

FACULDADE DOM BOSCO DE PORTO ALEGRE  
CURSO DE DIREITO

INGRID DA SILVA BROCH

**JUSTIÇA CRIMINAL CONSENSUAL: A IMPORTAÇÃO JURÍDICA DO ACORDO  
DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL FRENTE AO SISTEMA DE GARANTIAS  
PROCESSUAIS**

Porto Alegre

2021

INGRID DA SILVA BROCH

**JUSTIÇA CRIMINAL CONSENSUAL: A IMPORTAÇÃO JURÍDICA DO ACORDO  
DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL FRENTE AO SISTEMA DE GARANTIAS  
PROCESSUAIS**

Trabalho de conclusão de curso  
apresentado ao curso de Direito da  
Faculdade Dom Bosco de Porto Alegre  
como requisito final para obtenção do  
título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. Felipe Faoro Bertoni

Porto Alegre

2021

INGRID DA SILVA BROCH

**JUSTIÇA CRIMINAL CONSENSUAL: A IMPORTAÇÃO JURÍDICA DO ACORDO  
DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL FRENTE AO SISTEMA DE GARANTIAS  
PROCESSUAIS**

Trabalho de conclusão de curso  
apresentado ao curso de Direito da  
Faculdade Dom Bosco de Porto Alegre  
como requisito final para obtenção do  
título de Bacharel em Direito.

Aprovado em: \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2021.

Banca examinadora:

---

Prof. Me. Felipe Faoro Bertoni (orientador)

---

Conceito: \_\_\_\_\_

*Dedico esta monografia à minha mãe, Mara, fonte inesgotável de amor e  
compreensão.*

## **AGRADECIMENTOS**

Aos meus pais, Mara e Marino, por me ensinarem a importância dos estudos.

Ao meu orientador Felipe Faoro Bertoni, pela atenção, contribuição e confiança, permitindo que a elaboração desta monografia fosse um aprendizado agradável.

Ao meu grande amigo, Daniel Alexandre Cerqueira, pela amizade e por todo o apoio.

À Melissa Passos Soares, pela confiança em meu trabalho durante os dois anos de estágio junto à 3ª Promotoria de Justiça Criminal, experiência que me proporcionou grande crescimento pessoal e profissional, e que gerou o interesse pela pesquisa na área criminal, notadamente pelo tema desta monografia.

À Isadora e Gabriel, por toda a compreensão e apoio.

## RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a introjeção do acordo de não persecução penal inserido no Código de Processo Penal pela Lei n. 13.964/19, denominada Pacote Anticrime, inspirado no sistema de justiça criminal consensual norte-americano - *plea bargaining* - , a fim de verificar o efeito da importação de elementos característicos deste ordenamento jurídico estrangeiro no processo penal brasileiro, notadamente em razão dos requisitos indispensáveis para sua celebração, dentre os quais se destaca a confissão, sobretudo em face do sistema de garantias processuais penais. Por meio de pesquisa bibliográfica, feita pelo método dedutivo, realizou-se sucinto estudo sobre o consenso no processo penal e suas formas, bem como sobre o modelo de justiça criminal estadunidense, utilizado como paradigma do novel instituto. Partindo-se da análise do conceito e requisitos para celebração do acordo de não persecução, foram abordados o conceito de confissão em sentido amplo e o requisito da confissão formal e circunstancial exigido para o pacto. Para verificar em que medida a importação do acordo de não persecução penal pode mitigar direitos e garantias fundamentais dos acusados, realizou-se uma análise acerca das causas que legitimaram a inserção do instituto, consectárias da justiça criminal consensual, em especial o direito à duração razoável do processo, a autonomia privada, poder de disposição do acusado e o consequente não exercício de direitos fundamentais. Partindo-se da análise das causas de legitimação do instituto, foi realizada uma breve digressão para averiguar o conceito de princípio e o seu caráter *prima facie*. A partir daí, promoveu-se uma investigação bibliográfica dos princípios da presunção de inocência, direito a não autoincriminação, devido processo legal, contraditório e ampla defesa, à luz do instituto. Por fim, o presente trabalho trouxe um breve estudo sobre a teoria garantista de Luigi Ferrajoli, seus axiomas e o conceito de garantismo integral, averiguando-se a conformidade do instituto do acordo de não persecução com os princípios e garantias constitucionais. Além disso, tratou-se da eficiência, vetor que deve ser perseguido pelo Estado Democrático de Direito. Por fim, demonstrou-se que alguns dos princípios norteadores do processo penal brasileiro são, em certa medida, mitigados em decorrência da prevalência da eficiência, da autonomia privada e do poder de disposição do acusado em não exercer a posição jurídica que

o ordenamento jurídico lhe faculta, ao optar por celebrar a avença, embora lhe seja exigida a ratificação da autoria delitiva para tanto.

**Palavras-chave:** Acordo de Não Persecução Penal. Importação. *Plea bargaining*. Princípios Processuais Penais. Garantismo.

## ABSTRACT

The objective of the present work is to analyze the introjection of the non-criminal prosecution agreement inserted in the Code of Criminal Procedure by Law n. 13,964/19, called Anti-Crime Package, based on the consensual North American criminal justice system - plea bargaining - , in order to verify the effect of importing characteristic elements of this foreign legal framework in the Brazilian criminal procedure, notably due to the indispensable requirements for its handling, among which confession/guilty plea stands out, especially in view of the system of criminal procedural guarantees. Through bibliographical research, carried out by the deductive method, a brief study was carried out on the consensus in the criminal process and its forms, as well as on the American criminal justice model, used as a paradigm of the novel institute. Starting from the analysis of the concept and requirements for signing the non-prosecution agreement, the concept of confession/guilty plea in a broad sense and the requirement of formal and circumstantial confession/guilty plea required for the pact were addressed. In order to verify to what extent, the adoption of the non-criminal prosecution agreement can mitigate the fundamental rights and guarantees of the accused person, an analysis was carried out on the causes that legitimized the insertion of the institute, as a result of consensual criminal justice, in particular the right to a reasonable duration of the process, the private autonomy, power of disposal of the accused person and the consequent non-exercise of fundamental rights. Starting from the analysis of the causes of legitimacy of the institute, a brief digression was carried out to investigate the concept of principle and its prima facie character. From there, a bibliographic investigation of the principles of the presumption of innocence, the right to non-self-incrimination, due legal process, contradictory and broad defense, in the light of the institute, was carried out. Finally, the present work presents a brief study on Luigi Ferrajoli's guarantee theory, its axioms, and the concept of integral guarantee, verifying the compliance of the institute of the non-prosecution agreement with the constitutional principles and guarantees. Furthermore, it was about efficiency, a vector that must be pursued by the Democratic Rule-of-Law State. Lastly, it was demonstrated that some of the guiding principles of the Brazilian criminal procedure are, to a certain extent, mitigated due to the prevalence of efficiency, private autonomy, and the power of disposal of the accused person not to exercise the legal

position that the legal framework grants them, by choosing to enter into the agreement, although it is required to ratify the criminal authorship for this purpose.

**Keywords:** Non-criminal Prosecution Agreement. Importation. Plea bargaining. Procedure principles. Guarantee.

## SUMÁRIO

<b>1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....</b>	<b>11</b>
<b>2 ORIGEM DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL .....</b>	<b>14</b>
2.1. CONSENSO NO PROCESSO PENAL.....	17
2.1.1. Diversão e negociação de sentença criminal .....	20
2.2. PLEA BARGAINING E O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL.....	23
2.2.1. A importação do instrumento inspirado no paradigma <i>plea bargaining</i> .....	23
2.2.2. Acordo de não persecução penal inserido pelo Pacote Anticrime .....	28
2.2.3. A confissão como requisito de procedibilidade.....	32
2.3. CAUSAS DE LEGITIMAÇÃO .....	39
2.3.1. O poder de disposição do acusado: autonomia da vontade e o não exercício de direitos fundamentais .....	39
2.3.2. Duração razoável do processo .....	47
<b>3. O ANPP FRENTE AO SISTEMA DE GARANTIAS PROCESSUAIS .....</b>	<b>50</b>
3.1 A (IN)VIOLABILIDADE DE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS .....	51
3.1.1. Presunção de inocência .....	54
3.1.2. Direito a não autoincriminação .....	58
3.1.3. Devido processo legal .....	65
3.1.4. Contraditório e ampla defesa .....	68
3.2 Os dez axiomas da teoria garantista de Luigi Ferrajoli.....	71
<b>4 CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>82</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>88</b>

## 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A busca por celeridade e eficiência no âmbito do processo penal forçou a incorporação de mais um instituto despenalizador: o acordo de não persecução penal. Inserido pelo artigo 28-A do Código de Processo Penal, pela Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019 (chamado Pacote Anticrime), teve como referência o modelo norteamericano *plea bargaining* que, em sentido amplo, consiste no procedimento pelo qual o acusado opta por confessar a autoria delitiva em troca de algum benefício. O acordo de não persecução penal consiste na celebração de acordo entre o investigado e o Ministério Público, cabível quando, não sendo caso de arquivamento, o investigado tenha confessado a autoria delitiva, para que não haja o oferecimento da denúncia, gerando a extinção da punibilidade após o cumprimento das condições impostas no bojo da avença, evitando-se, assim, a persecução penal. No acordo o benefício importa, portanto, no não oferecimento da ação penal.

