa são limitados. Essa constatação nos leva à conclusão de que exames calcados nos requisitos do

⁸⁹³ ROCHA, **Acordo...** op. cit., p. 29. bioc

⁸⁹⁴ GUARAGNI, *Impressões...* op. cit., p. 495.

⁸⁹⁵ CABRAL, **Manual...** op. cit., p. 99-110. Ressalta-se que na primeira edição da obra, o autor, para avaliar a necessidade e reprovação do crime, recomendava a utilização das circunstâncias judiciais do art. 59, do Código Penal, dentre outras. Cf. CABRAL, Rodrigo Ferreira Leite. **Manual do acordo de não persecução penal: à luz da lei 13.964/2019 (Pacote anticrime)**. Salvador: JusPodvim, 2020.

⁸⁹⁶ FERNANDES, Antonio Scarance. Op. cit., 2002, p. 157.

⁸⁹⁷ Cf. BEM, *Os requisitos...* op. cit., p. 243.

art. 59, do Código Penal (culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias do crime e comportamento da vítima), somente comportam análise quando restarem devidamente provados no caso concreto⁸⁹⁸.

Solução que nos parece adequada para análise da *necessidade e suficiência para reprovação e prevenção do crime* no ANPP foi apontada por Franco, para quem, dado que o requisito “é genérico, subjetivo e se presta a abusos de toda a ordem. Até hoje, depois de décadas, a doutrina e a jurisprudência não alcançaram consenso na interpretação de expressão semelhante que aparece no art. 59 do Código Penal. É dizer que, em homenagem à segurança jurídica e à justiça, partes e juiz deverão se ater apenas a critérios objetivos para permitir ou não o acordo, isto é, critérios consentâneos de legalidade estrita comum à matéria de penas.”⁸⁹⁹

Diante do exposto, sustentamos que o controle judicial do requisito de *necessidade e suficiência para reprovação e prevenção do crime* a possibilitar o oferecimento do acordo de não persecução penal deve ser balizado pela análise de critérios objetivos, e obstar-se de justificativas ilegítimas, infundadas, subjetivas, bem como aquelas alicerçadas em orientações de órgãos superiores do Ministério Público e que criam previsões não estabelecidas pelo legislador⁹⁰⁰.

5.4.6. Não seja cabível a transação penal

Sob outro aspecto, o art. 28-A, § 1º, inciso I do CPP, definiu que o acordo de não persecução penal não poderá ser aplicado no caso em que for *cabível a transação penal*. Deste modo, caberá ao juiz analisar essa hipótese de vedação expressa de cabimento do ANPP.

Da análise do conteúdo da norma, extrai-se que o legislador entendeu ser inaplicável acordo de não persecução penal às infrações de menor potencial ofensivo, crimes e contravenções penais com pena máxima não superior a dois anos, quando é passível a incidência

⁸⁹⁸ VASCONCELLOS, *Acordo...* op. cit., p. 81.

⁸⁹⁹ FRANCO, *O papel...* op. cit., p. 438.

⁹⁰⁰ De acordo com a Orientação Conjunta nº 03/2018, do Ministério Público Federal: “(...) 1.2 O acordo de não persecução penal não constitui direito subjetivo do investigado, podendo ser proposto pelo membro do MPF conforme as peculiaridades do caso concreto e quando considerado necessário e suficiente para a reprovação e a prevenção da infração penal. 2. Com vistas à formulação da proposta de acordo de não persecução penal, o membro do MPF considerará os seguintes requisitos de cabimento: (...) h) ser a celebração do acordo suficiente à reprovação e à prevenção do crime, tendo em vista a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do autor do fato, bem como os motivos e as circunstâncias do crime (artigo 44, inciso III, do Código Penal).” BRASIL. Ministério Público Federal. **ORIENTAÇÃO CONJUNTA Nº 03/2018...** op. cit.

do instituto da transação penal, cuja competência para análise restou fixada aos Juizados Especiais Criminais⁹⁰¹.

Fez bem legislador ao criar esse requisito, uma vez que a transação penal e o acordo de não persecução penal são institutos semelhantes⁹⁰², porém dada a natureza dos crimes que podem ser abarcados por esses mecanismos de *justiça negociada*, as condições a serem ajustadas entre as partes tendem a ser mais brandas na transação, ou seja, menos gravosa ao autor do fato⁹⁰³.

Por sua vez, também há na transação penal causas impeditivas de oferecimento da proposta, que estão previstas nos incisos do § 2º, do art. 76, da Lei nº 9.099/95: “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”.

Nesta linha, caso o Ministério Público deixe de oferecer proposta de transação penal por quaisquer das razões previstas na lei explicitadas no parágrafo anterior, o autor do fato poderá se beneficiar do acordo de não persecução penal, dado o seu caráter subsidiário estabelecido no art. 28-A, § 2º, inciso I, do CPP⁹⁰⁴. Desta forma, se existir alguma causa que obste a propositura da transação penal, o juiz deve oportunizar às partes a negociação do acordo de não persecução penal.

Por seu lado, o cabimento da suspensão condicional do processo, também previsto na Lei nº 9.099/95, não impede que o imputado opte pela celebração do acordo de não persecução penal, caso entenda ser esse mecanismo mais benéfico⁹⁰⁵. Cumpre ao juiz sindicarem ambas as propostas, e verificar, inclusive, se o réu tem ciência das consequências mais graves das condições do acordo de não persecução penal.

⁹⁰¹ MOREIRA, Rômulo de Andrade. O acordo de não persecução penal. In: BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo. **Acordo de não persecução penal**. 2. ed., 1. reimp. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2021, p. 211.

⁹⁰² BIZZOTTO; SILVA, **Acordo...** op. cit., p. 99-100.

⁹⁰³ GEBRAN NETO; ARENHART; MARONA, **Comentários...** op. cit., p. 292.

⁹⁰⁴ BEM, Os requisitos... op. cit., p. 234.

⁹⁰⁵ VASCONCELLOS, **Acordo...** op. cit., p. 72.

5.4.7. Inexistência de elementos que indiquem habitualidade, reiteração ou criminalidade profissional

Seguindo a linha do controle judicial sobre os requisitos para celebração de acordo de não persecução penal, caberá então ao juiz analisar, no caso concreto, se estão, ou não, configuradas a *reincidência e ausentes elementos probatórios que indiquem conduta habitual, reiterada ou profissional*. Trata-se de pressuposto de caráter subjetivo que se liga ao indivíduo, previsto no art. 28, § 1º, inciso II, do CPP.

A infeliz redação do legislador que trouxe para o texto da norma critério previsto no Código Penal para aplicação da pena, no caso a *reincidência* (arts. 63 e 64 CP), bem como as expressões *habitual, reiterada e profissional*, cujos conceitos surgiram na jurisprudência⁹⁰⁶, novamente, acaba por expandir espaços de discricionariedade que dispõe o Ministério Público na propositura do acordo de não persecução penal⁹⁰⁷.

Em razão disso, emerge a necessidade do exercício do controle judicial mais apurado, de modo a garantir que conceituações utilizadas para a dosimetria da pena, ou que não estão amparadas legalmente, venham a se tornar a justificativa para a não propositura do acordo.

Conforme magistério de Vasconcellos, o requisito está “relacionado à vida criminal pregressa do autor do fato, visto que os acordos penais, em geral, direcionam-se a pessoas sem histórico criminal, com o objetivo de assegurar um tratamento mais benéfico a quem ainda não havia praticado infrações anteriormente.”⁹⁰⁸

Nessa linha, como o acordo de não persecução penal é uma via alternativa aos imputados que não se dedicam à atividade criminosa, o juiz deverá exercer o controle judicial e sopesar se o fato constitui fato isolado na vida do agente, ou se este faz da atividade criminosa uma profissão.

Porém, essa análise deve ser criteriosa, de maneira que a *reincidência* deve ser sope-sada a partir da correta demonstração que o investigado/acusado ostenta condenação passada e desde que ainda não tenha operado o decurso do prazo de cinco anos (art. 64, I, CP), pois seu transcurso impede que o autor do fato seja considerado reincidente⁹⁰⁹.

Nessa linha, a Súmula 444, do Superior Tribunal de Justiça⁹¹⁰, que estabeleceu a vedação à utilização de inquéritos e ações penais em curso para agravamento da pena-base,

⁹⁰⁶ BIZZOTTO; SILVA, *Acordo...* op. cit., p. 102.

⁹⁰⁷ GEBRAN NETO; ARENHART; MARONA, *Comentários...* op. cit., p. 294.

⁹⁰⁸ VASCONCELLOS, *Acordo...* op. cit., p. 72.

⁹⁰⁹ BEM, *Os requisitos...* op. cit., p. 246.

⁹¹⁰ Súmula 444 – “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”

pode ser utilizada como parâmetro para que juiz exerça o controle judicial sobre a reincidência, e exigir condenação definitiva e fato criminoso anterior para sua configuração⁹¹¹.

A análise da reincidência como justificativa para não propositura do acordo de não persecução penal já foi objeto de discussão no Superior Tribunal de Justiça. Na ocasião, a Quinta Turma do Tribunal negou recurso a acusado de crime de furto que reclamava da não propositura de acordo pelo Representante do Ministério Público, sob a justificativa de que recorrente era um reincidente específico. No caso, o acusado ostentava contra si diversas condenações criminais transitadas em julgado pela prática do mesmo delito, além do crime de roubo, cujas sentenças eram anteriores aos fatos que originaram a insurgência. Com base nesses argumentos, os Ministros entenderam que a justificativa do órgão da acusação era válida e que a reincidência obstaria a propositura do acordo⁹¹².

Com relação ao controle judicial acerca dos requisitos indicativos de que o investigado mantém conduta criminosa de maneira *habitual, reiterada e profissional*, entendemos que a análise do juiz deverá ser pautada pelo mesmo critério utilizado para aferir a *reincidência*.

Assim, também se aplica nessa análise a lógica⁹¹³ da Súmula 444, do Superior Tribunal de Justiça, a qual impõe que a negativa de acordo de não persecução penal seja justificável, somente quando o acusado ostente contra si condenação pretérita a indicar que o crime é o meio de vida do agente⁹¹⁴.

⁹¹¹ GEBRAN NETO; ARENHART; MARONA, **Comentários...** op. cit., p. 295-296.

⁹¹² “AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE DE OFERECIMENTO. REQUISITO SUBJETIVO NÃO ALCANÇADO. OFERECIMENTO A CARGO DO MINISTÉRIO PÚBLICO, NA QUALIDADE DE TITULAR DA AÇÃO PENAL. AGRAVO IMPROVIDO. 1. O acordo de não persecução penal é possível quando o acusado confessa formal e circunstancialmente a prática de infração penal cometida sem violência ou grave ameaça e cuja pena mínima cominada seja inferior a quatro anos, consideradas eventuais causas de aumento e diminuição de pena. A proposição do acordo é feita pelo Ministério Público, que deverá analisar se a medida é suficiente para a reprovação do delito. 2. Neste caso, o órgão acusador não ofereceu o acordo em razão da presença de anotações desabonadoras nos registros criminais do agravante, de modo que os requisitos subjetivos não foram atendidos, não havendo que se falar em falta de fundamentação para a recusa da oferta por parte do Parquet. 3. Agravo regimental improvido.” BRASIL. STJ (5. Turma). **AgRg no HC 622.527/SP**, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, DJ: 23.02.2021, DJe: 01.03.2021.

⁹¹³ VASCONCELLOS, **Acordo...** op. cit., p. 75.

⁹¹⁴ A hipótese interpretativa que permite ao juiz analisar se o imputado tem na prática do crime seu meio de vida, ou seja, como se fosse profissão, encontra precedente na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: “‘HABEAS CORPUS’. ROUBO; DELINQUENTE HABITUAL: CONTINUIDADE DELITIVA NÃO CARACTERIZADA; UNIFICAÇÃO DAS PENAS. EXAME DE PROVAS. 1. Réu que comete mais de uma dezena de crimes contra o patrimônio, com emprego de arma de fogo e em concurso de pessoas, inclusive um latrocínio, mostrando-se criminoso habitual, que faz do delito meio de vida. Com a latitude e extensão dos crimes praticados, em circunstâncias, locais e modos diferentes, não se aplica ao paciente a regra do art. 71 do Código Penal. 2. O ‘habeas corpus’ não é instrumento adequado ao exame cauteloso e pormenorizado das diversas circunstâncias de cada um dos crimes praticados. 3. ‘Habeas corpus’ indeferido”. Cf. BRASIL. STF (2. Turma). **HC 72.765/SP**, Rel. Ministro Maurício Corrêa, DJ: 24.10.1995, p. 12.04.1996.

Com efeito, não há razão para se negar a propositura de acordo de não persecução penal para imputado primário, sem condenação definitiva por fato pretérito transitada em julgado, somente em razão de contra ele existirem outras investigações ou ações penais em curso, pois estes atos não suficientes para indicação de culpa, tampouco para comprovação de reiteração⁹¹⁵.

Nesta seara, cabe ao juiz, guardião dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo, fazer valer a presunção de inocência⁹¹⁶, e não deixar prosperar negativas à propositura de acordo fundadas em desaprovações genéricas, discricionárias, ou embasadas em enunciados de órgãos superiores do Ministério Público⁹¹⁷, quando verificada a ilegalidade e a desproporcionalidade da razão invocada.

5.4.8. Não ter sido o agente beneficiado por acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão penal do processo nos cinco anos anteriores à infração penal

Por sua vez, o art. 28-A, § 2º, inciso III, do CPP estabeleceu não ser cabível o acordo de não persecução penal, caso o imputado tenha sido beneficiado nos cinco anos anteriores à infração, por outro ANPP, transação penal ou suspensão condicional do processo.

Trata-se de critério estabelecido pelo legislador com objetivo de evitar preocupações decorrentes da sensação de impunidade⁹¹⁸, o que limita a incidência de acordos a investigados/acusados que já tenham se valido de outro mecanismo de *justiça negociada*, a qual tem por lógica evitar a instauração ou o prosseguimento da ação penal⁹¹⁹.

A inspiração do legislador para limitar a incidência do acordo de não persecução penal é decorrente da regra existente no art. 76, § 4º, da Lei nº 9.099/95, que também trazia a mesma causa impeditiva, pois o espírito da lei era beneficiar o autor envolvido em infrações de menor potencial ofensivo, o que não significa o incentivo à sua impunidade⁹²⁰.

⁹¹⁵ VASCONCELLOS, **Acordo...** op. cit., p. 75.

⁹¹⁶ BEM, Os requisitos... op. cit., p. 251.

⁹¹⁷ Conforme Enunciado n. 102.XIX, do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios: “A vedação de celebração do acordo em razão de ‘conduta criminal habitual, reiterada ou profissional’ (art. 28-A, § 2º, II, do CPP) independe de sentença condenatória transitada em julgado, mas apenas elementos probatórios. Portanto, o ANPP não poderá ser proposto se nos próprios autos ou nos de outra investigação ou processo, houver elementos que permitam concluir que a conduta criminosa é habitual, reiterada ou profissional”. Cf. BRASIL. Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. **Enunciados**. Disponível em: <<https://www.mpdft.mp.br/portal/index.php/cmaras-de-coordenao-e-revisao-menu/230-camaras-reunidas/696-enunciados>> Acesso em: 10 maio 2022.

⁹¹⁸ BEM, Os requisitos... op. cit., p. 251.

⁹¹⁹ CABRAL, **Manual...** op. cit., p. 111.

⁹²⁰ GRINOVER et al. **Juizados...** op. cit., p. 139.

Por seu turno, segundo Nucci, a vedação lhe parece contraditória, pois “se o autor do delito já foi beneficiado pelo acordo de não persecução penal, é razoável que não se beneficie novamente. Porém, se foi aquinhado com a transação penal (infração de menor potencial ofensivo), não vemos óbice ao acordo.”⁹²¹

Para que o juiz analise o cumprimento desse requisito, entendemos que as partes devem instruir a proposta que foi submetida ao controle judicial com a documentação necessária à verificação do enquadramento do autor do fato à condição. Com relação ao prazo de cinco anos previsto na lei, há divergência doutrinária quanto a sua contagem.

Nesse sentido, por um lado há autores que entendem que a contagem do prazo se inicia quando do término do benefício concedido anteriormente⁹²². Por outro, há quem intérprete que a contagem deve ter como marcos a data da decisão homologatória do primeiro benefício e a data do novo ato ilícito⁹²³.

Entendemos que o controle judicial sobre esse requisito deva ser realizado pela lógica da segunda interpretação. Isso porque a lógica informadora do acordo de não persecução penal resulta de uma escolha político-criminal de proporcionar soluções alternativas ao processo penal, para que seja mais célere e tenha efeitos menos deletérios aos acusados, de maneira que “seria excessivo contar esse prazo de cinco anos, tomando-se como marco inicial o exaurimento do acordo anterior”⁹²⁴.

5.4.9. Não se tratar de crime praticado no âmbito doméstico ou familiar ou por razões da condição do sexo feminino

Por fim, o último requisito de verificação apto a obstar a concessão de acordo de não persecução penal diz respeito à objeção legal de impedir o uso de mecanismo de *justiça negociada* quando se tratar de crime praticado no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou por razões da condição do sexo feminino. De acordo com Schmitt de Bem a condição está ligada “a situações de violência de gênero”⁹²⁵.

⁹²¹ NUCCI, **Pacote...** op. cit., p. 74.

⁹²² BIZZOTTO; SILVA, **Acordo...** op. cit., p. 108.

⁹²³ GEBRAN NETO; ARENHART; MARONA, **Comentários...** op. cit., p. 297-298.

⁹²⁴ *Ibid.*, p. 298.

⁹²⁵ BEM, Os requisitos... op. cit., p. 238. A partir da interpretação de que não é cabível o ANPP nos crimes de violência de gênero, é possível entender que a vedação legal não está limitada à condição biológica. Nesse sentido, a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça estabeleceu que a Lei Maria da Penha se aplica aos casos de violência doméstica ou familiar contra mulheres transexuais. (BRASIL. STJ. Lei Maria da Penha é aplicável à violência contra mulher trans, decide Sexta Turma. **STJ**, 06 abr. 2022. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/05042022-Lei-Maria-da-Penha-e->

Ao impor essa barreira, o legislador apenas ampliou vedação legal já existente no art. 41, da Lei nº 11.340/2016 (Lei Maria da Penha), que por regramento próprio já havia impedido a aplicação dos institutos de justiça negociada até então existentes somente na Lei nº 9.099/95 aos crimes praticados no âmbito de violência doméstica e familiar contra a mulher. Vale lembrar que o no âmbito do Superior Tribunal de Justiça foram editadas duas súmulas sobre o tema.

No âmbito da Súmula 556, o Tribunal Superior fixou o seguinte entendimento: “A suspensão condicional do processo e a transação penal não se aplicam na hipótese de delitos sujeitos ao rito da Lei Maria da Penha”. E, no bojo da Súmula 588, restou sumulado que: “A prática de crime ou de contravenção penal contra a mulher com violência ou grave ameaça no ambiente doméstico impossibilita a substituição da pena privativa liberdade por restritivas de direito.”

Além disso, o legislador, ao impor a restrição *por razões da condição do sexo feminino*, ampliou o grau de restrição da norma, abarcando os casos que não necessariamente ocorram dentro do ambiente doméstico ou familiar, mas a todos aqueles que sejam praticados com menosprezo ou discriminação ao sexo feminino.

Com efeito, o controle judicial nesse requisito deve incluir análise da vedação de acordo de não persecução penal a qualquer tipo de *violência contra a condição feminina*, seja ela advinda de agressão corporal, seja de coação moral e psicológica⁹²⁶ produzido no âmbito doméstico ou familiar, ou fora dele.

5.5. CONTROLE JUDICIAL DAS CONDIÇÕES DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Passado o momento reservado à filtragem objetiva sobre os requisitos e pressupostos de validade do acordo, cabe agora ao magistrado elaborar um juízo de compatibilidade e proporcionalidade entre as medidas, obrigações e renúncias que foram negociadas para serem cumpridas pelo investigado/acusado, com os fatos imputados na persecução penal.

aplicavel-a-violencia-contra-mulher-trans--decide-Sexta-Turma.aspx > Acesso em: 05 jun. 2022). Dessa maneira, por interpretação análoga, é possível concluir que o entendimento da Corte leva à inaplicabilidade de acordo nos crimes cometidos contra mulheres transexuais, pois a infração penal é cometida em razão do gênero e não por virtude do sexo biológico.

⁹²⁶ BEM, Os requisitos... op. cit., p. 238.

Antes de esmiuçarmos o controle judicial sobre as condições do acordo de não persecução penal, entendemos necessária uma análise, que não se pretende ser exaustiva, acerca da natureza das sanções previstas no art. 28-A, incisos I a V, do CPP.

Ao discorrer sobre os acordos de admissão de culpa, Cunha acertadamente indica que muitas das vezes que as críticas aos institutos de *justiça negociada* brasileiros são feitas à luz do *plea bargaining* estadunidense⁹²⁷. Assim, os críticos aos mecanismos de negociação da solução do conflito penal acabam por concluir que as condições ajustadas entre as partes são uma fórmula para *imposição de pena*, pois se utilizam das premissas do instituto do sistema criminal norte-americano para chegar a essa conclusão⁹²⁸.

De acordo com Franco, as sanções previstas no ANPP, a despeito do nome que se dê a elas (medida, condição etc.), têm natureza jurídica de *pena*, ou seja, “sanção imposta pelo Estado ao autor de fato tipificado como crime.”⁹²⁹ Por sua vez, Bizzotto e Silva destacam que o acordo de não persecução penal busca inibir a pena de prisão, mas não tem o propósito de excluir a sanção penal, a qual segundo os autores teve seu nome modificado para “condições”⁹³⁰.

Já Vasconcellos observa que “embora as condições do ANPP não possam ser denominadas como penas”, o uso da terminologia *sanções* não estaria equivocado para denominar as *condições* que podem ser ajustadas no acordo⁹³¹.

Por sua vez, Gebran Neto, Arenhart e Marona lecionam que a natureza jurídica das condições do ANPP “não impõe ao investigado reprimendas penais propriamente ditas, mas sim obrigações alternativas pactuadas”, pois atribuição de *pena strictu sensu* somente pode ser imposta pelo exercício da jurisdição, a quem cabe o exercício do poder-dever de punir⁹³². Nesse sentido os autores afirmam que nem sequer “a chancela do juízo homologatório confere natureza de sanção criminal às condições pactuadas, que mantêm seu caráter administrativo educacional”⁹³³.

Nessa linha, com relação às condições estabelecidas no acordo de não persecução penal, discordamos da interpretação de que elas podem ser tidas como *pena*, uma vez que a

⁹²⁷ CUNHA, *Acordos...* op. cit., p. 235-239.

⁹²⁸ Nesse sentido: “A tendência de estabelecimento da consentida submissão à pena, em procedimento abreviados, concretiza-se, no Brasil como em outros países, sob a influência da experiência norte-americana encontrada na fórmula sistematicamente indicada pela expressão *plea bargaining*.” Cf. KARAM, *Juizados...* op. cit., p. 37.

⁹²⁹ FRANCO, *O papel...* op. cit., p. 434-435.

⁹³⁰ BIZZOTTO; SILVA, *Acordo...* op. cit., p. 140.

⁹³¹ VASCONCELLOS, *Acordo...* op. cit., p. 127.

⁹³² GEBRAN NETO; ARENHART; MARONA, *Comentários...* op. cit., p. 300.

⁹³³ *Idem*.

pena somente pode ser aplicada pelo juiz, ao final da instrução processual, e é uma atividade exclusiva da autoridade judicial.

Assim, muito embora as *condições* acordadas não reflitam em *condenação*, elas devem ser proporcionais e condizentes com a infração penal cometida pelo indivíduo, motivo pelo qual devem ser controladas judicialmente, tal como vimos na *composition* francesa⁹³⁴, quanto no *arquivamento sob condições* da Alemanha⁹³⁵.

Nessa linha, temos que a terminologia adequada seja *condições*, pois o instituto prevê a possibilidade de negociação entre as partes; não se trata, portanto, de uma imposição ou de um contrato de adesão.

Por conseguinte, o juiz, nos termos do art. 28-A, § 5º, do CPP, deve sindicatado o conteúdo das medidas de maneira a observar se elas são adequadas, suficientes ou abusivas. Por adequada, têm-se aquelas condições que guardam pertinência entre o crime praticado e aquilo que se negocia⁹³⁶.

As condições suficientes são aquelas que servem quantitativa e proporcionalmente como medidas adequadas à resposta penal que deve ser dada diante da prática do crime⁹³⁷. Por fim, por abusivas têm-se as condições que exacerbam a contraprestação que se espera de um acordo, e se revelam desarrazoadas, ilegítimas e desproporcionais⁹³⁸.

Sob outro giro, devemos analisar se as *condições* previstas são *cumulativas* ou *alternativas*, ou seja, se a proposta deverá abranger todas as medidas previstas, ou poderá conter uma ou mais opções. Nesse sentido, por se tratar o acordo de não persecução penal de mecanismo de *justiça negociada*, caberá às partes negociarem qual ou quais condições deverão ser cumpridas, tampouco cabe ao Ministério Público impor de maneira rígida o cumprimento de todas as condições previstas na lei⁹³⁹.

⁹³⁴ Vide, subcapítulo 2.3.1.1., *supra*.

⁹³⁵ Vide, subcapítulo 2.5.1.1., *supra*.

⁹³⁶ BIZZOTTO; SILVA, *Acordo...* op. cit., p. 141.

⁹³⁷ *Ibid.*, p. 142.

⁹³⁸ *Ibid.*, p. 143-144.

⁹³⁹ Nesse sentido: “Pensa-se, entretanto, que não há impedimento a que se firme o ANPP com somente uma ou algumas condições possíveis reguladas no rol do art. 28-A. Ao afirmar que elas seriam cumulativa e alternativamente determinadas, o legislador abre a possibilidade às partes do acordo que negociem e definam os termos de modo adequado aos seus interesses e à proporcionalidade para reprovação e prevenção do delito.” (VASCONCELLOS, *Acordo...* op. cit., p. 127-128). Pela desnecessidade de cumprimento de todas as condições: “Em lugar da exordial acusatória, propõe ao sujeito ativo do delito, alternada ou cumulativamente, que (1) repare o dano...” (GUARAGNI, Fábio André. *Acordo de não persecução penal: os contornos da confissão exigida pelo art. 28-A do CPP. In: BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo. Acordo de não persecução penal. 2. ed., 1. reimp. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2021, p. 284-285). Em sentido contrário: “Na verdade, a melhor interpretação, nos parece, consiste precisamente em afirmar que as condições previstas nos incisos I, II e III são sempre necessárias e cumulativas. Além dessas três condições, deve ser incluída uma das duas condições previstas no inciso IV e V. É dizer, essas duas condições seriam alternativas.*

Por fim, na proposta deverá constar expressamente a data limite para cumprimento da *condição* ou das *condições* acordadas, e destaque-se que essas medidas somente terão eficácia, ou seja, somente poderão ser cumpridas, após a devida homologação judicial.

5.5.1. Reparação do dano ou restituição da coisa à vítima

A primeira condição que pode ser objeto de negociação entre as partes está prescrita no inciso I, do art. 28-A do Código de Processo Penal: “reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo”.

Com se verifica da própria redação do inciso, a reparação do dano ou restituição do objeto do crime não é uma condição *sine qua non* para o ANPP⁹⁴⁰, pois, uma vez demonstrado que o investigado/acusado não tem meios para atender a essa condição, não há impedimento para a concessão do benefício⁹⁴¹. Dessa análise também se extrai outro argumento que nos indica que as medidas são *alternativas* e não *cumulativas*, como pretendem alguns autores⁹⁴².

É de se afirmar que a ausência da impossibilidade de reparar o dano ou de restituir o objeto do crime é uma *exceção*, de maneira que a condição somente poderá ser mitigada nos casos em que houver clara demonstração de que o investigado/acusado não tem meios para adimplir com a medida. Nesse sentido, para que seja possível a mitigação dessa condição, a proposta de acordo deve vir instruída com as justificativas necessárias para que o juiz, no

(...) Em suma, o acordo deve ter as condições previstas nos incisos I, II, III e IV ou as condições previstas nos incisos I, II, III e V, do art. 28-A do Código de Processo Penal...” CABRAL, **Manual...** op. cit., p. 151.

⁹⁴⁰ BIZZOTTO; SILVA, **Acordo...** op. cit., p. 90.

⁹⁴¹ Em sentido análogo, o Supremo Tribunal Federal entendeu razoável mitigar a necessidade de recolhimento de fiança para concessão de liberdade provisória: “(...) 4. Diante da incapacidade econômica do paciente, aplicável a concessão de liberdade provisória com a dispensa do pagamento da fiança, ‘sujeitando-o às obrigações constantes dos arts. 327 e 328 deste Código e a outras medidas cautelares, se for o caso’, nos termos do art. 325, § 1º, I, c/c art. 350, do Código de Processo Penal. Precedentes. 5. Ordem de habeas corpus concedida para deferir o benefício da liberdade provisória com dispensa do pagamento de fiança e imediata expedição do competente alvará de soltura, ressalvada, se o caso, a imposição de medidas cautelares do art. 319 do Código de Processo Penal, pelo Juízo de origem.” (BRASIL. STF (1. Turma). **HC nº 137.078/SP**, Rel. Ministra Rosa Weber, DJ: 14.03.2017, p. 24.04.2017); Em outra decisão, a Corte fixou entendimento, segundo o qual a necessidade de pagamento da multa penal para progressão de regime poderia ser excepcionada quando comprovada a incapacidade econômica do apenado: “(...) 2. Hipótese em que a decisão agravada, com apoio na orientação do Plenário do Supremo Tribunal Federal, condicionou a manutenção da sentenciada no regime semiaberto ao adimplemento das parcelas da pena de multa. 3. Eventual inadimplemento injustificado das parcelas da pena de multa autoriza a regressão de regime. Tal condição somente é excepcionada pela comprovação da absoluta impossibilidade econômica em pagar as parcelas do ajuste. 4. Agravo regimental desprovido” (BRASIL. STF (Tribunal Pleno). **EP 8 ProgREg-Agr**, Rel. Ministro Roberto Barroso, DJ: 01.07.2020, p. 20.09.2017).

⁹⁴² *Vide*, nota 942, *supra*.

momento do controle judicial, tenha meios de avaliar se as razões invocadas pelas partes são suficientes para homologação do acordo sem o cumprimento dessa condição⁹⁴³.

Por outro lado, Cabral destaca que historicamente, com a surgimento do acusador público, notoriamente o Ministério Público, houve um afastamento da vítima do processo penal, em especial para não se transformar o processo em meio de vingança privada. Porém, destaca o autor, como reflexo das reformas do Código de Processo Penal, revelou-se uma maior preocupação com a vítima, e este movimento pode ser visto no ANPP, “uma vez que dá voz e vez à vítima no processo penal.”⁹⁴⁴

Isso porque, conforme lecionam Moraes da Rosa, Bermudez e Rosa, é preciso levar-se em conta que “o direito tutelado, que foi violado, não é o do Ministério Público, e sim da vítima, por isso seria importante oportunizar um espaço para que ela tivesse voz e autonomia de decidir como seria ressarcida.”⁹⁴⁵

Daí a importância de se contatar a vítima, até mesmo para que o representante do órgão da acusação possa se utilizar das informações que ela possa fornecer para negociar o valor da reparação do prejuízo⁹⁴⁶. Nesse sentido aponta Vasconcellos “a participação da vítima é importante para que se possa definir e quantificar o dano causado.”⁹⁴⁷

Seguindo a mesma linha, Cabral afirma que “nada impede – é inclusive recomendável – que a vítima tenha oportunidade de participar da negociação do acordo de não persecução penal, auxiliando o Ministério Público (ainda que não na qualidade de assistente de acusação, por não existir ainda processo), mas de modo a identificar como deve ser feita a reparação do dano, mesmo porque o ofendido é diretamente interessado no tema.”⁹⁴⁸

Discute-se a possibilidade da inclusão no acordo de não persecução penal de indenização também pelos *danos morais* sofridos pelo lesado da prática do crime⁹⁴⁹. Por se tratar

⁹⁴³ FISCHER, Apontamentos... op. cit., p. 391.

⁹⁴⁴ CABRAL, **Manual...** op. cit., p. 152-153.

⁹⁴⁵ ROSA; ROSA; BERMUDEZ, **Como negociar...** op. cit., p. 65.

⁹⁴⁶ GEBRAN NETO; ARENHART; MARONA, **Comentários...** op. cit., p. 309.

⁹⁴⁷ VASCONCELLOS, **Acordo...** op. cit., p. 130.

⁹⁴⁸ CABRAL, **Manual...** op. cit., p. 156.

⁹⁴⁹ Bizzotto e Silva entendem que a natureza da condição prescrita no inciso I, do art. 28-A, do CPP alude aos prejuízos materiais, razão pela qual eventual negociação sobre danos morais pode ser objeto da condição prevista no inciso V, do citado dispositivo. (BIZZOTTO; SILVA, **Acordo...** op. cit., p. 90.). Extrai-se do posicionamento de Cabral a possibilidade de a vítima ser indenizada no âmbito do ANPP, em razão do instituto ser uma medida mais célere, efetiva, adequada, acessível e evitar novos custos para o ofendido (CABRAL, **Manual...** op. cit., p. 154). Em sentido semelhante Moraes da Rosa, Bermudez e Rosa sugerem o aproveitamento do momento da negociação do ANPP para se discutir os impactos do delito e suas consequências em outras esferas do direito, pois com a participação do lesado na discussão e o cumprimento do acordo, nada poderia ser pleiteado, posteriormente, na esfera cível. (ROSA; ROSA; BERMUDEZ, **Como negociar...** op. cit., p. 66). Por sua vez, Barros discorre ser possível ainda a fixação de indenização por danos morais coletivos nos delitos cujos interesses e bem jurídicos tutelados não são pessoas determinadas. Contudo

de mecanismo de justiça negociada, a negociação do dano moral não pode ser excluída das negociações do acordo. Porém, em razão da dificuldade de apurar a extensão do dano, deve-se ter cautela na determinação do *quantum* e da obrigatoriedade da inclusão dos danos morais no ANPP para que essa condição não se torne uma obrigação intransponível ao acordo⁹⁵⁰.

Caso a vítima discorde da reparação, ou da restituição, poderá ingressar na esfera cível para discutir a valor que entende correto para ser reparada, ou ainda da coisa que quer ver restituída⁹⁵¹. Conclui-se, assim, que a concordância da vítima quanto à forma de ser reparada ou restituída não é condição para o não oferecimento da proposta de acordo. Porém, tal conclusão, pelas razões acima expostas, não implica a sua exclusão do lesado das negociações.

Nesse sentido, nos casos em que a vítima for plenamente inidentificável e se houver comprovação do dano, não cabe ao Representante do Ministério Público substituir-se ao titular do direito tutelado e mitigar a reparação do prejuízo, negociando cláusula com preferência ao pagamento de prestação pecuniária, por exemplo a instituições de interesse social⁹⁵².

Trata-se de condições com objetivos diferentes. Enquanto a reparação do dano é destinada diretamente ao lesado, a prestação pecuniária tem caráter socioeducativo, de modo que essas condições não concorrem uma com a outra na formalização do acordo; assim, é

o autor destaca a dificuldade de se apurar o valor a ser pago a título de danos morais coletivos. Cf. BARROS, **Acordos...** op. cit., p. 141.

⁹⁵⁰ Em sentido semelhante: VALENTE, *Reparação...* op. cit., p. 349.

⁹⁵¹ SILVA, Amanda Scalisse. A reparação do dano e a restituição da coisa como condição para a celebração do acordo de não persecução penal para crimes de natureza patrimonial e tributária. In: BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo. **Acordo de não persecução penal**. 2. ed., 1. reimp. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2021, p. 414.

⁹⁵² Como exemplos, citamos dois casos em que vítima teve frustrado seu direito à reparação do dano, mesmo os investigados tendo possibilidade de fazê-lo, ainda que em parte. No primeiro caso, em acordo de não persecução penal negociado no Procedimento nº 0250278-44.2021.8.06.0001, em trâmite perante a 6ª Vara Criminal da Comarca de Fortaleza, CE. No caso a Representante do Ministério Público, em que pese a vítima estar identificada e habilitada nos autos, bem como os investigado terem confessado a prática do crime contra o lesado específico que constava no inquérito, negociou como condição do acordo o pagamento de prestação pecuniária a instituições de interesse social, em detrimento do interesse da vítima. No caso, mesmo com a manifestação da vítima, que demonstrou seu interesse em receber os valores, ainda que parcialmente, a título de reparação do dano, a titular da ação penal entendeu que não era o caso de modificar as cláusulas ajustadas e o ANPP foi homologado sem a devida reparação do dano. Por sua vez, nos autos do Procedimento nº 1501717-70.2020.8.26.0616, da 1ª Vara Criminal de Itaquaquecetuba, SP, houve a negociação do acordo de não persecução penal em audiência, no qual a vítima foi tolhida do direito a ver o dano reparado, pois o valor da fiança que havia sido recolhido pelo investigado, em vez de ser utilizado para reparação para fins do inciso I, do art. 28-A, foi repassado à instituição cadastrada pelo juízo. Com a irrisignação da vítima, o Representante do Ministério Público afirmou que a maneira como o acordo foi feito não obstará eventual ajuizamento de ação de reparação de danos pela vítima no juízo cível.

legítima a fixação somente da segunda medida quando o crime não causa prejuízo a terceiros⁹⁵³ ou a vítima não concordar com a forma de reparação ou restituição.

Não se pode olvidar que, com a presença do lesado nas negociações, é possível a satisfação tanto dos interesses do Estado na repressão e prevenção do crime, quanto também do lesado⁹⁵⁴ que, caso concorde com a reparação ou restituição, não terá que buscar na esfera cível o direito pleiteado.

Assim, ainda que a vítima não faça parte das negociações da proposta do acordo de não persecução penal, nos casos em que for possível a sua identificação, cumpre ao magistrado verificar se houve por parte do Representante do Ministério Público a necessária indagação da vítima quanto à reparação do dano ou restituição da coisa. Do contrário, nos termos do art. 28-A, § 5º, o juiz deve determinar a devolução da proposta ao Ministério Público para que as partes a reformulem.

5.5.1.1. Reparação do dano nos crimes tributários

Diferentemente do que ocorre nos crimes patrimoniais, nos delitos tributários a reparação do dano e restituição da coisa à vítima como exigência para o acordo de não persecução penal merecerão maior atenção do magistrado no momento do controle judicial sobre a proposta.

Nessa modalidade de infração penal, existem outras medidas legais que preveem outras formas extinção da punibilidade mais benéficas ao agente do que os benefícios do ANPP em si. Isso porque, nos delitos tributários a extinção da punibilidade é consequência do pagamento do tributo devido (v.g. art. 34, da Lei nº 9.249/1995 e § 2º, art. 9º, da Lei nº 10.684/2003). Há ainda os casos de parcelamento do débito tributário, que acarretam inicialmente na suspensão da pretensão punitiva do Estado enquanto as parcelas estiverem sendo adimplidas, com a consequente extinção da punibilidade dos crimes com a quitação integral do tributo (art. 15, §§ 1º a 3º, da Lei nº 9.964/2000).

Assim, conforme magistério de Moura e Saad “não faz sentido exigir que a reparação do dano seja condição para a propositura de acordo de não persecução penal, em caso de crime contra a ordem tributária, por ser desproporcional e meio oblíquo de cobrança estatal de tributo, caso impedisse, por si só, o benefício do acordo.”⁹⁵⁵.

⁹⁵³ GEBRAN NETO; ARENHART; MARONA, **Comentários...** op. cit., p. 311.

⁹⁵⁴ FISCHER, Apontamentos... op. cit., p. 392

⁹⁵⁵ MOURA; SAAD, Acordo... op. cit., p. 412.

Conforme observa Franco David, “o pagamento do tributo em delitos fiscais sempre resultará na extinção da punibilidade e, por consequência, impedirá o exercício da persecução penal. Logo, o pagamento do tributo não pode ser condição/termo para realização do ANPP...”⁹⁵⁶.

Além disso, tratar a reparação do dano como condição para o ANPP é ignorar que a vítima, no caso a Fazenda Pública ou o Fisco, dispõe de outros meios para recuperação do valor sonegado, destacando-se a ação de execução fiscal⁹⁵⁷. Diante disso, é possível que nos crimes tributários se negocie o acordo de não persecução penal com a imposição de outras condições que não o pagamento integral do tributo⁹⁵⁸.

Vale ressaltar que, mesmo no processo penal tradicional para apuração de crimes tributários, a fixação mínima de valor a título de reparação do dano, mesmo nos casos em que há pedido expresso na denúncia, depende de instrução probatória específica. Esta peculiaridade já foi objeto de discussão perante o Superior Tribunal de Justiça, que firmou entendimento no sentido de que nos casos em que já tenha ocorrido “*a constituição do crédito tributário, que não depende de qualquer processo de conhecimento para sua aferição; ao contrário, já está consubstanciado na Certidão de Dívida Ativa, que aponta com exatidão o quantum devido, possuindo presunção de liquidez e certeza. (...) Logo, nesse contexto, não se faz necessária a fixação do valor mínimo para a reparação do dano prevista no aludido dispositivo legal, que objetiva a formação de um título executivo em prol da vítima, porquanto a Fazenda Pública já está devidamente aparelhada para realizar a cobrança do*

⁹⁵⁶ DAVID, Décio Franco. A extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo nos crimes tributários e seu reflexo sobre os acordos de não persecução penal. *In*: BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo. **Acordo de não persecução penal**. 2. ed., 1. reimp. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2021, p. 397.

⁹⁵⁷ SILVA, A reparação... op. cit., p. 415.

⁹⁵⁸ No âmbito do Ministério Público do Estado de São Paulo, há entendimento de que acordo de não persecução penal nos crimes tributários pode ser celebrado mediante a fixação da reparação do dano no valor principal do Crédito Tributário a título de reparação do dano, excluindo-se do ANPP os valores acessórios, cuja cobrança ficará a cargo da Fazenda Pública nos casos em que entender cabível o ajuizamento de execução fiscal. Veja-mos: “2- Tema: ANPP em crimes tributários. É sabido que uma das condições legais para o ANPP é a reparação do dano (art. 28-A, I, CPP). No caso dos crimes tributários, questiona-se o alcance dessa condição, discussão que já existe em sede de suspensão condicional do processo (art. 89, Lei 9.099/95). (...) Entendemos legítimo condicionar o ajuste ao ressarcimento do valor principal, mas sem os acessórios. A reparação global implica, por si só, na extinção da punibilidade, independentemente do ANPP, podendo prejudicar, conseqüentemente, qualquer outra condição presente no termo. Já a reparação do valor principal, diferentemente, não impede a persecução penal (que tem no ANPP uma das formas de o Estado agir), podendo a Fazenda Pública, quanto aos acessórios, analisando a conveniência e oportunidade da sua cobrança, ajuizar a competente execução fiscal. Aliás, recomendamos que o Promotor de Justiça faça constar do acordo uma cláusula ressaltando que o ajuste não impede ou inibe outros legitimados a cobrarem valores não abrangidos pela reparação do dano acordada”. (SÃO PAULO. Ministério Público do Estado de São Paulo. CAO-Crim. **Boletim Criminal Comentado** n. 129, mar./2020. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/Boletim_Semanal/Boletim%20CAOCRIM%20129.pdf> Acesso em: 31 maio 2022).

montante que entende devido pelo contribuinte, mediante a propositura da respectiva execução fiscal.”⁹⁵⁹.

Frisamos novamente que, mesmo nos casos tributários em que há constituição definitiva do crédito tributário, a denúncia está assentada em possibilidade e probabilidade, cuja validação depende de confirmação judicial. Dessa forma, temos que a reparação do dano como condição para celebração do ANPP é questionável, uma vez que mesmo na sentença do processo tradicional essa possibilidade é discutível, conforme o citado entendimento do Superior Tribunal de Justiça, pois demanda instrução probatória específica, a qual, caberia ao juízo da execução fiscal.

Por fim, a imposição da cláusula de pagamento integral do tributo como reparação do dano nos crimes tributários pode ser desproporcional em razão da própria incapacidade financeira do investigado/acusado em cumprir com a condição. Nesses casos, comprovada a impossibilidade de cumprimento do acordo pelo agente, cabe ao juiz controlar a não propositura do acordo, pois há, no próprio inciso I, do art. 28-A, *exceção* prevendo que reparação do dano é dispensável ante a *impossibilidade de fazê-lo*.

Merece atenção também o fato de que o acordo de não persecução penal é uma medida de solução negociada do conflito penal. Por essa razão, não se pode frustrar que o indivíduo decida pelo caminho alternativo à ação penal nos crimes tributários. Porém, por conferir o ANPP um tratamento mais brando ao investigado/acusado, a sua utilização deve sempre buscar uma saída menos gravosa ao indivíduo e não criar uma condição desproporcional com clara aptidão de causar reflexos desmedidos em sua liberdade⁹⁶⁰.

Diante do exposto, nos crimes tributários em que o acordo de não persecução penal não for proposto em razão de imposição do titular da ação penal de condição que busque a reparação do dano pelo pagamento integral do tributo, cabe ao magistrado rejeitar eventual denúncia por falta de interesse de agir do Ministério Público (art. 395, CPP). Ou, nos casos em que a ação penal já estiver em curso e evidenciar o constrangimento ilegal pela inobservância da previsão de que outras medidas que podem ser negociadas no ANPP, trancar a ação penal de ofício ⁹⁶¹.

⁹⁵⁹ BRASIL. STJ (5. Turma). **AgRg no REsp 1.844.856/SC**, Rel. Ministro Jorge Mussi, DJ: 5.5.2020, Dje: 18.5.2020.

⁹⁶⁰ SILVA, A reparação... op. cit., p. 422.

⁹⁶¹ A possibilidade de concessão de habeas corpus de ofício está prevista no art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal. Conforme lição de Lopes Jr.: “Os juízes e tribunais podem, de ofício, conceder HC quando verificarem, no curso de um processo, que alguém sofre ou está na iminência de sofrer uma coação ilegal.” (LOPES JR., **Direito...** op. cit., p. 1228). As Cortes brasileiras têm admitido a concessão de habeas corpus de ofício quando evidenciado o constrangimento ilegal, ou ainda quando ausentes os pressupostos necessários a

5.5.2. Renúncia voluntária a bens e direitos

O art. 28-A, inciso II, do Código de Processo Penal, trata da renúncia voluntária pelo investigado/acusado de *bens e direitos indicados pelo Ministério Público como produto, proveito ou instrumento da infração penal*.

Logo, a primeira análise a ser feita pelo juiz sobre essa condição é a voluntariedade do investigado/acusado em renunciar a bens e direitos, ou seja, essa medida deve ser negociada livre de coação física ou moral, pois, do contrário, no caso de a condição ser cumprida involuntariamente o que se teria é o *confisco* pelo agente público⁹⁶², o que não pode ser possibilitado pelo magistrado no ANPP por se tratar de hipótese decorrente da sentença penal condenatória⁹⁶³.

A *renúncia* a bens e direitos é um ato deliberado e legal, e também está previsto no art. 1.275, do Código Civil, como uma das causas de perda da propriedade, e é um ato irrevogável⁹⁶⁴. No âmbito do acordo de não persecução penal, esse ato poderá abarcar objetos que de alguma forma tenham sido utilizados na prática da infração penal, ou que a partir dela o investigado/acusado tenha alcançado bens ou lucros, e deve ser voluntária, mas não necessariamente espontânea⁹⁶⁵. Além disso, a condição pode ser satisfeita com a renúncia de modo direto em face de bens apreendidos, sequestrados ou restringidos judicialmente⁹⁶⁶.

Por se tratar de medida que priva o indivíduo de seus bens, há necessidade de que o Ministério Público indique ao juiz de maneira precisa, a partir dos elementos contidos na investigação e que irão subsidiar a proposta, como foi constatada a proveniência ilícita de determinado bem, direito, produto, proveito ou instrumento do crime. Há de se ressaltar que

persecução penal. Nesse sentido: “VII – Continuam inabalados os pressupostos que autorizaram a tutela judicial implementada, nos termos do art. 654, § 2º, do CPP, para declarar a imprestabilidade, quanto ao reclamante, dos elementos de convicção obtidos a partir das referidas provas, no que toca à Ação Penal 5063130-17.2016.4.04.7000...” (BRASIL. STF (2. Turma). **Rel 43.0007/DF AgR-segundo**, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, DJ: 21.02.2022, DJe 24.03.2022). No âmbito do Tribunal Regional Federal da 3ª Região: “(...) - No caso concreto, constata-se que estão ausentes os requisitos necessários para a persecução criminal, diante da inexistência de decisão definitiva no processo administrativo-fiscal, com violação da Súmula Vinculante n.º 24, pois, sem o lançamento definitivo do crédito tributário, não restou configurado crime contra a Ordem Tributária estatuído no artigo 1º, incisos I a IV, da Lei n.º 8.137/1990. - Habeas corpus concedido de ofício para trancar a ação penal. Apelação do Ministério Público prejudicada.” (BRASIL. TRF 3 (11. Turma). **APC n.º 0001880-50.2005.4.03.6105**, Rel. Des. Fausto de Sanctis, DJ: 27.08.2020, DJe 17.09.2020).

⁹⁶² Nesse sentido: “Não existe renúncia involuntária, senão configuraria o confisco por parte do poder público; se a pressão para a renúncia partir de particular, seria ato criminoso...”. Cf. BIZZOTTO; SILVA, **Acordo...** op. cit., p. 91.

⁹⁶³ De acordo com Nucci, a perda de bens ou valores de origem ilícita em favor do Estado é uma hipótese de confisco automática, decorrente dos efeitos genéricos da sentença penal condenatória. (NUCCI, **Manual de direito penal...** op. cit., p. 581-582.

⁹⁶⁴ BIZZOTTO; SILVA, **Acordo...** op. cit., p. 91.

⁹⁶⁵ GEBRAN NETO; ARENHART; MARONA, **Comentários...** op. cit., p. 306-307.

⁹⁶⁶ ROSA; ROSA; BERMUDEZ, **Como negociar...** op. cit., p. 67.

a confissão do investigado/acusado pode auxiliar nessa averiguação, porém deve haver um substrato probatório mínimo que ampare a narrativa do autor do delito.

Por sua vez, como se trata de uma negociação, é possível que as partes optem por renúncia alargada, que permite a perda de bens cuja origem ilícita não foi devidamente comprovada, mas é presumida em razão da ausência de justificativa lícita para o recebimento ou posse⁹⁶⁷.

A correta identificação da origem dos bens e direitos que o investigado/acusado renuncia no acordo satisfaz ao menos três objetivos. O primeiro preserva os interesses de terceiros não envolvidos no crime que eventualmente poderiam ser privados de seus bens em razão do negócio jurídico celebrado sem seu conhecimento. O segundo decorre da preservação de direito da vítima ou terceiro de boa-fé de serem restituídos de seus bens ou propriedade que foram alvo da prática delitiva. O terceiro visa a ressaltar os bens essenciais à subsistência do autor do fato⁹⁶⁸.

Portanto, o destino que se dará aos abjetos e direitos renunciados pelo investigado/acusado também deverá ser objeto de controle judicial, uma vez que, se for possível identificar o lesado ou terceiro de boa-fé, a destinação dos bens não poderá ser, por exemplo, a União, Estados ou o Distrito Federal⁹⁶⁹. Além disso, caso a renúncia implique prejuízos à subsistência do investigado/acusado e de sua família, a condição não poderá ser imposta pelo Ministério Público, ante a desproporcionalidade da medida.

5.5.3. Prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas

A terceira condição negociável no acordo de não persecução penal está prescrita no ar. 28-A, inciso III, do CPP e trata da *prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas*. O inciso estabelece ainda que o período de cumprimento da medida será correspondente à *pena mínima cominada diminuída de uma a dois terços*. Além disso, o legislador estabeleceu que o *local de cumprimento* será estabelecido pelo juízo da execução.

A prestação de serviços à comunidade é uma medida comumente aplicada em mecanismos de *justiça negociada* que se assemelham ao acordo de não persecução penal, tais como o *deferred prosecution agreement* estadunidense, a *composition* francesa, a *suspensão*

⁹⁶⁷ VASCONCELLOS, **Acordo...** op. cit., p. 133; ROSA; ROSA; BERMUDEZ, **Como negociar...** op. cit., p. 67.

⁹⁶⁸ GEBRAN NETO; ARENHART; MARONA, **Comentários...** op. cit., p. 308.

⁹⁶⁹ Nesse sentido: “A depender do caso concreto, a renúncia pode ser condição indispensável para o acordo de não persecução penal. A perda se dará em favor da União, ou dos Estados e do Distrito Federal, conforme a natureza do crime praticado. Cf. GEBRAN NETO; ARENHART; MARONA, **Comentários...** op. cit., p. 307.

provisória do processo em Portugal e o *arquivamento sob condições* do sistema alemão⁹⁷⁰. Conforme elenca Vasconcellos, essa condição “caracteriza importante medida alternativa para sancionamento do autor do fato de modo útil para a sociedade em geral”⁹⁷¹

Nessa condição há uma limitação à margem de negociação entre as partes, pois o legislador estabeleceu que a indicação do local em que a prestação de serviço será cumprida caberá ao juízo da execução⁹⁷².

Dessa forma, o juiz ao sindicat a proposta de ANPP deve verificar se as partes obedeceram ao comando legal e fizeram constar apenas a cláusula indicando que o investigado/acusado prestará serviços sem alusão ao local em que será cumprido. Além disso, também é reservado ao juízo da execução a fixação da carga de trabalho, e análise das aptidões do imputado para indicação da entidade onde se prestará o serviço⁹⁷³.

Com efeito, a lei não fez vedação expressa de modo a impedir que as partes sugeriram ao juiz da execução o local que entendam mais adequado para cumprimento da condição, portanto essa sugestão pode acompanhar a proposta⁹⁷⁴.

Está dentro das possibilidades a serem negociadas entre as partes o período de cumprimento da medida. A duração da prestação de serviços será determinada pela identificação da pena mínima, a qual se aplicará uma diminuição de 1/3 a 2/3, ao se levarem em consideração das majorantes na fração mínima e as minorantes na fração máxima (art. 28-A, § 1º)⁹⁷⁵.

Nessa linha, o juiz ao exercer o controle judicial sobre essa condição deverá verificar se a proposta se limitou a indicar que a medida a ser cumprida pelo investigado/acusado será a estabelecida no art. 28-A, inciso III, do CPP, e o período negociado entre acusação e defesa.

Do contrário, caso acusação e defesa tenham se excedido, e acordado o lugar de cumprimento da medida, ou tenham fixado quantidade de carga de trabalho, ou ainda estabeleceram qual atividade será exercida pelo investigado/acusado, cumpre ao magistrado, nos termos do art. 28-A, § 5º, devolver os autos ao Ministério Público para que as partes reformulem a proposta.

⁹⁷⁰ Vide, Capítulo 2.

⁹⁷¹ VASCONCELLOS, **Acordo...** op. cit., p. 134.

⁹⁷² BEM; BEM, **Acordo...** op. cit., p. 108

⁹⁷³ BIZZOTTO; SILVA, **Acordo...** op. cit., p. 95.; Em sentido semelhante: GEBRAN NETO; ARENHART; MARONA, **Comentários...** op. cit., p. 304. Em sentido contrário: CABRAL, **Manual...** op. cit., p. 168-169.

⁹⁷⁴ CABRAL, **Manual...** op. cit., p. 170.

⁹⁷⁵ VASCONCELLOS, **Acordo...** op. cit., p. 134.

5.5.4. Pagamento de prestação pecuniária

Poderão as partes negociar ainda a condição prevista no art. 28-A, inciso IV, do CPP, que exige do beneficiado pelo acordo de não persecução penal o pagamento de *prestação pecuniária à entidade pública ou de interesse social a ser indicada pelo juízo da execução*.

Trata-se de condição que tem caráter socioeducativo, razão pela qual é diversa à reparação do dano à vítima, que é destinada à reparação do dano causado pelo crime ao lesado, motivo pelo qual a destinação da prestação pecuniária não pode ser revertida à vítima⁹⁷⁶.

Por essa razão, entendemos que nos crimes que não causam prejuízos a terceiros, o pagamento de prestação pecuniária não concorre, nem exclui o dever de reparar o dano. Porém, nas infrações penais em que foi possível identificar o lesado, a reparação do dano deve prevalecer sobre o pagamento à entidade pública, em especial quando a condição econômica do imputado/investigado não permitir a aplicação concorrente das duas medidas.

Assim, conforme discorremos no item 5.5.1, deste capítulo, no controle judicial cumpre ao juiz verificar se houve por parte do Representante do Ministério Público a necessária indagação da vítima quanto à reparação do dano ou restituição da coisa, antes de homologar o acordo de não persecução penal calcado exclusivamente na prestação pecuniária, sob o risco de se impedir que o lesado seja ressarcido de seus prejuízos.

Na redação do art. 28-A, inciso IV, do CPP, novamente o legislador impôs uma restrição à capacidade negocial das partes e estabeleceu que caberá ao juiz da execução penal fixar qual entidade receberá os valores correspondente à prestação pecuniária. Por tal razão, a proposta não poderá mencionar a entidade beneficiada, caso contrário cumpre ao magistrado indeferir a homologação do acordo.

Com relação ao valor da prestação pecuniária, cabem às partes negociar o *quantum*, o qual deverá respeitar os limites entre 01 (um) salário-mínimo e 360 (trezentos e sessenta) salários-mínimos⁹⁷⁷. A quantia fixada deve, ainda, ser proporcional à condição socioeconômica do investigado/acusado⁹⁷⁸ de modo a não frustrar o acordo de não persecução penal. Caso o juiz constate que o valor acordado está além das condições do imputado, o que comprometerá o adimplemento da condição, deverá devolver os autos ao Ministério Público para readequação da proposta⁹⁷⁹.

⁹⁷⁶ VASCONCELLOS, **Acordo...** op. cit., p. 135.

⁹⁷⁷ Nesse sentido: ROSA; ROSA; BERMUDEZ, **Como negociar...** op. cit., p. 67; CABRAL, **Manual...** op. cit., p. 172.

⁹⁷⁸ ROCHA, **Acordo...** op. cit., p. 63.

⁹⁷⁹ GEBRAN NETO; ARENHART; MARONA, **Comentários...** op. cit., p. 304. Em sentido contrário: CABRAL, **Manual...** op. cit., p. 311.

Por sua vez, nos casos em que a condição for estabelecida como determinante pelo órgão da acusação para oferecimento da proposta de ANPP e constatada a incapacidade financeira do investigado/acusado, o juiz pode rejeitar a denúncia por falta de interesse de agir do titular da ação penal, ou conceder habeas corpus de ofício quando houver a recusa infundada de propositura do acordo nas ações penais já em curso.

5.5.5. Outra condição indicada pelo Ministério Público

A última medida foi descrita no art. 28-A, inciso V, do CPP, e estabelece a possibilidade de o Representante do Ministério Público *indicar outra condição, desde que proporcional e por tempo determinado* a ser cumprida pelo investigado/acusado⁹⁸⁰.

Trata-se, pois, de cláusula aberta que permite ao titular da ação penal *indicar* (e não impor) outra condição (no singular)⁹⁸¹ além das indicadas nos incisos I a IV, do art. 28-A, do CPP podendo ampliar as medidas a serem negociadas com a defesa do imputado⁹⁸².

Por se tratar de cláusula aberta, o controle judicial dessa condição deverá ser mais cuidadoso e focado em garantir que os direitos fundamentais do investigado/acusado sejam respeitados, bem como que na proporcionalidade e razoabilidade da medida.

Conforme lecionam Schimitt e Aquino de Bem, são proibidas condições extralegais como “a exigência de o investigado seguir dogmas religiosos, ou doar sangue. De igual modo, a condição não poderá ser incompatível com os objetivos do acordo, como condicionar a não perseguição à prisão domiciliar”⁹⁸³.

De igual modo, Bizzotto e Silva lecionam que a medida não deve aviltar “a dignidade pessoal do acordante, afrontando sua liberdade de escolhas religiosas, de opinião, políticas e sociais”, a exemplo de se impor o dever de “frequentar cultos religiosos (qualquer que seja o credo); desligar-se de entidades políticas ou de classe; silêncio (verbal ou escrito) sobre determinados temas; participação obrigatória em eventos sociais com os quais não compactua, no intuito de fazê-lo mudar de opinião sobre a questão etc.”⁹⁸⁴.

⁹⁸⁰ Com relação à possibilidade de o membro do Ministério Público indicar outra condição a ser cumprida, Nucci afirma que: “Essa cláusula é abusiva, pois integralmente aberta. Nunca deu certo o disposto no art. 79 do Código Penal, ao cuidar das condições para o sursis: ‘A sentença poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do condenado’. Ou o juiz inventa condições absurda ou preferia nada estabelecer. Pouquíssimos foram os casos de fixação de uma condição aberta, que fosse adequada, proporcional e justa. Esperamos que os membros do Ministério Público tenham bom senso para tanto (art. 28-A, V)”. Cf. NUCCI, **Pacote...** op. cit., p. 72.

⁹⁸¹ BEM; BEM, **Acordo...** op. cit., p. 87

⁹⁸² VASCONCELLOS, **Acordo...** op. cit., p. 135.

⁹⁸³ BEM; BEM, **Acordo...** op. cit., p. 87.

⁹⁸⁴ BIZZOTTO; SILVA, **Acordo...** op. cit., p. 98.

Buscando interpretar o que seriam “outras condições”, Barros afirma que a terminologia “é aberta e não se encontra vinculada a medidas descritas em lei, portanto é possível o representante do Ministério Público fazer a proposta ajustada livremente, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada”⁹⁸⁵.

Ao destacar a necessidade de vincular a medida com a infração penal abrangida no acordo, Cabral elenca uma série de exemplos a serem pensados como condição a ser estabelecidos, por prazo determinado, pelo representante do Ministério Público, dentre os quais destacamos: renúncia ao exercício de cargo, função, atividade pública ou mandato eletivo, que poderá se dar por meio de exoneração ou renúncia; compromisso de não se candidatar a cargo público, de não exercer função em confiança ou prestar concurso público; compromisso de não exercer profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, inclusive com a entrega de carteira profissional, como exemplo, não exercer a advocacia, medicina, odontologia, engenharia, quando o delito tiver relação com a atividade profissional; compromisso de submeter-se ao tratamento ambulatorial voluntariamente; compromisso de não frequentar determinados lugares, e compromisso de interdição temporária ou total das atividades vinculadas à delitos ambientais⁹⁸⁶.

Ao analisar algumas das condições citadas no parágrafo anterior, Vasconcellos sugere cautela na sua implementação “visto que afetam diretamente os direitos políticos e de livre exercício da profissão”⁹⁸⁷.

Mediante a Resolução 45/110, de 14 de dezembro de 1990, a Assembleia Nacional das Nações Unidas – ONU –, em razão da preocupação com humanização criminal, elaborou as Regras de Tóquio para promoção e estímulo de medidas não privativas de liberdade. A preocupação com a legalidade e a limitação dessas medidas estão expressas nas recomendações em seu item 3.1: “A adoção, a definição e a aplicação de medidas não privativas de liberdade devem ser prescritas por lei”⁹⁸⁸.

A lição de Nefi Cordeiro sobre limites negociais das colaborações premiadas, certamente, pode servir como farol ao juiz no controle judicial da limitação à criatividade e inventividade do representante do Ministério Público na indicação da condição do inciso V, do art. 28-A. Nesse sentido, o autor estabelece que a negociação de obrigações entre as partes

⁹⁸⁵ BARROS, *Acordos...* op. cit., p. 151.

⁹⁸⁶ CABRAL, *Manual...* op. cit., p. 175-176.

⁹⁸⁷ VASCONCELLOS, Vinícius. Op. cit., p. 138.

⁹⁸⁸ BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Regras de Tóquio**. Regras mínimas padrão das nações unidas para a elaboração de medidas não privativas de liberdade. Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/6ab7922434499259ffca0729122b2d38-2.pdf>> Acesso em: 01 jun. 2022.

deve obedecer aos limites legais, pois a “permissão de criativa inventividade conduziria ao risco de ajustes desarrazoados, desproporcionais ou não passíveis de aferição.”⁹⁸⁹.

Ainda, o autor, sobre a “pena inventada” – que no presente pode ser lida como *condição inventada* – esclarece: “Pelo princípio da legalidade da pena, não poderá o Estado impor resposta penal diversa daquela cominada. Não se podem impor penas inventadas, penas melhoradas, memos sob a justificativa de favorecimento ao condenado”⁹⁹⁰.

Do que foi analisado até aqui, depreende-se que a inserção de cláusula aberta entre as condições para acordo de não persecução penal enfrentará longos debates acerca do que é uma medida proporcional ou compatível a ser indicada pelo representante do Ministério Público. Certo é que alguns autores se socorrem à permissividade instituída pelo Superior Tribunal de Justiça no Tema 930⁹⁹¹ quando estabeleceu não haver óbice legal para que o juiz estabeleça outras condições para a suspensão condicional do processo, para além das previstas nos incisos I a IV, do § 1º, do art. 89, da Lei 9.099/95, para de algum modo assemelhá-la à condição criada no art. 28-A, inciso V, do Código Penal⁹⁹².

Com efeito, condições que violem liberdades individuais e garantias fundamentais estabelecidos na Constituição Federal reclamam pronta intervenção do juiz. O controle judicial nesse caso tem por objetivo evitar que a discricionariedade do Representante do Ministério Público abra espaço à arbitrariedade, à ausência de limites⁹⁹³ e à falta de lucidez esperada quando as partes são dotadas de liberdade negocial⁹⁹⁴.

Diante do exposto, temos que a busca por celeridade processual por meio de institutos de *justiça negociada* não pode servir de justificativa para ofuscar as garantias do devido processo penal, as quais também devem ser aplicadas aos institutos de solução negociada do conflito penal⁹⁹⁵.

⁹⁸⁹ CORDEIRO, **Colaboração**... op. cit., p. 61.

⁹⁹⁰ *Ibid.*, p. 65.

⁹⁹¹ O STJ, no bojo do Tema Repetitivo 930, firmou a seguinte Tese: “Não há óbice a que se estabeleçam, no prudente uso da faculdade judicial disposta no art. 89, § 2º, da Lei n. 9.099/1995, obrigações equivalentes, do ponto de vista prático, a sanções penais (tais como a prestação de serviços comunitários ou a prestação pecuniária), mas que, para os fins do sursis processual, se apresentam tão somente como condições para sua incidência.” Cf. BRASIL. STJ (3. Turma). **Tema Repetitivo 930**, Rel. Ministro Rogério Schietti Cruz, DJ: 25.11.15, p. 02.12.2015.

⁹⁹² Nesse sentido: ROCHA, **Acordo**... op. cit., 2021, p. 67-68; GEBRAN NETO; ARENHART; MARONA, **Comentários**... op. cit., p. 312-313; VASCONCELLOS, **Acordo**... op. cit., p. 136, nota 57.

⁹⁹³ GEBRAN NETO; ARENHART; MARONA, **Comentários**... op. cit., p. 304.

⁹⁹⁴ ROSA; ROSA; BERMUDEZ, **Como negociar**... op. cit., p. 67.

⁹⁹⁵ Ao discorrer sobre as linhas gerais do processo consensual punitivo, Cunha afirma que “...o processo devido no âmbito da justiça consensual punitiva deve ser compatível com o conteúdo punitivo clássico, sem, contudo, deixar de ser informado pelas diretrizes que conformam qualquer modelo consensual. Logo, para ser devido, o procedimento, de início, deve reforçar sensivelmente a posição do acusado, exigindo-se observância rigorosa de determinados direitos e garantias individuais constitucionais. Ao mesmo tempo, impõe-se que seja

Por fim, a eventual propositura de condição nos termos do art. 28-A, V, do CPP, estará envolta em complexidade, razão pela qual é importante que o juiz adote critérios de aferição que impeçam a submissão do investigado/acusado à medida ilegítima e ilegal⁹⁹⁶ ante a ameaça de punição mais grave decorrente do processo tradicional.