Em virtude das particularidades do novel instituto, em especial a exigência de confissão para sua celebração, questiona-se se a importação de requisitos e elementos próprios de um ordenamento jurídico estrangeiro suscita uma repercussão ou mudança no processo penal brasileiro, o que comumente ocorre com a circulação de ideias e institutos entre sistemas jurídicos distintos. Por isso, mostra-se de extrema pertinência e relevância o estudo acerca do efeito da inserção do acordo de não persecução penal, sobretudo pela exigência de autoincriminação, em face dos princípios constitucionais que norteiam o processo penal brasileiro, tais como a presunção de inocência, direito a não autoincriminação, devido processo legal, contraditório e ampla defesa.

Por meio de pesquisa fundamentalmente bibliográfica, realizada pelo método dedutivo, o estudo será desenvolvido em quatro capítulos. O primeiro é reservado às breves considerações iniciais aqui formuladas. O segundo capítulo é destinado a breves considerações sobre a origem do acordo de não persecução penal, através de um sucinto estudo sobre o consenso no processo penal, suas formas e o modelo estrangeiro *plea bargaining*, paradigma no qual se inspirou o ANPP. Logo após, far-se-á uma análise das vicissitudes do ANPP, bem como as causas que legitimam sua introjeção no ordenamento jurídico brasileiro. O terceiro capítulo se reserva à análise

do arranjo constitucional pátrio, especificamente dos contextos de significado ou conceitos dos princípios processuais penais frente ao novel acordo de não persecução penal; e o quarto, e último, às conclusões resultantes da pesquisa realizada.

No segundo capítulo, delinear-se-á brevemente a correlação da crise epidêmica da justiça criminal com o surgimento de novos instrumentos de resolução de conflito, oriundos de novos modelos de resposta estatal, em especial a justiça consensual, assim como o princípio da oportunidade e as formas de consenso, visto que resultam na diversificação de procedimentos. Após a exposição desses conceitos iniciais, será analisado o instituto do acordo de não persecução penal em face do paradigma *plea bargaining*, investigando-se os elementos essenciais do modelo estrangeiro incorporado ao novel instrumento de resolução de conflito. A partir daí, abordar-se-ão o conceito de confissão e as diferentes acepções da confissão exigida como requisito para celebração do acordo de não persecução. Demonstrar-se-á, ainda, a repercussão da importação de instituto inspirado em sistema estrangeiro, o que se mostra necessário para a adequada compreensão da mudança que pode ser provocada pela importação de instrumento de resolução de conflito, como verdadeiro efeito desse fenômeno.

Para análise do efeito da introjeção do novel instituto, será esclarecido sobre a transformação que pode ocorrer no ordenamento jurídico receptor de elementos próprios de um sistema estrangeiro, destacando-se o importante estudo da confissão. Ainda no segundo capítulo, serão analisadas as causas de legitimação do consenso, que por sua vez se aplicam ao acordo de não persecução, com vistas a identificar-se em que medida estas causas, consentâneas do ordenamento jurídico pátrio, contribuem para a introjeção do instituto no direito processual penal brasileiro, destacando-se o direito a duração razoável do processo, poder de disposição do acusado e a autonomia da vontade, perquirindo-se a respeito da doutrina do não exercício de direitos fundamentais.

No início do terceiro capítulo, será esclarecido, através de uma breve digressão, o caráter *prima facie* dos princípios constitucionais penais e a importância da releitura das garantias correlatas no espaço de consenso inserido no processo penal, em virtude da primazia de outros valores constitucionais, a exemplo da

eficiência. Em seguida, serão analisados os princípios processuais penais, haja vista que os princípios formam um sistema de garantias, corolário do Estado Democrático de Direito, motivo pelo qual é considerado garantista.

Nesta conjuntura, apresentar-se-ão os conceitos dos princípios processuais penais e os seus desdobramentos em relação ao instituto do acordo de não persecução penal, iniciando-se pelo princípio da presunção de inocência, o qual garante ao investigado o estado de inocência, incumbindo à acusação afastar a presunção de não culpabilidade. Neste contexto, analisar-se-á em que medida a confissão exigida para celebração do acordo de não persecução penal pode macular a garantia do acusado, ainda que prestada de forma voluntária, uma vez que a avença lhe proporcionaria, em tese, condições mais benéficas a serem cumpridas do que uma condenação. Na sequência, será demonstrada a repercussão do requisito da confissão ao direito a não autoincriminação, sendo explicitada inicialmente a origem do princípio *nemo tenetur se detegere* e os desdobramentos que dele advém, sobretudo o direito de não produzir prova contra si mesmo e não declarar-se culpado, destacando-se a importância da voluntariedade da confissão para celebração do pacto.

No tocante ao devido processo legal, abordar-se-á seu conceito, perquirindo-se, ainda que de forma bastante sucinta, o seu contexto de significado, que extrapola o direito do acusado de nomear o defensor, visto que tem por escopo garantir um julgamento com observância de todos os princípios processuais penais, a fim de seja assegurado um julgamento justo, em consonância com as premissas do Estado Democrático de Direito. Ainda, demonstrar-se-á a ligação umbilical do princípio do contraditório e da ampla defesa, ilustrando-se que o direito à ampla defesa transcende a mera escolha de um defensor, uma vez que abrange a escolha da forma de defesa que melhor aprouver ao acusado.

Encerrado o estudo dos princípios, realizar-se-á um breve estudo sobre a teoria garantista de Luigi Ferrajoli e os dez axiomas ou proposições que ela sugere e, a partir de uma compreensão integral do vetor garantia, a pesquisa trará considerações acerca da composição do novel instituto com o garantismo albergado pela Constituição Federal de 1988, direitos e princípios fundamentais insertos na Carta Magna.

## 2 ORIGEM DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Muito tem se debatido sobre a expansão dos espaços de consenso no âmbito processual penal, malgrado há muito consolidado desde a introdução na legislação pátria pela Constituição Federal de 1988<sup>1</sup> e pela implementação dos Juizados Especiais Criminais pela Lei nº 9.099/95<sup>2</sup>, em razão do advento do Acordo de Não Persecução Penal e a possibilidade de convivência deste novel instituto com os princípios penais e garantias processuais.

Diante da morosidade judicial e da crise epidêmica que se observa no Brasil, tanto da segurança pública, quanto do aparato judiciário e das instituições essenciais à justiça, dado o grande volume de processos criminais, constatou-se a necessidade de buscar novos modelos de resposta estatal, dentre os quais a doutrina costuma apontar três, a saber: a) dissuasório clássico: inspirado na ideia de retribuição e prevenção, tem a pena como instrumento para retribuir o mal causado e prevenir a reiteração criminosa; b) ressocializador: cuja finalidade é a ressocialização do delinquente à sociedade; c) consensuado: visa a reparação do dano e a satisfação da expectativa social de justiça, dividindo-se em modelo pacificador e restaurativo (voltado à solução do conflito entre o autor do crime e a vítima) e o modelo de justiça negociada, no qual o agente, mediante admissão de culpa, negocia com o órgão acusador quanto ao cumprimento de pena, quantidade da pena, perda de bens e reparação de danos<sup>3</sup>.

Esse panorama de modelos de resposta estatal nos sistemas processuais decorre da busca por celeridade e eficiência, com o fito de emprestar mais credibilidade ao sistema de justiça criminal<sup>4</sup>, que, nos dias atuais, recebe o descrédito da sociedade, a despeito da evidente distorção do tempo do processo e

---

<sup>1</sup> O artigo 98, inciso I da Constituição Federal determinou a criação de juizados especiais criminais para o processamento e julgamento de infrações penais de menor potencial ofensivo, prevendo também a realização de transação penal.

<sup>2</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal**: na perspectiva das garantias constitucionais, Alemanha - Espanha - Itália - Portugal – Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 312.

<sup>3</sup> CUNHA, Rogério Sanches. A legalidade do acordo de não persecução penal (Res. 181/171 CNMP): uma opção legítima de política criminal. **Meu site jurídico**, 2017. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2017/09/14/legalidade-acordo-de-nao-persecucao-penal-res-18117-cnmp-uma-opcao-legitima-de-politica-criminal/>. Acesso em: 25 maio 2020.

<sup>4</sup> CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Acordo de não persecução: é uma boa opção político-criminal para o Brasil? *In*: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (Coord.). **Acordo de Não Persecução Penal**: Resolução 181/2017 do CNMP com as alterações feitas pela Res. 183/2018. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 363.

do tempo natural<sup>5</sup>, visto que, conforme assevera Rosimeire Ventura, “o processo nem sempre corresponde aos anseios por celeridade, seja por razões intrínsecas a sua marcha, seja por desajustes em seus mecanismos operacionais”<sup>6</sup>, embora o tempo de tramitação dos feitos seja “concebido como relação de ordem e autoridade, representada pela possibilidade de esgotamento de todos os recursos e procedimentos numa ação judicial”<sup>7</sup>.

É nessa conjuntura que o acordo de não persecução mostra-se a opção de política criminal mais promissora adotada recentemente, dado que os efeitos colaterais de um sistema penal sem acordo têm se revelado, mormente em injustiças de duas ordens, como afirma Rodrigo Leite<sup>8</sup>:

De um lado, o Estado descumpra o seu dever de tutela jurídica, de outro, se enfraquece substancialmente a capacidade do processo de ser um processo materialmente justo.