5.6. CONTROLE JUDICIAL SOBRE A VOLUNTARIEDADE DO ACORDANTE

Disciplinou o art. 28-A, § 4º, do Código de Processo Penal, que, para homologação do acordo de não persecução penal, o juiz designará audiência para oitiva do investigado (na presença de seu defensor) para verificar a sua *voluntariedade* em celebrar o ANPP e a legalidade da proposta.

A voluntariedade do investigado/acusado em celebrar o acordo de não persecução penal é o último dos requisitos que será controlado judicialmente. Esse pressuposto de validade do acordo é um dos pontos mais sensíveis pelo qual o juiz terá de passar antes de decidir se homologará ou não o ANPP. Por essa razão, sugerimos no tópico 5.3 deste capítulo que o controle judicial sobre a regularidade e legalidade da proposta fosse realizado antes da designação da audiência de homologação.

Isso porque, conforme leciona Franco: “Há vários estudos criminológicos que indicam que em muitos casos os agentes aceitam penas menores por medo da condenação pena de longa duração, mesmo quando inocente.”⁹⁹⁷ Sob este aspecto, Alschuler afirma que o advento das barganhas processuais no modelo estadunidense fez multiplicar o número de condenações incorretas, de maneira que o sistema é quase perfeitamente desenhado para condenar inocentes⁹⁹⁸.

A afirmação do autor se baseia na constatação de que imputados inocentes optam por admitir a culpa e com isso celebrar o acordo, pois utilizam, como critério de definição, a análise das chances de serem absolvidos em um julgamento, bem como o *quantum* acordado ser previsivelmente menor do que aquele que será imposto pelo juiz no processo tradicional⁹⁹⁹.

estruturado de modo a promover o diálogo entre as partes e facilitar o atingimento de soluções concertadas, condições sem as quais o modelo tem pouco a contribuir para o objetivo de reduzir os custos do processo penal.” Cf. CUNHA, **Acordos...** op. cit., p. 272.

⁹⁹⁶ “Nesse aspecto, a sindicabilidade reduz o espaço de fixação de condições excessivas, para além da margem legal, mesmo com a abertura negocial prevista no art. 28-A, V, do Código de Processo Penal, por exemplo.” Cf. SALGADO, **A horizontalização...** op. cit., p. 480.

⁹⁹⁷ FRANCO, **O papel...** op. cit., p. 441.

⁹⁹⁸ ALSCHULER, **Um sistema...** op. cit., p. 147.

⁹⁹⁹ *Ibid.*, p. 129-130.

Portanto, o controle judicial sobre a voluntariedade é um momento crucial para definição da homologação do acordo de não persecução penal. É nesse instante que o magistrado faz a verificação de que o investigado/acusado optou livremente por aceitar o acordo. Se ele foi assistido pela defesa técnica e se ela teve acesso à investigação antes de tomar a decisão pelo ANPP. O juiz pode aferir ainda se o imputado tem capacidade de estar em juízo e discernimento para compreender a situação¹⁰⁰⁰.

Nesse sentido, a audiência para aferição da voluntariedade é ato complexo, que demandará uma série de análises a serem feitas pelo juízo, conforme passaremos a analisar.

5.6.1. Momento destinado ao controle judicial da voluntariedade: Audiência especial do acordo de não persecução penal

Por ser tratar de momento processual em que o acordo será submetido à homologação judicial, bem como será aferida a voluntariedade do imputado, a audiência para o controle do ANPP é ato obrigatório¹⁰⁰¹, motivo pelo qual entendemos que não pode ser substituída por outro meio, como declaração firmada pelo investigado/acusado e sua defesa.

Com relação aos participantes da audiência, por um lado, há divergência quanto à participação do representante do Ministério Público. Dessa forma, sustenta-se que a razão de existir da audiência é a verificação da *voluntariedade* do investigado/acusado, razão pela qual a presença do titular da ação penal pode prejudicar a aferição de vontade pelo juiz e influenciar de alguma maneira negativamente autor do fato em suas declarações¹⁰⁰².

Por outro lado, há autores que sustentam ser indispensável a presença do representante do Ministério Público na audiência, pois de parte interessada, ao figurar como titular da ação penal e fiscal da lei, sua participação pode ser conveniente e produtiva caso seja necessário algum esclarecimento ou adendo ao acordo¹⁰⁰³. Há ainda quem entenda que a presença do titular da ação penal é dispensável, pois a existência de um ato para averiguar requisitos é injustificado, em razão dos princípios da simplicidade, efetividade e duração razoável do processo¹⁰⁰⁴.

A propósito da audiência de controle, Vasconcellos adota um entendimento intermediário. Para o autor, quando o imputado for questionado sobre a sua voluntariedade, o ideal

¹⁰⁰⁰ VASCONCELLOS, **Acordo...** op. cit., p. 105.

¹⁰⁰¹ *Ibid.*, p. 180.

¹⁰⁰² ROSA; ROSA; BERMUDEZ, **Como negociar...** op. cit., p. 73; BEM; BEM, **Acordo...** op. cit., p. 96.

¹⁰⁰³ CABRAL, **Manual...** op. cit., p. 186-188; BIZZOTTO; SILVA, **Acordo...** op. cit., p. 131-134; FISCHER, **Apontamentos...** op. cit., p. 387.

¹⁰⁰⁴ BARROS, **Acordos...** op. cit., p. 192.

é que o representante do Ministério Público não esteja presente. Porém, dado o entendimento de que a presença do titular da ação penal pode ser relevante para eventuais ajustes, o autor sugere que seu ingresso no ato se dê após a aferição da vontade pelo juiz¹⁰⁰⁵.

O art. 28-A, § 4º estabeleceu que *para a homologação do acordo de não persecução penal, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor, e sua legalidade*. Com efeito, o legislador não mencionou a presença do Ministério Público no referido ato, tampouco afirmou que o ato necessariamente deve ser público¹⁰⁰⁶.

Outrossim, a audiência não é o momento para ajustes no acordo de não persecução penal, pois, conforme está expresso os § 5º, do art. 28-A, do CPP, caso o juiz entenda que condições da proposta são inadequadas, insuficientes ou abusivas, *devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo, com a concordância do investigado e seu defensor*. Vale ressaltar que o magistrado não participa da negociação do ANPP, logo não há razão para que atue ou participe da reformulação da proposta.

Conforme leciona Salgado, “a audiência não é realizada, em regra, para remodelar cláusulas, mas simplesmente para avaliar a voluntariedade do investigado e corroborar a legalidade na realização do acordo. Esse é o momento em que o magistrado ratifica a legalidade, analisa a regularidade informacional do acordo, verifica se o imputado foi submetido à pressão, coação ou falsas promessas durante a negociação e se entendeu integralmente o instituto negocial, tudo com o intuito de decidir sobre a existência de vício ou sobre a higidez do ANPP.”¹⁰⁰⁷

Nesse sentido, caso o juiz entenda que a presença do Ministério Público é essencial para o ato, nos filiamos à posição de Vasconcellos no sentido de que o ingresso do representante da acusação deve ocorrer somente após a verificação da voluntariedade do investigado/acusado.

¹⁰⁰⁵ VASCONCELLOS, *Acordo...* op. cit., p. 181.

¹⁰⁰⁶ Em sentido contrário: CABRAL, *Manual...* op. cit., p. 183; BIZZOTTO; SILVA, *Acordo...* op. cit., p. 130. Não se pode olvidar que regra geral vige a garantia da publicidade dos autos processuais que guarda estreita relação como poder punitivo estatal. Por outro lado, essa garantia não é absoluta, uma vez que a própria Constituição Federal admite restrições à publicidade, tanto no art. 5º, LX, quanto no art. 93, IX. Além disso, mesmo o Código de Processo Penal que em seu art. 792, caput, estabelece que a publicidade, como regra, prescreve no § 1º, do mesmo artigo que o juiz poderá restringir a publicidade dos atos processuais. Cf. BADARO, *Processo...* op. cit., p. 72-73.

¹⁰⁰⁷ SALGADO, *A horizontalização...* op. cit., p. 480.

5.6.1.1. Primeiro momento da audiência: Verificação da voluntariedade

No controle judicial sobre a voluntariedade do acordo, caberá ao juiz verificar se há algum vício de vontade na manifestação do investigado/acusado. A primeira checagem que deverá ser feita pelo magistrado é a presença da defesa técnica – controle que também é realizado na análise de regularidade da proposta –, pois a assistência jurídica é fundamental para o exercício da autonomia do imputado.

Isso porque, segundo lição de Cunha, “o princípio da autonomia da vontade na perspectiva do acusado não é suficiente para que o procedimento dos acordos de admissão de culpa evite a indevida influência externa na formação da manifestação de sua vontade.” Desta forma, para que o imputado realize escolhas que atendam da melhor forma possível a seus interesses “a primeira e inafastável condição” é que ele seja assistido em todo o trâmite do procedimento pela defesa técnica¹⁰⁰⁸.

O vício de vontade segundo alguns autores pode ser identificado a partir do uso interdisciplinar das previsões do Código Civil das causas de anulação do negócio jurídico. Dessa forma, os defeitos consistentes no *erro*, *dolo* ou *coação* podem ser utilizados para sindicarem a manifestação de vontade do imputado¹⁰⁰⁹.

O *erro* capaz de invalidar a proposta de acordo, ao se utilizar por analogia o disposto nos art. 138 e 139 do Código Civil¹⁰¹⁰, é o *substancial* ou *essencial*¹⁰¹¹. Trata-se de hipótese em que o investigado/acusado não tem ciência do ato ou não lhe tenham esclarecido a natureza do acordo¹⁰¹². Tratando-se de hipótese excepcionalíssima, mas possível de ocorrer, o *erro* poderá ser identificado quando, por exemplo, o imputado não souber que está firmando um acordo de não persecução penal¹⁰¹³.

Por sua vez, o *dolo*¹⁰¹⁴ é a indução ao erro por uma das partes¹⁰¹⁵. Nesta esteira, o controle judicial almeja verificar se o investigado/acusado não foi enganado ou induzido em

¹⁰⁰⁸ CUNHA, **Acordos...** op. cit., p. 284.

¹⁰⁰⁹ ROSA; ROSA; BERMUDEZ, **Como negociar...** op. cit., p. 73.

¹⁰¹⁰ “Art. 138. São anuláveis os negócios jurídicos, quando as declarações de vontade emanarem de erro substancial que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio. Art. 139. O erro é substancial quando: I - interessa à natureza do negócio, ao objeto principal da declaração, ou a alguma das qualidades a ele essenciais; II - concerne à identidade ou à qualidade essencial da pessoa a quem se refira a declaração de vontade, desde que tenha influído nesta de modo relevante; III - sendo de direito e não implicando recusa à aplicação da lei, for o motivo único ou principal do negócio jurídico.”

¹⁰¹¹ BIZZOTTO; SILVA, **Acordo...** op. cit., p. 146.

¹⁰¹² CABRAL, **Manual...** op. cit., p. 142.

¹⁰¹³ ROSA; ROSA; BERMUDEZ, **Como negociar...** op. cit., p. 44.

¹⁰¹⁴ O dolo também está estabelecido no Código Civil como umas das causas de anulação de negócio jurídico. In verbis: Art. 145. “São os negócios jurídicos anuláveis por dolo, quando este for a sua causa.”

¹⁰¹⁵ CABRAL, **Manual...** op. cit., p. 142.

erro pelo membro do Ministério Público¹⁰¹⁶. Em regra, de acordo com a lição de Fischer, no ANPP, “o comportamento das partes (prévio, durante e depois) deve-se pautar pela boa-fé objetiva”¹⁰¹⁷.

Não se pode olvidar que há no acordo de não persecução penal certa superioridade do Ministério Público nas negociações em relação ao imputado e sua defesa. Nesse contexto, o controle judicial sobre a vontade – o que também se aplica aos demais requisitos – busca minimizar essa desigualdade¹⁰¹⁸.

Assim, cabe ao juiz analisar se ao investigado/acusado foram feitas falsas promessas; não se admite, também, o uso do *overcharging* (excesso de acusação) que decorre de ameaças do titular da ação penal em fazer acusação por fato mais grave ou imputação de fatos adicionais¹⁰¹⁹. Do mesmo modo, o Ministério Público não pode se valer da manipulação da informação, ou da desinformação, tampouco do *bluff* para que imputado forneça a adesão¹⁰²⁰.

Para evitar que o imputado seja induzido ao erro, se faz necessário que o consentimento deve ser livre e informado. Para isso a defesa técnica deve ter acesso a todo o procedimento investigatório e documentos constantes na apuração, o que permite que a decisão de celebrar o acordo seja feita de maneira racional e razoável¹⁰²¹. Nesse sentido, também deverá o magistrado indagar à defesa do investigado/acusado se foi dado prévio e antecipado acesso a todo o procedimento investigatório.

Por fim, a *coação* é a existência de ameaça grave capaz de provocar temor ao imputado/acusado ou algum familiar ou pessoa próxima¹⁰²². A *coação* também é prescrita no Código Civil, em seu art. 151, como um dos defeitos que podem levar à anulação do negócio jurídico¹⁰²³.

¹⁰¹⁶ Sobre esse aspecto, Bizzotto e Silva trazem uma importante percepção relacionada ao comportamento dos indivíduos: “Poder-se-ia afirmar que não há que se cogitar de dolo na esfera da realização do acordo de não persecução penal, na medida em que há atuação fiscalizadora do Ministério Público e da defesa constituída. No entanto, trata-se de envolvimento de pessoas, e o caso penal contém inúmeras complexidades e interesses vários. Assim, é admissível que imaginar a atuação de um advogado em busca de honorário fácil e que pode levar o seu cliente a realizar o acordo, sem que haja consentimento informado ou conduta de um promotor de justiça que doura a pílula do indigesto acordo para que o investigado/acusado forneça a adesão.” Cf. BIZZOTTO; SILVA, **Acordo...** op. cit., p. 146-147.

¹⁰¹⁷ FISCHER, Apontamentos... op. cit., p. 387.

¹⁰¹⁸ SALGADO, A horizontalização... op. cit., p. 475.

¹⁰¹⁹ CABRAL, **Manual...** op. cit., p. 143.

¹⁰²⁰ SALGADO, A horizontalização... op. cit., p. 469.

¹⁰²¹ Idem.

¹⁰²² ROSA; ROSA; BERMUDEZ, **Como negociar...** op. cit., p. 45.

¹⁰²³ Art. 151. “A coação, para viciar a declaração da vontade, há de ser tal, que incuta ao paciente fundado temor de dano iminente e considerável à sua pessoa, à sua família, ou aos seus bens.

Assim, são exemplos de *coação* o emprego de violência física, a tortura ou a ameaça¹⁰²⁴. Com efeito, essas causas de defeito do negócio jurídico podem ser externas à relação das partes, como podem acontecer em casos em que o acordante é coagido por terceiros a assumir a prática de determinada infração penal¹⁰²⁵.

Cumpre-nos mencionar que o Código Civil estabelece que exercício regular de um direito não é considerado coação¹⁰²⁶. Nesse ponto, alguns autores afirmam que o ato de propositura do acordo em contrapartida à acusação, ou eventual afirmação do representante do Ministério Público que irá oferecer denúncia caso não haja adesão ao ANPP, não podem ser tidos como *coação*, pois se trata de exercícios de direitos do titular da ação penal¹⁰²⁷.

Com relação à capacidade do investigado/acusado estar em juízo, referido controle é essencial, pois o acordo de não persecução penal deve ser feito com pessoa plenamente capaz. Nesse sentido, os inimputáveis e os semi-imputáveis não podem manifestar sua vontade, ainda que seja por meio de seu curador ou defensor, em razão de o ato ser personalíssimo. Caso o juiz tenha dúvida quanto à capacidade do acordante, é recomendável que se faça exame de insanidade mental¹⁰²⁸.

Da análise o papel do juiz no exercício do controle judicial na aferição da voluntariedade do imputado, encontramos no modelo estadunidense alguns exemplos de questionamentos que podem ser feitos pelo juiz para averiguar se o acordante tem capacidade para celebrar o ANPP. Nessa linha, de acordo com Rapoza, os juízes norte-americanos podem indagar se o acusado quando de sua admissão de culpa: se faz uso de álcool, medicamentos ou drogas; sobre eventual tratamento mental, psicológico ou emocional; se existe alguma outra condição que afete sua aptidão para compreender e participar do procedimento; e sobre a sua fluência em língua inglesa¹⁰²⁹.

Assim, se, durante o controle judicial da voluntariedade, o magistrado tiver dúvida quanto à capacidade do indivíduo para celebrar o acordo, deverá sobrestar o ato até que tenha certeza de que o acordante é plenamente capaz de celebrar o ANPP. Da mesma forma, se, durante a audiência, o juízo tiver dúvida quanto à voluntariedade, também é recomendável que se suspenda o ato até que a defesa faça os devidos esclarecimentos ao imputado¹⁰³⁰.

¹⁰²⁴ CABRAL, *Manual...* op. cit., p. 143.

¹⁰²⁵ BIZZOTTO; SILVA, *Acordo...* op. cit., p. 147.

¹⁰²⁶ Conforme art. 152, do Código Civil: “Não se considera coação a ameaça do exercício normal de um direito, nem o simples temor reverencial”.

¹⁰²⁷ ROSA; ROSA; BERMUDEZ, *Como negociar...* op. cit., p. 45; CUNHA, *Acordos...* op. cit., p. 239.

¹⁰²⁸ SOUZA; DOWER, *Algumas respostas...* op. cit., p. 161.

¹⁰²⁹ Nesse sentido: RAPOZA, *A experiência...* op. cit., p. 214.

¹⁰³⁰ V VASCONCELLOS, *Acordo...* op. cit., p. 182.

Por fim, e não menos importante, haverá casos em que o controle judicial sobre o acordo de não persecução penal será exercido em situações em que o investigado/acusado está ou esteve com sua liberdade de locomoção restringida pela prisão em flagrante, ou sob os efeitos de medida cautelar pessoal ou patrimonial (ou ambas)¹⁰³¹.

Nessa linha, devido à constrição da liberdade de locomoção e/ou patrimonial, o investigado/acusado estará diante de um dilema: ou confessa e adere ao acordo para ser ver livre das medidas; ou enfrenta as investigações e o processo penal com o risco da manutenção de ao menos parte das constrições impostas por meio medidas de cautelares¹⁰³².

Diante disso, houve intenso debate sobre a vedação da celebração de acordos com investigados/acusados que estivessem presos ou sob os efeitos de medidas cautelares. Nesses termos coube ao Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 127.483/PR, estabelecer que a declaração de vontade que se espera do imputado, como meio de aferir a sua voluntariedade é a *psíquica* e não sua liberdade de locomoção¹⁰³³.

Seguindo esse entendimento, o juiz, ao aferir se declaração de vontade do agente foi livre e consciente no ANPP, pode utilizar como parâmetro o critério definido pelo Supremo Tribunal Federal, esclarecendo se a *voluntariedade* do investigado/acusado foi fruto de sua liberdade *psíquica* e não necessariamente da sua liberdade de locomoção.

Apensar disso, não deve escapar ao controle judicial a verificação de que a prisão cautelar não foi transformada em objeto de negociação. Isso porque houve na história recente do processo penal brasileiro quem defendesse a decretação de prisão preventiva como meio

¹⁰³¹ Conforme leciona Badaró, as medidas cautelares pessoais previstas no Código de processo penal são: a prisão preventiva e medidas alternativas à prisão. Por sua vez as cautelares patrimoniais estabelecidas na legislação processual são: sequestro de bens móveis e imóveis; especialização e registro da hipoteca legal; arresto de bens móveis, prévio ao registro e especialização em hipoteca legal, e o arresto subsidiário de bens móveis. Cf. BADARÓ, **Processo...** op. cit., p. 1001-1002.

¹⁰³² Quando discorre sobre as prisões cautelares, Lopes Jr esclarece com relação à prisão preventiva que “reina” a indeterminação quanto a sua duração. Assim, com exceção da prisão temporária, cujo prazo de duração é previsto em lei, o prazo máximo de duração da prisão preventiva segue indeterminado, “podendo durar enquanto o juiz ou tribunal entender existir o periculum libertatis.” Já em relação às medidas cautelares que incidem sobre patrimônio do imputado, seja ele lícito ou ilícito, dada a função que essas medidas desempenham no processo, resguardar os interesses econômico da vítima e do Estado, a manutenção dessas medidas também tem prazo incerto e impedem o acusado de dispor de seu patrimônio, de maneira que podem levá-lo à situação de penúria e endividamento irreversíveis. Cf. LOPES JR., **Direito...** op. cit., p. 654 e 791.

¹⁰³³ Conforme se extrai do voto do Relator, Ministro Dias Toffoli: “Destaco que requisito de validade do acordo é a liberdade psíquica do agente, e não a sua liberdade de locomoção. A declaração de vontade do agente deve ser produto de uma escolha com liberdade (= liberdade psíquica), e não necessariamente em liberdade, no sentido de liberdade física. Portanto, não há nenhum óbice a que o acordo seja firmado com imputado que esteja custodiado, provisória ou definitivamente, desde que presente a voluntariedade dessa colaboração. Entendimento em sentido contrário importaria em negar injustamente ao imputado preso a possibilidade de firmar acordo de colaboração e de obter sanções premiaias por seu cumprimento, em manifesta vulneração ao princípio da isonomia.” BRASIL. STF (Tribunal Pleno). **HC 127.483/PR...** op. cit.

de convencer os infratores a celebrarem acordos de colaboração premiada com os órgãos de investigação do Estado¹⁰³⁴.

Diante do exposto, se houver comprovação de que sobre o acordo incidiu algum dos defeitos do negócio jurídico (erro, dolo ou coação), o juiz deve obstar a homologação do acordo de não persecução penal, e apontar expressamente qual o motivo levou a atender que havia do vício de vontade na proposta encaminhada pelas partes.

5.6.1.2. Segundo momento da audiência: Controle sobre a ciência dos requisitos e condições negociadas

De acordo com o que analisamos até agora, está demonstrado que construção do negócio jurídico processual por meio dos acordos implica que as partes façam escolhas livres e voluntárias¹⁰³⁵. Mas o controle judicial da vontade também abarca outra vertente do consentimento: a informação.

Almeja-se que o juiz verifique se o imputado tem conhecimento pleno das condições e consequências do acordo, inclusive do seu cumprimento. Nesse sentido, sugere-se que o magistrado, quando necessário, leia a proposta de maneira a explicá-la correntemente ao acordante¹⁰³⁶, pois a ciência informada por parte do acordante sobre as condições da proposta é requisito inafastável do controle judicial para que seja validado do acordo¹⁰³⁷.

Também cumpre ao juiz verificar se o investigado/acusado compreende as imputações (ou acusação) lançadas contra si e quais os direitos de que está renunciando ao optar pela via negociada em detrimento do processo tradicional¹⁰³⁸. Esta informação deve ser repassada pelo magistrado, pois, conforme leciona Vasconcellos, faz-se “mister a compreensão dos direitos que são objetos de renúncia a partir do consenso à barganha, como, por exemplo, o direito à defesa, ao acompanhamento de um advogado durante todo o processo, ao contraditório, à não autoincriminação, ao julgamento por jurados e, em alguns casos, ao recurso.”¹⁰³⁹.

Desse modo, a audiência de controle do ANPP também tem por finalidade verificar se o investigado/acusado foi correntemente informado do conteúdo da proposta, de suas

¹⁰³⁴ Vide, *nota 503*, supra.

¹⁰³⁵ CUNHA, **Acordos...** op. cit., p. 277.

¹⁰³⁶ BIZZOTTO; SILVA, **Acordo...** op. cit., p. 130.

¹⁰³⁷ GUINALZ, Ricardo Donizete. **Consenso no processo penal brasileiro**. São Paulo: Editora Liber Ars, 2019, p. 203.

¹⁰³⁸ VASCONCELLOS, **Barganha...** op. cit., p. 89.

¹⁰³⁹ VASCONCELLOS, **Barganha...** op. cit., p. 90.

condições, prazo de cumprimento, dos direitos e garantias que está renunciando ao aderir ao acordo. Ao fazer essa filtragem, o magistrado terá aferido que o consentimento do imputado foi informado e voluntário; portanto autoriza-se, assim, a homologação do acordo para que produza seus efeitos.

5.6.2. Audiência de acordo nos processos em andamento

De acordo com o que analisamos no tópico 5.1.1. deste capítulo, é possível a propositura de acordo de não persecução penal em ações penais já em andamento. Nesses casos, as partes poderão manifestar a intenção de negociarem o ANPP durante a fase de instrução processual. Assim, não é possível prever o momento em que acusação e defesa manifestarão sua intenção em negociar o acordo, tampouco é previsível se irão se manifestar.

Assim, é possível que essa manifestação de vontade se dê durante a audiência de instrução, debates e julgamento, bem como já na fase de alegações finais. Caso isso ocorra, entendemos que o juiz deve suspender o processo, e conceder às partes prazo razoável para que o acordo seja entabulado¹⁰⁴⁰.

Pois, apesar de não haver impeditivo legal à negociação do acordo de não persecução penal durante audiência de instrução, essa não é a finalidade do ato, tampouco haverá tempo suficiente para que as partes negociem uma boa proposta, conforme posição que adotamos no item 5.2.1, deste capítulo.

Diante de tudo que já analisamos até aqui, o juiz não participa das negociações do ANPP em razão da sua natureza extrajudicial do instituto, e o pacto deve ser desenvolvido entre as partes, longe das salas de audiências.

Nesse sentido, de acordo com a lição de Salgado, além do simbolismo da sala de audiência “o ambiente judiciário facilita a intervenção de um juiz mais proativo no processo de estruturação do acordo, o que é passível de comprometer gravemente o seu estatuto constitucional. Quanto maior a atuação oficiosa do magistrado, menor a autonomia das partes e, por consequência, a liberdade convencional.”¹⁰⁴¹.

Diante do exposto, nos processos que já estiverem em andamento, para haja pleno consenso e liberdade negocial entre as partes e seja respeitada a lógica informadora, no

¹⁰⁴⁰ No mesmo sentido: BIZZOTTO; SILVA, **Acordo...** op. cit., p. 129; ROSA; ROSA; BERMUDEZ, **Como negociar...** op. cit., p. 88-89.

¹⁰⁴¹ SALGADO, *A horizontalização...* op. cit., p. 473.

acordo de não persecução penal, cabe ao juiz suspender o curso da ação e conceder prazo razoável à acusação e defesa para negociarem o ANPP.

Casos as partes tenham êxito na entabulação da proposta e apresentem-na ao juízo com pedido de homologação, cabe ao juiz designar a data para realização da audiência de controle judicial do ANPP. Porém, ao término do prazo concedido, se acusação e defesa não tiverem chegado a um consenso, cumpre ao magistrado intimá-los e retomar a marcha processual do momento em que foi suspensa.

5.6.3. O acordo de não persecução penal na audiência de custódia

Inicialmente, cumpre-nos uma breve explicação sobre nossa escolha em tratar do acordo de não persecução penal na audiência de custódia nesse momento do trabalho e não no tópico destinado à propositura do acordo, conforme faz boa parte da doutrina. Nossa opção decorre da necessidade de compreender as balizas do controle judicial sobre diversos aspectos do ANPP, os quais entendemos influenciarão na análise judicial do acordo durante a audiência de custódia.

A possibilidade de oferecimento do ANPP durante a audiência de custódia foi inicialmente prevista na Resolução nº 181/2017, do CNMP, que, em seu art. 18, § 5º, prescrevia que *o acordo de não persecução penal poderá ser celebrado na mesma oportunidade da audiência de custódia*.

De pronto, destacamos que o art. 28-A do CPP *não recepcionou* a possibilidade de oferecimento, negociação e homologação do acordo de não persecução penal na audiência de custódia, apesar de essa autorização ter sido prevista no Projeto de Lei nº10.372/2018, que originou a Lei nº 13.964/2019¹⁰⁴².

Assim, melhor esclarecendo: o legislador *não só não recepcionou*, como também *suprimiu* da redação final do art. 28-A do CPP o dispositivo que permitia que a propositura,

¹⁰⁴² O Projeto de Lei nº 10.372/2018 foi fruto da Comissão de notáveis presidida pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal, Alexandre de Moraes. Durante o processo legislativo, o chamado Projeto de Lei anticrime foi apensado ao PL 10.372/2018, o qual foi transformado na Lei 13.964/2019. Na redação original da proposta, o art. 28-A, do CPP, continha a previsão da propositura e homologação do ANPP na audiência custódia: “§ 5º Tratando-se de prisão em flagrante delito, o acordo poderá ser proposto e submetido a homologação judicial na audiência de custódia”. Cf. BRASIL. Câmara dos Deputados. **PL 10372/2018**. Introduce modificações na legislação penal e processual penal para aperfeiçoar o combate ao crime organizado, aos delitos de tráfico de drogas, tráfico de armas e milícia privada, aos crimes cometidos com violência ou grave ameaça e crimes hediondos, bem como para agilizar e modernizar a investigação criminal e a persecução penal. Brasília: Câmara dos Deputados, 2018. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2178170>> Acesso em: 04 jun. 2022.

negociação e homologação do acordo de não persecução penal durante a audiência de custódia.

Porém, não tardou para que a vontade do legislador fosse suprimida por “autorizações”, expedidas em resoluções e enunciados, tanto pelo órgão de controle do Poder Judiciário¹⁰⁴³, quanto do Ministério Público¹⁰⁴⁴.

Dessa forma, em razão dessas autorizações, instituiu-se que o ANPP pode ser proposto e homologado na audiência de custódia. Apesar disso, essa possibilidade é uma questão polêmica e cercada de vários senões, em especial por afetar a capacidade do exercício do controle judicial da proposta.

Sobre a questão, antes de analisarmos os efeitos da decisão do legislador acerca do ANPP na audiência de custódia, faremos uma breve análise sobre os fins a que ela se destina.

Nesse sentido, as audiências foram introduzidas no sistema jurídico brasileiro por iniciativa do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) por meio Resolução nº 213/2015¹⁰⁴⁵. Dentre

¹⁰⁴³ O Conselho Nacional de Justiça, por meio da Resolução nº 357/2020, introduziu na Resolução 329/2020 dispositivo, que permitiu a propositura do ANPP na audiência de custódia: “§ 3º A participação do Ministério Público deverá ser assegurada, com intimação prévia e obrigatória, podendo propor, inclusive, o acordo de não persecução penal nas hipóteses previstas no artigo 28-A do Código de Processo Penal”. Cf. BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 329 de 30 julho de 2020**. Regulamenta e estabelece critérios para a realização de audiências e outros atos processuais por videoconferência, em processos penais e de execução penal, durante o estado de calamidade pública, reconhecido pelo Decreto Federal nº 06/2020, em razão da pandemia mundial por Covid-19. Brasília: CNJ, 2020. Disponível em: < <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3400>> Acesso em: 04 jun. 2022.

¹⁰⁴⁴ No âmbito do Ministério Público Federal sobreveio, no bojo da Orientação Conjunta nº 03/2018, a permissão para que os membros da instituição utilizassem a audiência de custódia para oferecimento do ANPP: “5.3 Poderá ser utilizada a audiência de custódia para oferecimento da proposta do acordo de não persecução penal, uma vez que esse ato sempre deverá contar com a participação de advogado, constituído ou nomeado pelo juízo. Nesse caso, o membro do MPF tomará as cautelas de praxe, especialmente quanto aos antecedentes, e poderá requerer seja oficiado à Polícia Federal sobre o acordo e a necessidade da remessa dos autos do inquérito policial ao MPF. (BRASIL. Ministério Público Federal. **Orientação conjunta nº 03/18**... op. cit.). Em sentido contrário o entendimento do Ministério Público de Goiás: “A nova redação do artigo 28-A NÃO prevê a celebração do ANPP na mesma oportunidade da audiência de custódia; isto não significa que ela seja vedada. Nesse sentido, recomenda-se cautela na apresentação de proposta em audiência de custódia, uma vez que há limitações formais e materiais que poderão objetar a efetivação do ANPP. A Resolução 181 do CNMP, com as alterações promovidas pela Resolução 183, prevê expressamente a possibilidade de realização na audiência de custódia (art. 18, §7º). No entanto, é inadequada a realização do ANPP nas audiências de custódia realizadas no plantão forense, ante a perspectiva de malferir o princípio do juiz natural e do promotor natural.” (GOIÁS. Ministério Público do Estado de Goiás. **Manual de atuação e orientação funcional – acordo de não persecução penal (ANPP)**. Goiânia: MPG, 2020. Disponível em: < https://www.mpma.mp.br/arquivos/CA-OPCRIM/manuais/18_08_30_417_Manual_Acordo_de_N%C3%A3o_Persecu%C3%A7%C3%A3o_Penal.pdf> Acesso em: 04 jun. 2022).

¹⁰⁴⁵ Em linhas gerais, a obrigação do Poder Judiciário em realizar audiência de custódia aumentou o rigor sobre o controle da prisão em flagrante, pois estabeleceu a obrigatoriedade de que toda pessoa presa em flagrante delito deve ser apresentada à autoridade judiciária competente, em até 24h da comunicação do flagrante, para ser ouvida sobre as circunstâncias em que se deu prisão ou apreensão. (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução 213, de 15 de Dezembro de 2015**. Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas. Brasília: CNJ, 2015. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_213_15122015_22032019145102.pdf> Acesso em 04 jun. 2022). Anteriormente à entrada em vigor desse ato normativo do CNJ, a autoridade policial formalizava o auto de prisão em flagrante e o encaminhava ao juiz.

os fundamentos que levaram o órgão de controle do Poder Judiciário a implementar as audiências de custódia, estavam o alinhamento e adequação do processo penal brasileiro aos princípios estabelecidos na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) e no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos¹⁰⁴⁶ e a decisão do Supremo Tribunal Federal na Medida Cautela na ADPF 347/DF que determinou a obrigatoriedade de os Tribunais implantarem as audiências de custódia¹⁰⁴⁷. Por fim, devido às reformas do Código de Processo Penal, a audiência de custódia foi finalmente inserida no art. 310 da legislação processual pela Lei nº 13.964/2019.

De acordo com Martins a audiência de custódia tem por finalidade:

(...) cumprir os comandos oriundos dos tratados retromencionados, garantindo não só a imediata entrevista e a apreciação do caso pelo juiz competente, mas também a atenção do magistrado para que a prisão cautelar seja aplicada exclusivamente àqueles indivíduos contra quem exista a suspeita da prática do crime doloso, cuja liberdade gere efetivo risco contemporâneo para a paz social ou para a estabilidade do sistema econômico do País; coloque em risco a regular instrução do processo em que aplicada a prisão ou tenha comportamento que evidencie a existência de risco de fuga. Como finalidades também relevantes, mas complementares, podem ser citados o efeito preventivo contra prisões administrativas ilegais e o controle sobre os atos de tortura ou de maus-tratos contra a pessoa sob custódia a ser apresentada ao órgão do judiciário¹⁰⁴⁸.

Por sua vez, Távora e Alencar destacam ainda a possibilidade de submeter à audiência de custódia tanto as prisões em flagrante, quanto os casos de prisão cautelar, mesmo com a suspensão da eficácia do juiz de garantias (art. 3º-B, §1º), pela decisão liminar do Ministro Luiz Fux, pois resta preservada a Resolução nº 213/2015 do CNJ. Complementarmente, o

O magistrado, então, somente com base nessa comunicação, decidia se homologava ou relaxava a prisão em flagrante (caso entendesse ilegal) e na sequência decidia sobre o pedido de prisão preventiva ou medida cautelar diversa. Cf. LOPES JR., **Direito...** op. cit., p. 687.

¹⁰⁴⁶ MARTINS, Humberto. A audiência de custódia na ordem jurídica brasileira. In: MADEIRA, Guilherme; BADARÓ, Gustavo; CRUZ, Rogerio Schietti. **Código de processo penal: estudos comemorativos aos 80 anos de vigência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, v. 2, p. 641. Em sentido semelhante: Badaró leciona que a audiência de custódia é um ato complexo de dupla destinação (bifronte). A primeira é permitir que o juiz entreviste o preso, na presença do seu defensor e do representante do Ministério Público, indagando-lhe, por exemplo, se os seus direitos constitucionais foram respeitados, as circunstâncias de sua prisão, o tratamento recebido e se houve tortura. Na segunda, o magistrado decidirá sobre a necessidade e adequação da manutenção da prisão, ou sua substituição por medida cautelar alternativa à prisão, ou ainda pela simples revogação. Cf. BADARÓ, **Processo...** op. cit., p. 1076.

¹⁰⁴⁷ Conforme se extrai da ementa da Medida Cautelar concedida no âmbito da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347/DF, pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal: “(...) Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão” Cf. BRASIL. STF (Tribunal Pleno). **MC na ADPF 347/DF**, Rel. Ministro Marco Aurélio, DJ: 09.09.2015, p. 19.02.2016.

¹⁰⁴⁸ MARTINS, A audiência... op. cit., p. 641

próprio art. 287 do CPP trata da possibilidade nos casos em que não há mandado e, mais importante, o Pacto de São José da Costa Rica não faz distinção entre as modalidades de prisão. Assim, segundo os autores:

Caminhou bem o texto normativo quando consignou a hipótese de realização de audiência de custódia nos casos de prisões cautelares e definitivas, despertando amplo interesse na dinâmica da captura para além das situações de flagrância. Nessa toada, ainda que o § 1º do art. 3-B esteja com a eficácia suspensa, o próprio CPP, o Pacto de San José da Costa Rica e a Resolução nº 213/2015 do CNJ garantem aos presos provisórios o direito de apresentação pessoal à autoridade judicial emissora do mandado. (...) Eis a função precípua da audiência de custódia também para as prisões cautelares: observar, além da legalidade do ato, se a medida constritiva é suficientemente idônea para o indivíduo preso, garantindo todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana e, sobretudo, respeitando o primado da presunção da inocência, vetor guia do processo penal brasileiro e internacional¹⁰⁴⁹.

Dessa forma, do que analisamos até aqui, a audiência de custódia é uma ferramenta de política pública que tem finalidades específicas: alinhar o processo penal brasileiro a tratados internacionais de Direitos Humanos; controlar a legalidade das prisões; prevenir a tortura, oportunizar que o indivíduo seja ouvido e, garantir a aplicação dos direitos e garantias fundamentais da pessoa submetida à prisão.

Ademais, durante a audiência de custódia o juiz, para dar efetividade e garantir a sua correta destinação, também deve tutelar outro direito fundamental de elevada importância para o devido processo penal, pois dele decorre elemento de legitimação do poder decisório do Estado: o procedimento¹⁰⁵⁰.

Nesse sentido, o procedimento da audiência de custódia está regulamentado no art. 310, do CPP e na Resolução nº 2013/2015 do CNJ¹⁰⁵¹. Para fins deste trabalho, vamos nos atentar a dois aspectos procedimentais da audiência de custódia, que entendemos guardam

¹⁰⁴⁹ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Felipe de. Inquietações sobre a audiência de custódia. *In*: MADEIRA, Guilherme; BADARÓ, Gustavo; CRUZ, Rogerio Schietti. **Código de processo penal**: estudos comemorativos aos 80 anos de vigência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, v. 2, p. 593-594.

¹⁰⁵⁰ Conforme o magistério de Scarance Fernandes: “Em síntese, extrai-se do conjunto de normas constitucionais um direito ao procedimento como direito à ação positiva do Estado para tornar efetivos os direitos fundamentais.” Cf. FERNANDES, **Teoria...** op. cit., p. 37-39.

¹⁰⁵¹ Segundo Távora e Alencar, o procedimento da audiência de custódia está previsto no art. 310, caput, do CPP e na Resolução nº 213/2015 do CNJ. (TÁVORA; ALENCAR, Inquietações... op. cit., p. 596). Sobre esse ponto Malan e Saad lecionam que “a audiência de custódia está regulamentada pelo art. 310 do CPP e pela Resolução nº 213/2015 do CNJ” (MALAN, Diogo; SAAD, Marta. Devido processo legal e virtualização de audiências criminais. *In*: MADEIRA, Guilherme; BADARÓ, Gustavo; CRUZ, Rogerio Schietti. **Código de processo penal**: estudos comemorativos aos 80 anos de vigência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, v. 2, p. 374;). Por sua vez Martins afirma que não há no ordenamento jurídico-processual brasileiro uma lei em sentido estrito que regulamente o procedimento da audiência de custódia, e pode ser utilizado por analogia o art. 656 do CPP e as regras do interrogatório (art. 185 e seguintes, do CPP); destaca, por fim, que a omissão legislativa foi suprida pela Resolução nº 213/2015 do CNJ (MARTINS, A audiência... op. cit., p. 644).

maior relação com a possibilidade de oferecimento, negociação e homologação do ANPP durante esse ato.

Nesse sentido, de acordo com o magistério de Távora e Alencar, iniciada a audiência de custódia deve o juiz esclarecer e questionar à pessoa apresentada qual finalidade do ato, bem como questionar se foram respeitados os seus direitos constitucionais, como a consulta de advogado ou Defensor Público, bem como certificar o direito ao saliência¹⁰⁵².

Assim, segundo os autores, após entrevista com autoridade judiciária, será *facultada* ao representante do Ministério Público e à defesa a formulação de perguntas, as quais “devem atender a pertinência temática, própria da finalidade de audiência. Mesmo assim, o limite de atuação deve ser balizado pela autoridade judicial de acordo com as circunstâncias próprias do caso”¹⁰⁵³.

Por sua vez, ao discorrer sobre o procedimento, vai além e assegura que: “A audiência de custódia não é momento adequado para produção de provas com vistas à instrução processual (...), principalmente pela autoridade judiciária, cuja principal missão é atuar para garantir que a dignidade do apresentado seja respeitada em seus amplos termos”¹⁰⁵⁴.

Com relação às perguntas formuladas durante o ato, o autor destaca que elas se prestam à formação de um juízo *provisório* de autoria, materialidade e correta tipificação dos fatos. Por essa razão, os questionamentos “não podem ser utilizados para fundamentação de decisão que extrapole as finalidades vinculadas ao art. 310 e 312 do CPP, sendo incabível, em especial, sala utilização para fundamentar sentença condenatória contra o agente...”¹⁰⁵⁵

Diante dessas lições, conclui-se que o procedimento da audiência busca aferir as circunstâncias em que ocorreu a prisão, se houve tortura ou maus tratos, bem como se foram respeitadas as garantias constitucionais do indivíduo apresentado.

Nessa esteira, analisaremos a seguir a pertinência e razoabilidade da propositura do ANPP durante a audiência de custódia. De início, temos que essa possibilidade deve ser vista com prudência, pois, além de não ter sido recepcionada pelo legislador, o procedimento da audiência não foi desenhado para essa finalidade. Mas sim para preservação de garantias fundamentais da pessoa presa.

Na verdade, conforme vimos, a realização da audiência de custódia tem por finalidade assegurar o direito subjetivo do preso de ser conduzido imediatamente à presença da

¹⁰⁵² TÁVORA; ALENCAR, Inquietações... op. cit., p. . 597.

¹⁰⁵³ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Felipe de. *Ibidem*, p. 597.

¹⁰⁵⁴ MARTINS, A audiência... op. cit., p. 645.

¹⁰⁵⁵ *Ibid.*, p. 645.

autoridade judiciária como medida de proteção à sua integridade física e de preservação do seu *status libertatis*.

Além disso, a audiência de custódia não permite produção probatória e há vedação quanto a utilização das respostas prestadas pelo indiciado para fundamentar decisão que extrapole àquela relacionada aos requisitos da prisão.

Em razão dessas restrições, a verificação dos pressupostos de cabimento do acordo de não persecução penal teria de ser extraída exclusivamente do auto de prisão em flagrante, *que é um ato de natureza meramente descritiva, que se limita a relatar o contexto fático-jurídico da prisão*¹⁰⁵⁶ cuja legalidade será controlada pelo juiz na audiência de custódia.

Via de regara, as únicas peças que compõem o auto de prisão em flagrante e que são disponibilizadas às partes na audiência de custódia são: o relatório da autoridade policial, as oitivas colhidas durante a lavratura e a nota de culpa¹⁰⁵⁷. Desta forma, o auto de prisão em flagrante não traz consigo todos os elementos necessários à cabal compreensão das circunstâncias em que se deu a prática delitiva¹⁰⁵⁸.

Diante disso, voltando ao controle judicial sobre a proposta de acordo de não persecução penal, conforme analisamos no item 5.5.1, a primeira baliza ao ANPP que será controlada pelo juiz é a que prescreve que o acordo será proposto quando não for caso de arquivamento da investigação. Vale ressaltar que, no momento em que se realiza a audiência de custódia, as investigações estão em sua fase embrionária¹⁰⁵⁹.

Assim, a fragilidade probatória do momento da prisão em flagrante e a ausência de uma investigação são uma barreira à intransponível ao ANPP, que poderá ser proposto quando somente o procedimento investigatório “estiver robusto o suficiente para embasar uma ação penal”¹⁰⁶⁰.

¹⁰⁵⁶ BRASIL STF (2. Turma). **HC 186.421/SC**, Rel. Ministro Celso de Mello, DJ: 20.10.2020, p. 17.11.2020.

¹⁰⁵⁷ O auto de prisão em flagrante deve ser cercado de requisitos formais, uma vez que subverte a regra da constrição da liberdade ser determinada por ato judicial. Por essa razão, o auto deve ser lavrado por autoridade policial competente. Nele serão ouvidos, em peças distintas, e nessa ordem: o condutor, as testemunhas que o acompanharem, bem como será interrogado o indiciado, que, por sua vez, deverá receber a nota de culpa, assinada pela autoridade, com o motivo da prisão, nome do condutor e o das testemunhas. A prisão deve ser comunicada imediatamente à autoridade judiciária. Nas 24h seguintes, o auto de prisão em flagrante deve ser encaminhado ao juiz competente acompanhado de todas as oitivas colhidas. Uma cópia deve ser encaminhada à Defensoria Pública, caso o autuado não informe o nome do seu advogado Cf. BADARÓ, **Processo...** op. cit., p. 1029-1034.

¹⁰⁵⁸ ROSA; ROSA; BERMUDEZ, **Como negociar...** op. cit., p. 96-97.

¹⁰⁵⁹ “Destarte, terminada a lavratura, continuam as investigações. Se o indiciado for mantido preso pelo juiz, ao tomar conhecimento do auto, deve ser o inquérito concluído em 10 dias; do contrário, sendo colocado em liberdade, o prazo aumenta para 30 dias, podendo ser prorrogado (art. 10, CPP)”. Cf. NUCCI, **Manual...** 10. ed. rev., atual., ampl. op. cit., p. 614.

¹⁰⁶⁰ FRANCO, O papel... op. cit., p. 444.

Por sua vez, a prisão em flagrante não significa que, necessariamente, haverá ação penal no futuro¹⁰⁶¹, pois, da análise do resultado da investigação, o representante do Ministério Público poderá concluir pela inexistência de crime.

Assim, tanto a definição pelo arquivamento da investigação, quanto pelo oferecimento da denúncia – que abre espaço para propositura do ANPP – só serão possíveis quando do encerramento da investigação.

Nesse sentido, em uma situação excepcional, para que fosse possível o controle judicial sobre uma eventual proposta de acordo de não persecução penal em audiência de custódia, seria necessário que auto de prisão em flagrante estivesse completo o suficiente, a ponto de permitir que representante do Ministério Público formalizasse a acusação.

Mesmo os autores que entendem que em situações excepcionais o ANPP pode ser proposto em audiência de custódia, com todas as cautelas, são céticos quanto a homologação do acordo durante o procedimento.

Assim, de acordo com Gebran Neto, Arenhart e Marona: “Não há óbice legal à excepcional propositura do acordo de não persecução penal na audiência de custódia. Nada obstante, tal possibilidade deve ser vista com redobradas cautelas e somente quando a qualidade dos elementos já obtidos no momento do flagrante for inconteste. Ainda assim, não nos parece ser de melhor técnica que o ato possa servir para homologação do ajuste”¹⁰⁶².

Barros, por sua vez, entende que não há empecilho legal à celebração do ANPP na audiência de custódia. Porém sustenta que, dada a celeridade desse tipo de procedimento e o tempo necessário para que o representante do Ministério Público avalie a presença dos pressupostos autorizadores da proposta, “na prática nem sempre será possível ofertar a proposta na mencionada audiência”¹⁰⁶³.

Por uma questão de lógica, se não há tempo de hábil para que os membros do Ministério Público averiguem o preenchimento dos requisitos que permitem a propositura, tampouco haverá tempo para a defesa técnica analisar a proposta e aconselhar o imputado. E, sobretudo, faltará oportunidade para que o juiz exerça o controle judicial acerca da regularidade, legalidade e voluntariedade do ANPP.

Por sua vez, Cabral se posiciona pela possibilidade de celebração do ANPP na mesma oportunidade da audiência de custódia, porém *em ato separado*. Nesse caso, o representante do Ministério Público se valeria da presença física do investigado para eventualmente propor

¹⁰⁶¹ BEM; BEM, Acordo... op. cit., p. 94-95.

¹⁰⁶² GEBRAN NETO; ARENHART; MARONA, **Comentários...** op. cit., p. 232.

¹⁰⁶³ BARROS, **Acordos...** op. cit., p. 177.

o acordo. Com isso, evitar-se-iam maiores dispêndios de recursos públicos, além de dinamizar e agilizar o procedimento consensual, ante a concentração dos atos e desnecessidade de realização de novos atos de comunicação¹⁰⁶⁴.

Contudo, mesmo que em ato separado, em que pesem os benefícios citados, a finalidade específica da audiência de custódia é permitir o contato pessoal do imputado com o juiz¹⁰⁶⁵ para verificação da legalidade da prisão e a preservação dos direitos fundamentais do preso.

Além disso, não se pode olvidar que a prisão é um momento de fragilidade psicológica para o indivíduo. E, essa condição pode afetar sua capacidade de tomar decisões conscientes e informadas, o que traria consequências negativas à imprescindível voluntariedade para homologação do acordo¹⁰⁶⁶.

Nessa linha Bizzotto e Silva, quando discorre sobre a possibilidade de celebração do ANPP na audiência de custódia, afirmam que a posição de fragilidade do acordante por ser acentuada pelo “risco fático de negociação implícita entre o promotor e o juiz no sentido de deixar nas entrelinhas, para a pessoa presa cautelarmente, que a realização do acordo é o caminho para se evitar a prisão...”¹⁰⁶⁷ Nesse sentido, autores afirmam que “para se proteger à vontade da pessoa que enfrenta uma audiência de custódia, não se recomenda, como regra, que o acordo seja celebrado na audiência de custódia.”¹⁰⁶⁸

Pelos motivos acima expostos, temos como salutar as ponderações de Salgado acerca das razões pelas quais não é recomendável a negociação do ANPP em audiência de custódia:

Com efeito, o acordo deve ser precedido por um processo negocial, alicerçado na voluntariedade e taticamente orientado por profissional qualificado, como a melhor forma de defesa. Por um lado, há necessidade de a escolha defensiva pelo entabulamento do acordo ser tomada sem emotividade e as pressões próprias da restrição da liberdade que acabou de sofrer, devendo o imputado maturar seu processo decisório. Por outro lado, a própria comunicação cênica da sala de audiência não incentiva a oportunidade de o imputado adentrar em uma fase reflexiva e avaliar se é mais conveniente firmar o acordo ou optar pela alternativa de partir para a discussão jurídica de suposta prática criminosa. (...) Em suma, melhores decisões são tomadas quando são oportunizados tempo, estabilidade emocional e energia

¹⁰⁶⁴ CABRAL, **Manual...** op. cit., p. 239-240. Em sentido contrário: “Os benefícios da celeridade não compensam os estragos aos Direitos Fundamentais.” BIZZOTTO; SILVA, **Acordo...** op. cit., p. 151.

¹⁰⁶⁵ LOPES JR., **Direito...** op. cit., p. 691.

¹⁰⁶⁶ Nesse sentido: “O ANPP é formal e claras devem ser suas cláusulas, de modo a evitar futuras discussões, principalmente a respeito da voluntariedade, componente imprescindível e sujeito à validação do juiz no momento da homologação. A aferição da voluntariedade não passa exclusivamente pela real intenção do imputado na realização do acordo, mas, também, busca a certeza de que o investigado está satisfeito com as condições pactuadas e de que tem ciência plena das consequências de sua escolha.” Cf. GEBRAN NETO; ARENHART; MARONA, **Comentários...** op. cit., p. 232.

¹⁰⁶⁷ BIZZOTTO; SILVA, **Acordo...** op. cit., p. 150.

¹⁰⁶⁸ BIZZOTTO; SILVA, **Acordo...** op. cit., p. 151.

concentrada para o processo decisional, algo que não é concretizado na audiência de custódia estruturalmente judicial. Se assumidos compromissos fora de um espaço real e efetivo para o exercício da liberdade, pode-se correr o risco de não existir uma avença verdadeiramente voluntária¹⁰⁶⁹.

Diante do exposto, como regra, temos que a realização do acordo de não persecução penal na audiência de custódia deve ser visto com prudência pelo juiz que preside o ato, pois ele não terá à sua disposição os elementos necessários para exercer o controle judicial da proposta.

A impaciência do órgão da acusação em aguardar a conclusão das investigações para então propor o ANPP não pode ser endossada pelo magistrado, ainda mais na audiência de custódia. Isso porque, na audiência de custódia, conferiu-se ao juiz “o *status* de guardião dos direitos fundamentais, incumbido de supervisionar os trabalhos das instituições policiais, bem como de confirmar o contraditório e o exercício da defesa *ex ante*, além de oportunizar que se tenham melhores condições para deliberar sobre a situação prisional”¹⁰⁷⁰.

Por fim, em situações excepcionais em que seja possível ao magistrado aferir, dentro da situação fática, os elementos necessários para afastar a prudência, é possível que se permita que as partes *iniciem as tratativas*, mas entabulem as negociações em outro ambiente. E, caso decidam pela formalização da proposta, ela deve ser lavada diretamente ao juiz natural do caso, momento em que as condições do acordo serão devidamente controladas e, caso preenchidos os requisitos da regularidade e legalidade, cumprirá ao magistrado designar audiência específica para controle do ANPP.

5.7. CONTROLE JUDICIAL DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL NEGOCIADO NA ESFERA RECURSAL

De acordo com o que analisamos no item 5.1.1, há divergência doutrinária e jurisprudencial sobre possibilidade de realização do acordo de não persecução penal nos processos que estavam em trâmite após a sanção da Lei nº 13.964/2019.

Contudo, sendo o ANPP instituto de *solução negociada* que demonstra a posição do legislador na instituição de uma política criminal despenalizadora e de solução do conflito penal sem a afirmação de culpa, filiamo-nos ao entendimento daqueles que defendem a aplicabilidade do mecanismo em todas as fases da persecução penal, o que por certo inclui os processos que se encontram em grau de recurso.

¹⁰⁶⁹ SALGADO, A horizontalização... op. cit., p. 474-475.

¹⁰⁷⁰ TÁVORA; ALENCAR, Inquietações... op. cit., p. 589.

Assim, se admitirmos a celebração de acordo de não persecução penal na fase recursal, surge a questão relacionada à atribuição do controle judicial. Nesse sentido, os autores divergem sobre a competência para indicar os requisitos, as condições e homologar o ANPP: se do Tribunal que julgará o recurso, ou se do juiz de primeiro grau.

Para responder a essa questão, Carneiro aponta que “se o feito se encontrar em grau recursal, a celebração do pacto demandará atuação do órgão ministerial de segundo grau e do Tribunal competente para o julgamento do recurso aviado.”¹⁰⁷¹ A autora extrai sua conclusão escorada na aplicação do rito do art. 616 do CPP, que permite que Tribunal, Turma, ou Câmara, no julgamento da apelação realize novo interrogatório do réu¹⁰⁷².

Seguindo esse raciocínio, a competência para a celebração do acordo de não persecução penal caberia ao órgão do Ministério Público que atua na segunda instância, enquanto o controle da legalidade, regularidade e a homologação caberiam ao magistrado responsável pelo julgamento do recurso¹⁰⁷³.

Por sua vez Bizzotto e Silva, esclarecem que, se houver interesse da acusação e defesa na entabulação de ANPP na fase recursal, o magistrado a quem compete o julgamento do recurso poderá se valer duas possibilidades: ele próprio homologar o acordo; ou promover a restituição dos autos para homologação pelo juízo originário¹⁰⁷⁴.

Em sentido contrário, Gebran Neto, Arenhart e Marona lecionam que “descabe ao Tribunal examinar e homologar diretamente em grau recursal eventual acordo de não persecução penal, só se admitindo tal hipótese nos inquéritos e ações penais originárias”¹⁰⁷⁵.

Quanto a esse sentimento, há decisões em nossas Cortes aptas a respaldá-lo. Nesse sentido, no âmbito do Tribunal de Justiça de São Paulo: “(...) Note-se que nos termos do caput do artigo 28-A do Código de Processo Penal cabe ao titular da ação penal (não podendo o Judiciário substituí-lo) o exame da suficiência do acordo para a reprovação e repressão do crime. V- Ante o exposto, converte-se o julgamento em diligência para o retorno dos autos à 1ª instância, propiciando-se às partes entabular acordo de não persecução penal (para o que se reabre a oportunidade de o réu confessar nos termos do caput do artigo 28-A do Código de Processo Penal, e, em existindo a avença, realizar-se a audiência de homologação do § 4º do artigo 28-A do Código de Processo Penal)” (TJ/SP, APC nº 0003075-66.2016.8.26.0073,

¹⁰⁷¹ CARNEIRO, Andréa Walmsley Soares. O acordo de não persecução penal em grau recursal: discussão sobre sua viabilidade. In: FLORENCIO FILHO, Marco Aurélio; BECHARA, Fabio Ramazzini (orgs.). **Os desafios das ciências criminais na atualidade**. 1. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021, p. 80.

¹⁰⁷² Ibid., p. 76.

¹⁰⁷³ Ibid., p. 81.

¹⁰⁷⁴ BIZZOTTO; SILVA, **Acordo...** op. cit., p. 118.

¹⁰⁷⁵ GEBRAN NETO; ARENHART; MARONA, **Comentários...** op. cit., p. 248-249.

Rel. Des. José Raul Gavião de Almeida, 6ª Câmara de Direito Criminal, despachado em 03/04/2020).

Sob outro aspecto do controle judicial nos processos na esfera recursal, faz-se necessário identificarmos os alcances e limites da atuação do magistrado nessa fase. Nessa linha, com base algumas decisões de nossas Cortes, podemos verificar que nos procedimentos em grau de recurso é lícito que o magistrado verifique no caso, cujo recurso será julgado, a existência, em tese, dos requisitos objetivos que autorizariam a propositura do acordo de não persecução penal.

Caso a resposta for positiva, caberá ao relator determinar o retorno dos autos para o primeiro grau para que partes, em especial o Ministério Público, manifestem-se sobre eventual propositura e aceitação de proposta do acordo de não persecução penal. Cumpre ainda ao Relator suspender o andamento do feito e de seu prazo prescricional, o que permite que as partes tenham tempo hábil para negociação, bem como evita prejuízos futuros ao regular andamento do processo, nos casos em que acusação e defesa optarem por não celebrar o benefício. Por outro lado, caso o próprio magistrado verifique que o caso não compartilha a eventual propositura do ANPP, o julgamento prossegue do ponto em que estiver¹⁰⁷⁶.

¹⁰⁷⁶ Nesse sentido: “APELAÇÃO CRIMINAL. PROCESSUAL PENAL. QUESTÃO DE ORDEM. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. ART. 28-A DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PACOTE ANTI-CRIME. NORMA DE ÍNDOLE MATERIAL. novatio legis in mellius. ATENUAÇÃO DAS CONSEQUÊNCIAS DA CONDUTA DELITIVA. APLICABILIDADE AOS EM PROCESSOS EM ANDAMENTO COM DENÚNCIA RECEBIDA ANTES DA VIGÊNCIA DA Lei nº 13.964/2019. QUESTÃO DE ORDEM SOLVIDA. 4. Cabe aferir a possibilidade de acordo de não persecução penal aos processos em andamento (em primeiro ou segundo graus), quando a denúncia tiver sido ofertada antes da vigência do novo artigo 28-A, do CPP. 5. Descabe ao Tribunal examinar e homologar diretamente em grau recursal eventual acordo de não persecução penal, só se admitindo tal hipótese nos inquéritos e ações penais originárias. 6. É permitido ao Tribunal examinar, desde logo, a existência dos requisitos objetivos para eventual permissivo à formalização de acordo de não persecução penal, determinando, se for o caso, a suspensão da ação penal e da prescrição e a baixa em diligência ao primeiro grau para verificação da possibilidade do benefício legal. 7. Hipótese em que se afasta eventual invalidade da sentença pela lei posterior à sua prolação, mas cria-se instrumento pela via hermenêutica de efetividade da lei mais benéfica. 8. Constatada pela Corte Recursal a ausência dos requisitos objetivos para oferecimento da proposta de acordo de não persecução penal, admite-se o prosseguimento, desde logo, do processo no estado em que se encontrar. 9. Formalizado o acordo de não persecução penal em primeiro grau, a ação penal permanecerá suspensa, sem fluência da prescrição, até o encerramento do prazo convencional, ou rescisão do acordo. 10. Não oferecido ou descumprido e rescindido o acordo, a ação penal retomará seu curso natural com nova remessa ao Tribunal para julgamento dos recursos voluntários. 11. Não sendo oferecido o acordo de não persecução penal, cabível recurso do réu ao órgão superior do Ministério Público, na forma do art. 28-A, § 14, do CPP. 12. O art. 28-A do Código de Processo Penal silencia quanto a eventual restrição de aplicabilidade do acordo de não persecução penal aos crimes praticados em concurso (seja material ou formal) e o concurso de crimes apenas se mostra relevante e intransponível para o oferecimento do acordo de não persecução penal quando o somatório das penas mínimas ou a pena concreta - no caso de sentença condenatória já proferida - for igual ou superior a 4 (quatro anos). 13. Questão de ordem solvida para determinar a suspensão do feito e da prescrição, para que seja remetido ao juízo de origem para verificação de eventual possibilidade de oferecimento do acordo de não persecução penal previsto no art. 28-A do Código Penal, introduzido pela Lei nº 13.964/2019” Cf. BRASIL. TRF-4 (8. Turma). APC nº 5005673-56.2018.4.04.7000, Rel. Desembargador João Pedro Gebran Neto, DJ: 13.05.2020.

Em outro exemplo de atuação do Relator no controle do ANPP no âmbito recursal, houve caso em que o Tribunal Regional Federal da 3ª Região anulou sentença por ausência de fundamentação, e determinou retorno dos autos à origem para que fosse proferida nova decisão. Com esse julgamento, abriu-se a possibilidade de propositura do ANPP. Por essa razão, o Relator, ainda durante o julgamento, acatou pedido da defesa e estabeleceu que: “determinando o retorno dos autos ao juízo de origem, a fim de que seja examinado o pedido incidental da defesa de oferecimento, pelo Ministério Público Federal, de proposta de acordo de não persecução penal, bem como, posteriormente, se o caso, seja proferida nova sentença”¹⁰⁷⁷.

Por sua vez, fixada a competência do Relator para o exercício do controle judicial do acordo de não persecução penal, cumprirá então ao magistrado verificar o preenchimento dos requisitos legais autorizadores da proposta¹⁰⁷⁸ e as suas condições (art. 28-A, incisos I a V).

Nessa linha, da mesma forma que o juiz de primeiro grau, caberá ao Relator sindicatar cada um dos pressupostos do ANPP e verificar se as medidas são adequadas, suficientes ou abusivas. Caso assim entenda, o magistrado deverá devolver os autos ao órgão do Ministério Público para reformulação da proposta (art. 28-A, § 5º).

Ainda dentro dessa etapa do controle judicial, o Relator deve verificar se as medidas, obrigações e renúncias que constam na proposta são proporcionais e compatíveis com aquelas que foram negociadas, bem como se elas respeitam as características pessoais do acusado¹⁰⁷⁹.

Cumprirá ao Relator também realizar o controle judicial sobre a recusa de oferecimento da proposta de acordo de não persecução penal. Nesse sentido, nos casos em grau de recurso, a verificação da não propositura do ANPP deverá seguir os mesmos critérios que analisamos no item 5.4, deste Capítulo.

Nesse sentido, conforme analisamos com maior extensão no tópico próprio, a introdução do acordo de não persecução penal em nosso ordenamento jurídico reflete uma opção

¹⁰⁷⁷ BRASIL. TRF-3 (11. Turma). APC nº 0002459-48.2017.4.03.6114, Rel. Desembargador Nino Toldo, DJ: 26.03.2020, DJe: 16.04.2020.

¹⁰⁷⁸ Os requisitos que devem ser sindicados pelo magistrado no controle judicial do ANPP estão previstos caput e no § 2º, do art. 28-A do CPP, sendo eles: *a)* não ser caso se arquivamento; *b)* confissão formal e circunstancial do crime; *c)* ausência de violência ou grave ameaça; *d)* pena mínima inferior a quatro anos; *e)* condições que atendem a necessidade e suficiência para fins de reprovação; *f)* não seja admitida transação penal; *g)* não estar configurada a reincidência e ausentes elementos que indiquem conduta habitual, reiterada ou profissional; *h)* não ter sido o imputado beneficiado nos cinco anos anteriores à infração, por outro ANPP, transação penal ou suspensão condicional do processo, e *i)* não se tratar de crime de violência doméstica ou familiar, ou por razões da condição do sexo feminino.

¹⁰⁷⁹ Vide, Subcapítulo 5.5, *supra*.

político-criminal do Estado, e ao Poder Judiciário cumpre implantá-la por meio do processo penal¹⁰⁸⁰.

Com efeito, há autores que entendem não ser cabível a propositura do ANPP na fase recursal, pois nesses casos “já tendo sido proferida sentença (condenatória), o acusado não poderia mais colaborar com o Ministério Público com a sua confissão, que é, como já visto, um importante trunfo político-criminal para a celebração do acordo”¹⁰⁸¹.

Justificativas à não propositura do acordo de não persecução penal como a citada acima devem ser objeto de detido controle judicial pelo magistrado, pois, não estão amparadas em qualquer requisito legal, fere a lógica informadora do instituto: possibilidade de encerramento do conflito penal, ligado aos modelos de economia processual¹⁰⁸², sem a afirmação de culpa. Ademais transfere para o Ministério Público a competência da execução de política criminal do Estado, que não foi transferida à esfera de discricionariedade de aplicação da instituição.

Por fim desvirtua totalmente a natureza jurídica do ANPP e da confissão, aplicando a eles a mesma lógica da coloração premiada¹⁰⁸³. Esses desvirtuamentos dos mecanismos de justiça negociada acarretam insegurança jurídica e podem causar descrédito do modelo de justiça negociada.

Dessa forma, se o Relator se deparar com justificativas infundadas de não oferecimento do ANPP, deve o magistrado conceder habeas corpus de ofício, nos termos do art. 654, § 2º do CPP, ao reconhecer o constrangimento ilegal em razão da inobservância de

¹⁰⁸⁰ Vide, Subcapítulo 5.2.2., *supra*.

¹⁰⁸¹ CABRAL, **Manual...** op. cit., p. 252-253.

¹⁰⁸² Nesse sentido: MOURA; SAAD, **Acordo...** op. cit., p. 397-398.