A política criminal, nas palavras de Jorge de Figueiredo Dias, oferece “critério decisivo de determinação dos limites da punibilidade e constitui a pedra-angular de todo discurso legal-social da criminalização/descriminalização”<sup>9</sup>. Nesse passo, é sabido que o legislador considera o processo penal importante instrumento de política criminal<sup>10</sup> e o utiliza como meio de consecução das finalidades<sup>11</sup> do Direito

---

<sup>5</sup> LEITE, Rosimeire Ventura. **Justiça consensual como instrumento de efetividade do processo penal no ordenamento jurídico brasileiro**. 2009. 256 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito da Usp, São Paulo, 2009. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-17112011-110813/pt-br.php>. Acesso em: 09 jul. 2020.

<sup>6</sup> LEITE, Rosimeire Ventura. **Justiça consensual como instrumento de efetividade do processo penal no ordenamento jurídico brasileiro**. 2009. 256 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito da Usp, São Paulo, 2009. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-17112011-110813/pt-br.php>. Acesso em: 09 jul. 2020.

<sup>7</sup> FARIA, José Eduardo. **Tempo do direito, tempo da economia**. São Paulo: O Estado de São Paulo, 1997. p. 2.

<sup>8</sup> CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Acordo de não persecução: é uma boa opção político-criminal para o Brasil?: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (Coord.). *In Acordo de Não Persecução Penal: Resolução 181/2017 do CNMP com as alterações feitas pela Res. 183/2018*. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 363.

<sup>9</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais de direito penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 42.

<sup>10</sup> CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. Plea bargaining e justiça criminal consensual: entre os ideais de funcionalidade e garantismo. **Custos Legis**: Revista eletrônica do Ministério Público Federal. Brasília, p. 1-26, 2012. Disponível em: [http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista/2012\\_Penal\\_Processo\\_Penal\\_Campos\\_Plea\\_Bargaining.pdf](http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista/2012_Penal_Processo_Penal_Campos_Plea_Bargaining.pdf). Acesso em: 25 out. 2020.

<sup>11</sup> Conforme aduz Fernando Fernandes, uma das finalidades do sistema de justiça criminal é a prevenção geral, que, em nível de senso comum, encontra-se fragilizada, em decorrência do sentimento de impunidade que a sociedade experimenta nas últimas décadas. (FERNANDES,

Penal.

Em se tratando de instrumento de obtenção da finalidade do processo penal, vê-se que o sistema de justiça criminal fica dividido entre dois ideais, quais sejam o garantista e efficientista, de modo que este volta os olhares em torno da eficiência e funcionalidade do processo<sup>12</sup>. Nesse sentido, Fernando Fernandes cita que o modelo jurídico de países *commom law* exerceu importante influência no que tange à introjeção de mecanimos que trazem maior eficiência e celeridade aos procedimentos em países de tradição *civil law*<sup>13</sup>.

Não é de hoje que se percebe a falência do sistema de justiça criminal e do sistema carcerário brasileiro<sup>14</sup>, pelo que, diante de todas as dificuldades econômicas e sociais que enfrentam, não conseguem fazer frente à escalada vertiginosa da criminalidade, tampouco ampliar o aparato judicial a ponto de dar vazão ao volume de trabalho que os órgãos jurisdicionais possuem. O que de fato motivou o surgimento da justiça penal consensual, fora, segundo Geraldo Prado, “a constatação da incapacidade de o Estado contemporâneo responder de forma eficaz a demandas de regulação”<sup>15</sup>.

Vale ressaltar que isso também se deve à inflação legislativa, uma vez que o legislador, até o momento, não abandonou a tendência de penalizar, dadas as propostas legislativas que não param de inovar no ordenamento, tipificando mais delitos, no mais das vezes sem levar em conta a máxima da *ultima ratio*<sup>16</sup>.

Com efeito, esta tendência mundial, evidentemente contrária à *ultima ratio*, há muito já havia sido percebida e anunciada por Luigi Ferrajoli<sup>17</sup>:

Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Almedina, 2001. p. 96-103).

<sup>12</sup> A ideia de oposição entre os dois ideais encontra-se assentada pela grande parcela da doutrina nacional. A esse respeito: BITENCOURT, Cezar Roberto. **Juizados especiais criminais e alternativas à pena de prisão**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. p. 44.

<sup>13</sup> FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Almedina, 2001. p. 10.

<sup>14</sup> SOARES JR., Antonio Coêlho. As regras de Tóquio e as medidas não privativas de liberdade no Brasil e na Itália: breves considerações. **Revista Âmbito Jurídico**. Disponível em: <https://bit.ly/3d0AsMU>. Acesso em: 19 jan. 2021.

<sup>15</sup> PRADO, Geraldo. Justiça Penal Consensual. In: **Diálogos sobre a Justiça Dialogal: Teses e Antiteses sobre os processos de informalização e privatização da Justiça Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 227.

<sup>16</sup> O Direito Penal é tido como *ultima ratio*, isto é, último instrumento a ser utilizado pelo Estado no sistema de controle social – última seara do Direito de que o Estado deve se valer para solucionar qualquer conflito, bem como ameaça ou lesão a bens jurídicos. Nesse sentido: GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos; BIANCHINI, Alice. **Direito Penal – Introdução e Princípios Fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 1, 2007. p. 24.

<sup>17</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 451.

Infelizmente, a ilusão panjudicialista ressurgiu em nossos tempos por meio da concepção do direito e do processo penal como remédios ao mesmo tempo exclusivos e exaustivos para toda infração da ordem social, desde a grande criminalidade ligada a degenerações endêmicas e estruturais do tecido civil e do sistema político até as transgressões mais minúsculas das inumeráveis leis que são cada vez mais frequentemente sancionadas penalmente, por causa da conhecida inefetividade dos controles e das sanções não penais. Resulta disso um papel de suplência geral da função judicial em relação a todas as outras funções do Estado – das funções política e de governo às administrativas e disciplinares – e um aumento completamente anormal da quantidade dos assuntos penais.

Portanto, cediço que a procura por soluções mais adequadas ao anseio da sociedade e ao recrudescimento da criminalidade consolidou a ideia de diversificação de mecanismos de resposta estatal<sup>18</sup>, tendo em vista que também se tornaram alternativa à conformação do processo penal como instrumento de política criminal<sup>19</sup>, dentre os quais se insere a justiça criminal consensual.

## 2.1. Consenso no processo penal

Cuida-se, nas palavras de Rafael Serra Oliveira, de “meio pelo qual se deve orientar a relação dos sujeitos processuais em busca das finalidades de prevenção do direito penal”<sup>20</sup>. De acordo com Anabela Miranda Rodrigues, o consenso visa a “fomentar o diálogo entre as partes ao longo de todo o processo, criar um clima em que cada uma defenda os seus interesses em plano de igualdade e que a opinião seja tomada em conta”<sup>21</sup>, especialmente na decisão que as afetam diretamente.

O consenso nada mais é que método em que, mediante concessões recíprocas, a acusação flexibiliza o exercício da persecução penal, enquanto o acusado, por sua vez, renuncia certas possibilidades asseguradas por um

---

<sup>18</sup> LEITE, Rosimeire Ventura. **Justiça consensual como instrumento de efetividade do processo penal no ordenamento jurídico brasileiro**. 2009. 256 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito da Usp, São Paulo, 2009. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-17112011-110813/pt-br.php>. Acesso em: 09 jul. 2020.

<sup>19</sup> FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Almedina, 2001. p. 12.

<sup>20</sup> OLIVEIRA, Rafael Serra. **Consenso no Processo Penal: uma alternativa para a crise do sistema criminal**. São Paulo: Almedina, 2015. p. 77.

<sup>21</sup> RODRIGUES, Anabela Miranda. Os processos sumário e sumaríssimo ou a celeridade e o consenso no Código de Processo Penal. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, nº 4, out./dez., 1996. p. 530.

processo<sup>22</sup>. Ao tratar do consenso dentro de um modelo de justiça criminal, Marllon Souza<sup>23</sup> o define como:

O procedimento criminal em que um acusado, ou suspeito, voluntariamente ou conscientemente, negocia com a acusação para chegar a um acordo e abreviar o julgamento, resultando na aplicação imediata de uma punição (que não a prisão), e potencial reparação de danos do crime.

A inserção de ideias de acordo e consenso no processo penal ocasionou o emprego dos termos justiça negocial e justiça consensual como se sinônimos fossem. Todavia, há quem defenda a distinção das duas acepções, em virtude do alcance da autonomia da vontade exercida pelo acusado. Nesse sentido, Françoise Tulkens e Michel Van de Kerchove conceituam a justiça consensual como<sup>24</sup>:

O modelo que concede um lugar mais ou menos importante ao consentimento dos interessados, seja sob a forma positiva de uma aceitação ou sob a forma negativa de uma ausência de recusa.

Por sua vez, a justiça negociada, conforme assevera Rosimeire Ventura Leite, “designaria, mais propriamente, aquelas situações em que o imputado tem um verdadeiro “poder de discussão” acerca das propostas que lhe são feitas, interferindo no seu conteúdo”<sup>25</sup>. Assim, o modelo negocial pressupõe que as partes tenham a possibilidade de dispor sobre os termos do acordo, ultrapassando o mero aceite ou recusa das disposições ofertadas. Levando em conta o instrumento de resolução de conflito de que nos ocupamos no presente trabalho, cujos aspectos serão expostos alhures, considerar-se-á para os fins da pesquisa o conceito de justiça consensual em sentido amplo.