¹⁰⁸³ Para demonstrar que o ANPP e a sua confissão não prestam a servir como colaboração premiada: “HABEAS CORPUS. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL A CORRÉU. SUSPENSÃO DA AÇÃO PENAL. OFERECIMENTO DE RESPOSTA À ACUSAÇÃO APÓS DEFINIÇÃO DA QUESTÃO PROCESSUAL. ORDEM CONCEDIDA.1. Pedido de suspensão da ação penal até que a questão processual da corré seja definida pelo Ministério Público Federal em razão da proposta da celebração de acordo de não persecução penal – ANPP, garantindo ao paciente o direito de apresentar resposta após a definição integral da acusação. (...) 4. O acordo de não persecução penal é instituto recente, introduzido no nosso ordenamento jurídico pelo denominado pacote anticrime (Lei nº 13.964/19). 5. O ANPP é um negócio jurídico processual personalíssimo, entre o investigado, assistido por seu defensor, e o Ministério Público. E qualquer declaração feita pelo celebrante pode impactar diretamente contra o outro corréu que não pôde pactuar o acordo, o que violará o contraditório e a ampla defesa. 6. Se aceita proposta de ANPP, o Juiz que preside a audiência do acordo conhecerá da confissão durante a instrução criminal da ação penal já iniciada, podendo valorizar a mesma contra o corréu, como se a confissão fosse uma espécie de delação premiada, instituto distinto e com requisitos mais complexos.7. De rigor, a suspensão da ação penal até que o Ministério Público Federal celebre o ANPP com a corré ou que adite a denúncia, para que então o paciente possa apresentar nova resposta à acusação considerada a integralidade da acusação. 8. Ordem concedida”. Cf. BRASIL. TRF-3 (5. Turma). **HC 5004222-32.2022.4.03.0000**, Rel. do voto vencedor Desembargador Paulo Fontes, DJ: 28.03.2022, DJe: 06.05.2022.

políticas criminais implementas pelo legislador em privilegiar a via negociada, em detrimento do modelo disputado de solução do conflito penal¹⁰⁸⁴.

Ultrapassadas as balizas da regularidade e legalidade da propositura do ANPP, caberá então ao Relator designar a audiência de controle da voluntariedade do acordo. Porém, em razão de os Tribunais serem sediados nas capitais dos Estados e do Distrito Federal, o acordante, por vezes, poderá residir em Comarca distante do juízo de segundo grau.

Em função disso, o Relator poderá convocar o acusado e sua defesa para comparecerem à sede do Tribunal para realização da audiência de controle. Também poderá o magistrado expedir carta de ordem¹⁰⁸⁵ para que o ato seja realizado pelo juiz de primeiro grau do local onde reside o acusado¹⁰⁸⁶. Por fim, o Relator poderá realizar a audiência de controle por meio de videoconferência¹⁰⁸⁷.

Em razão disso, parece melhor se adequar à lógica do ANPP o entendimento de que a competência para examinar e homologar diretamente eventual acordo nos processos em fase de recurso cabe ao juiz de primeiro grau e não ao Tribunal. Isso porque a audiência de controle da proposta contém características fundamentais, como a oralidade, a imediatidade e a identidade física do juiz. Reforça ainda esse argumento o fato de o magistrado de piso ter presidido a instrução processual, razão pela qual teve contato direto com as partes, vítimas, testemunhas e provas¹⁰⁸⁸.

Por essas razões, parece-nos mais adequado que, nos casos em grau de recurso, os autos sejam remetidos ao juízo de primeiro grau para exercício do controle judicial sobre a proposta e defina sobre a sua homologação.

¹⁰⁸⁴ ZILLI, Justiça disputada... op. cit., p. 58.

¹⁰⁸⁵ Nos termos do art. 236, do CPC, os atos processuais poderão ser cumpridos por ordem judicial. O § 2º do citado artigo estabelece que o tribunal poderá expedir carta para o juízo a ele vinculado, se houver de ser realizado fora dos limites territoriais de sua sede. Assim, segundo a doutrina processualista civil: “Caso o Tribunal, sem sede de ação de competência recursal ou originária (em um pedido de requisição de diligência, por exemplo), precise solicitar algum tipo de providência a determinado juízo, pode requer a expedição de carta para ela ser cumprida, desde que o juízo não faça parte do local de sua sede. Neste caso a carta a ser expedida é a carta de ordem (art. 237, I)”. Cf. NERY JUNIOR; NERY, *Código...* op. cit., p. 768-769.

¹⁰⁸⁶ De acordo com Nucci, na execução dos atos do art. 616 do CPP, o Relator pode se valer de carta de ordem para que o juiz de primeiro grau do local onde está o acusado proceda a sua inquirição. Cf. NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 1068.

¹⁰⁸⁷ Nos termos do artigo 185, §§ 2º e 8º, e do artigo 222, § 3º, ambos do Código de Processo Penal. Além disso, em função da pandemia mundial da COVID-19, o Conselho Nacional de Justiça expediu a Resolução nº 329/2020, regulamentando as audiências virtuais.

¹⁰⁸⁸ BIZZOTTO; SILVA, *Acordo...* op. cit., p. 126-128.

5.8. HOMOLOGAÇÃO JUDICIAL DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Uma vez ultrapassadas as balizas da regularidade, legalidade e voluntariedade da proposta, ao juiz incumbe o ato jurisdicional de homologação do acordo de não persecução penal entabulado entre as partes, e conferir-lhe eficácia¹⁰⁸⁹.

Ressalta-se que na arquitetura original do instituto, nos acordos celebrados na fase pré-processual, a decisão homologatória caberia ao *juiz de garantias* na esteira do disposto inciso XVII, do art. 3º-B do CPP cuja eficácia está suspensa em razão de medida liminar proferida pelo Ministro Luiz Fux nas ADIs nº 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, em trâmite no Supremo Tribunal.

Dito isso, ao preferir a decisão que homologa a proposta, o juiz confere autenticidade ao acordo de não persecução penal¹⁰⁹⁰. Em analogia ao entendimento da doutrina estadunidense, ao cancelar a proposta, o juiz lhe transfere confiança judicial¹⁰⁹¹. Ou seja, atesta que o ANPP foi sindicado sob a ótica da regularidade, legalidade e voluntariedade disciplinados na legislação.

Outrossim, há divergência doutrinária quanto à classificação da decisão que homologa a proposta de acordo de não persecução penal e quanto à sua natureza.

Com efeito, segundo magistério de Gebran Neto, Arenhart e Marona, a decisão que homologa o acordo de não persecução penal, “tem força *declaratória*, dela não retirando qualquer efeito condenatório, sempre subsistindo em favor do acusado, por conseguinte, a presunção de inocência.”¹⁰⁹²

Vasconcellos afirma que a decisão que analisa o ANPP se trata de “sentença”¹⁰⁹³, cuja natureza “não será condenatória, mas homologatória, de modo que igualmente não produzirá os efeitos previstos no art. 91 do CP.”¹⁰⁹⁴ Por sua vez, Araújo destaca que, “a natureza jurídica da decisão de homologação do acordo de não persecução penal é de sentença homologatória meramente verificativa cujo objetivo é zelar pela observância às obrigações ajustadas e pela regularidade da avença.”¹⁰⁹⁵

¹⁰⁸⁹ CABRAL, *Manual...* op. cit., p. 148-149.

¹⁰⁹⁰ GEBRAN NETO; ARENHART; MARONA, *Comentários...* op. cit., p. 262.

¹⁰⁹¹ GREENBLUM, *What happens...* op. cit., p. 1893.

¹⁰⁹² GEBRAN NETO; ARENHART; MARONA, *Comentários...* op. cit., p. 258.

¹⁰⁹³ VASCONCELLOS, Vinicius. *Acordo...* op. cit., 2002, 182.

¹⁰⁹⁴ *Ibid.*, p. 183.

¹⁰⁹⁵ ARAUJO, Juliana Moyzés Nepomuceno. *Acordo de não persecução penal: instrumento de concretização do processo penal resolutivo e eficiente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022, p. 176.

Em sentido contrário, Pinheiro e Messias destacam que a “homologação do acordo de não persecução penal possui natureza jurídica de decisão interlocutória”¹⁰⁹⁶ e “não se trata de sentença”¹⁰⁹⁷. Ressalta-se que Malan, ao analisar provimentos judiciais, distingue as sentenças, das decisões interlocutórias, da seguinte forma: “Percebe-se, portanto, que enquanto a sentença via de regra exaure as funções decisórias do juiz de primeiro grau de jurisdição, a decisão interlocutória é proferida no decorrer no procedimento, sem acarretar tal exaurimento.”¹⁰⁹⁸

Por sua vez, Cabral sustenta que, “a homologação do acordo de não persecução penal não tem natureza de sentença penal condenatória, constituindo mero ato homologatório, de natureza integrativa do negócio jurídico, sem força de coisa julgada material, e que tem a função de garantia da legalidade e legitimidade da avença, permitindo que ela passe a surtir seus efeitos jurídicos.”¹⁰⁹⁹

De acordo com Bizzotto e Silva, “ultrapassadas positivamente as barreiras da constitucionalidade, legalidade e voluntariedade informada da proposta de acordo de não persecução penal, ao juiz incumbe o ato jurisdicional da homologação, que tem a natureza de decisão jurisdicional”¹¹⁰⁰, de maneira que se trata “de decisão homologatória de condições estabelecidas entre as partes”.¹¹⁰¹

Assim, diante do que foi dito, em que pesem as divergências doutrinárias acima expostas, fato é que não se extraem da decisão que homologa o acordo efeitos condenatórios. Contudo, os impactos gerados pelos efeitos das condições do ANPP, como a renúncia a bens e direitos, têm por características limitar direitos e garantias individuais, motivo pelo qual são controlados pelo juiz.

Esse poder de controle que é conferido aos juízes, por certo, deve ser exercido dentro dos preceitos legais norteadores do Estado Democrático de Direito. Assim, de acordo com o magistério de Zanoide de Moraes “ao juiz não é dado decidir de qualquer forma, mas apenas de modo motivado e em obediência aos preceitos constitucionais”¹¹⁰². Nesse sentido, na decisão que homologa o ANPP, devem ser observados os ditames do art. 93, IX, da

¹⁰⁹⁶ PINHEIRO, Igor Pereira; MESSIAS, Mauro. **Acordos de não persecução penal e cível**. Leme: Editora Mizuno, 2021, p. 100.

¹⁰⁹⁷ *Ibid.*, p. 101.

¹⁰⁹⁸ MALAN, Diogo. **A sentença incongruente no processo penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003, p. 119-120.

¹⁰⁹⁹ CABRAL, **Manual...** op. cit., p. 186.

¹¹⁰⁰ BIZZOTTO; SILVA, **Acordo...** op. cit., p. 154.

¹¹⁰¹ *Ibid.*, p. 154.

¹¹⁰² ZANOIDE DE MORAES, **Presunção...** op. cit., p. 321.

Constituição Federal que prescreve que todas as decisões judiciais devem ser públicas e fundamentadas, sob pena de nulidade.

Por essa razão, ao proferir a decisão homologatória no âmbito do acordo de não persecução penal, o juiz deve estar atento aos preceitos constitucionais que regem os atos jurisdicionais. Nessa linha, em que pese a natureza negocial das condições acordadas pelas partes, o ato jurisdicional que homologa o ANPP deve ser devidamente motivado e fundamentado, e demonstrar racionalmente e por meio de argumentos jurídicos as razões que levaram ao entendimento de que o acordo era regular, legal e voluntário¹¹⁰³.

5.8.1. Efeitos da decisão homologatória

Proferida a decisão homologatória da proposta de ANPP, o acordo negociado entre as partes deixa o campo das concepções das partes, e auferir *status* de decisão judicial passível de cumprimento.

Com efeito, a homologação do acordo suspende a persecução penal em qualquer de suas fases, bem como a contagem do prazo prescricional¹¹⁰⁴, o que permite o início ao cumprimento da avença.

A Lei nº 13.964/2019 judicializou a execução do cumprimento do acordo de não persecução penal¹¹⁰⁵ ao estabelecer que, uma vez homologado o ANPP, *o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para que se inicie a sua execução perante o juízo de execução penal* (art. 28-A, §6º). Desse modo o legislador definiu que também caberá aos magistrados o controle judicial do cumprimento do acordo¹¹⁰⁶.

Na doutrina há autores que entendem que a previsão legal de o juiz direcionar os autos para o Ministério Público para que este inicie a sua execução exorbitaria a competência

¹¹⁰³ BIZZOTTO; SILVA, *Acordo...* op. cit., p. 126-128.

¹¹⁰⁴ O legislador, também no bojo da Lei nº 13.964/2019, teve o cuidado de incluir o inciso IV, ao art. 116 do Código Penal, que estabeleceu como causa impeditiva de prescrição “enquanto não cumprido ou não rescindido o acordo de não persecução penal”

¹¹⁰⁵ Barros é crítico a essa previsão legal: “Totalmente atécnica a previsão de execução perante o juízo da execução penal de uma conduta ajustada, que, como já relatamos, não é penal. (...) O parágrafo supracitado afronta o princípio da não persecução adversarial, portanto, a solução será os acordantes requererem ao juiz que a execução seja realizada de forma consensual, sem necessidade do arcaico sistema tradicional.” Cf. BARROS, *Acordos...* op. cit., p. 194-195.

¹¹⁰⁶ Para dar efetividade a Lei nº 13.964/2019, o Tribunal de Justiça de São Paulo, por meio da Resolução 838/2020, atribui às varas de execução penal competência para conhecimento e processamento dos feitos que envolvam o acordo de não persecução penal.

do *Parquet*¹¹⁰⁷. Há ainda quem entenda ser incumbência do próprio órgão da acusação tomar as providências cabíveis para execução do acordo¹¹⁰⁸.

Em razão da dúvida acerca de a quem caberá iniciar o cumprimento do ANPP, para se evitar que a burocracia traga prejuízos, em especial para o acordante, uma boa solução para a questão é que, no mesmo âmbito da decisão homologatória, o próprio juiz de conhecimento profira despacho que determine o envio dos autos à vara de execução penal¹¹⁰⁹.

Na sequência, deve ser respeitado o disposto no art. 28-A, § 9º do CPP que determina que *vítima será intimada da homologação do acordo de não persecução penal*, bem como de seu eventual descumprimento.

Por consequência, nos casos em que o ANPP é celebrado na fase pré-processual, a decisão homologatória também vincula a Instituição Ministério Público e impede representantes do órgão de se absterem de oferecer denúncia em relação a fatos que tenham sido objeto de acordo já homologado¹¹¹⁰.

5.9. CONTROLE JUDICIAL NA EXECUÇÃO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Distribuído o acordo homologado à vara de execução penal, caberá ao juiz de execução penal controlar a execução das condições negociadas. Nesse sentido, caso a condição negociada entre as partes tenha sido a prestação de serviço à comunidade, ou a entidades públicas (art. 28-A, III), ou, dentre todas as condições pactuadas, essa seja uma delas, o magistrado deverá designar audiência admonitória para início do cumprimento¹¹¹¹.

Com efeito, no ato deverão estar presentes: o executado, sua defesa e o representante do Ministério Público. Nessa audiência o magistrado, após análise das aptidões do imputado, definirá o local onde o serviço será prestado, e esclarecerá ao executado a sua carga de trabalho, dias e horários de comparecimento.

Caso no acordo não esteja previsto condição de reparação do dano à vítima, ou pagamento de prestação pecuniária, o juiz da execução penal poderá determinar que todas as comunicações ao juízo sejam feitas através da defesa do imputado. Cumprirá à defesa juntar

¹¹⁰⁷ Nesse sentido: CABRAL, *Manual...* op. cit., p. 213.

¹¹⁰⁸ De acordo com: BIZZOTTO; SILVA, *Acordo...* op. cit., p. 158.

¹¹⁰⁹ Nesse sentido: BEM, *Os requisitos...* op. cit., p. 220. Em sentido semelhante, Cabral sugere duas soluções. Na primeira o representante do Ministério Público pede ao juiz que homologou que ele determine a remessa à vara de execução penal. Na segunda, o próprio juiz que homologou, por meio de despacho, remete os autos para o juízo da execução penal. Cf. CABRAL, *Manual...* op. cit., p. 213.

¹¹¹⁰ VANCONCELLOS, *Acordo...* op. cit., p. 183.

¹¹¹¹ BIZZOTTO; SILVA, *Acordo...* op. cit., p. 158.

aos autos os respectivos comprovantes e atualizar o juízo quanto à evolução da satisfação do ANPP.

A mesma regra deverá ser aplicada caso tenha sido negociada outra condição indicada pelo Ministério Público (art. 28-A, V), desde que ela não reclame a intervenção do juiz de execução penal para ser cumprida.

Nos casos em que houver previsão no acordo homologado de condição que implique na renúncia de bens e direitos, ou instrumentos, produtos ou proveito do crime, há na doutrina entendimento de que essa condição deve ser resolvida pelo juiz da homologação, momento em que será definida a destinação que será dada aos bens renunciados¹¹¹².

5.9.1. Cumprimento do acordo e declaração judicial de extinção da punibilidade

Efeito natural do cumprimento do acordo de não persecução penal será a declaração de extinção da punibilidade pelo juiz competente (art. 28-A, § 13 CPP). Nessa esteira, cumpre às partes comunicar o juiz da execução penal do adimplemento do ANPP. Caso essa comunicação parta da defesa, por certo, deverá o magistrado ouvir o representante do Ministério Público¹¹¹³.

Quanto ao juízo competente para declarar a extinção da punibilidade, parte dos autores lecionam que a decisão cabe o juiz da execução penal¹¹¹⁴, porém há quem entenda esta decisão cumpre ao magistrado que homologou o ANPP¹¹¹⁵.

Da análise da divergência de entendimentos quanto à competência para declarar extinta a punibilidade, tem-se que a corrente que entende pela atribuição do juiz da execução penal melhor se adequa ao procedimento do acordo de não persecução penal, pois “lembrando que a formatação legal atribui ao juiz das garantias a homologação do ANPP, nenhuma utilidade teria a remessa do processo de um magistrado para o outro para prolação de decisão meramente extintiva de punibilidade.”¹¹¹⁶

Extinto o acordo de não persecução penal em razão do seu adimplemento pelo juiz da execução penal, ele informará o juízo da homologação sobre a decisão. Essa comunicação

¹¹¹² BIZZOTTO; SILVA, **Acordo...** op. cit., p. 161.

¹¹¹³ VANCONCELLOS, **Acordo...** op. cit., p. 183.

¹¹¹⁴ Nesse sentido: BEM; BEM, **Acordo...** op. cit., p. 97; BIZZOTTO; SILVA, **Acordo...** op. cit., p. 155-156; VASCONCELLOS, **Acordo...** op. cit., p. 200.

¹¹¹⁵ ROCHA, Andre Araújo. Op. cit. 2021, p. 81-82.

¹¹¹⁶ GEBRAN NETO; ARENHART; MARONA, **Comentários...** op. cit., p. 320.

tem fundamental importância, pois resolverá o inquérito policial ou processo penal que está suspenso em razão do ANPP¹¹¹⁷.

Por fim, cessado o compromisso assumido pelo acordante pelo cumprimento do acordo, este não constará na consulta pública, se consultada a certidão de antecedentes, nos termos do art. 28-A, § 12 do CPP, uma vez que este é um dos principais objetivos do instituto: a solução do conflito penal sem afirmação de culpa.

5.9.2. Descumprimento do acordo e suas consequências: Necessário controle judicial do uso da confissão exigida para a celebração do acordo de não persecução penal

Nos casos em que o acordo de não persecução penal não for cumprido, caberá ao Ministério Público pleitear ao juiz da execução penal a rescisão do acordo e a devolução dos autos ao juízo de origem e posterior oferecimento da denúncia (art. 28-A, § 10), ou nos casos de processo em curso serem avaliadas as consequências do descumprimento.

Porém, a rescisão do ANPP não é automática, e “não poderá ocorrer por mera disposição do Ministério Público, pois, nesta fase, não haverá preponderância do Estado-Acusador sobre o acusado.”¹¹¹⁸ Nesse sentido, o juiz da execução deverá intimar a defesa do imputado para que apresente justificativa quanto à alegação do representante do Ministério Público de que o ANPP não foi adimplido¹¹¹⁹.

Logo, cabe ao juiz da execução penal, em contraditório, controlar as justificativas aparentadas por ambas as partes, a fim de constatar se o ANPP foi mesmo descumprido. Dadas as graves consequências que a rescisão do acordo pode ensejar ao imputados, há autores que sugerem ainda que esse controle judicial seja feito por meio de audiência, a exemplo da admonitória, para que se constate se houve descumprimento, e se ele foi injustificado¹¹²⁰.

Importante desacatar que, se no decorrer do cumprimento do acordo de não persecução penal, surgir questão superveniente que tenha a potencialidade de inviabilizar a execução do acordo, a defesa do executado deverá comunicar imediatamente o juiz da execução, a quem caberá ouvir o representante do Ministério Público. Por outro lado, qualquer medida

¹¹¹⁷ BIZZOTTO; SILVA, *Acordo...* op. cit., p. 162.

¹¹¹⁸ GEBRAN NETO; ARENHART; MARONA, *Comentários...* op. cit., p. 322.

¹¹¹⁹ ROCHA, *Acordo...* op. cit., p. 83.

¹¹²⁰ Nesse sentido: BEM; BEM, *Acordo...* op. cit., p. 457-458.

que tenha o condão de modificar as condições homologadas deverá ser remetida ao juízo que homologou o acordo¹¹²¹.

Assim, se no transcorrer da audiência, o juiz de execução penal entender que as justificativas são plausíveis, o ANPP prossegue sendo executado. Do contrário, cumpre ao magistrado da execução rescindir o acordo¹¹²², e devolver os autos à vara de origem¹¹²³. Caso uma das partes não concorde com a decisão, em tese, poderá ser interposto agravo à execução¹¹²⁴.

Assim que os autos retornarem à vara de origem em razão do descumprimento do acordo de não persecução penal, o representante do Ministério Público poderá oferecer a denúncia contra o imputado. A falha no cumprimento do ANPP ainda pode ser utilizada como argumento pelo titular da ação penal para não propor a suspensão condicional, nos casos em que seria possível sua propositura¹¹²⁵.

Além disso, o inadimplemento do acordo abre espaço para que o *Parquet* se utilize da confissão do investigado/acusado feita no âmbito do acordo de não persecução penal para corroborar outros elementos da investigação, bem como para confrontar testemunhas e o imputado em seu interrogatório¹¹²⁶.

Assim, mais importante do que análise do descumprimento do acordo de não persecução penal em si, será o controle judicial que será exercido pelo juiz sobre a admissão da confissão prestada no ANPP e sua utilização como elemento de prova nos autos da ação penal.

As regras do devido processo penal estabelecem que o indivíduo não é objeto da investigação criminal, mas sim detentor de garantias e direitos fundamentais que cabem aos juízes resguardarem.

Nessa linha, conforme sustenta Valente, “o ANPP e a confissão (formal e circunstancial) dele decorrente não podem ser utilizados para consubstanciar a responsabilidade jurídica, sejam em ações criminais envolvendo os mesmo fatos e partes, sejam em ações de outros mundos jurídicos”¹¹²⁷.

De acordo com o magistério de Gebran Neto, Arenhart e Maron, a confissão realizada no ANPP tem finalidade bastante limitada, por essa razão “seguindo-se uma interpretação

¹¹²¹ BIZZOTTO; SILVA, **Acordo...** op. cit., p. 155-156.

¹¹²² *Ibid.*, p. 163.

¹¹²³ CABRAL, **Manual...** op. cit., p. 221.

¹¹²⁴ ROCHA, **Acordo...** op. cit., p. 83.

¹¹²⁵ GEBRAN NETO; ARENHART; MARONA, **Comentários...** op. cit., p. 322.

¹¹²⁶ Nesse sentido: ROCHA, **Acordo...** op. cit., p. 86-88; CABRAL, **Manual...** op. cit., p. 221-222.

¹¹²⁷ VALENTE, **Reparação...** op. cit., p. 336.

adequada da Constituição Federal, é de se delimitar o âmbito de aplicação da confissão formal e circunstancial exclusivamente ao acordo de não persecução penal e sua submissão para fins do acordo...”¹¹²⁸

Com efeito, cabe alertar que tanto a confissão feita no âmbito do acordo de não persecução penal na fase pré-processual, quanto a realizada nos processos em andamento, não tem valor probatório, uma vez que sua função no ANPP é aferir a declaração de vontade do imputado e enquadrá-la aos requisitos do acordo, sendo que ambas são realizadas em ambiente extraprocessual.

Nesse sentido Bizzotto e Silva esclarecem que: “A confissão instrumental do acordo é colhida extrajudicialmente com o Ministério Público e defesa. É confissão com força similar à confissão obtida na fase de investigação criminal. Portanto, não tem força probatória, até porque, no ato de homologação judicial, repita-se, não há processo, e juiz apenas indaga sobre a declaração de vontade na adesão do acordo”¹¹²⁹.

Por sua vez, Vasconcellos esclarece que “considerado que o ANPP não possui finalidade probatória e, em prol do direito de não produzir prova contra si mesmo, a confissão é retratável em geral no processo penal, não é legítima a utilização de tal elemento como prova no processo em caso de descumprimento do acordo”¹¹³⁰.

Em razão de todo o exposto, é de suma importância a efetivação do juiz de garantias, posto que, caso sua eficácia não estivesse suspensa em razão de medida liminar deferida pelo Ministro Luiz Fux, essa discussão sobre o uso da confissão seria bem reduzida. Isso porque os autos em que ela constasse, não seriam apensados ao processo (art. 3º-C, § 3º CPP). Esse impeditivo legal obsta a utilização da confissão pelo Ministério Público, bem como eventual contaminação do juiz de instrução.

Por todo exposto, conclui-se que o juiz deverá controlar o uso da confissão obtida em acordo de não persecução penal, de modo a fazer com que ela não seja utilizada para fins diversos àqueles do ANPP.

Muito embora o modelo de *justiça negociada* traga avanços positivos para a solução do conflito penal, em certas hipóteses, como o que estamos analisando, determinados requisitos dos institutos acabam por gerar riscos aos direitos e garantias do imputado. Assim, o controle judicial se torna medida legítima para que não se permita que a confissão do

¹¹²⁸ GEBRAN NETO; ARENHART; MARONA, **Comentários...** op. cit., p. 278.

¹¹²⁹ BIZZOTTO; SILVA, **Acordo...** op. cit., p. 165.

¹¹³⁰ VASCONCELLOS, **Acordo...** op. cit., p. 210.

investigado/acusado, no momento de negociação do acordo de não persecução penal, seja, posteriormente, supervalorizada a ponto de ter validade probatória em ação penal.

5.10. O CONTROLE JUDICIAL DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL NA COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DOS TRIBUNAIS

Determinadas pessoas, em razão da função que exercem, tem prerrogativa funcional (e não privilégio) de serem processadas e julgadas originalmente pelos Tribunais¹¹³¹. A função exercida pelo detentor da prerrogativa é fator importante no momento da definição da competência originária, pois pode se dar nos órgãos de segundo grau (Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais) ou nas Cortes Superiores (STJ e STF)¹¹³².

Nessa linha, a título de exemplo a Constituição Federal em seu art. 102, I, *b*, estabeleceu que compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originariamente, nos crimes comuns: *Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República*¹¹³³.

Por sua vez, o art. 105, I, *a*, da Carta da República, fixou a competência originária do Superior Tribunal de Justiça para, nos crimes comuns, processar e julgar: *Governadores dos Estados e do Distrito Federal; os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais.*

Com relação às regras de competência originária por foro de prerrogativa de função nos âmbitos dos Tribunais de segundo grau, a Constituição Federal estabeleceu as regras que definem o processamento e julgamento originário no âmbito dos Tribunais Regionais

¹¹³¹ LOPES JR., **Direito**... op. cit., p. 322.

¹¹³² BADARÓ, **Processo**... op. cit., p. 249-250.

¹¹³³ O art. 102, I, *c* da CF estabelece ainda que compete ao Supremo Tribunal Federal, processar e julgar originariamente: os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente.

Federais¹¹³⁴, bem como algumas regras excepcionais para os Tribunais de Justiça¹¹³⁵, pois, em regra, cabe às Constituições Estaduais¹¹³⁶ estabelecerem a competência originárias dos seus Tribunais (art. 125, §1, CF).

Em razão da elevada quantidade de hipóteses de processamento e julgamento em sede originária que foi possibilitada pela Constituição Federal¹¹³⁷ e pelas Constituições Estaduais, para fins desse trabalho, vamos nos ater à análise do controle judicial no processamento das ações penais perante o Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, regulados pela Lei nº 8.038/1990.

No âmbito das reformas implementadas pela Lei nº 13.964/2019, o legislador acrescentou o § 3º ao art. 1º da Lei nº 8.038/1990, que prevê a hipótese de oferecimento de acordo de não persecução penal nos casos de competência originária do STJ e STF, *in verbis*: “Não sendo o caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstanciadamente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, nos termos do art. 28-A do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal)”.

Nessa hipótese, a propositura do acordo de não persecução penal caberá à Procuradoria-Geral da República. O controle judicial sobre os requisitos e condições do ANPP caberá ao Ministro Relator sorteado¹¹³⁸.

¹¹³⁴ Compete aos Tribunais Regionais Federais processar e julgar, originariamente: os juízes federais da área de sua jurisdição, incluídos os da Justiça Militar e da Justiça do Trabalho, nos crimes comuns e de responsabilidade, e os membros do Ministério Público da União, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral (art. 108, I, *a*, CF).

¹¹³⁵ Com relação aos Tribunais de Justiça, compete privativamente processar e julgar: os juízes estaduais e do Distrito Federal e Territórios, bem como os membros do Ministério Público, nos crimes comuns e de responsabilidade, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral (art. 96, III, CF) e os crimes praticados por prefeitos municipais.

¹¹³⁶ A título exemplificativo, a Constituição do Estado de São Paulo estabelece que cabe ao Tribunal de Justiça do Estado processar e julgar originariamente: “Artigo 74 - Compete ao Tribunal de Justiça, além das atribuições previstas nesta Constituição, processar e julgar originariamente: I - nas infrações penais comuns, o Vice-Governador, os Secretários de Estado, os Deputados Estaduais, o Procurador-Geral de Justiça, o Procurador-Geral do Estado, e os Prefeitos Municipais; II - nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os juízes do Tribunal de Justiça Militar, os juízes de Direito e os juízes de Direito do juízo militar, os membros do Ministério Público, exceto o Procurador-Geral de Justiça, e o Comandante-Geral da Polícia Militar;”

¹¹³⁷ De acordo com Moura, das quatro autoridades com foro de prerrogativa de função perante o então Supremo Tribunal de Justiça previstas na Constituição de 1984, a Carta de 1988 viabilizou prerrogativa funcional para aproximadamente 38 mil autoridades, além de aproximadamente outras 16 mil autoridades cujo foro decorre das Constituições Estaduais Cf. MOURA, Maria Thereza de Assis. *A ratio decidendi* da ação penal 937-QO/STF e a nova matriz hermenêutica do regime de prerrogativa de foro. *In*: MALAN, Diogo et al (Orgs.). **Processo penal humanista: escritos em homenagem a Antônio Magalhães Gomes Filho**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, p. 212.

¹¹³⁸ MOREIRA, Acordo... op. cit., p. 206.

Caberá o Ministro Relator, portanto, sindicarem o acordo de não persecução penal. No controle judicial que será feito em sede de competência originária, serão aplicados os mesmos alcances e limites, bem como se aplicarão as mesmas possibilidades estabelecidas no exame do ANPP em primeiro e segundo grau de jurisdição que analisamos nos tópicos anteriores.

Nessa linha, a primeira tarefa do Relator será a análise da regularidade e legalidade do acordo celebrado entre a autoridade com prerrogativa de foro e a Procuradoria-Geral da República. Assim, a proposta deve ser apresentada formalmente ao Ministro, devidamente assinada por todas as partes, que devem estar identificadas.

No passo seguinte, o Ministro fará a verificação do preenchimento dos requisitos do acordo. Com efeito, mesmo no âmbito da competência originária, o controle sobre alguns dos requisitos não impõe maiores obstáculos àqueles que enfrentarão o juízo de primeiro grau. Desta forma, o Relator analisará se a investigação contra a autoridade acordante é robusta e contém elementos suficientes de autoria e materialidade aptos à formação *opinio delicti* pelo membro da Procuradoria-Geral da República. E se a infração penal não comporta transação penal.

Ao prosseguir na análise, o Relator verificará se o crime objeto da proposta obedece ao critério da pena mínima de quatro anos, já aplicadas as majorantes e atenuantes nos termos do art. 28-A, § 1º do CPP, bem como se o crime foi cometido sem violência ou grave ameaça, em especial se o delito não foi praticado no âmbito doméstico, familiar ou em razão do sexo feminino. Outrossim, não poderá haver contra a autoridade acordante elementos que indiquem habitualidade, reincidência, tampouco que a conduta seja habitual, reiterada ou profissional. Nessa linha, o controle desses requisitos deve levar em conta atos pretéritos transitados em julgado. Deverá ser verificado também se o detentor do foro não foi beneficiado nos últimos cinco anos por suspensão condicional do processo, transação penal ou outro ANPP. Além disso, o acordo deve ser suficiente e necessário para reprovação do crime.

Questão que demandará maior atenção do Relator será o preenchimento do requisito da confissão. Ao contrário do art. 28-A do CPP que prevê que a confissão será *circunstancial*, a redação do dispositivo pelo legislador exigiu que confissão seja *circunstanciada*, no acordo afeto à competência originária.

Nessa esteira, conforme analisamos no item 5.2.2. há diferença de sentido nas palavras *circunstanciadamente* e *circunstancialmente*, o que impacta na qualidade da confissão exigida pelo legislador. Logo, nos casos de competência originária difere-se daquela prevista no Código de Processo Penal.

Assim, de acordo com Moura e Saad a “confissão exige, então, narrativa das circunstâncias de objeto, tempo, lugar, modo de execução da infração penal. A confissão para o acordo de não persecução penal deve ser voluntária, narrando-se todas as circunstâncias juridicamente relevantes.”¹¹³⁹

Embora seja mais detalhada e ampla do que o dispositivo análogo previsto no art. 28-A do CPP, a confissão deve abranger os fatos imputados, e não há obrigação de o acordante narrar fatos além da imputação que lhe é feita.

De todo modo, a confissão configura-se como um *termo de aceite*, na qual o acordante expressa sua aceitação às imputações contra si que foram lançadas na proposta¹¹⁴⁰. O conteúdo mínimo a desencadear o acordo deve vir dos elementos colhidos na investigação. Contudo, em que pese esse entendimento, no âmbito da competência originária do STF, há exemplo de proposta com cláusula que estipula a utilização da confissão como meio de prova em caso de descumprimento do ANPP.

Por fim o Relator controlará se as condições da proposta sob os aspectos da suficiência, adequação e abusividade. Em qualquer dos contextos, as condições devem se adequar à infração praticada, respeitar as condições do acusado e seus direitos fundamentais¹¹⁴¹. Logo, por se tratar de autoridade com fordo de prerrogativa, a imposição de condições como renúncia ao cargo, ou mandato, compromisso de não se candilar a cargo público, devem ser reputados como abusivos pelo Ministro, e devolver a proposta à Procuradoria-Geral da República para reformulação.

¹¹³⁹ MOURA; SAAD, Acordo... op. cit., p. 406.

¹¹⁴⁰ Nesse sentido se extrai do acordo de não persecução penal celebrado entre a Procuradoria-Geral da República e Onyx Lorenzoni: “Exposição dos fatos delituosos – O compromissário concorda em se declarar culpado por haver omitido, em documentos públicos, declarações que deles deviam constar para fins eleitorais. Informa, para esse efeito, ter deixado intencionalmente de contabilizar, em documentos relativos à prestação de contas à Justiça Eleitoral, o recebimento de doações de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) e R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais). O primeiro repasse ocorreu em 30 de agosto de 2012, quando o compromissário ocupava a posição de presidente do Partido Democratas no Estado do Rio Grande do Sul. O segundo ocorreu em 12 de setembro de 2014, e tinha como objetivo o financiamento de campanha eleitoral do compromissário, que à época concorria ao cargo de deputado federal naquela unidade federativa. As práticas, descritas na Petição nº 7990, em trâmite perante o Supremo Tribunal Federal, foram reveladas a partir da homologação de acordo de colaboração premiada firmado com Joesley Batista, Ricardo Saud e Demilton Antônio de Castro, responsáveis pelas doações. Com estas condutas, o compromissário admite haver infringido por duas vezes o art. 350 do Código Eleitoral, cuja pena mínima preenche os critérios estabelecidos no § 1º do art. 28-A do Código de Processo Penal. Confissão formal da prática das infrações penais – O compromissário confessa a prática dos crimes descritos formal e circunstancialmente na exposição dos fatos criminosos apresentada acima, porque reconhece tê-los praticado. Concorde que a exposição dos fatos delituosos constituirá elemento para a formação do convencimento do julgador em caso de descumprimento do acordo, sem prejuízo de ser concedido efeito atenuante à pena a ser imposta, considerada a confissão em que se baseia o acordo, conforme prevê o art. 65, inciso III, alínea ‘d’, do Código Penal”. BRASIL. Ministério Público Federal. **PET 7990**. Brasília, 31 de julho de 2020. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/dl/acordo-nao-persecucao-penal-onyx.pdf> > Acesso em: 06 jun. 2022.

¹¹⁴¹ BEM; BEM, Acordo... op. cit., p. 97.

Logo, preenchidos os requisitos da regularidade e legalidade, cumpre ao Relator verificar a voluntariedade do acordante. Por se tratar de negociação tratada entre as mais altas autoridades brasileiras, acreditamos ser improvável que o acordante alegue que tenha assinado o ANPP com consentimento viciado por algum defeito (erro, dolo ou coação). Mantendo a coerência com o que já analisamos e expusemos em relação ao a audiência para controle judicial do ANPP¹¹⁴², sustentamos que o ato é obrigatório e não pode ser substituído por outro documento, em especial declaração¹¹⁴³.

É nessa audiência que o Relator verificará se a declaração de vontade da autoridade acordante é idônea e apta para demonstrar seu consentimento informado, ou seja, se a vontade em celebrar o acordo foi livre e escorada em pleno conhecimento das condições estabelecidas e de suas consequências¹¹⁴⁴.

Superados todos os marcos legais, o acordo de não persecução penal poderá ser homologado. Na competência originária dos Tribunais Superiores há dois entendimentos sobre esse ato, os quais prescrevem que a homologação poderá ser realizada de duas formas: *i*) monocraticamente pelo Relator¹¹⁴⁵, ou *ii*) pelo órgão colegiado competente¹¹⁴⁶.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, encontramos exemplo de acordo de não persecução penal celebrado na competência originária do Corte Suprema, em que tanto a decisão de homologação do ANPP¹¹⁴⁷, quanto declaração de extinção da punibilidade¹¹⁴⁸ foram proferidas monocraticamente pelo Relator.

¹¹⁴² *Vide*, subcapítulo 5.6.1., *supra*

¹¹⁴³ Em sentido contrário: De acordo com decisão do Ministro Relator Marco Aurélio ao homologar ANPP de competência originária do STF: “O Procurador-Geral da República, em 3 de agosto de 2020, encaminhou termo de acordo de não persecução penal, firmado pelo Ministério Público Federal com Onyx Lorenzoni, considerados os fatos objeto da petição. Requereu a homologação, aludindo ao artigo 28-A do Código de Processo Penal. Frisou dispensável a realização da audiência prevista no § 4º do dispositivo, uma vez constar no ajuste a confissão do investigado. (...) O instrumento do pacto – folhas 171 e 172 – revela confissão formal e circunstanciada da prática de crime sem violência ou grave ameaça, com pena mínima inferior a 4 anos, além de voluntariedade e participação de profissional da advocacia.” Cf. BRASIL. STF (1. Turma). **PET 7.990/DF**, Rel. Ministro Marco Aurélio, 19.02.2021. Disponível em: < <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/PET7990homologao.pdf>> Acesso em: 06 jun. 2022.

¹¹⁴⁴ BIZZOTTO; SILVA, **Acordo...** op. cit., p. 145.

¹¹⁴⁵ VASCONCELLOS, **Acordo...** op. cit., p. 103.

¹¹⁴⁶ Romulo Moreia, ao discorrer sobre a homologação do ANPP no âmbito das Cortes Superiores, prevê a hipótese de o acordo ser homologado monocraticamente, porém afirma que, se assim o fizer, deverá submeter a decisão ao colegiado competente para ser referendada: “pois, do contrário estar-se-ia usurpando uma competência que (constitucionalmente) não é dele, mas do órgão colegiado; afinal a ele não cabe, monocraticamente, receber a denúncia oferecida”. Cf. MOREIRA, **Acordo...** op. cit., p. 206-207.

¹¹⁴⁷ BRASIL. STF (1. Turma). **PET 7.990/DF...** op. cit.

¹¹⁴⁸ *Idem*.

A execução do ANPP homologado poderá tramitar no próprio Tribunal, ou por determinação do Relator no juízo de primeiro grau, por meio de expedição de carta de ordem¹¹⁴⁹.

5.10.1. Acordo de não persecução penal na Justiça Eleitoral

Não existe vedação legal à aplicação do acordo de não persecução penal no âmbito da Justiça Eleitoral, de maneira que pode ser aplicado aos crimes previstos na legislação eleitoral (Lei nº 4.737/1965)¹¹⁵⁰.

Em que pese a possibilidade de celebração do ANPP não ter sido replicada no Código Eleitoral, o seu art. 364 prevê a aplicação supletiva e subsidiária do Código de Processo Penal nos processos e julgamentos dos crimes eleitorais. Por essa razão não há dúvidas quanto à possibilidade aplicação do instituto de justiça negociada no âmbito da Justiça Eleitoral.

Ao corroborar essa afirmação, o Supremo Tribunal Federal homologou acordo de não persecução penal celebrado entre a Procuradoria-Geral da República e a defesa do Deputado Federal Onyx Lorenzoni que era investigado pela prática do crime de falsidade ideológica eleitoral¹¹⁵¹.

Em relação aos acordos de não persecução penal celebrados perante a Justiça Eleitoral, o controle judicial a ser exercido pelo juiz eleitoral segue o mesmo percurso da verificação da regularidade, legalidade e voluntariedade traçado pelo art. 28-A, do CPP.

O ponto que merecerá maior atenção do magistrado eleitoral deverá ser o controle da proporcionalidade e razoabilidade na condição que pode ser estipulada pelo representante do Ministério Público (art. 28, V do CPP).

Assim, conforme já mencionado, há quem entenda como exemplo dessa condição a estipulação de cláusula com previsão de renúncia a mandato eletivo ou ainda compromisso de não se candidatar a cargo público¹¹⁵², ambas as possibilidades podem ser ligadas a agentes políticos que respondam ou são investigados por crimes eleitorais.

Nesse sentido, esclarece Brandão que “a gênese da pena de inelegibilidade tem como fundamento censurar o comportamento malfeitor do agente político, garantir maior ética e

¹¹⁴⁹ VASCONCELLOS, **Acordo...** op. cit., p. 103.

¹¹⁵⁰ Nesse sentido: SILVARES, *Algumas...* op. cit., p. 282; VASCONCELLOS, **Acordo...** op. cit., p. 102; CABRAL, **Manual...** op. cit., p. 246-247

¹¹⁵¹ BRASIL. STF (1. Turma). **PET 7.990/DF...** op. cit.

¹¹⁵² CABRAL, **Manual...** op. cit., p. 175.

respeito à *res publica* e, sobretudo, garantir o princípio da moralidade pública no exercício dos mandatos eletivos.”¹¹⁵³

Nesse ponto, condições que versem sobre inegabilidade política ou renúncia de mandato popular devem ser sindicadas com bastante cautela pelo juiz eleitoral, de modo a não permitir que o acordo de não persecução penal se transforme em meio alternativo à imposição de medidas ilegais, desmedidas e que se prestem como antecipação de pena.

Seguindo essa linha, o Juiz de Direito da 3ª Vara Criminal de Uberlândia indeferiu homologação de ANPP no qual o *Parquet*, nos termos do art. 28-A, inciso V do CPP, impôs condição que previa que a inegabilidade dos acordantes, pois entendeu que esta condição se tratava de verdadeira imposição de pena; seria, portanto, desproporcional e incompatível com a infração investigada. A decisão foi posteriormente mantida pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais que negou pedido de Correição Parcial apresentado pelo Ministério Público¹¹⁵⁴.

¹¹⁵³ BRANDÃO, Alessi. A ilegitimidade nos acordos de não persecução nos crimes eleitorais. **Conjur**, 26 fev. 2022. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2022-fev-26/alessi-brandao-inelegibilidade-anpps-crimes-eleitorais#author> > Acesso em: 07 jun. 2022.

¹¹⁵⁴ Da análise do acórdão se extrai: “Afere-se dos autos que, nos anos de 2017, 2018, 2019, os ora interessados Ricardo dos Santos e Felipe Machado Teixeira, quando ainda eram vereadores em Uberlândia, utilizaram-se de verba indenizatória referente a ‘Divulgação, Atividade Parlamentar, Selos e Postagens e Impressos em Geral’, mediante apresentação de notas fiscais ideologicamente falsas, conforme documentos extraídos do portal da transparência da Câmara Municipal de Uberlândia-MG. Segundo restou apurado, os investigados reconheceram que se apropriaram indevidamente de parte desses valores, uma vez que não foram executadas a totalidade dos serviços contratados, no qual restaram configurados, ao menos em tese, crimes de peculato, falsidade ideológica, lavagem de dinheiro e associação criminosa. No curso do procedimento, foi verificado que os delitos praticados pelos réus preenchiam os requisitos do artigo 18 da Resolução CNMP nº 181, bem como as disposições previstas no artigo 28-A do Código de Processo Penal, o que permitiu a celebração consensual do acordo de não persecução penal, bem como as demais condições previstas em lei. (...) Não é possível vislumbrar em nenhum dos incisos a possibilidade de decretar antecipadamente a pena de inelegibilidade. A pena deve ser antecedida do devido processo legal, a possibilidade de o MP determinar outra condição com fundamento no inciso V, não contempla, por óbvio, a aplicação antecipada de pena ou qualquer outra penalidade. Nesse sentido, o próprio inciso V prescreve que a condição deve ser proporcional e compatível com a infração, o que exclui, por si só, a aplicação antecipada da pena sem o devido processo legal. Outrossim, não é objetivo do ANPP a aplicação antecipada de pena, constitui apenas mais uma medida despenalizadora ao lado da transação penal e do SUSPRO. (...) Os direitos fundamentais são irrenunciáveis e ao ANPP seria mais uma chance de evitar a condenação judicial e não estabelecê-la por meio do próprio acordo, desvirtuando explicitamente a sua natureza. (...) Não é possível vislumbrar em nenhum dos incisos a possibilidade de decretar antecipadamente a pena de inelegibilidade. A pena deve ser antecedida do devido processo legal, a possibilidade de o MP determinar outra condição com fundamento no inciso V, não contempla, por óbvio, a aplicação antecipada de pena ou qualquer outra penalidade. Nesse sentido, o próprio inciso V prescreve que a condição deve ser proporcional e compatível com a infração, o que exclui, por si só, a aplicação antecipada da pena sem o devido processo legal”. MINAS GERAIS. TJ/MG (Conselho de Magistratura). **Correição Parcial nº 1209341-80.2021.8.23.0000**, Rel. Desembargador Eduardo Machado, DJ: 04.04.2022, Dje: 12.04.2022.

5.10.2. O acordo de não persecução penal no âmbito da Justiça Militar

O cabimento do acordo de não persecução penal nos casos militares é controverso. Há autores que entendem que o legislador, ao inserir a aplicabilidade do ANPP no art. 28-A do CPP, fê-lo somente em relação aos crimes comuns, e deixou, voluntariamente, de estender a aplicação do instituto aos crimes militares.

Além disso há entendimento, segundo qual o art. 1º, inciso III, do CPP, faz ressalva à aplicação da legislação processual aos fatos ligados à Justiça Militar. Por essa razão, o ANPP não seria aplicável aos crimes militares¹¹⁵⁵.

De acordo com o magistério de Roth, Moares e Gomes, “o ANPP decorrente do artigo 2º, inserido no art. 28-A no CPP e adotando o referido instituto aos crimes comuns, deixou o legislador, inequivocamente, com uma lacuna voluntária em relação aos crimes militares, de forma que entendemos incabível o emprego da analogia àquela categoria de crimes previstas no Código Militar...”¹¹⁵⁶.

Assim, concluem os autores, “não há qualquer dúvida que a omissão deixada pelo legislador foi voluntária e a consequência disso é a inaplicação do ANPP aos crimes militares de qualquer espécie: próprios, impróprios e por extensão.”¹¹⁵⁷.

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC 99.743/RJ atestou a constitucionalidade do art. 90-A da Lei nº 9.099/95 que veda aplicação dos institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo no âmbito da Justiça Militar¹¹⁵⁸.

Entretanto, há quem entenda que ser “inconcebível que a operação da Justiça Militar se mostre desarticulada das opções político-criminais formuladas pelo Estado brasileiro.”¹¹⁵⁹

¹¹⁵⁵ BIZZOTTO; SILVA, *Acordo...* op. cit., p. 115.

¹¹⁵⁶ ROTH, Ronaldo João; MORAES, Vinicius Costa de Moraes; GOMES, Lucas de Assunção. A inaplicabilidade da inovação do acordo de não persecução penal aos crimes militares. *In*: ROTH, Ronaldo João (coord.). **Acordo de não persecução penal**: estudos no processo penal comum e militar. 2. ed. São Paulo: Dia a Dia Forense Editora, 2021, p. 45.

¹¹⁵⁷ *Ibid.*, p. 45.

¹¹⁵⁸ “Penal Militar. Habeas corpus. Deserção – CPM, art. 187. Crime militar próprio. Suspensão condicional do processo - art. 90-A, da Lei n. 9.099/95 – Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Inaplicabilidade, no âmbito da Justiça Militar. Constitucionalidade, face ao art. 98, inciso I, § 1º, da Carta da República. Obiter dictum: inconstitucionalidade da norma em relação a civil processado por crime militar. O art. 90-A, da n. 9.099/95 - Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais -, com a redação dada pela Lei n. 9.839/99, não afronta o art. 98, inciso I, § 1º, da Carta da República no que veda a suspensão condicional do processo ao militar processado por crime militar. In casu, o pedido e a causa de pedir referem-se apenas a militar responsabilizado por crime de deserção, definido como delito militar próprio, não alcançando civil processado por crime militar. Obiter dictum: inconstitucionalidade da norma que veda a aplicação da Lei n. 9.099 ao civil processado por crime militar. Ordem denegada”. Cf. BRASIL. STF (Tribunal Pleno). **HC 99.743/RJ**, Rel. Ministro Marco Aurelio, Rel. p/ acórdão Ministro Luiz Fux, DJ: 06.10.2011, p. 21.08.2012.

¹¹⁵⁹ ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. Acordo de não persecução penal na justiça militar. *In*: BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo. **Acordo de não persecução penal**. 2. ed., 1. reimp. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2021, p. 461.

Em sentido semelhante, Martins afirma que: “Em ambas as jurisdições – comum e militar –, há lógica do direito penal pelas suas consequências, com prestígio das soluções que levem ao encerramento”¹¹⁶⁰.

Há ainda uma corrente que entende que a solução para o impasse seria a aplicação dos institutos de justiça negociada para os crimes militares impróprios, ou seja, infrações penais cujas condutas estejam previstas tanto na legislação comum, quanto na militar¹¹⁶¹.

Isso porque, em razão das particularidades da justiça castrense, há autores que entendem que “a aplicação do ANPP no âmbito da Justiça Militar viola a índole do processo penal militar, pois retira do Conselho de Justiça, nos crimes de sua competência, a análise do grau de afetação à hierarquia e disciplina do crime praticado pelo militar”¹¹⁶².

Em decorrência de tudo que foi analisado neste trabalho, a introdução do ANPP em nossa legislação processual foi uma opção político-criminal do Estado em privilegiar a solução do conflito penal pela via negociada, em detrimento do processo tradicional conflituoso. Os princípios que regem a Justiça Militar e seus crimes também devem obedecer a ordem constitucional imposta pela Constituição de 1988.

Diante disso, entendemos que a posição que defende a aplicação do acordo de não persecução penal aos crimes militares melhor se aplica aos princípios do Estado Democrático de Direito. Além disso, por uma questão de isonomia, não se pode negar aplicação de instituto de solução negociada ao indivíduo em função de o indivíduo ocupar a função de servidor público militar, enquanto os não militares (v.g. Policiais Civis) podem usufruir dos benefícios decorrentes do ANPP.

Diante do exposto, uma vez presentes os requisitos e condições autorizadores da propositura do acordo de não persecução penal e, se este for suficiente e necessário para reprovação e prevenção do crime praticado por militar, não haveria óbice à aplicação do instituto no âmbito da Justiça Militar.

¹¹⁶⁰ MARTINS, Eliezer Pereira. Acordo de não persecução penal (ANPP) na jurisdição criminal militar – cabimento e benefícios para a hierarquia e disciplina no direito penal orientado pelas consequências e a superação do *summum ius, summa iniuria* na justiça castrense. *In*: ROTH, Ronaldo João (coord.). **Acordo de não persecução penal**: estudos no processo penal comum e militar. 2. ed. São Paulo: Dia a Dia Forense Editora, 2021, p. 75.

¹¹⁶¹ BIZZOTTO; SILVA, **Acordo...** op. cit., p. 116.

¹¹⁶² BATISTA, Edson Correa. A discricionariedade do ministério público no acordo de não persecução penal. *In*: ROTH, Ronaldo João (coord.). **Acordo de não persecução penal**: estudos no processo penal comum e militar. 2. ed. São Paulo: Dia a Dia Forense Editora, 2021, p. 207.

CONCLUSÃO

Iniciamos nosso trabalho com objetivo de compreender o papel reservado aos atores processuais, a partir do tradicional enquadramento doutrinário que agrupa os sistemas em acusatório, inquisitório, misto e adversarial. Ocorre que, conforme avançávamos nos estudos, concluímos que os efeitos da globalização também produziram efeitos nos sistemas jurídicos, em especial nos de origem anglo-saxônica e romano-germânica. Constatamos, pois, que as fronteiras que separavam esses dois modelos de justiça foram paulatinamente rompidas, particularmente desde meados do Século XX.

Seguindo esta linha, identificamos a existência do fenômeno do intercâmbio e interação de institutos jurídicos entre os ordenamentos jurídicos de origem anglo-saxônica e romano-germânica. Este fato levou, em maior ou menor grau, à hibridização de tradicionais modelos processuais, uma vez que institutos estranhos à gênese de determinadas culturas jurídicas passaram a coexistir. Por essa razão, entendemos que o tradicional agrupamento dos sistemas citado acima não mais alcançava a nova face do processo penal aplicado em ordenamentos específicos, sobretudo no que diz respeito ao papel dos atores processuais.

Por essa razão, neste trabalho, optamos por analisar o processo a partir das formas de resolução do conflito penal. Assim, decidimos utilizar a terminologia *solução conflituosa* para analisar o ideal de realização de justiça que se dá por meio do processo tradicional, que pressupõe a passagem por todo o procedimento dialético, marcado pelo confronto entre acusação e defesa, cuja solução do conflito será imposta pelo juiz, por meio do pronunciamento, ao final da disputa, sobre qual verdade prevaleceu.

Em contraste à *solução conflituosa*, buscamos entender uma nova face da resolução da disputa penal que ganhou força a partir da introdução, em determinados ordenamentos jurídicos, de institutos que buscam a resolução do conflito penal, por meio do acordo entre as partes. A esta nova faceta da maneira como é resolvido o litígio penal, empregamos a terminologia *solução negociada*.

O advento e a expansão de institutos de *solução negociada* permitiram à acusação e à defesa terem maior influência sobre a resolução do conflito penal, de maneira que ela deixa de ser uma imposição do juiz e, a partir de um modelo concessões mútuas, é construída pelas partes com objetivo de evitar o tradicional procedimento conflituoso.

Ao buscar entender os fatores que conduziram à expansão dos institutos de *solução negociada* do conflito penal, identificamos que a busca por mecanismos de negociação processual está ligada à crise pela qual passaram diversos ordenamentos jurídicos,

decorrente do aumento crescente de demandas na justiça criminal, sem que ela conseguisse absorvê-las.

Por essa razão, concluímos que tal crise penal levou às reformas dos sistemas jurídicos, que passaram a adotar o consenso e a negociação como forma de combate à pequena e média criminalidade, como forma de solucionar a crise e, com isso, atender aos anseios sociais e políticos-criminais do Estado.

Conforme vimos, o modelo estadunidense de justiça foi o grande influenciador das reformas dos ordenamentos jurídicos em direção à implementação de mecanismos de *solução negociada* do conflito penal; esta influência alcançou até mesmo sistemas jurídicos de tradição romano-germânica, particularmente europeus continentais.

Diante disso, procuramos identificar, por meio da análise comparada, de que maneira o modelo norte-americano de justiça – forjado ideologicamente pela amplitude dos poderes das partes na resolução do conflito penal e maior passividade do juiz – influenciou as reformas de tradicionais sistemas jurídicos europeus com os quais o Brasil tem forte ligação, com objetivo de analisarmos o impacto dessas mudanças no papel exercido pelo juiz. Nesta linha, buscamos, em cada um dos ordenamentos estudados, o instituto que se assemelhasse ao acordo de não persecução penal brasileiro, para, assim, analisarmos os poderes reservados aos juízes no exercício do controle judicial sobre os acordos, em cada uma das jurisdições analisadas.

Com efeito, à exceção do modelo italiano, identificamos, nos ordenamentos estadunidense, francês, português e alemão, institutos que se assemelham ao acordo de não persecução penal brasileiro. Essa identificação nos permitiu concluir que, em todas as jurisdições analisadas, os juízes são dotados de poderes para o efetivo exercício do controle judicial sobre os acordos negociados entre as partes.

Após a análise das formas de resolução do conflito penal, bem como do controle judicial de justiça negociada nos modelos comparados, voltamo-nos ao estudo histórico-evolutivo da introdução de mecanismo de *solução negociada* no processo penal brasileiro, a partir da Constituição Federal de 1988.

Neste estudo, dividimos a implementação de mecanismos de *solução negociada* do conflito penal em três momentos, os quais denominados de “ondas”. A primeira onda negociada brasileira se inicia com introdução em nosso ordenamento dos institutos da suspensão condicional do processo e da transação penal, por meio da Lei nº 9.099/95. Por sua vez, a segunda onda é ocasionada pela expansão da utilização do instituto da colaboração premiada, a qual, teve grande influência para o início da terceira onda, em que se insere o

acordo de não persecução penal.

A partir desse estudo foi possível concluir que a introdução de institutos de *solução negociada* no processo brasileiro rompeu com nossa cultura processual, em razão da reestruturação no papel desempenhado pelas partes na persecução penal. Estas mudanças, além de abrirem espaço para que acusação e defesa desempenhassem seus papéis de maneira mais dinâmica e ativa, também alteraram a dimensão dos poderes destinados aos juízes na resolução do conflito penal.

Porém, esta reorganização dos papéis desempenhados pelas partes não é fruto somente da introdução de mecanismos de justiça negociada em nosso ordenamento jurídico. Entre nós, essas mudanças, inequivocamente, iniciam-se com a Constituição de 1988, que elegeu um modelo processual penal de matriz acusatória – que é essencialmente um processo de partes – e promoveu a devida separação dos papéis desempenhados pelos atores na justiça criminal.

Com efeito, concluímos que a introdução da forma negociada do conflito penal no ordenamento jurídico brasileiro, bem como em razão da invocação do sistema acusatório pelo constituinte, trouxe a necessidade de se reestruturarem os papéis desempenhados pelos atores jurídicos no processo penal, especialmente com relação aos juízes.

Isso porque, na concepção originária delineada pelos idealizadores da nossa legislação processual, a atuação dos magistrados no processo penal foi concebida para ser a de protagonista da persecução penal, e não a de se limitar ao exame dos fatos trazidos pelas partes.

A consolidação do *devido processo penal* pela Constituição Federal encarregou o juiz de exercer um contrapoder em relação aos demais poderes estatais, e de atuar durante toda a persecução penal e nos atos a ela relacionados, como um controlador da legalidade, protetor das garantias fundamentais do indivíduo contra o abuso do poder estatal.

A imposição do devido controle judicial sobre a proposta de acordo de não persecução penal decorre, ao nosso ver, da nova feição estabelecida pela Constituição Federal de 1988 para atuação do juiz na persecução penal: fiscalizar a implementação das políticas criminais do Estado, bem como garantir a correta aplicação dos direitos e garantias individuais e controlar excessos.

Foi nesse sentido também que o legislador, no âmbito das reformas advindas da Lei nº 13.964/2019 – cuja entrada em vigor se deu no mês de janeiro de 2020 – de cuidou de introduzir em nosso ordenamento jurídico o instituto do *juiz de garantias*. A introdução dessa figura do juiz garantidor em nossa legislação processual pela reforma de 2019 colocou

o Brasil no caminho que foi há tempos trilhado por tradicionais sistemas jurídicos, como Alemanha, Itália, França e Portugal.

Além disso, tal inovação compatibilizou nosso Código de Processo Penal com a função de os juízes assegurarem o equilíbrio entre as partes, na medida com que impôs desejável imparcialidade no exercício do controle jurisdicional contra abusos e excessos, que havia sido delineada pelo Constituição de 1988.

Em que pese a sua importante função no devido processo penal, o *juiz das garantias* está com sua eficácia suspensa *sine die* em razão de decisão cautelar do Ministro do Supremo Tribunal Federal Luiz Fux, proferida em Ações Declaratórias que contestam a constitucionalidade do instituto.

Não obstante a suspensão da eficácia do *juiz das garantias*, entendemos que a sua introdução em nosso ordenamento jurídico representa um passo adiante na consecução das funções inerentes ao exercício da atividade jurisdicional no devido processo penal. Por essa razão, temos que os conceitos que cercam o instituto podem ser aplicados por qualquer magistrado que atue na persecução penal.

Nesse sentido, cumpre aos magistrados projetar sua atuação no controle judicial do acordo de não persecução penal com objetivo de verificar se a proposta é legal, regular e voluntária à luz dos princípios constitucionais norteadores do devido processo penal.

Para dar efetividade a esses comandos constitucionais, o caminho a ser percorrido pelo magistrado no exercício do controle judicial da proposta de acordo de não persecução penal, implicará ao magistrado a atenta verificação de cada um dos pressupostos legais autorizadores do cabimento do acordo, a análise dos requisitos objetivos e subjetivos, os quais concluímos que estão presentes no art. 28-A, do CPP, por fim cabe ao juiz examinar as condições e renúncias que foram estabelecidas pelas partes.

É inegável que a introdução do acordo de não persecução penal em nosso ordenamento jurídico reflete uma importante mudança na política criminal do Estado, em especial no combate aos crimes de média gravidade, uma vez que se ampliaram consideravelmente as possibilidades de resolução do conflito penal sem o uso do processo penal conflituoso.

Embora o legislador tenha afastado os juízes da negociação do acordo de não persecução penal, ele optou por resguardar aos magistrados o poder de estabelecer que essa nova escolha político-criminal do Estado seja implementada. Isso porque, conforme vimos, o processo não foi concebido apenas para ser o local da disputa dialética das partes, mas também, é o campo de implantação daquelas políticas.

Portanto, caberá aos juízes exercer o controle sobre a utilização dessa nova forma de resolução do conflito penal, especialmente nos casos em que os pressupostos e requisitos objetivos para a formulação da proposta estiveram preenchidos. Nesse sentido, por um lado não se desconhece que o Ministério Público, como titular da ação penal pública, detém papel de destaque na operacionalização das políticas criminais. Por outro lado, a instituição não atua sozinha na execução das escolhas políticos-criminais, que são do Estado; não do *Parquet*.

Nessa linha, concluímos que recusas imotivadas à propositura do acordo de não persecução penal devem ser objeto de análise detida do juiz no controle judicial, uma vez que a injustificada recusa de proposta negocial, ao nosso ver, caracterizará a falta de interesse de agir do órgão da acusação no uso do processo conflituoso, uma vez que a solução para o conflito poderia ser buscada pela via acordada.

O mesmo raciocínio se aplica à negativa de proposta de acordo alicerçada em orientações, resoluções ou enunciados emanados por órgãos superiores do Ministério Público. Tais condutas, a pretexto de guiar os membros da instituição, acabam por criar obstáculos ilegais à negociação do acordo.

Aos juízes foi dada, ainda, a incumbência legal de controlar o cumprimento da execução das cláusulas pactuadas pelas partes, bem como de deliberar sobre eventual descumprimento, fase em que a atuação da autoridade judiciária prepondera sobre o entendimento das partes, em especial ao do Ministério Público, órgão responsável pelo pleito de rescisão do acordo, que não será automático, mas deverá ser submetido ao controle judicial, de modo que o juiz possa sindicatar as justificativas apresentadas por ambas as partes.

Mas não é só. Nos casos em que houver rescisão do acordo, caberá aos juízes resguardar o indivíduo, quanto ao uso da confissão obtida no âmbito do acordo de não persecução penal. Nunca é demais lembrar que o acordo de não persecução penal não se presta ao incremento da capacidade investigativa do Estado. O indivíduo, ao deixar de exercer seu direito fundamental ao silêncio para confessar a prática de determinado delito no âmbito desse tipo de acordo, não o faz com o objetivo de colaborar com as investigações, mas sim para atender a um dos requisitos exigidos pela lei, necessário à propositura.

Portanto, concluímos que compete ao juiz controlar o uso da confissão obtida no acordo de não persecução penal, obstando que ela seja utilizada para fins diversos àqueles do ANPP.

Assim, temos que os alcances e os limites da atuação dos magistrados no controle judicial do acordo de não persecução penal deverão ser voltados para garantir a máxima

eficácia dos direitos do acusado, para que a submissão pelo imputado a quaisquer das condições previstas na proposta, ainda que consentida, ocorra legitimamente e em conformidade com as garantias constitucionais que lastreiam o devido processo penal.

REFERÊNCIAS

BIBLIOGRAFIA

- AFONSO, Ana Cristina Matono. **Institutos de conciliação no processo penal**: Arquivamento em caso de dispensa de pena. Suspensão provisória do Processo. Processo Sumaríssimo - Quadro Legal. Questões práticas - Algumas sugestões. Procuradoria-Geral de Distrital de Lisboa, 31.03.2005, p. 4-8 disponível em: < https://www.pgdlisboa.pt/textos/tex_mostra_doc.php?nid=25&doc=files/tex_0025.html > Acesso em: 20 jan. 2022.
- AJANI, Gianmaria. Chance and prestige: legal transplants in Russia and Eastern Europe. **The American Journal of Comparative Law**, v. 43, n. 1, p. 93-117, 2015.
- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. **Comentário do código de processo penal à luz da constituição da República e da cconvenção europeia dos direitos do homem**. Lisboa: Editora Universidade Católica, 2009.
- ALENCAR, Paulo Wunder de. A lei anticorrupção é “Só para Inglês Ver”? Uma breve análise comparativa entre os sistemas brasileiros e norte-americano de combate à corrupção. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, n. 57, jul./set., 2015.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva, da 5ª ed. alemã. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.
- ALMEIDA, Candido Mendes de. **Ordenações e leis do Reino de Portugal**. Código Philippino, ou, Ordenações e leis do Reino de Portugal : recopiladas por mandado d'El-Rey D. Philippe I. 14. ed. Rio de Janeiro: Typ. do Instituto Philomathico, 1870. Disponível em: < <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242733> > Acesso em 20 nov. 2021.
- ALMEIDA, Vera Ribeiro de. Consenso à brasileira: Exame da justiça consensual criminal sob perspectiva antropológica. **Dilemas: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social**, v. 7, n. 3, Jul./Ago./Set., 2014.
- ALSCHULER, Albert W. Plea bargaining and its history. **Columbia Law Review**, v. 79, n. 1, Jan./1979.
- ALSCHULER, Alebrt W. Um sistema quase perfeito para condenar inocentes. In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (org.). **Plea Bargaining**. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.
- ALTENHAIN, Karsten. Absprachen in German trials. In: THAMAN, Stephen (Ed.) **World plea bargaining**. Consensual procedures and the avoidance of the full criminal trial. Durham: Carolina Academic Press, 2010.
- AMADOR, Magali Isabel Sebastião. Suspensão provisória do processo. Incumprimento de injunções/regras de conduta, cumprimento defeituoso e outras vicissitudes após a decisão. Enquadramento jurídico, prática e gestão processual. In: COLEÇÃO FORMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO, **Aplicação de medidas de coação e suspensão provisória do processo**. Trabalhos do 2º Ciclo, do 32º Curso, , abril de 2019.
- AMBOS, Kai. **Fundamentos y ensayos críticos de derecho penal y procesal penal**. 1. ed. Editora: Palestra, 2010.
- ANDRADE, Flavio da Silva. **Justiça consensual**: controvérsias e desafios. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.
- ANDRADE, Flávio da Silva. O acordo de não persecução penal criado pelo Conselho Nacional do Ministério Público – art. 18 da resolução nº 181/2017: análise de compatibilidade constitucional. **Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região**, n. 137, v. 29, 2018.