Não obstante, tem-se que, no modelo de justiça criminal consensual, os

---

<sup>22</sup> LEITE, Rosimeire Ventura. **Justiça consensual como instrumento de efetividade do processo penal no ordenamento jurídico brasileiro**. 2009. 256 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito da Usp, São Paulo, 2009. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-17112011-110813/pt-br.php>. Acesso em: 09 jul. 2020.

<sup>23</sup> SOUZA, Marllon. **Plea bargaining no Brasil – O processo Penal por meio do equilíbrio entre o utilitarismo processual e os direitos fundamentais do réu**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 208.

<sup>24</sup> TULKENS, Françoise. **La justice penale: justice imposée, justice participative, justice consensuelle ou justice négociée?** Revue de Droit Penal et de Criminologie, Bruxelles, 1996. p. 448.

<sup>25</sup> LEITE, Rosimeire Ventura. **Justiça consensual como instrumento de efetividade do processo penal no ordenamento jurídico brasileiro**. 2009. 256 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito da Usp, São Paulo, 2009. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-17112011-110813/pt-br.php>. Acesso em: 09 jul. 2020.

sujeitos processuais não estão adstritos aos ônus clássicos que lhes competem – acusar e defender -, eis que lhes é outorgada chance de se aproximarem para, em conjunto, encontrarem a melhor solução para o conflito surgido da prática do delito, não havendo espaço para uma relação hierarquizada<sup>26</sup>. Sobre o tema, Vinicius Vasconcellos<sup>27</sup> preceitua que:

O modelo se pauta pela aceitação de ambas as partes – acusação e defesa – a um acordo de colaboração processual com o afastamento do réu de sua posição de resistência, em regra impondo encerramento antecipado, abreviação, supressão integral ou de alguma fase do processo, fundamentalmente com o objetivo de facilitar a imposição de uma sanção penal com algum percentual de redução, o que caracteriza o benefício ao imputado em razão da renúncia ao devido transcorrer do processo penal com todas as garantias a ele inerentes.

Em que pese o ordenamento jurídico brasileiro seja regido pelo princípio da obrigatoriedade da ação penal<sup>28</sup>, a implementação de acordos e mecanismos consensuais de solução de conflitos, de acordo com Carlo Velho Masi, “privilegia a aplicação de critérios de oportunidade”<sup>29</sup>, que vêm se impondo de forma paulatina no ordenamento jurídico brasileiro desde o advento da Carta de 1988<sup>30</sup>.

<sup>26</sup> OLIVEIRA, Rafael Serra. **Consenso no Processo Penal**: uma alternativa para a crise do sistema criminal. São Paulo: Almedina, 2015. p. 76.

<sup>27</sup> VASCONCELOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e Justiça Criminal Negocial**: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. Salvador: Dplacido, 2015. p. 55.

<sup>28</sup> O princípio da legalidade tem por escopo impedir o arbítrio estatal, com vistas a limitar a atuação dos sujeitos processuais, do que deriva a regra da obrigatoriedade da ação penal. Sobre o princípio da legalidade e o da oportunidade, traz-se a lição de Nereu Giacomolli: “Quando o próprio ordenamento jurídico permite e regula um certo poder de disposição, pode-se afirmar que se está ante uma regulamentação de um juízo de oportunidade, ainda que haja controle jurisdicional. Nesses casos, não se está atuando conforme o princípio da oportunidade – entendido que o é unicamente, como princípio, em sua forma pura -, mas sob o princípio da legalidade, que autoriza e informa uma atuação com uma certa dose de oportunidade.” (GIACOMOLLI, Nereu José. **Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal**: na perspectiva das garantias constitucionais, Alemanha - Espanha - Itália - Portugal – Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 64).

<sup>29</sup> MASI, Carlo Velho. O acordo de não persecução penal como ferramenta político-criminal de despenalização dos crimes de médio potencial ofensivo. **Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v.11, n. 26, p. 264-293, jan./jun. 2020. No mesmo sentido: GIULIANI, Emília Merlini. **Mecanismos de Consenso no direito processual penal brasileiro e o projeto de Código de Processo Penal**. Disponível em:

<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=eb4ab9e8db10f6fd>. Acesso em: 08 jul. 2020.

<sup>30</sup> Vale ressaltar que a mitigação não se trata de novidade em nosso ordenamento, haja vista a previsão legal da transação penal, suspensão condicional do processo e a composição civil dos danos. Contudo, parcela da doutrina contemporânea sustenta que o princípio da obrigatoriedade se trata de uma criação doutrinária, vez que não existe previsão legal nesse sentido. Há, em verdade, norma insculpida na Constituição Federal que outorga independência funcional ao Ministério Público. Nesse sentido: “É mera consequência da livre valoração do interesse público pelo *parquet*: o dever de agir do Ministério Público pressupõe essa valoração da existência ou da persistência do interesse público, seja para propor a ação, seja para nela prosseguir, seja para nela intervir. Com efeito, a

Giacomolli refere que o princípio da oportunidade pode ser traduzido como “relação direta com a dedução, ou não, da pretensão acusatória e com a dimensão da acusação”<sup>31</sup>. Para Binder, entende-se como “seleção orientada pelo princípio da intervenção mínima”<sup>32</sup>.

Com efeito, a oportunidade está ligada à ideia de intervenção mínima e *ultima ratio*, tendo em vista que confere ao Ministério Público maior discricionariedade, conforme as diretrizes de política criminal que pretende adotar, em atenção à conveniência, utilidade e economicidade da sua atuação na persecução penal<sup>33</sup>. Daí se extrai que a oportunidade permite a flexibilização da persecução penal, com formulação ou não da acusação<sup>34</sup>.

À vista disso, o Acordo de Não Persecução Penal, como se verá a seguir, é mecanismo fundado na oportunidade, na medida em que o Ministério Público pode abster-se, mediante a concordância do acusado, de dar prosseguimento à persecução penal, desde que atendidos os requisitos legais.

Isso posto, a justiça criminal consensual, ao ser orientada pelo princípio da oportunidade, pressupõe a diversificação de ritos processuais – mais céleres –, que se desvelam nas chamadas formas de consenso, quais sejam, a diversão e negociação de sentença criminal.

### 2.1.1. Diversão e negociação de sentença criminal

Partindo-se do pressuposto de que o processo penal se presta à consecução de políticas criminais e que o consenso permite que o sistema de justiça torne-se mais eficiente, a existência de diferentes formas de consenso se deve à percepção

---

instituição deve apreciar a justa causa não só para propor, como para prosseguir na ação”. (MAZZILLI, Hugo Nigro. MP tem liberdade para identificar ou não hipótese de agir. **Revista Consultor Jurídico**, 4 set. 2007. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2007-set-04/mp\\_liberdade\\_identificar\\_hipotese\\_agir](https://www.conjur.com.br/2007-set-04/mp_liberdade_identificar_hipotese_agir). Acesso em: 29 jan. 2021).

<sup>31</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal**: na perspectiva das garantias constitucionais, Alemanha - Espanha - Itália - Portugal – Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 64.

<sup>32</sup> BINDER, Alberto M. **Sentido Del principio de oportunidad en el marco de La reforma de La justicia penal de America Latina**. Disponível em: [HTTP://inecip.org/wp-content/uploads/INECIP-Binder-Principio-de-oportunidad-1.pdf](http://inecip.org/wp-content/uploads/INECIP-Binder-Principio-de-oportunidad-1.pdf). Acesso em: 26 jan. 2021.

<sup>33</sup> ARAS, Vladimir. Acordos Penais no Brasil: uma análise à luz do direito comparado. In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (Coord.). **Acordo de Não Persecução Penal**: Resolução 181/2017 do CNMP com as alterações feitas pela Res. 183/2018. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 284-285.

<sup>34</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal**: na perspectiva das garantias constitucionais, Alemanha - Espanha - Itália - Portugal – Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 49.

de que as infrações penais guardam desigualdades no que tange à gravidade, lesividade e abalo social, além da pena em abstrato cominada a cada tipo penal. Significa dizer que a desigualdade processual deve corresponder à desigualdade material<sup>35</sup> também no âmbito da justiça criminal consensual.

A diversão consiste em um modo de resolução de conflito não adotado ordinariamente, a primeira vista, no processo penal<sup>36</sup>, tendo em vista que a grande massa dos procedimentos ainda percorrem por todo o trâmite processual conhecido, que se inicia com o oferecimento da acusação e que somente se finda com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, quando não se admite recurso, impossibilitando o revolvimento da matéria fático-probatória e de direito à instância superior. Conforme assevera Augusto Silva Dias, a diversão compreende, pois, “medidas que desviam o conflito daquele procedimento”<sup>37</sup>.

Para Jorge Figueiredo Dias, a diversão ocorre quando a questão jurídico-penal é “resolvida fora do sistema formal de aplicação da justiça, distanciando assim o réu daquele sistema e da correlata ‘indução à delinquência’, ou ao menos parte dela”<sup>38</sup>. Nas palavras de Rodrigo Brandalise, a diversão<sup>39</sup>:

Caracteriza-se por ser uma forma de resolução de conflitos processuais penais em que há a retirada de acusações ou a descontinuidade delas com a presença de advertências ou imposição de condições a serem cumpridas pelo acusado.

Nessa esteira, Fernando Fernandes assinala que a diversão resta caracterizada “no âmbito mesmo dos aparelhos formais de controle”, em que o conflito sofre a diversificação, sem, contudo, “excluir toda a formalidade”, com fulcro

---

<sup>35</sup> FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Almedina, 2001. p. 135.

<sup>36</sup> BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Justiça Penal Negociada: negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes**. Curitiba: Juruá, 2016. p. 24.

<sup>37</sup> SILVA DIAS, Augusto. **Modernas tendências da política criminal em matéria de desjuridicização e de descarceirização: a experiência portuguesa**. Cabinda Universitária. Cabinda, n. 3-4. Jun/ago. 2008. p. 41-44.

<sup>38</sup> DIAS, Jorge Figueiredo. **Acordos sobre a sentença em processo penal: o "fim" do estado de direito ou um novo "princípio"**. Porto Alegre: Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, 2011. p. 180.

<sup>39</sup> BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Justiça Penal Negociada: negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes**. Curitiba: Juruá, 2016. p. 24.

de imprimir maior flexibilidade aos meios de resolução de conflitos<sup>40</sup>, sendo imprescindível a observância de regras e ditames legais<sup>41</sup>.

Aqui se está diante, portanto, do que comumente é também denominado de desjudicialização<sup>42</sup>, que tem por escopo adequar a resposta estatal – o procedimento utilizado – à gravidade do delito, com a diferenciação de ritos que correspondam a efetiva lesividade da conduta a ser punida, que, consoante afirma Brandalise, prescindem de declaração de culpa pelo acusado<sup>43</sup>, tendo aplicação, via de regra, em crimes de menor<sup>44</sup> ou médio potencial ofensivo<sup>45</sup>. Não obstante, oportuna a classificação feita por Fernando Torrão e José de Faria Costa<sup>46/47</sup>:

**Diversão simples**, quando ocorre o arquivamento do processo sem qualquer imposição ao acusado, na medida em que a persecução penal é absolutamente inócua, conforme razões de política criminal estabelecidas naquele determinado contexto processual penal, mesmo que estejam presentes indícios de autoria e materialidade do crime; em **diversão encoberta**, que estabelece a extinção da punibilidade a partir da determinação de atos ao autor do fato, e tais atos levam a uma impossibilidade de oferecimento da acusação, como quando há alguma previsão legal em tal sentido, se houver a indenização da vítima, por exemplo; e **diversão com intervenção**, quando há a determinação de condições ao acusado conforme previsão legal.

Assim, conforme se verá a seguir, a evolução legislativa na esfera processual penal brasileira culminou recentemente, em observância às recomendações internacionais, na introjeção de novo instrumento de diversão na esfera consensual

<sup>40</sup> FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Almedina, 2001. p. 134.

<sup>41</sup> THAMAN, Stephen C. A typology of consensual criminal procedures: an historical and comparative perspective on the theory and practice of avoiding the full criminal trial. 2010. p. 332-333. *In: World plea bargaining: consensual procedures and the avoidance of the full criminal trial*. Durham: Carolina Academic Press, 2010.

<sup>42</sup> BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Justiça Penal Negociada: negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes**. Curitiba: Juruá, 2016. p. 24.

<sup>43</sup> BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Justiça Penal Negociada: negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes**. Curitiba: Juruá, 2016. p. 24.

<sup>44</sup> As infrações penais de menor potencial ofensivo são aquelas cuja pena máxima cominada não exceda 02 dois anos.

<sup>45</sup> Entende-se por crime de médio potencial ofensivo aquele cuja pena mínima é inferior a 04 anos, o que notadamente abrange a maioria dos delitos do ordenamento jurídico brasileiro. A esse respeito: MASI, Carlo Velho. O acordo de não persecução penal como ferramenta político-criminal de despenalização dos crimes de médio potencial ofensivo. **Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v.11, n.26, p. 264-293, jan./jun. 2020.

<sup>46</sup> TORRÃO, Fernando. A relevância político-criminal da suspensão provisória do processo. Coimbra: Almedina. 2000. p. 121-122. *In: BRANDALISE, Rodrigo da Silva. Justiça Penal Negociada: negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes*. Curitiba: Juruá, 2016. p. 24.

<sup>47</sup> FARIA COSTA, José de. Consenso, verdade e direito. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*. v. 77. 2001. p. 421-432. *In: BRANDALISE, Rodrigo da Silva. Justiça Penal Negociada: negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes*. Curitiba: Juruá, 2016. p. 24.

pátria.

## 2.2. PLEA BARGAINING E O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Quando se trata de importação de práticas jurídicas próprias do modelo de justiça criminal norteamericano, de tradição *common law*, verifica-se que o Brasil já possui certa experiência. Prova disso foi a sucessiva introjeção de instrumentos consensuais, tido como marco principal a entrada em vigor da Lei n° 9.099/95, que instituiu a transação penal, suspensão condicional do processo e a composição civil dos danos. Em ambos os casos, a prestação jurisdicional se limita à prolação de sentença homologatória, sem exercer juízo de mérito em relação à culpabilidade<sup>48</sup>.

Não obstante, dentro deste breve panorama da evolução legislativa de instrumentos alinhados à justiça consensual estão os institutos que exigem maior colaboração processual do acusado, tais como o acordo de leniência, aplicável aos crimes contra a ordem econômica, previsto no artigo 87 da Lei n° 12.529/2001, que impede o oferecimento da denúncia e permite a extinção da punibilidade, e a colaboração premiada, disciplinada pela Lei de Organizações Criminosas<sup>49</sup>.

Dito isto, o presente trabalho toma como pano de fundo o sistema de justiça criminal consensual estadunidense, uma vez que o *plea bargaining* tem servido de protótipo para as diversas versões de justiça consensual, sem a pretensão de percorrer o estudo de todo o modelo estrangeiro, posto que vai além das possibilidades do presente trabalho. Para tanto, devemos passar à análise, ainda que introdutoriamente, pelo exemplo norteamericano da *plea bargaining*, pelo que serão analisados os pontos pertinentes.

### 2.2.1. A importação do instrumento inspirado no paradigma *plea bargaining*

O fenômeno da importação de institutos entre sistemas jurídicos ganhou força no âmbito do direito comparado devido às recomendações internacionais nesse

---

<sup>48</sup> OLIVEIRA, Felipe Cardoso Moreira de; CANTERJI, Rafael Braude. Acordo de não persecução penal: primeiras leituras, panorama, dificuldades e enfrentamento. **Revista da Defensoria Pública do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 26, n. 11, p. 331-352, jan./jun. 2020. Semestral. Disponível em: <http://www.defensoria.rs.def.br/revista-da-defensoria>. Acesso em: 10 jan. 2021.

<sup>49</sup> Os artigos 3°-C, §3° e artigo 4° da Lei n° 12.850/13 dispõem que o colaborador deve narrar todos os fatos ilícitos para os quais concorreu e que tenham relação direta com os fatos investigados, hipótese na qual o juiz poderá conceder perdão judicial ou reduzir em até 2/3 a reprimenda ou substituí-la por penas restritivas de direito, caso tenha colaborado de forma efetiva e voluntária.

sentido, sendo recomendada no âmbito internacional desde meados do século XIX.

Na Recomendação 87 do Conselho de Ministros da Europa, aconselhou-se de forma expressa a introdução da oportunidade no exercício da ação penal, dos procedimentos sumários e da simplificação dos procedimentos<sup>50</sup>. O Conselho justificou a recomendação, nas palavras de Giacomolli, para uma “melhor definição das prioridades na condução da política criminal”<sup>51</sup>, tudo em razão do aumento significativo das infrações penais de menor potencial ofensivo.

Seguindo esta linha, o Comitê de Ministros sugeriu o implemento de procedimentos que possibilitem ao acusado reconhecer a sua culpabilidade, ainda na fase inicial do procedimento<sup>52</sup>. No mesmo sentido, a Organização Mundial das Nações Unidas instituiu as Regras de Tóquio, recomendando fosse evitado o processo judicial para melhor funcionamento da justiça criminal<sup>53</sup>:

Sempre que adequado e compatível com o sistema jurídico, a polícia, o Ministério Público ou outros serviços encarregados da justiça criminal podem retirar os procedimentos contra o infrator se considerarem que não é necessário recorrer a um processo judicial com vistas à proteção da sociedade, à prevenção do crime ou à promoção do respeito pela lei ou pelos direitos das vítimas.

A sugestão, notadamente, estimulava a adoção do *plea bargaining* – modelo de justiça consensual americano. Com o fim da Segunda Guerra Mundial<sup>54</sup>, a influência exercida pelo sistema jurídico dos Estados Unidos teve significativo aumento. Realizado em etapa pré-processual, consiste, nos dizeres de Jamil Alves,

---

<sup>50</sup> Disponível em

[https://www.coe.int/T/DG1/LegalCooperation/Economiccrime/organisedcrime/Rec\\_1987\\_15.pdf](https://www.coe.int/T/DG1/LegalCooperation/Economiccrime/organisedcrime/Rec_1987_15.pdf).

<sup>51</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal: na perspectiva das garantias constitucionais**, Alemanha - Espanha - Itália - Portugal – Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 35.

<sup>52</sup> A Recomendação nº 87 do Comitê de Ministros do Conselho da Europa sobre o apoio à vítima recomenda aos Estados Membros que estudem experiências de mediação na seara penal.

<sup>53</sup> Assembleia Geral das Nações Unidas. Regras de Tóquio (Resolução nº 45/110, de 14/12/1990). *In: Conselho Nacional de Justiça (CNJ)*. Série Tratados Internacionais. Brasília, CNJ, 2016.

Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/6ab7922434499259ffca0729122b2d38.pdf>. Acesso em: 25 out. 2020.