- ANDRADE, Manuel da Costa. Consenso e Oportunidade (Reflexões a propósito da Suspensão Provisória do Processo e do Processo Sumaríssimo). In: **Jornadas de Direito Processual Penal. O Novo Código de Processo Penal**. Coimbra: Almedina, 1988.
- ANDRADE, Mauro Fonseca; BRANDALISE, Rodrigo da Silva. Observações preliminares sobre o acordo de não persecução penal: da inconstitucionalidade à inconsistência argumentativa. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, v. 1, n. 1, set./2018, p. 1531. Disponível em: <<https://lume.ufrgs.br/handle/10183/187821>> Acesso em: 02 fev. 2022.
- ANDRADE, Paes de; BONAVIDES, Paulo. **História constitucional do Brasil**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 1991.
- ANGELINI, Roberto. A negociação das penas no direito italiano. (o chamado *patteggiamento*). **Julg**, v. 19, jan./abr., 2013, p. 222. Disponível em: < <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2013/01/221-229-Negocia%C3%A7%C3%A3o-penas-direito-italiao.pdf> > Acesso em: 03 maio 2021.
- ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- ARAS, Vladimir. Acordos penais no Brasil: uma análise à luz do direito comparado. In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renne do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (coords.). **Acordo de não persecução penal**. Resolução 181/2017 do CNMP. Salvador: Editora JusPodvim, 2017.
- ARAUJO, Juliana Moyzés Nepomuceno. **Acordo de não persecução penal: instrumento de concretização do processo penal resolutivo e eficiente**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022.
- ARMENTA DEU, Teresa. **Sistemas procesales penales**. La justicia penal en Europa y América ¿Un camino de ida y vuelta? Madrid: Editora Marcial Pons, 2012.
- ARMENTA DEU, Teresa. Debido proceso, sistemas y reforma del proceso penal. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 1, n. 1, jan./jun. 2015.
- ASMUS, Torben. A justiça penal e a investigação penal na Alemanha. In: AMBOS, Kai; Böhm Maria Laura (coords.). **Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha**. 1. ed. Brasília: Editora Gazeta Jurídica, 2013.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito ao processo penal no prazo razoável**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito processual penal: Tomo I**. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2008.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. **Correlação entre acusação e sentença**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- BARBOSA, Paulo Roberto Fonseca. **O poder complementar dos juízes**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2015.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- BARROS, Francisco Dirceu. **Acordos criminais**. 2. ed., rev. e atual. Leme: Editora Mizuno, 2021.
- BARROS, Francisco Dirceu; ROMANIUC, Jefson. **Acordo de não persecução penal: teoria e prática**. LEME: Editora JH Mizuno, 2019.
- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- BATISTA, Edson Correa. A discricionariedade do ministério público no acordo de não persecução penal. In: ROTH, Ronaldo João (coord.). **Acordo de não persecução penal: estudos no processo penal comum e militar**. 2. ed. São Paulo: Dia a Dia Forense Editora, 2021.

- BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999.
- BELLAGAMBA, Filippo. La non punibilità del delatore nei reati contro la P.A.: "praticabile" compromesso o vera e propria chimera? Criminal Justice Network: **Revista trimestral de Direito Penal Contemporâneo**, n. 02, 2021, p. 153. Disponível em: <https://dpc-rivista-trimestrale.criminaljusticenetwork.eu/pdf/DPC_Riv_Trim_2_2021_bellagamba.pdf> Acesso em: 14 fev. 2022.
- BEM, Leonardo Schmitt de. Os requisitos do acordo de não persecução penal. *In*: BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo. **Acordo de não persecução penal**. 2. ed., 1. reimp. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2021.
- BEM, Leonardo Schmitt de; BEM, Viviane de Aquino de. Acordo de não persecução penal: análise crítica a partir de suas fontes normativas. *In*: BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo. **Acordo de não persecução penal**. 2. ed., 1. reimp. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2021.
- BETTIOL, Giuseppe. **Instituciones de Derecho Penal y Procesal**. Trad. Faustino Gutiérrez-Alviz y Conradi. Barcelona: Bosch, 1977.
- BITTAR, Walter Barbosa. **Delação premiada: direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- BIZZOTTO, Alexandre; SILVA, Denival Francisco da. **Acordo de não persecução penal**. 1. ed. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2020.
- BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BORASI, Ivan. **Patteggiamento**. Altalex Editora, 2017, p. 2. Disponível em: <https://www.altalex.com/documents/alta_lexpedia/2013/10/25/patteggiamento> Acesso em: 14 fev. 2022.
- BOTTINO, Thiago. Colaboração premiada e incentivos à cooperação no processo penal: uma análise crítica dos acordos firmados na "operação lava jato". **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 122, v. 24, 2016.
- BOYNE, Shaw Marie. **The German Prosecution Service**. Guardians of the law? Nova Iorque: Editora Springer, 2014.
- BRANCO, Isabel Maria Fernandes. **Considerações sobre a aplicação do instituto da suspensão provisória do processo**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Portucalense, 2013. Disponível em: <http://www.verbojuridico.net/ficheiros/teses/penal/isabelbranco_suspensaoprovisorioprocesso.pdf> Acesso em: 21 jan. 2022
- BRANDÃO, Alessi. A ilegitimidade nos acordos de não persecução nos crimes eleitorais. **Conjur**, 26 fev. 2022. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2022-fev-26/alessi-brandao-inelegibilidade-anpps-crimes-eleitorais#author>> Acesso em: 07 jun. 2022.
- BRANDÃO, Nuno. Acordos sobre a sentença penal: problemas e vias de solução de conflito. **Julgar**, n. 25, p. 161-178, 2015. Disponível em: <<http://julgar.pt/wp-content/uploads/2015/01/JULGAR-25-09-NB-Acordos-senten%C3%A7a-penal.pdf>> Acesso em: 29 abr. 2021.
- BURKE, Alafair S. Paixão acusatória, viés cognitivo e plea bargaining. *In*: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (org.). **Plea Bargaining**. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.
- BUSATO, Paulo César. O papel do ministério público no futuro do direito penal brasileiro. **Revista de Estudos Criminais**, v. 2, n. 5, 2002, p. 116. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/SRC%2005_105.pdf> Acesso em: 29 maio 2022.
- CABON, Sarah-Marie. **La négociation en matière pénale**. Droit. Université de Bordeaux, 2014.

- CABRAL, Rodrigo Ferreira Leite. **Manual do acordo de não persecução penal: à luz da lei 13.964/2019 (Pacote anticrime)**. Salvador: JusPodvim, 2020.
- CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Manual do acordo de não persecução penal**. 3. ed. rev., atual., ampl. Salvador: Juspodivm, 2022.
- CAIERO, Pedro. Legalidade e oportunidade: a perseguição penal entre o mito da “justiça absoluta” e o fetiche da “gestão eficiente” do sistema. **Revista do Ministério Público**, Sindicato do Ministério Público, Lisboa, 2002.
- CANILHO, Inês. Suspensão provisória do processo. incumprimento de injunções/regras de conduta, cumprimento defeituoso e outras vicissitudes após a decisão. Enquadramento jurídico, prática e gestão processual. *In*: Coleção Formação do Ministério Público. **Aplicação de medidas de coação e suspensão provisória do processo**. Trabalhos do 2ª Ciclo, do 32º Curso. Centro de Estudos Judiciários, abril de 2019.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Almedina, 2003.
- CANOTILHO, J. J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada e auxílio judiciário em matéria penal: a ordem pública como obstáculo à cooperação com a operação lava jato. **RJL. Revista de Legislação e Jurisprudência**, a. 146, n. 4000, set./out., 2016.
- CAPEZ, Fernando. Investigação defensiva e princípio da ampla defesa. **Conjur**, 19 ago. 2021. Disponível em: < [https://www.cnmp.mp.br/portaldatransparencia/transparencia-mp-brasileiro/portais-da-transparencia-das-unidades-do-ministerio-publico](https://www.conjur.com.br/2021-ago-19/controversias-juridicas-investigacao-defensiva-principio-ampla-defesa#:~:text=%E2%80%9CA%20partir%20da%20re-forma%20introduzida,for%C3%A7a%20da%20liminar%20do%20STF.> Acesso em 20 abr 2022.</p><p>CARNEIRO, Andréa Walmsley Soares. O acordo de não persecução penal em grau recursal: discussão sobre sua viabilidade. <i>In</i>: FLORÊNCIO FILHO, Marco Aurélio; BECHARA, Fabio Ramazzini (orgs.). Os desafios das ciências criminais na atualidade. 1. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021.</p><p>CARVALHO, L.G. Grandinetti Castanho; BRANDÃO, Nuno. Sistemas processuais do Brasil e Portugal: estudo comparado. <i>In</i>: CARVALHO, L.G. Grandinetti Castanho (org.). Processo penal do Brasil e de Portugal. Coimbra: Editora Almedina, 2009.</p><p>CHIAVARIO, Mario. Les modes alternatifs de règlement des conflits en droit pénal. Revue Internationale de Droit Comparé, Paris, a. 49, n. 2, abr./jun., 1997</p><p>CHIAVARIO, Mario. Os direitos do acusado e da vítima. <i>In</i>: DELMAS-MARTY, Mireille (org.). Processos penais da Europa. Trad. de Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.</p><p>CHOUKR, Fauzi Hassan. Garantias constitucionais na investigação criminal. 2. ed. rev., atual., ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.</p><p>CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 19ª ed. rev., atual. São Paulo: Malheiros, 2003</p><p>CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Portais de Transparência das unidades do Ministério Público Disponível em: < Acesso em: 10 maio 2022.
- CORDEIRO, Nefi. **Colaboração premiada: caracteres, limites e controles**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2020.
- COSTA, Eduardo Maia. Justiça negociada: do logro da eficiência à degradação do processo equitativo. **Julgare**, Lisboa, n. 19, p. 87-97, jan./abr. 2013.

- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; TAPOROSKY FILHO, Paulo Silas; CANI, Luiz Eduardo; BALTAZAR, Shalom Moreira. Do projeto de reforma do CPP ao projeto de lei 'anticrime': mirando a Constituição. **Conjur**, 12 abr. 2019. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2019-abr-12/limite-penal-projeto-reforma-cppao-projeto-lei-anticrime#author>> Acesso em: 07 abr. 2022.
- CRUZ, Rogério Schietti. Algumas premissas para o devido processo penal. *In*: MALAN, Diogo et al (Orgs.). **Processo penal humanista**: escritos em homenagem a Antonio Magalhães Gomes Filho. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.
- CUNHA, Vitor Souza. **Acordos de admissão de culpa no processo penal**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.
- DALIA, Andrea Antonio; FERRAIOLI, Marzia. **Manuale di diritto processuale penale**. 3ª ed. Padova: Cedam, 2000.
- DALIA, Gaspare. **Deflazione processuale e alternative al dibattimento**. Milano: Editora Giuffrè Francis Lefebvre, 2020.
- DAMASKA, Mirjan R. **The faces of justice and state Authority**. A comparative approach to the legal process. New Haven and London: Yale University Press, 1986.
- DAMASKA, Mirjan R. Negotiated justice in International Criminal Courts. *In*: THAMAN, Stephen (Ed.) **World plea bargaining**. Consensual procedures and the avoidance of the full criminal trial. Durham: Carolina Academic Press, 2010.
- DAVID, Décio Franco. A extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo nos crimes tributários e seu reflexo sobre os acordos de não persecução penal. *In*: BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo. **Acordo de não persecução penal**. 2. ed., 1. reimp. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2021.
- DAVID, Marisa Nunes Ferreira. **O regime legal da suspensão provisória do processo**. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito, Ciências Jurídico-Criminais) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016. Disponível em: <<https://eg.uc.pt/handle/10316/42070>> Acesso em: 27 jan. 2022.
- DERVIEUX, Valérie. O sistema francês. *In*: DELMAS-MARTY, Mireille. **Processo Penais da Europa**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 151-238.
- DIAS, Jorge Figueiredo. **Acordos sobre a sentença penal em processo penal**: o “fim” do estado de direito ou um novo “princípio”? Coimbra: Coimbra Editora, 2011.
- DIAS, Jorge Figueiredo; BRANDÃO, Nuno. **Sujeitos processuais penais**: o arguido e o defensor. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2020. Disponível em: <https://apps.uc.pt/mypage/files/nbrandao/2226> Acesso em: 26 jan. 2022.
- DIDIER Jr., Fredie, BOMFIM, Daniela. Colaboração premiada (Lei nº 12.850/2013): Natureza Jurídica e controle da validade por demanda autônoma – um diálogo como direito processual civil. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, n. 62, out./dez., 2016.
- DIEGO DÍEZ, Luis Alfredo de. **Justicia criminal consensuada**. Algunos modelos de derecho comparado em los E.E.U.U., Italia y Portugal. Valencia, Editora: Tirant lo Blach, 1999.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editora, 2002. v. I.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editora, 2002. v. II.
- DUARTE, Ana Cancela. Suspensão provisória do processo. Do incumprimento de injunções/regras de conduta, cumprimento defeituoso e outras após a decisão de enquadramento jurídico, prática e gestão processual. *In*: Coleção Formação do Ministério Público. **Aplicação de medidas**

de coação e suspensão provisória do processo. Trabalhos do 2ª Ciclo, do 32º Curso. Centro de Estudos Judiciários, abril de 2019.

DUBBER, Markus Dirk. American Plea Bargains, German Lay Judges, and the Crisis of Criminal Procedure. *Stanford Law Review*, v. 49, n. 3, p. 547-605, 1997.

ESPINOLA FILHO, Eduardo. **Código de processo penal brasileiro anotado.** Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1943. v. I

ESPINOLA FILHO, Eduardo. **Código de processo penal brasileiro anotado.** Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1942. vol. III.

FARIA, José Eduardo. Globalização é um problema, não um destino. **Getúlio**. São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, mar./2007 Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/getulio/article/download/61214/59427>> Acesso em: 26 abr. 2021.

FEELEY, Malcolm M. *Plea bargaining* e a estrutura do processo criminal. In: GLOECKNER, Ricardo Jacobesen (org.). **Plea Bargaining.** São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Teoria geral do procedimento e procedimento no processo penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FERNANDES, Antonio Scarance. Reflexões sobre as noções de eficiência e de garantismo no processo penal. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAIS, Maurício Zanoide de. (Orgs.). **Sigilo no processo penal, eficiência e garantismo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Reação defensiva à imputação.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

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

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão:** teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer (*et al*). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do processo legislativo.** São Paulo: Saraiva, 2002.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário da língua portuguesa.** 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1975.

FIDALGO, Sonia. O consenso no processo penal: reflexões sobre a suspensão provisória e o processo sumaríssimo. **Revista Portuguesa de Ciências Criminal**, Coimbra, v. 18, n. 2, abr./set., 2018.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge. **Direito processual penal.** Coimbra: Coimbra Editora, 1984. v. 1.

FISCHER, Douglas. Apontamentos sobre algumas questões relevantes do acordo de não persecução penal – ANPP. In: SALGADO, Daniel de Resende; KIRCHER, Luis Felipe Shneider; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro (coords.). **Acordos penais, cíveis e administrativos.** São Paulo: Editora JusPdivm, 2022.

FISCHER, Douglas. Não cabe acordo de não persecução penal em ações penais já em curso. **Meu site jurídico MSJ.**, 11 jul. 2020. Disponível em: <<https://meusitejuridico.editorajusdivm.com.br/2020/07/11/nao-cabe-acordo-de-nao-persecucao-em-aco-es-penais-em-curso/>> Acesso em: 08 maio 2022.

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos.** 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FRANCO, José Henrique Kaster. O papel do juiz no acordo de não persecução penal. In: BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo. **Acordo de não persecução penal.** 2. ed., 1. reimp. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2021.

FREIRE JR., Américo Bedê. Acordo de não persecução penal: permissões e vedações. In: CUNHA,

- Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renne do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (coords.). **Acordo de não persecução penal**. Resolução 181/2017 do CNMP. Salvador: Editora JusPodvim, 2017.
- GARCIA, Nicolás Rodríguez. **La justicia penal negociada**. Experiencias de derecho compado. Salamanca: Editora Universidad Salamanca, 1997.
- GEBRAN NETO, João Pedro; ARENHART, Bianca Georgia Cruz; MARONA, Luís Fernando Gomes. **Comentários ao novo inquérito policial**. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2021.
- GIACOMOLLI, Nereu José. **Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal na perspectiva das garantias constitucionais**: Alemanha - Espanha - Itália - Portugal - Brasil. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2006.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- GOMES, Luiz Flavio. **Suspensão condicional do processo**: o novo modelo consensual de justiça criminal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- GOMES, Luiz Flávio. **Suspensão condicional do processo**: o novo modelo consensual de justiça criminal: Lei 9.099, de 26.9.95. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- GOMES, Marcus Alan de Melo. Crítica à cobertura midiática da operação lava jato. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 122, v. 24, 2016.
- GONÇALVES, Monique Mosca. A tutela penal dos animais no contexto da nova lei nº 14.064/2020. **Boletim Criminal Comentado**, n. 114, out./2020. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/Boletim_Semanal/Boletim%20CAO-CRIM%20114.pdf> Acesso em: 05 jun. 2022.
- GREEN, Bruce A. Why should prosecutors “Seek Justice”? **Fordham Urban Law Journal**, v. 26, n. 3, 1999.
- GREENBLUM, Benjamin M. What happens to a prosecution deferred? Judicial oversight of corporate deferred prosecution agreements. **Columbia Law Review**, v. 105, n. 6, p. 1863-1904, oct./2005. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/4099504>> Acesso em: 05 fev. 2022.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarrance. **As nulidades no processo penal**. São Paulo: Malheiros Editora, 1992.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarrance; GOMES, Luiz Flavio. **Juizados Especiais**: comentários à Lei 9.099/95, de 26.09.1995. 2. ed. revista, atualizada e aumentada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo em evolução**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, a. 7, n. 27, jul./set., 1999.
- GUARAGNI, Fábio André. Acordo de não persecução penal: os contornos da confissão exigida pelo art. 28-A do CPP. *In*: BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo. **Acordo de não persecução penal**. 2. ed., 1. reimp. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2021.
- GUARAGNI, Fábio André. Impressões sobre a incidência do acordo de não persecução penal (anpp) nos crimes econômicos. *In*: MADEIRA, Guilherme; BADARÓ, Gustavo; CRUZ, Rogerio Schietti. **Código de processo penal: estudos comemorativos aos 80 anos de vigência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, v. 1.
- GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim; RIBEIRO, Sarah Gonçalves. A introdução do juiz de garantias no Brasil e o inquérito policial eletrônico. **Revista brasileira de direito processual**, n. 1, v. 6, 2020.
- GUINALZ, Ricardo Donizete. **Consenso no processo penal brasileiro**. São Paulo: Editora Liber

Ars, 2019

- HEERDT, Fábio Vieira. **Normas penais e os poderes do juiz: controle do déficit e do excesso de criminalização**. Curitiba: Juruá Editora, 2019.
- HOBBSAWN, Eric .A. **Era dos extremos**. O breve século XX: 1914-1991. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- IONTCHEVA TURNER, J. Judicial participation in plea negotiations: a comparative view. **American Journal of Comparative Law**, v. 54, p. 199-267, jun./2006.
- JUY-BIRMANN, Rudolphe. O sistema alemão. In: DELMAS-MARTY, Mireille (org.). **Processos penais da Europa**. Trad. de Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- KARAM, Maria Lúcia. **Juizados especiais criminais: a concretização antecipada do poder de punir**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- KURKOWSKI, Rafael Schwez. Crimes de maus tratos contra cães e gatos: ANPP e proibição de guarda. **Boletim Criminal Comentado**, n. 120, nov./2020. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/Boletim_Semanal/Boletim%20CAO-CRIM%20120.pdf> Acesso em: 05 jun. 2022.
- KUWAHARA, Shigueo. Discursos sobre a colaboração premiada na imprensa escrita e seu impacto na política brasileira: operação lava jato pré e pós campanha eleitoral. **REB. Revista de Estudos Brasilienses**, Salamanca, v. 5, n. 10, p. 106-118, 2018.
- LANGBEIN, Jhon H.. Compreendendo a curta história do *plea bargaining*. In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (org.). **Plea Bargaining**. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.
- LANGBEIN, John H.; WEINREB, Llouyd L. Continental criminal procedure: “myth” and reality. **The Yeale Law Journal**, v. 87, n. 8, July 1978.
- LANGER, Maximo. From legal transplants to legal translations: The globalization of plea bargaining and the americanization theisis in criminal procedure. **Harvard International Law Journal**, v. 5, n. 11, 2004.
- LANGER, Maximo. Rethinking plea bargaining: the practice and reform of prosecutorial adjudication in American criminal procedure. **American Journal of Criminal Law**, v. 33, p. 223-299, 2006.
- LANGER, Maximo. La larga sombra de las categorías acusatório-inquisitivo. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, ano 1, v. 1, p. 11-28, jan./jun., 2015.
- LANGER, Máximo. Plea bargaining, trial-avoiding conviction mechanisms and the global administratization of criminal convictions. **Annual Review Of Criminology**, v. 04, n. 1, jan./2021, p. 29. Disponível em: <https://escholarship.org/uc/item/99n2c6vn> Acesso em: 20 fev. 2022.
- LARA, Cipriano Gómez. **Teoría general del proceso**. 10. ed., 5. reimp. Cidade do México: Oxford University Press México, 2007.
- LEITE, Rosemeire Ventura. **Justiça consensual e efetividade do processo penal**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2013.
- LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.
- LETURMY, Laurence; BOSSAN, Jérôme. La comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité. Bilans et perspectives. [Rapport de recherche] **Mission de Recherche Droit et Justice**, 2019. Disponível em: <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-02371728> Acesso em: 05 jan. 2022.
- LIMA, Marco Antônio Ferreira. Da eficiência da justiça consensual diante dos acordos de não persecução penal. In: ARANHA FILHO, Adalberto José Q. T.; MAGNO, Levy Manoel; CURY,

- Rogério (coords.). **Temas atuais de direito penal e direito processual penal**. São Paulo: Editora Rideel, 2021.
- LOPES JR., Aury. **Introdução crítica ao processo penal**: (fundamentos da instrumentalidade constitucional). 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- LOPES JR., Aury. A tridimensionalidade da crise do processo penal brasileiro: crise existencial, identitária da jurisdição e de (in) eficácia do regime de liberdade individual. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 26, n. 143, mai. 2018.
- LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.
- LOPES, FR. Aury; JOSITA, Higyna. Questões polêmicas do acordo de não persecução penal. **Conjur**, 06 mar. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mar-06/limite-penal-questoes-polemicas-acordo-nao-persecucao-penal>>. Acesso em: 08 maio 2022.
- MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal**: fundamentos. 2. ed. 3. reimp. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004
- MALAN, Diogo. **A sentença incongruente no processo penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.
- MALAN, Diogo; SAAD, Marta. Devido processo legal e virtualização de audiências criminais. *In*: MADEIRA, Guilherme; BADARÓ, Gustavo; CRUZ, Rogerio Schietti. **Código de processo penal**: estudos comemorativos aos 80 anos de vigência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, v.2.
- MARCOLINI, Stefano. **Il patteggiamento nel sistema della giustizia penale negoziata**. Milano: Giuffrè, 2005.
- MARQUES, Jose Frederico. **Elementos de direito processual penal**. 2. ed., São Paulo: Editora Forense, 1965. v. 1, p. 59-70.
- MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. São Paulo: Editora Forense, 1965. v. II.
- MARSTALLER, Marie-Lena. The legality principle: an effective way to minimise the European prosecutors' influence on substantive criminalisation? **EuCLR European criminal law review**. 2. ed. Nomos elibrary: 2016, v. 6, p. 170. Disponível em: <https://www.nomos-elibrary.de/10.5771/2193-5505-2016-2-161.pdf?download_full_pdf=1> Acesso em: 10 fev. 2022.
- MARTINELLI, João Paulo Orsini; SILVA, Luís Felipe Sene da. Mecanismos de justiça consensual e o acordo de não persecução penal. *In*: BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo. **Acordo de não persecução penal**. 2. ed., 1. reimp. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2021.
- MARTINS, Eliezer Pereira. Acordo de não persecução penal (ANPP) na jurisdição criminal militar – cabimento e benefícios para a hierarquia e disciplina no direito penal orientado pelas consequências e a superação do *summum ius, summa iniuria* na justiça castrense. *In*: **Acordo de não persecução penal**: estudos no processo penal comum e militar. 2. ed. São Paulo: Dia a Dia Forense Editora, 2021.
- MARTINS, Humberto. A audiência de custódia na ordem jurídica brasileira. *In*: MADEIRA, Guilherme; BADARÓ, Gustavo; CRUZ, Rogerio Schietti. **Código de processo penal**: estudos comemorativos aos 80 anos de vigência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, v. 2.
- MCLEOD, Allegra M. Exporting U.S. Criminal Justice. **Yale Law & Policy Review**, n. 29, 2010, p. 108. Disponível em: <<https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/1278/>> Acesso em: 25 fev. 2022.
- MELCHIOR, Antonio Pedro. A comissão de juristas para o código de processo penal – 1937/1938. *In*: MADEIRA, Guilherme; BADARÓ, Gustavo; CRUZ, Rogerio Schietti. **Código de**

- processo penal:** estudos comemorativos aos 80 anos de vigência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. v. 1.
- MENDES, Francisco Schertel. **Leniency policies in the prosecution of economic crimes and corruption consensual justice and search for truth in Brazilian and German law.** Berlin: Editora Nomos, 2021.
- MENDONÇA, Andrey Borges de. Os benefícios possíveis na colaboração premiada: entre a legalidade e a autonomia da vontade. *In:* BOTTINI, Pierpaolo Cruz; MOURA, Maria Thereza de Assis. **Colaboração premiada.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.
- MICHAELIS. **Dicionário brasileiro da língua portuguesa.** São Paulo: Editora Melhoramentos, 2022, versão online, disponível em: < <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/circunstancial%20/>> Acesso em: 10 maio 2022.
- MILLER, Mary. More Than Just a Potted Plant: A Court's Authority to Review Deferred Prosecution Agreements Under the Speedy Trial Act and Under Its Inherent Supervisory Power. **Michigan Law Review**, v. 115, n. 1, 2016.
- MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Caso Lava Jato.** Conheça a linha do tempo. Disponível em: < <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/linha-do-tempo> > Acesso em 28 nov. 2021.
- MORAES, Alexandre Rocha Almeida de; BECHARA, Fabio Romazzini. Acordo de não persecução penal e restrição das hipóteses de cabimento a partir dos mandados constitucionais de criminalização. *In:* SALGADO, Daniel de Resende; KIRCHER, Luis Felipe Shneider; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro (coords.). **Acordos penais, cíveis e administrativos.** São Paulo: Editora JusPdivm, 2022.
- MOREIRA, Rômulo de Andrade. O acordo de não persecução penal. *In:* BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo. **Acordo de não persecução penal.** 2. ed., 1. reimp. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2021.
- MOTTA, Leonardo Logo. A suspensão condicional do processo (art. 89, da Lei n. 9.099/1955) e os seus aspectos práticos controvertidos. **Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União**, a. 13, n. 42-43, jan./dez., 2014.
- MOURA, Maria Thereza de Assis. **Justa causa para ação penal – doutrina e jurisprudência.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.
- MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; MAHMOUD, Mohamad Ale Hasan. A reforma processual penal. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. **Revista de Informação Legislativa -RIL**, n. 183, v. 46, 2009.
- MOURA, Maria Thereza de Assis. Introdução. *In:* BOTTINI, Pierpaolo Cruz; MOURA, Maria Thereza de Assis. **Colaboração premiada.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.
- MOURA, Maria Thereza de Assis. A *ratio decidendi* da ação penal 937-QO/STF e a nova matriz hermenêutica do regime de prerrogativa de foro. *In:* MALAN, Diogo et al (Orgs.). **Processo penal humanista: escritos em homenagem a Antônio Magalhães Gomes Filho.** Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.
- MOURA, Maria Thereza de Assis; SAAD, Marta. Acordo de não persecução penal: desafios já diagnosticados da reforma trazida pela lei n. 13.964/2019. *In:* SALGADO, Daniel de Resende; KIRCHER, Luis Felipe Shneider; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro (coords.). **Acordos penais, cíveis e administrativos.** São Paulo: Editora JusPdivm, 2022.
- NASCENTES, Antenor. **Dicionário da língua portuguesa.** Departamento de Imprensa Nacional, 1º Tomo A-C, 1961.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado.** 19. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2020.

- NORONHA, Edgard Magalhães. **Curso de direito processual penal**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1976.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 4. ed. rev., atual., ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 6. ed. rev., atual., ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 9. ed., .rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 10. ed. São Paulo: Revistado dos Tribunais, 2013.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Pacote anticrime comentado: Lei 13.964, de 24.12.2019**. 2. ed., rev., atual., ampl. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2021.
- NUNES, Adeildo. A reforma do processo penal. **Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária**, n. 22, v.1, 2009/2010.
- OLIVEIRA, Rafael Serra. **Consenso no processo penal: uma alternativa a crise do sistema criminal**. São Paulo: Almedina, 2015.
- PÁDUA, Luciano. Dos 163 condenados na Lava Jato de Curitiba, 40% são delatores. **Jota**, 15 abr. 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/justica/lava-jato-curitiba-condenados-delatores-15042019>. Acesso em: 29 nov. 2021..
- PERRODET, Antoinette. O sistema italiano. In: DELMAS-MARTY, Mireille (org.). **Processos penais da Europa**. Trad. de Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- PETTUS-DAVIS, Carrie et al. **Deferred Prosecution Programs**. Institute For Justice Research And Development at Florida State University's College of Social Work, the University of Chicago School of Social Service Administration, and the Center for Social Development at Washington University's Brown School. Disponível em: < https://ijrd.csw.fsu.edu/sites/g/files/upcbnu1766/files/media/images/publication_pdfs/deferred_prosecution_programs_implementation_guide.pdf > Acesso em: 05 jan. 2022.
- PINHEIRO, Igor Pereira; MESSIAS, Mauro. **Acordos de não persecução penal e cível**. Leme: Editora Mizuno, 2021.
- PINHO, Ana Claudia Bastos de; SALES, José Edvaldo Pereira. Processo penal autoritário versus processo penal garantista: dois antípodas, uma escolha. In: MADEIRA, Guilherme; BADARÓ, Gustavo; CRUZ, Rogerio Schietti. **Código de processo penal: estudos comemorativos aos 80 anos de vigência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, v. 1.
- PIZZI, William T.; MARAFIOTI, Luca. The new code Italian of criminal procedure: the difficulties of building an adversarial trial system on a civil law foundation. **The Yale Journal of International Law**, v. 17, n. 1, winter 1992.
- POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila; CAMARGO, Rodrigo Oliveira de. A relevância do juiz das garantias para a investigação defensiva na fase preliminar. **Boletim IBCCRIM**, n. 334, v. 28, 2020.
- PRADO, Geraldo. **Transação penal**. 2. ed., rev., atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- PUSSINI, Ileana. La natura della causa di non punibilità ex art. 323 ter c.p. e la sua applicabilità al traffico di influenze illecite e al fatto commesso dall'agente provocatore. **Revista Cammino Diritto**, n. 10, 2020, disponível em: <<https://rivista.camminodiritto.it/articolo.asp?id=5812>> acesso em: 14 jun. 2022.