<sup>54</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal: na perspectiva das garantias constitucionais**, Alemanha - Espanha - Itália - Portugal – Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 39. Todavia, cumpre ressaltar que o período de surgimento do *plea bargaining* é controverso. A doutrina majoritária entende que o surgimento se deu no século XIX, ao passo que estudiosos identificam a sua origem desde a Inglaterra medieval, quando já ocorria a aplicação de uma punição mais branda aos crimes cuja autoria era admitida pelos acusados (ALVES, Jamil Chaim. A justiça consensual e *plea bargaining*. *In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (Coord.)*. **Acordo de Não Persecução Penal: Resolução 181/2017 do CNMP com as alterações feitas pela Res. 183/2018**. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 224).

no acordo firmado entre a acusação e o réu<sup>55</sup>:

Por meio do qual este confessa voluntariamente a prática de uma infração penal (*guilty plea*) ou deixa de contestá-la (*plea of nolo contendere*), em troca de um benefício oferecido pelo promotor, como o reconhecimento de um crime menos grave, a retirada de uma ou mais infrações imputadas ou a recomendação ao magistrado para a aplicação de uma sanção menos severa, evitando-se o processo.

Para Marllon Souza, em uma visão estreita, *plea bargaining*<sup>56</sup> pode ser definido como “o procedimento preliminar pelo qual o indivíduo, formalmente acusado de cometer um crime, negocia com a acusação uma confissão em troca de algum benefício”<sup>57</sup>. Noutro giro, John H. Langbein aduz que esta prática é um processo coercitivo pelo qual o promotor induz o acusado a confessar a culpa e abdicar do direito ao julgamento<sup>58</sup>, haja vista que a confissão, chamada *guilty plea*, que reconhece a culpabilidade<sup>59</sup>, autoriza a aplicação imediata de pena. Albergaria, por sua vez, define como<sup>60</sup>:

A negociação entre o arguido e o representante da acusação, com ou sem a participação do juiz, cujo objeto integra recíprocas concessões e que contemplará, sempre, a declaração de culpa do acusado (*guilty plea*) ou a declaração dele de que não pretende contestar a acusação (*plea of nolo contendere*).

Nas palavras de Vinicius Vasconcellos<sup>61</sup>:

<sup>55</sup> ALVES, Jamil Chaim. A justiça consensual e *plea bargaining*. In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (Coord.). **Acordo de Não Persecução Penal**: Resolução 181/2017 do CNMP com as alterações feitas pela Res. 183/2018. Salvador: Juspodivm. 2018, p. 227.

<sup>56</sup> Impende citar a definição feita por Ana Castro: “*Plea* é simplesmente a declaração – de culpado, não culpado ou *nolo contendere*, que o acusado presta em juízo; *plea bargaining* trata-se da prática de negociação, do processo de pactuação entre acusação e defesa para se chegar à resolução penal; *plea bargain* significa a barganha, a tratativa em si.” (CASTRO, Ana Lara Camargo de. **Plea bargain**: resolução penal pactuada nos Estados Unidos. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019. p. 37).

<sup>57</sup> SOUZA, Marllon. **Plea bargaining no Brasil – O processo Penal por meio do equilíbrio entre o utilitarismo processual e os direitos fundamentais do réu**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 96.

<sup>58</sup> LANGBEIN, John H. **Torture and Plea Bargaining**. The University of Chicago Law Review, vol. 46, n. 1, 1978, p. 3-22.

<sup>59</sup> VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de; LIPPEL, Mayara Cristina Navarro. Críticas à barganha no processo penal: inconsistências do modelo proposto no projeto de código de processo penal (pls 156/09). **Revista Quaestio Iuris**, [S.L.], v. 9, n. 3. 3 ago. 2016. Universidade de Estado do Rio de Janeiro. p. 1737-1758.

<sup>60</sup> ALBERGARIA, Pedro Soares de. **Plea bargaining**: aproximação à justiça negociada nos EUA. Coimbra: Almedina, 2007, p. 19.

<sup>61</sup> VASCONCELOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e Justiça Criminal Negocial**: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. Salvador: Dplacido, 2015. p. 68.

É instrumento processual que resulta na renúncia à defesa, por meio da aceitação (e possível colaboração) do réu à acusação, geralmente pressupondo a sua confissão, em troca de algum benefício (em regra, redução de pena), negociado e pactuado entre as partes ou somente esperado pelo acusado.

Em sentido contrário, Brandalise advoga que é uma “forma de exercício dos direitos defensivos”<sup>62</sup>. Contudo, na definição de Jorge de Figueiredo Dias, este modelo de justiça pode representar, a uma, a hipótese de “fim do Estado Democrático de Direito” e, a duas, a panaceia do processo penal<sup>63</sup>, razão pela qual Ricardo Jacobsen refere que “no campo do direito processual penal, o *plea bargain* se encontra na origem do avanço do ‘liberalismo autoritário’”<sup>64</sup>.

Da análise dos conceitos colacionados, infere-se que o sistema de justiça consensual norteamericano é pautado na negociação processual entre acusação e defesa, com vistas à evitar o processo<sup>65/66</sup>. As definições reúnem os dois elementos essenciais do instituto: a expectativa de receber, mediante negociação, um benefício em troca da autoincriminação, conforme o que leciona Rosimeire Ventura Leite, no sentido de que “o reconhecimento da responsabilidade, em regra, é a contrapartida para se obter vantagens processuais”<sup>67</sup>.

<sup>62</sup> BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Justiça Penal Negociada**: negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes. Curitiba: Juruá, 2016. p. 29.

<sup>63</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Acordos sobre a sentença em processo penal**: o “fim” do estado de direito ou um novo “princípio”. Porto Alegre: Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, 2011. p. 28.

<sup>64</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Um “novo” liberalismo processual penal autoritário? *In*: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (org.). **Plea Bargaining**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 177-190.

<sup>65</sup> O procedimento, seja qual for o instituto específico de resolução consensual de conflito, mormente se dá na fase preliminar ou no início do processo, sobretudo pelo fato de que, na diversificação de procedimentos, pretende-se evitar o processo. Nesse sentido: TULKENS, Françoise. **La justice penale**: justice imposée, justice participative, justice consensuelle ou justice négociée? *Revue de Droit Penal et de Criminologie*: Bruxelles, 1996. p. 448.

<sup>66</sup> Não havendo admissão de culpa ou manifestação de que não deseja contestar a acusação, o caso vai a julgamento, perante um magistrado togado ou perante um júri. (CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. **Plea bargaining e justiça criminal consensual: entre os ideais de funcionalidade e garantismo**. **Custos Legis**: Revista eletrônica do Ministério Público Federal. Brasília, p. 1-26, 2012. Disponível em:

[http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista/2012\\_Penal\\_Processo\\_Penal\\_Campos\\_Plea\\_Bargaining.pdf](http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista/2012_Penal_Processo_Penal_Campos_Plea_Bargaining.pdf). Acesso em: 25 out. 2020). Outrossim, na medida em que o acordo permite a supressão de fase de dilação probatória e julgamento, leva à prolação de sentença de forma mais célere. (BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Justiça Penal Negociada**: negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes. Curitiba: Juruá, 2016. p. 29).

<sup>67</sup> LEITE, Rosimeire Ventura. **Justiça consensual como instrumento de efetividade do processo penal no ordenamento jurídico brasileiro**. 2009. 256 f, p. 52. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito da Usp, São Paulo, 2009. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-17112011-110813/pt-br.php>. Acesso em: 09 jul. 2020.

A introjeção, seja de instrumento de negociação de sentença<sup>68</sup>, seja de instituto específico de resolução de conflito, que traga em seu bojo os dois elementos típicos supra mencionados, traduz o que se entende por circulação de ideias jurídicas entre sistemas jurídicos, sendo prescindível a análise de cabimento no sistema de destino, vez que a circulação pode suscitar transformações de maior relevância no ordenamento jurídico de destino, previsíveis ou imprevisíveis<sup>69</sup>.

Nesse diapasão, importante ressaltar que práticas jurídicas podem ser inseridas em ordenamentos jurídicos distintos, mas os instrumentos importados estão sujeitos a sofrerem mudanças pelo contexto de significado<sup>70</sup> que pode ser atribuído à regra no sistema jurídico que a incorpora, em virtude da divergência de arranjos constitucionais. Além disso, a inserção de ideias estrangeiras em um ordenamento jurídico tem o condão de ensejar mudança no próprio sistema de justiça, como efeito deste fenômeno.

Importante trazer a lição de Máximo Langer, segundo o qual<sup>71</sup>:

A transferência das regras, ideias e práticas jurídicas pode produzir uma transformação profunda não apenas na prática transferida mas também no sistema jurídico receptor como um todo.

Isso revela, pois, que não basta importar um modelo ou um instrumento de resolução de conflito, próprio de outro país, e incorporá-lo ao ordenamento jurídico pátrio, sem ao menos refletir sobre ele e sobre os impactos que dele podem derivar<sup>72</sup>.

Com efeito, a recente adoção feita pelo sistema de justiça criminal brasileiro tem apresentado, segundo algumas vozes, potencial efeito de macular premissas de

---

<sup>68</sup> Nas últimas três décadas, considerável número de países de tradição *civil law* – Alemanha, Itália, Argentina e França - importaram o modelo do *plea bargaining* (negociação de sentença criminal), dentre os quais se destacam o modelo alemão *Absprachen* e o modelo italiano *patteggiamento*.

<sup>69</sup> LANGER, Maximo. From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure. *In: Harvard International Law Journal*. V. 45. n. 01, 2004. p. 68. Tradução de Ricardo Jacobsen Gloeckner e Frederico C. M. Faria.

<sup>70</sup> A título de exemplo de estruturas de significado estão os sistemas processuais, pois, disciplinam de forma estruturada, a interpretação e as regras do jogo. Nesse sentido: LANGER, Maximo. From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure. *In: Harvard International Law Journal*. V. 45. n. 01, 2004. p. 68. Tradução de Ricardo Jacobsen Gloeckner e Frederico C. M. Faria.

<sup>71</sup> LANGER, Maximo. **From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure.** *In: Harvard International Law Journal*. V. 45. n. 01, 2004. p. 68. Tradução de Ricardo Jacobsen Gloeckner e Frederico C. M. Faria.

<sup>72</sup> MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. Acordo de não persecução penal: um novo começo de era (?). **Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, maio 2020. Disponível em: <https://ibccrim.org.br/publicacoes/edicoes/51/442>. Acesso em: 06 set. 2021.

um processo penal democrático, motivo pelo qual é imperioso perquirir o contexto de significado dos princípios e garantias constitucionais processuais que orientam o sistema jurídico brasileiro, a fim de que se possa extrair o contexto de significado de cada um.

Dentro daquilo que se desenvolverá no presente estudo, a introjeção de elementos próprios de um sistema estrangeiro deve ser avaliada em face das idiossincrasias do sistema legal brasileiro, sobretudo no que tange à confissão, ao aumento do espectro de autonomia da vontade do acusado e exercício de direitos fundamentais frente às balizas constitucionais do processo penal pátrio.

### 2.2.2. Acordo de não persecução penal inserido pelo Pacote Anticrime

No ano de 2017, a Resolução nº 181 do Conselho Nacional do Ministério Público<sup>73</sup>, em seu artigo 18, previu uma espécie de acordo penal, denominado acordo de não persecução penal, à revelia de previsão legal expressa na legislação ordinária<sup>74</sup>, ampliando sobremaneira o modelo de justiça consensual no país.

Apesar das críticas e posicionamentos contrários, o acordo de não persecução penal foi inserido posteriormente no ordenamento jurídico brasileiro através da Lei nº 13.964/19, que inseriu no Código de Processo Penal o artigo 28-A, segundo o qual: “não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a quatro anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”, mediante o cumprimento de condições ajustadas cumulativa e alternativamente.

Consoante noção cediça de Renato Brasileiro de Lima<sup>75</sup>:

Cuida-se de negócio jurídico de natureza extrajudicial, necessariamente homologado pelo juízo competente, celebrado

<sup>73</sup> Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Resolução 181, 07.08.2017. **Diário Eletrônico do CNMP**, Caderno Processual, Brasília, 08.09.2017. Disponível em: [www.cnmp.mp.br/portal/atos-e-normas/norma/5277]. Acesso em: 15 mar. 2021.

<sup>74</sup> CUNHA, Rogério Sanches. **A legalidade do acordo de não persecução penal (Res. 181/171 CNMP)**: uma opção legítima de política criminal. Meu site jurídico, 2017. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2017/09/14/legalidade-acordo-de-nao-persecucao-penal-res-18117-cnmp-uma-opcao-legitima-de-politica-criminal/>. Acesso em: 14 nov. 2020.

<sup>75</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 274.

entre o Ministério Público e o autor do fato delituoso – devidamente assistido por seu defensor - , que confessa formal e circunstancialmente a prática do delito, sujeitando-se ao cumprimento de certas condições não privativas de liberdade, em troca do compromisso do *Parquet* de não perseguir judicialmente o caso penal extraído da investigação penal, leia-se, não oferecer a denúncia, declarando-se a extinção da punibilidade caso a avença seja integralmente cumprida.

Nas palavras de Vladimir Aras, o acordo de não persecução penal é um “negócio jurídico bilateral de eficácia condicionada à sua homologação judicial, que impacta sobre o exercício da ação penal pública, condicionada ou incondicionada. Implica confissão voluntária e não exige delação de terceiros.”<sup>76</sup> Na mesma linha, Rogério Sanches Cunha e Renee de Ó Souza conceituam o acordo como<sup>77</sup>:

O ajuste obrigacional celebrado entre o órgão de acusação e o indiciado/acusado (assistido por advogado), assumindo este sua culpa/responsabilidade, aceitando cumprir, desde logo, sanção penal reduzida e/ ou minorada nos seus efeitos.

Para Mauro Guilherme Santos, consiste no ajuste entre Ministério Público e investigado, por meio do qual são pactuadas obrigações – e não penas – que, cumpridas, resultam na homologação do acordo e arquivamento do feito<sup>78</sup>. Cumpre ressaltar que o cumprimento de obrigações, impostas para celebração do acordo, causa controvérsia, a respeito da natureza de tal imposição. Tal debate interessa ao devido processo legal, na medida em que só se admite a aplicação de pena em havendo jurisdição, o que, em princípio, não ocorre em um acordo extrajudicial. Este ponto será analisado quando do estudo dos princípios processuais penais.

Em suma, o acordo de não persecução redundando no não oferecimento da acusação pelo Ministério Público, mediante o cumprimento de determinadas condições, culminando na extinção da punibilidade, o qual alcança delitos de média

<sup>76</sup> ARAS, Vladimir. Acordos Penais no Brasil: uma análise à luz do direito comparado. In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (Coord.). **Acordo de Não Persecução Penal: Resolução 181/2017 do CNMP com as alterações feitas pela Res. 183/2018**. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 303.

<sup>77</sup> CUNHA, Rogério Sanches, SOUZA, Renee de Ó. A legalidade do acordo de não persecução penal (Res. 181/171 CNMP): uma opção legítima de política criminal. In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (Coord.). **Acordo de Não Persecução Penal: Resolução 181/2017 do CNMP com as alterações feitas pela Res. 183/2018**. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 125.

<sup>78</sup> SANTOS, Mauro Guilherme Messias dos. Acordo de não persecução penal: confusão com o *plea bargaining* e críticas ao Projeto Anticrime. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte, ano 27, n. 108, p. 235-254, out./dez. 2019.

gravidade<sup>79</sup>. A propósito, muitos dos delitos tipificados no Código Penal - a título de exemplo citam-se os crimes de furto, estelionato, apropriação indébita, receptação, falsidade ideológica, peculato, concussão, corrupção ativa e passiva, descaminho – e aqueles previstos na legislação extravagante, como crimes contra o sistema financeiro nacional, tributários, licitatórios, lavagem de dinheiro, e organização criminosa, possuem penas mínimas inferiores a 04 anos, além de não conter previsão de violência ou grave ameaça como elementar do tipo, requisitos para celebração do acordo, o que aumenta consideravelmente o número de delitos que podem ser beneficiados pelo instituto.

Outrossim, da análise dos conceitos colacionados, possível inferir as razões pelas quais o acordo é considerado um instituto pertencente à justiça consensual. Consoante refere Marllon Souza, o instituto pode ser considerado procedimento de barganha em sentido amplo, porquanto contém os dois elementos necessários da definição de barganha, quais sejam: a autoincriminação em troca de uma concessão por parte do *Parquet* – o arquivamento do feito<sup>80</sup>.

Ainda, Souza assevera que o Acordo de Não Persecução em muito se assemelha com o *non persecution agreement* estadunidense, visto que é espécie de acordo que tem por finalidade evitar o processo, utilizado no combate a crimes que afetam o setor empresarial<sup>81</sup>.

Como citado no item 2.1., “permite-se que o réu abandone a posição tradicional de resistência frente à pretensão acusatória e ajuste com a parte adversa o cumprimento de algum tipo de sanção”<sup>82</sup>. Por esta razão diz-se que é inspirado no modelo difundido nos Estados Unidos<sup>83</sup>, representando espécie de modelo negocial

---

<sup>79</sup> SANTOS, Mauro Guilherme Messias dos. Acordo de não persecução penal: confusão com o *plea bargaining* e críticas ao Projeto Anticrime. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte, ano 27, n. 108, p. 235-254, out./dez. 2019.

<sup>80</sup> SOUZA, Marllon. **Plea bargaining no Brasil – O processo Penal por meio do equilíbrio entre o utilitarismo processual e os direitos fundamentais do réu**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 234.

<sup>81</sup> SOUZA, Marllon. **Plea bargaining no Brasil – O processo Penal por meio do equilíbrio entre o utilitarismo processual e os direitos fundamentais do réu**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 99.

<sup>82</sup> ALVES, Jamil Chaim. A justiça consensual e *plea bargaining*. In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (Coord.). **Acordo de Não Persecução Penal: Resolução 181/2017 do CNMP com as alterações feitas pela Res. 183/2018**. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 217.

<sup>83</sup> ALVES, Jamil Chaim. A justiça consensual e *plea bargaining*. In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (Coord.). **Acordo**

de resolução de conflito<sup>84</sup>. Nesse sentido, da leitura do *caput* do artigo pode-se inferir que o juízo de oportunidade citado no item 2.1 é exercido, pois antes de propor o acordo, deve o Ministério Público constatar haver justa causa para o oferecimento da ação penal – dado que somente será proposto não sendo caso de arquivamento –, não havendo dedução da pretensão acusatória.

Em que pese não se trate de substituição ao processo penal, como ocorre no modelo norteamericano, é nítida a natureza consensual e negocial do novel instituto, na medida em que oferece uma solução extrajudicial de conflito<sup>85</sup>, a fim de evitar que seja dado início ao processo. Daí porque afirma-se que o acordo de não persecução penal é inspirado no *plea bargaining*, notadamente pela exigência de confissão ou assunção de culpa, em troca de um benefício, que, no acordo de não persecução, é o não oferecimento de denúncia.