- RAMOS, André de Carvalho. **Processo internacional de direitos humanos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- RAMOS, João Gualberto Garcez. **Curso de processo penal norte-americano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- RAPOZA, Phillip. A experiência americana do *plea bargaining*: a exceção transformada em regra. **Julgar**, n. 19, 2013.
- RAUXLOH, Regina E. Formalization of Plea Bargaining in Germany: Will the New Legislation Be Able to Square the Circle? **Fordham International Law Journal**, v. 34, 2011, p. 304. Disponível em: <<https://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2278&context=ilj>> Acesso em: 10 fev. 2022.
- REILLY, Peter. Negotiating Bribery: Toward Increased Transparency, Consistency, and Fairness in Pretrial Bargaining Under the Foreign Corrupt Practices Act. **Hastings Business Law Journal**, v. 10, n. 2, 2014.
- ROCHA, André Aarão. **Acordo de não persecução penal**: aspectos técnicos e procedimentais. Atualização conforme a lei 13.964/2019 (pacote anticrime). Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2021.
- ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. Acordo de não persecução penal na justiça militar. In: BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo. **Acordo de não persecução penal**. 2. ed., 1. reimp. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2021.
- RODRIGUES, Anabela Miranda. Globalização, democracia e crime. In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antônio Marques. **Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais** – Visão luso-brasileira. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- ROMERO, Eneas. A colaboração premiada. In: AMBOS, Kai; ROMERO, Eneas (coords.). **Crime organizado: análise da lei 12.850/2013**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2017.
- ROSA, Alexandre Morais da; ROSA, Luísa Walter da; BERMUDEZ, André Luiz. **Como negociar o acordo de não persecução penal**: limites e responsabilidades. Florianópolis: Editora Emais, 2021.
- ROSS, Jacqueline E. The entrenched position of plea bargaining in United States legal practice. In: THAMAN, Stephen C. (ed.). **World plea bargaining**: consensual procedures and the avoidance of the full criminal trial. Durham: Carolina Academic Press, 2010.
- ROTH, Ronaldo João; MORAES, Vinicius Costa de Moraes; GOMES, Lucas de Assunção. A inaplicabilidade da inovação do acordo de não persecução penal aos crimes militares. In: ROTH, Ronaldo João (coord.). **Acordo de não persecução penal**: estudos no processo penal comum e militar. 2ª ed. São Paulo: Dia a Dia Forense Editora, 2021.
- ROXIN, Claus. **Derecho procesal penal**. Buenos Aires: Editora Didot, 2019.
- SAAD, Marta. **O direito de defesa do inquérito policial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.
- SAAD, Marta; MALAN, Diogo Rudge. Origens históricas dos sistemas acusatório e inquisitivo. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 842, 2005.
- SAAD, Marta. Duas formas de ciência da acusação, premissa para o pleno exercício do direito de defesa: acusação formal, cetra e definida. In: VILARDI, Celso Sanchez; BRESSER PEREIRA, Flávia Rahal; DIAS NETO, Theodomiro (coords.). **Crimes Econômicos e Processo Penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.
- SAAS, Claire. De la composition pénale au plaider-coupable: le pouvoir de sanction du procureur. **Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé**, n. 4, oct./déc. 2004.
- SALAS, Denis. O papel do juiz. In: DELMAS-MARTY, Mireille (org.). **Processos penais da Europa**. Trad. de Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 507-558.

- SALGADO, Daniel de Resende. A horizontalização do acordo de não persecução penal. In: SALGADO, Daniel de Resende; KIRCHER, Luis Felipe Shneider; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro (coords.). **Acordos penais, cíveis e administrativos**. São Paulo: Editora JusPdivm, 2022.
- SALOMI, Máira Beauchamp. Colaboração premiada: principais questões acerca da competência para homologação. In: BOTTINI, Pierpaolo Cruz; MOURA, Maria Thereza de Assis. **Colaboração premiada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.
- SANTOS, Cláudia Cruz. Decisão penal negociada. **Julgar**, Lisboa, n. 25, p. 145-160, jan./jul., 2015.
- SANTOS, Cláudia Cruz. O controle judicial da violação dos prazos de duração máxima do inquérito. **Julgar**, n. 32, 2017.
- SCALZARETTO, Adriano. **Efeitos penais dos acordos administrativos**. São Paulo: Quartier Latin, 2021.
- SCHOENBERG, Tom; ZAJAC, Andrew IBM Judge Questions SEC on Foreign Bribe Settlement. **Bloomberg Business**, Mar. 20, 2016. Disponível em: < <https://perma.cc/3UPA-5RVE> > Acesso em: 05 jan. 2022.
- SILVA, Aida Ferreira da. Suspensão provisória do processo – incumprimento de injunções/regras de conduta, cumprimento defeituoso e outras vicissitudes após a decisão. Enquadramento jurídico, prática e gestão processual. In: Coleção Formação do Ministério Público. **Aplicação de medidas de coação e suspensão provisória do processo**. Trabalhos do 2ª Ciclo, do 32º Curso. Centro de Estudos Judiciários, abril de 2019.
- SILVA, Amanda Scalisse. A reparação do dano e a restituição da coisa como condição para a celebração do acordo de não persecução penal para crimes de natureza patrimonial e tributária. In: BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo. **Acordo de não persecução penal**. 2. ed., 1. reimp. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2021.
- SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 24. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004
- SILVA, Reginaldo Pereira. **Justificação como requisito essencial do devido processo legislativo: o caso da estimativa de impacto fiscal das proposições legislativas**. Brasília: Senado Federal – Instituto Legislativo Brasileiro, 2018, p. 20-27. Disponível em: < <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/556136> > Acesso em: 07 abr. 2022.
- SILVARES, Ricardo. Algumas espécies de crimes e a (in) compatibilidade com o acordo de não persecução penal. In: ARANHA FILHO, Adalberto José Q. T.; MAGNO, Levy Manoel; CURY, Rogério (coords.). **Temas atuais de direito penal e direito processual penal**. São Paulo: Editora Rideel, 2021.
- SOUZA, Luiz Roberto Salles de. **Da atuação do ministério público brasileiro na fase pré-processual: uma análise crítica**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002.
- SOUZA, Luiz Roberto Salles; CABORNI, Christian Marcos. A reafirmação do processo acusatório e contraditório no processo penal brasileiro: as reformas de junho de 2008. **Revista da ESMP**, a. 1, v. 2, p. 41-46, jul./dez., 2008.
- SOUZA, Renée do Ó; DOWER, Patricia Eleutério Campos. Algumas respostas sobre o acordo de não persecução penal. In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renée do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (Orgs.). **Acordo de não persecução penal**. 2. ed. Salvador: Editora JusPodvim, 2018.
- SPENCER, J.R. O sistema inglês. In: DELMAS-MARTY, Mireille (org.). **Processos penais da Europa**. Trad. de Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- SUXBERGER, Antonio. Acordo de não persecução penal: reflexão a partir da inafastabilidade da tutela jurisdicional. In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renée do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (Orgs.). **Acordo de não persecução penal**.

Salvador: Editora JusPodvim, 2017.

SUXBERGER, Antonio. Projeto de lei “anticrime” a adoção do procedimento abreviado no Brasil. In: SUXBERGER, Antonio; SOUZA, Renee do Ó; CUNHA, Rogério Sanches (coords.). **Projeto de lei anticrime**. Salvador: Editora JusPodvim, 2019.

SUXBERGER, Antonio; SOUZA, Renee do Ó; CUNHA, Rogério Sanches. Nota dos coordenadores. In: SUXBERGER, Antonio; SOUZA, Renee do Ó; CUNHA, Rogério Sanches (coords.). **Projeto de lei anticrime**. Salvador: Editora JusPodvim, 2019.

TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**: o juiz e a construção dos fatos. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2016.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Felipe de. Inquietações sobre a audiência de custódia. In: MADEIRA, Guilherme; BADARÓ, Gustavo; CRUZ, Rogerio Schietti. **Código de processo penal**: estudos comemorativos aos 80 anos de vigência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, v. 2.

TESCAROLI, Luca. La cd. legge spazzacorrotti: analisi e problematiche delle novità sostanziali e processuali della legge n. 3 del 2019. *QUESTIONE GIUSTIZIA*, 09 SET. 2019. Disponível em: < https://www.questionegiustizia.it/articolo/la-cd-legge-spazzacorrotti-analisi-e-problematiche_09-09-2019.php> Acesso em: 14 FEV. 2022.

THAMAN, Stephen C. (ed.). **World plea bargaining**: consensual procedures and the avoidance of the full criminal trial. Durham: Carolina Academic Press, 2010.

THAMAN, Stephen. A typology of consensual criminal procedures: an historical and comparative perspective on the theory and practice of avoiding the full criminal trial. In: THAMAN, Stephen (Ed.) **World plea bargaining**. Consensual procedures and the avoidance of the full criminal trial. Durham: Carolina Academic Press, 2010.

TONINI, Paolo. **Manuale di procedura penale**. Milano: Giuffrè Editore, 8. ed., 2007.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 20. ed. rev., mod., ampl. São Paulo: Saraiva, 1998.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de processo penal comentado**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

TUCCI, Rogério Lauria. Devido processo penal e alguns de seus mais importantes corolários. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, n. 88, 1993.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 4. ed. rev., atual., ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

TULKENS, François. Justiça negociada. In: DELMAS-MARTY, Mireille (org.). **Processos penais da Europa**. Trad. de Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

TULKENS, François; KERCHOVE, Michel van. La justice penale: justice imposée, justice participative, justice consensuelle ou justice négociée? **Revue de Droit Penal et de Criminologie**, Bruxelles, a. 76, mai 1996.

UNIÃO EUROPEIA. Conseil de l'Europe. Comité des Ministres. **RECOMMANDATION N° R (87) 18** concernant la simplification de la justice pénale. 17 Sep. 1987. Disponível em: <https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016804e3ccf>. Acesso em: 06 fev. 2021.

VALENTE, Victor Augusto Estevam. Reparação do dano e os reflexos da confissão pré-processual no acordo de não persecução penal. In: BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo. **Acordo de não persecução penal**. 2. ed., 1. reimp. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2021.

VASCONCELLOS, Vinicius G.; CAPPARELLI, Bruna. Barganha no processo penal italiano: análise crítica do patteggiamento e das alternativas procedimentais na justiça criminal. **Revista**

- Eletrônica de Direito Processual – REDP. Periódico Semestral da Pós-Graduação *Stricto Sensu* da UERJ**, v. 15, jan./jun., 2015.
- VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e justiça criminal negocial**: Análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCRIM, 2015.
- VASCONCELLOS, Vinicius Gomes; MOELLER, Uriel. Acordos no processo penal alemão: descrição do avanço da barganha da informalidade à regulamentação normativa. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, v. 1, 2016.
- VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração premiada**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.
- VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Não-obrigatoriedade e acordo de não persecução penal na resolução 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público. **Boletim IBCCRIM**, n. 299, v. 25, 2017.
- VASCONCELLOS, Vinicius. **Acordo de não persecução penal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.
- WATSON, Alan. **Legal transplants**. An approach to comparative law. Athens/London: The University of Georgia Press, 1974.
- WEINER, Jonathan B. Responding to the global warming problem: something borrowed for something blue: legal transplants and the evolution of global environmental law. **Ecology Law Quarterly**, v. 27, n. 4, p. 1295-1372, 2001.
- WIEGAND, Wolfgang. The reception of american law in Europe. **The American Journal of Comparative Law**, v. XXXIX, n. 2, 1991.
- WINTER, Lorena Bachmaier. Justiça negociada e coerção: reflexões à luz da jurisprudência do tribunal europeu de direitos humanos. In: Gloeckner, Ricardo Jacobesen (org.). **Plea Bargaining**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.
- ZACCHÈ, Francesco. **Il giudizio abbreviato**. Milão: Editora Giuffrè, 2004.
- ZANOIDE DE MORAES, Mauricio. Política criminal, Constituição e processo penal: razões da caminhada brasileira para institucionalização do caos. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 1, jan./dez. 2006.
- ZANOIDE DE MORAES, Maurício. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- ZILLI, Marcos. No acordo de colaboração entre gregos e troianos o cavalo é o prêmio. **Boletim IBCCRIM**, n. 300, nov./2017.
- ZILLI, Marcos. Pelo movimento antropófago do processo penal: *to bargain or not bargain?* Eis a questão. In: MALAN, Diogo et al (Orgs.). **Processo penal humanista**: escritos em homenagem a Antonio Magalhães Gomes Filho. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.
- ZILLI, MARCOS. Transplantes, traduções e cavalos de troia. O papel do juiz no acordo de colaboração premiada. Leituras à luz da operação lava jato. In: AMBOS, Kai; ZILLI, Marcos; MENDES, Paulo de Souza (coords.). **Corrupção. Ensaios sobre a Operação Lava Jato**. São Paulo: Marcial Pons, 2019
- ZILLI, Marcos. Leis mistas e direito intertemporal: leituras a partir da Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime). In: ARANHA FILHO, Adalberto José Q. T.; MAGNO, Levy Manoel; CURY, Rogério (coords.). **Temas atuais de direito penal e direito processual penal**. São Paulo: Editora Rideel, 2021.

ZILLI, Marcos. Tudo que é sólido desmancha no ar. Do processo penal disputado à revolução consensual. Presente, passado e futuro do processo penal brasileiro. In: MADEIRA, Guilherme; BADARÓ, Gustavo; CRUZ, Rogerio Schietti. **Código de processo penal: estudos comemorativos aos 80 anos de vigência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, v. 1.

ZILLI, Marcos. Justiça disputada e a justiça consensual. Os modos de solução do conflito penal. Enredos e intersecções. Proposta de tipologia. In: SALGADO, Daniel de Resende; KIRCHER, Luis Felipe Shneider; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro (coords.). **Acordos penais, cíveis e administrativos**. São Paulo: Editora JusPdivm, 2022.

LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Regras de Tóquio**. Regras mínimas padrão das nações unidas para a elaboração de medidas não privativas de liberdade. Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/6ab7922434499259ffca0729122b2d38-2.pdf>> Acesso em: 01 jun. 2022.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 329 de 30 julho de 2020**. Regulamenta e estabelece critérios para a realização de audiências e outros atos processuais por videoconferência, em processos penais e de execução penal, durante o estado de calamidade pública, reconhecido pelo Decreto Federal nº 06/2020, em razão da pandemia mundial por Covid-19. Brasília: CNJ, 2020. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3400>> Acesso em: 04 jun. 2022.

BRASIL, Senado Federal. **Parecer (SF) nº 163, de 2019**. Da COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA E CIDADANIA, sobre o Projeto de Lei nº 6341, de 2019, que Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília: Senado Federal, 2019. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8053121&ts=1630441904205&disposition=inline>> Acesso em: 06 fev. 2022..

BRASIL. 2ª CCR. **Expediente JF-CPS-0001846-36.2009.4.03.6105**, Rel. Carlos Frederico dos Santos, DJ: 21.02.2022, p. 09.03.2022. Disponível em: <<http://www.transparencia.mpf.mp.br/conteudo/diarios-e-boletins/diario-eletronico-dmpf-e/2022/DMPF-EXTRA-JUDICIAL-2022-03-09.pdf>> Acesso em: 10 MAIO 2022.

BRASIL. Advocacia Geral da União. **ADI nº 5790, em 12 de março de 2018**. Rel. Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 12 mar. 2018. (Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginador-pub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=725187187&prcl>> Acesso em: 28 nov. 2021.

BRASIL. Assembleia Geral Constituinte. Volume 114. III – Comissão da Organização dos Poderes e Sistema de Governo. III-c) - Subcomissão do poder judiciário e do ministério público. Anteprojeto. Relatório sobre a organização do poder judiciário e do ministério público. Brasília, 1987. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-114.pdf>> Acesso em: 20 nov. 2021

BRASIL. Câmara dos Deputados. Grupo sobre pacote anticrime aprova regra para acordos judiciais **Agência Câmara de Notícias**, 7 ago. 2019. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/noticias/567659-grupo-sobre-pacote-anticrime-aprova-regra-para-acordos-judiciais/>>. Acesso em: 05 jan. 2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **PL 10372/2018**. Introdz modificações na legislação penal e processual penal para aperfeiçoar o combate ao crime organizado, aos delitos de tráfico de drogas, tráfico de armas e milícia privada, aos crimes cometidos com violência ou grave ameaça e crimes hediondos, bem como para agilizar e modernizar a investigação criminal e a persecução penal. Brasília: Câmara dos Deputados, 2018. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2178170>> Acesso em: 04 jun. 2022..

- BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 1480, de 23 de fevereiro de 1989**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências Regulamenta o artigo 98, inciso I, da Constituição Federal. Brasília: Câmara dos Deputados, 1989. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=25233>> Acesso em: 20 nov. 2021.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 8045/2010**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2010. Câmara dos Deputados. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>> Acesso em: 07 abr. 2022.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução 213, de 15 de Dezembro de 2015**. Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas. Brasília: CNJ, 2015. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_213_15122015_22032019145102.pdf> Acesso em 04 jun. 2022.
- BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução n. 181, de 7 de agosto de 2017**. Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Conselho Nacional do Ministério Público, 7 de agosto de 2017. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-181-1.pdf> Acesso em: 12 abr. 21.
- BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução nº 181/2017**. CNMP, 2017. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao%20n%C3%A7%C3%A3o-181.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2021.
- BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução nº 183, de 24 janeiro de 2018**. Altera os artigos 1º, 3º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10, 13, 15, 16, 18, 19 e 21 da Resolução 181, de 7 de agosto de 2017, que dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-183.pdf>> Acesso em: 28 nov. 2021.
- BRASIL. Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. **Enunciados**. Disponível em: <<https://www.mpdft.mp.br/portal/index.php/cmaras-de-coordenao-e-revisao-menu/230-camaras-reunidas/696-enunciados>> Acesso em: 10 maio 2022.
- BRASIL. Ministério Público Federal. **Orientação conjunta nº 03/18** – revisada e ampliada a partir da edição da Lei 13.964/2019. Brasília: MPF, 2020. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/orientacoes/Orientacao%20ANPP%20versao%2010-03-%202020%20-%20ampliada%20e%20revisada%20-%20assinada.pdf>> Acesso em: 01 maio 2022.
- BRASIL. Ministério Público Federal. **Acordos de não persecução penal**. “Investigações mais céleres, eficientes e desburocratizadas.” Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/publicacoes/apresentacoes/apresentacao-sobre-acordos-de-nao-persecucao-penal-anpp-e-30-012020.pdf>> Acesso em: 12 dez. 2021.
- BRASIL. Ministério Público Federal. **PET 7990**. Brasília, 31 de julho de 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/acordo-nao-persecucao-penal-onyx.pdf>> Acesso em: 06 jun. 2022.
- BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 513, de 2013**. Altera a Lei de Execução Penal. Brasília: Senado, 2013. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7172128&ts=1630418810656&disposition=inline>> Acesso em: 28 nov. 2021.
- BRASIL. Senado. Comissão de juristas para elaboração da reforma do Código de Processo Penal. **Anteprojeto**. Brasília: Senado Federal, 2009. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=2966191&ts=1630439504987&disposition=inline>> Acesso em: 07 abr. 2022.

- BRASIL. Senado. **Projeto de Lei do Senado nº 156/2009**. Brasília: Senado Federal, 2009. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/90645>> Acesso em: 07 abr. 2022.
- BRASIL. STF. **HC 202.557/SP**, Rel. Ministro Edson Fachin, DJ: 03.08.2021, DJe: 12.08.2021.
- BRASIL. STF. **HC 176.785/DF**, Rel. Ministro Gilmar Mendes. DJ: 19.05.2020.
- BRASIL. STF. **ADI 5790 DF**, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5283027> > Acesso em: 28 nov. 2021.
- BRASIL. STF (1. Turma). **HC 74.017/CE**, Rel. Ministro Octavio Gallotti. DJ: 13.08.1996, p. 27.09.2016.
- BRASIL. STF (1. Turma). **HC nº 137.078/SP**, Rel. Ministra Rosa Weber, DJ: 14.03.2017, p. 24.04.2017.
- BRASIL. STF (1. Turma). **HC 136.053/SP**, Rel. Ministro Marco Aurélio, DJ: 07.08.2018, p. 24.09.2018.
- BRASIL. STF (1. Turma). **PET 7.990/DF**, Rel. Min. Marco Aurélio, 19.02.2021. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/PET7990homologao.pdf>> Acesso em: 06 jun. 2022.
- BRASIL. STF (1. Turma). **AgR no HC 191464/SC**, Rel. Ministro Roberto Barroso, DJ: 11.11.2020, Dje: 26.11.2020.
- BRASIL. STF (2. Turma). **HC 194.677/SP**, Rel. Ministro Gilmar Mendes, DJ: 11.05.2021, DJe: 13.08.2021.
- BRASIL. STF (2. Turma). **HC 72.765/SP**, Rel. Ministro Maurício Corrêa, DJ: 24.10.1995, p. 12.04.1996..
- BRASIL. STF (2. Turma). **HC 75.518/SP**, Rel. Ministro Carlos Velloso, DJ: 04.11.1997, p. 02.05.2003.
- BRASIL. STF (2. Turma). **HC 81.228/RJ**, Rel. Ministro Celso de Mello, DJ: 13.03.2002, p. 27.06.2013.
- BRASIL. STF (2. Turma). **RE 1.039.886-Agr**, Rel. Ministro Edison Fachin. DJ: 06.10.2017, p. 25.10.2017.
- BRASIL. STF (2. Turma). **ARE 1.064.517**, Rel. Ministro Edison Fachin. DJ: 23.08.2019, p. 03.09.2019.
- BRASIL STF (2. Turma). **HC 186.421/SC**, Rel. Ministro Celso de Mello, DJ: 20.10.2020, p. 17.11.2020.
- BRASIL. STF (2. Turma). **Agravo Regimental em Habeas Corpus nº 179.464**. Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, DJ: 03.03.2020.
- BRASIL. STF (2. Turma). **Rcl 43.0007/DF AgR-segundo**, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, DJ: 21.02.2022, DJe 24.03.2022.
- BRASIL. STF (Tribunal Pleno). **HC 75.843/MG**, Rel. Ministro Octavio Gallotti, DJ: 12.11.1977, p. 18.06.2001.
- BRASIL. STF (Tribunal Pleno). **QO no INQ 1055**, Rel. Ministro Celso de Mello, DJ: 24.04.1996, p. 24.05.1996.
- BRASIL. STF (Tribunal Pleno). **HC 75343/MG**, Rel. Ministro Octavio Galloti, Rel. do acórdão Ministro Sepúlveda Pertence. DJ: 12.11.1997, p. 18.06.2001.
- BRASIL. STF (Tribunal Pleno). **ADI 4414**, Rel. Ministro Luiz Fux. DJ: 31.05.2012.

- BRASIL. STF (Tribunal Pleno). **HC 127.483/PR**, Rel. Min. Dias Toffoli. DJ: 27.08.2015.
- BRASIL. STF (Tribunal Pleno). **HC 99.743/RJ**, Rel. Ministro Marco Aurelio, Rel. p/ acórdão Ministro Luiz Fux, DJ: 06.10.2011, p. 21.08.2012.
- BRASIL. STF (Tribunal Pleno). **MC na ADPF 347/DF**, Rel. Ministro Marco Aurélio, DJ: 09.09.2015, p. 19.02.2016.
- BRASIL. STF (Tribunal Pleno). **EP 8 ProgREg-Agr**, Rel. Ministro Roberto Barroso, DJ: 01.07.2020, p. 20.09.2017
- BRASIL. STF. **ADI 6298 MC / DF**. Rel. Ministro Luiz Fux. DJ: 22.01.2020. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6298.pdf>> Acesso em: 02 abr. 2022.
- BRASIL. STF. **HC 185913/DF**, Rel. Ministro Gilmar Mendes Disponível em:<<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5917032>> Acesso em: 08 maio 2022.
- BRASIL. STJ. Lei Maria da Penha é aplicável à violência contra mulher trans, decide Sexta Turma. **STJ**, 06 abr. 2022. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/05042022-Lei-Maria-da-Penha-e-aplicavel-a-violencia-contra-mulher-trans--decide-Sexta-Turma.aspx> > Acesso em: 05 jun. 2022
- BRASIL. STJ (1. Turma). **HC 175.048/SP**, Rel. do Acórdão Ministro Alexandre de Moraes, DJ: 28.04.2020, Dje 18.08.2020
- BRASIL. STJ (1. Turma). **AgR no HC 191.124/RO**, Rel. Ministro Alexandre de Moraes, DJ: 08.04.2021, Dje: 13.04.2021.
- BRASIL. STJ (3. Turma). **Tema Repetitivo 930**, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, DJ: 25.11.15, p. 02.12.2015.
- BRASIL. STJ (5. Turma) **HC 121.216/DF**, Rel. Min. Jorge Mussi, DJ: 19.05.2009, Dje 01.06.2009.
- BRASIL. STJ (5. Turma). **AgRg na PET no AREsp 1664039/PR**, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. DJ: 20.10.2020, Dje: 26.10.2020
- BRASIL. STJ (5. Turma). **AgRg no REsp 1.844.856/SC**, Rel. Ministro Jorge Mussi, DJ: 5.5.2020, Dje: 18.5.2020.
- BRASIL. STJ (5. Turma). **AgRg no HC 622.527/SP**, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, DJ: 23.02.2021, DJe: 01.03.2021.
- BRASIL. STJ (5. Turma). **AgRg no RHC 155.076/SP**, Rel. Ministro. Jesuíno Rissato (Desembargador convocado do TJDF), DJ: 13.12.2021, DJe: 16.12.2021.
- BRASIL. STJ (5. Turma). **RHC 161.251/PR**, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, DJ: 10.05.2022, DJe: 16.05.2022.
- BRASIL. STJ (6. Turma). **AgRg no HC 575395/RN**, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, DJ: 08.09.2020, DJe 14.09.2020.
- BRASIL. STJ (6. Turma). **AgRg no HC 578.934/SP**, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, DJ: 02.06.2020, DJe: 08.06.2020.
- BRASIL. STJ (6. Turma). **AgRg no HC 628647/SC**, Rel. p/ Acórdão Ministra Laurita Vaz. DJ: 09.03.2021, DJe: 07.06.2021.
- BRASIL. TRF 1ª Região. **Processo Nº 0000774-67.2016.4.01.3601**. Cáceres, 16 out. 2019. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/dl/acordo-nao-persecucao-cnmp.pdf> > Acesso em: 12 dez. 2021
- BRASIL. TRF 3 (11. Turma). **APC nº 0001880-50.2005.4.03.6105**, Rel. Des. Fausto de Sanctis, DJ: 27.08.2020, DJe 17.09.2020.
- BRASIL. TRF 5. **MSC 0804975-89.2019.4.05.0000**. DJ: 20.08.2019.

- BRASIL. TRF-3 (14. Turma). **ED na APCrim nº 0012635-08.2016.4.03.6119**, Rel. Desembargador José Lunardelli DJ: 12.11.2020, DJe: 26.11.2020.
- BRASIL. TRF-3 (5. Turma). **HC 5004222-32.2022.4.03.0000**, Rel. do voto vencedor Desembargador Paulo Fontes, DJ: 28.03.2022, DJe: 06.05.2022
- BRASIL. TRF-4 (7. Turma). **Ag de EP nº 5050250-51.2020.4.04.7000/PR**, Rel. Desembargadora Claudia Cristina Cristofani, DJ: 25.05.2021.
- BRASIL. TRF-4 (8. Turma). **APC nº 5005673-56.2018.4.04.7000**, Rel. Desembargador João Pedro Gebran Neto, DJ: 13.05.2020.
- BRASIL.STF. **HC 108.103/RS**, Rel. Ministro. Gilmar Mendes, DJ: 08.11.2011.
- ESTADOS UNIDOS. Department of Justice. **Justice Manual**. Title 9: Criminal. 9-27.000 – Principles of Federal Prosecution. Disponível em: < <https://www.justice.gov/jm/jm-9-27000-principles-federal-prosecution#9-27.600> > Acesso em: 05 jan. 2022.
- ESTADOS UNIDOS. Federal Rules of Criminal Procedure. Rule 11. Pleas. **Legal Information Institute**, Cornell Law School. Disponível em: < https://www.law.cornell.edu/rules/frcrmp/rule_11 > Acesso em: 08 fev. 2022.
- FRANÇA. Code de procédure pénale: Section 3 : Des attributions du procureur de la République (Articles 39 à 44). **Légifrance**, 10 mar. 2003. Disponível em: < <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGIARTI000006574963/2004-03-10> > Acesso em 24 abr. 2021.
- GOIÁS. Ministério Público do Estado de Goiás. **Manual de atuação e orientação funcional – acordo de não persecução penal (ANPP)**. Goiânia: MPG, 2020. Disponível em: < https://www.mpma.mp.br/arquivos/CAOPCRIM/manuais/18_08_30_417_Manual_Acordo_de_N%C3%A3o_Persecu%C3%A7%C3%A3o_Penal.pdf > Acesso em: 04 jun. 2022.
- ITÁLIA. CASSAZIONE PENALE (Sez. IV). **Setenza n. 38070**, 1 ottobre 2012.
- ITALIA. Codice di procedura penale Articolo 438 Codice di procedura penale (D.P.R. 22 settembre 1988, n. 477) [Aggiornato al 29/04/2022] Presupposti del giudizio abbreviato. Disponível em: <https://www.brocardi.it/codice-di-procedura-penale/libro-sesto/titolo-i/art438.html>. Acesso em: 04 maio 2021. BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Pronunciamento Final em Procedimentos de Estudos**, 2017, p. 30. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Pronunciamento_final.pdf> Acesso em: 02 fev. 2022.
- MINAS GERAIS. TJ/MG (Conselho de Magistratura). **Correição Parcial nº 1209341-80.2021.8.23.0000**, Rel. Desembargador Eduardo Machado, DJ: 04.04.2022, DJe: 12.04.2022.
- MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Caso Lava Jato**. Resultados. Disponível em: : < <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/resultados> > Acesso em: 28 nov. 2021.
- MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **HC nº 5029016-71.2014.4.04.0000**, Rel. Desembargador Federal João Pedro Gebran Neto. DJ: 21.11.2014. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/dl/lava-jato-parecer-mpf-prisao-forcar1.pdf> . Acesso em: 11 dez. 2021.
- MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **HC nº 5029050-46.2014.4.04.0000** , Rel. Desembargador Federal João Pedro Gebran Neto. DJ: 21.11.2014. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/dl/lava-jato-parecer-mpf-prisao-forcar.pdf> . Acesso em: 11 dez. 2021.
- MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **HC nº 5029050-46.2014.4.04.0000** , Rel. Desembargador Federal João Pedro Gebran Neto. DJ: 21.11.2014. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/dl/lava-jato-parecer-mpf-prisao-forcar.pdf> . Acesso em: 11 dez. 2021.
- PORTUGAL. Decreto-Lei n.º 78/87, de 17 de fevereiro. Aprova o Código do Processo Penal. Revoga o Decreto-Lei n.º 16489, de 15 de Fevereiro de 1929. **Diário da República Eletrônico**:

- Série I, n. 40, Lisboa, p. 617-699, 17 fev. 1987. Disponível em: https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/662562/details/normal?p_p_auth=sA6BBGhx. Acesso em: 26 abr. 2021.
- PORTUGAL. Diretiva n.º 1/2014, de 24 de janeiro. Suspensão provisória do processo: diretiva que visa apoiar e incrementar a sua utilização e promover uma atuação mais eficaz e homogênea do Ministério Público. **Diário da República Eletrônico**: Série II, n. 17, Lisboa, p. 2542-2548, 24 jan. 2014. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/1856948/details/maximized?perPage=100&sort=whenSearchable&q=lei+35+de+2014&sortOrder=ASC> > Acesso em: 26 abr. 2021
- PORTUGAL. Ministério Público, Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa. **ACRL de 12/01/2011, Proc. 334/2010**, 3ª Secção. Disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/jur-rel/jur_busca.php?buscajur=&areas=57&ficha=351&pagina=&exata=> Acesso em: 27 jan. 2022.
- PORTUGAL. TRC. **Acórdão 148/13.1GCVIS.C1, 22 janeiro de 2014**. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/8fe0e606d8f56b22802576c0005637dc/eccd1eaf5dca943d80257c6d00528093?OpenDocument> > Acesso em: 19 jan. 2022.
- PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **Acórdão n. 235/10, Processo n. 986/09**. Rel. Conselheiro Carlos Pamplona de Oliveira, 16 de Junho de 2010. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20100235.html> > Acesso em: 27 jan. 2022
- PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **Acórdão n. 67/2006**. Rel. Conselheiro Vítor Gomes, 24 de Janeiro de 2006. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/8fe0e606d8f56b22802576c0005637dc/eccd1eaf5dca943d80257c6d00528093?OpenDocument> > Acesso em: 19 jan. 2022.
- SÃO PAULO. Ministério Público do Estado de São Paulo. **Aviso 206/2020**. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/Noticias_CAO_Criminal/recomenda%C3%A7%C3%A3o%2001%20cg%20pgj.pdf > Acesso em 05 maio 2022.
- SÃO PAULO. Ministério Público do Estado de São Paulo. CAO-Crim. **Boletim Criminal Comentado n. 129, mar./2020**. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/Boletim_Semanal/Boletim%20CAOCRIM%20129.pdf > Acesso em: 31 maio 2022.
- SÃO PAULO. Ministério Público do Estado de São Paulo. **Enunciados PGJ-CGMP – Lei 13.964/2019**. São Paulo: MPSP, 2020. Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/Criminal_Juri_Jecrim/Enunciados_CAOCRIM/Enunciados%20PGJ-CGMP%20-%20Lei%2013.964-19%20\(1\)-%20alterado.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/Criminal_Juri_Jecrim/Enunciados_CAOCRIM/Enunciados%20PGJ-CGMP%20-%20Lei%2013.964-19%20(1)-%20alterado.pdf) > Acesso em: 01 maio 2022.
- SÃO PAULO. Ministério Público do Estado de São Paulo. **Nota técnica n. 6**. Fluxo do ANPP 100% virtual. São Paulo: Ministério Público do Estado de São Paulo, 2020. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/notas_tecnicas/NotaTecnica_6_FLUXO%20DO%20ANPP%20100%20virtual_Concluido-%202%C2%AA%20edic%CC%A7a%CC%83o.pdf > Acesso em: 03 jan. 2022.
- SÃO PAULO. TJ/SP (16ª Câmara de Direito Criminal). **RESE nº 0000781-42.2021.8.26.0695**, Rel. Marcos Alexandre Coelho Zilli, DJ: 26.11.2021, DJe: 26.11.2021.
- SÃO PAULO. TJ/SP (Órgão Especial). **HC nº 2068913-05.2020.8.26.0000**, Rel. Desembargador Moreira Viegas, , DJ. 16/07/2020.
- STADOS UNIDOS. Department Of Justice, Security and Exchange Commission. **Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act**. Disponível em: <https://www.justice.gov/criminal-fraud/file/1292051/download>. Acesso em: 12 abr. 2021.
- UNITED STATES DISTRICT COURT. EASTERN DISTRICT OF NEW YORK. **United States v. HSBC Bank USA N.A. and HSBC Holdings PLC. No. 12–CR–763, 2013**. John Gleeson, U.S.D.J, July 1, 2013. Disponível em: https://www.govinfo.gov/content/pkg/USCOURTS-nyed-1_12-cr-00763/pdf/USCOURTS-nyed-1_12-cr-00763-0.pdf > Acesso em 05 jan. 2022.