Dito isso, a confissão é o requisito que se destaca dentre os requisitos exigidos para celebração do acordo, que se destaca da mesma forma no sistema estrangeiro. Contudo, como visto, a importação de um instituto inspirado em um sistema estrangeiro, carregando os principais requisitos e características de outro modelo, não deve gerar uma presunção de que se trata do mesmo requisito.

Isso porque cada ordenamento jurídico possui uma estrutura de significado e arranjo constitucional distinto, o que significa dizer que requisitos, condições, instrumentos, procedimentos e princípios podem possuir significados e até mesmo conceitos muito distintos. Desse modo, o requisito exigido para celebração de um

---

**de Não Persecução Penal:** Resolução 181/2017 do CNMP com as alterações feitas pela Res. 183/2018. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 218.

<sup>84</sup> SOUZA, Renee do Ó Souza. Acordo de não persecução penal: o papel da confissão e a inexistência de *plea bargain*. **Revista Consultor Jurídico**, 7 jan 2019, disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-07/renee-souza-papel-confissao-inexistencia-plea-bargain>. Acesso em: 19 jan. 2021.

<sup>85</sup> Considerando a natureza consensual do acordo, Tribunal de Justiça de São Paulo denegou Habeas Corpus impetrado pela Defensoria Pública, que visava o oferecimento da proposta de acordo, não oferecido em primeira instância pelo Parquet. Ao denegar a ordem, o TJ/SP afirmou que o ANPP é instrumento de natureza consensual, bilateral, não podendo o Judiciário impor sua celebração, em caso de recusa do Ministério Público: “Dessa forma, deve-se partir da premissa de que o acordo de não persecução penal deve ser resultante da convergência de vontades (acusado e MP), não podendo se afirmar, indubitavelmente, que se trata de um direito subjetivo do acusado, até porque, se assim o fosse, haveria a possibilidade do juízo competente determinar a sua realização de ofício, o que retiraria a sua característica mais essencial, que é o consenso entre os sujeitos envolvidos.” (TJSP, 3ª CC, rel. Des. Rangel, Habeas Corpus Criminal no 2064200-84.2020.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, j. em 5.05.2020).

acordo em ambos os sistemas jurídicos pode não ser idêntico, mas sim diverso no seu conceito e natureza jurídica.

Destarte, faz-se necessário perquirir o conceito e contexto de significado de confissão no ordenamento jurídico brasileiro, a fim de compreender melhor o instituto do acordo de não persecução e seus desdobramentos frente ao sistema de garantias processuais.

### 2.2.3. A confissão como requisito de procedibilidade

Em busca do reconhecimento da responsabilidade penal, nos primórdios, era atribuído grande valor probante à confissão. O período medieval foi marcado pela prática dos ordálios, que consistiam, grosso modo, em espécies de provações físicas – tais como “caldeirão fervente” ou “ferro incandescente” – utilizadas para, através de uma suposta intervenção divina, verificar a inocência ou a culpa do acusado que era submetido àquelas práticas<sup>86</sup>.

No sistema *common law* sempre foi possível confessar, sendo, com o passar do tempo, atribuído um benefício em troca da confissão – hoje conhecido e difundido como *plea bargaining* – consistente na aplicação de pena mais branda e supressão do processo penal<sup>87</sup>.

Tendo isso em mente, o ponto fulcral do acordo de não persecução, pelo qual o instituto se distancia das soluções consensuais previstas no direito processual brasileiro, é a exigência de confissão formal e circunstancial da prática da infração, haja vista que nenhum outro instrumento de resolução de conflito da seara penal previu ou impôs como requisito, até os dias de hoje, que o investigado tenha confessado a autoria delitiva para fazer jus a um benefício<sup>88</sup>.

---

<sup>86</sup> TARUFFO, Michele. Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos. Madri: Marcial Pons, 2016. p. 101. In: CASTRO, Carolina Soares Castelliano Lucena de; NETTO, Fábio Prudente. Comentários sobre a exigência da confissão no acordo de não persecução penal. **Revista Consultor Jurídico**. 15 fev. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-fev-15/opiniao-exigencia-confissao-acordo-nao-persecucao-penal>. Acesso em: 29 abr. 2021.

<sup>87</sup> ALVES, Jamil Chaim. A justiça consensual e *plea bargaining*. In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (Coord.). **Acordo de Não Persecução Penal**: Resolução 181/2017 do CNMP com as alterações feitas pela Res. 183/2018. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 225.

<sup>88</sup> MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. Acordo de não persecução penal: um novo começo de era (?). **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, maio/2020. Disponível em: <https://ibccrim.org.br/publicacoes/edicoes/51/442>. Acesso em: 06 set. 2021.

Conforme preleciona Renato Brasileiro de Lima, a confissão é a “aceitação por parte do acusado da imputação da infração penal, perante autoridade judiciária ou policial”<sup>89</sup>, sendo também entendida como “admissão feita por aquele a quem é atribuída a prática da infração penal da veracidade da imputação”<sup>90</sup>. Para Fernando da Costa Tourinho Filho, a confissão “é o reconhecimento feito pelo imputado da sua própria responsabilidade”<sup>91</sup>. Por seu turno, Guilherme de Souza Nucci preceitua que<sup>92</sup>:

Confessar é admitir contra si, por quem seja suspeito ou acusado de um crime, tendo pleno discernimento, voluntária, expressa e pessoalmente, diante da autoridade competente, em ato solene e público, reduzido a termo, a prática de algum fato criminoso.

À luz do modelo norteamericano exposto no item 2.2, a confissão se afigura como uma espécie de renúncia à dilação probatória<sup>93</sup>, em decorrência do poder de disposição da vontade do acusado. Em tom crítico, Leonardo Augusto Marinho cita que “o acordo de não persecução penal seguiu a lógica das barganhas anglo-saxãs, ao exigir a declaração de culpa, mas manteve o velho fetiche inquisitório de registrar as minúcias do pecado”<sup>94</sup>.

Ao perquirir o motivo pelo qual o acordo de não persecução exige a confissão para celebração da avença, um motivo é trazido à baila. Em síntese, a confissão seria exigida para garantir que inocentes não celebrem o acordo apenas com o intuito de se livrar do processo, uma vez que a confissão deve ser circunstancial para inferir a congruência do relato do suspeito com a narrativa dos fatos, o que, em tese, garantiria que a pessoa que celebrará o acordo é, de fato, o suspeito, cujos elementos indiciários apontam como autor do delito investigado.

---

<sup>89</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 8. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2020. p. 759.

<sup>90</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 8. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2020. p. 759.

<sup>91</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 601.

<sup>92</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **O valor da confissão**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 5.

<sup>93</sup> BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Justiça Penal Negociada: negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes**. Curitiba: Juruá, 2016. p. 45.

<sup>94</sup> MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. Acordo de não persecução penal: um novo começo de era (?). **Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, maio 2020. Disponível em: <https://ibccrim.org.br/publicacoes/edicoes/51/442>. Acesso em: 06 set. 2021.

Tratando especificamente da confissão exigida para celebração do acordo, Patrícia Eleutério Campos e Renee de Ó Souza lecionam<sup>95</sup>:

Trata-se de providência de viés unicamente processual, que busca assegurar que o acordo é celebrado com a pessoa cujas provas indicam ter sido a autora da infração penal. A confissão produz, deste modo, dois efeitos práticos: impede que um acordo de não persecução seja celebrado por pessoa cujas provas não indicam ou convirjam para sua participação do delito. Além disso, a confissão produz, no confitente, um novo *mindset* com efeito psíquico de arrependimento pela prática da infração penal.

Logo, a confissão seria uma medida necessária para impedir que inocentes celebrem o acordo apenas com o objetivo de se livrar do processo, uma vez que a confissão proporcionaria uma depuração dos indícios de prova colhidos na fase inquisitiva<sup>96</sup>.

Daí advém o requisito constante do caput do artigo 28-A, que exige a confissão circunstancial, ou seja, que apresente riqueza de detalhes e guarde coerência com a narrativa dos fatos. Nesse sentido, a confissão circunstancial teria o condão, pois, de infirmar as declarações que sejam desconexas com outros elementos indiciários colhidos em sede de investigação criminal.

Acerca da confissão circunstanciada, Lúcio Constantino descreve<sup>97</sup>:

A confissão circunstancial é aquela que apresenta versão minuciosa dos fatos, narrando com particularidades os acontecimentos juridicamente relevantes. Ilustra-se que os detalhes narrados são extremamente importantes, pois uma vez que se harmonizem com o contexto da prova colhida, estabelecem a coerência lógica que assegura credibilidade.

Na mesma linha, Renee de Ó Souza e Patrícia Campos advertem<sup>98</sup>:

A confissão circunstancial deve ser entendida como aquela que apresenta a versão detalhada dos fatos, cujas informações mantenham coerência lógica, compatibilidade e concordância com as

---

<sup>95</sup> SOUZA, Renee do Ó; DOWER, Patrícia Eleutério Campos. Algumas respostas sobre o acordo de não persecução penal. *In: Acordo de Não Persecução Penal*: Resolução 181/2017 do CNMP com as alterações feitas pela Res. 183/2018. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 165.

<sup>96</sup> SOUZA, Renee do Ó; DOWER, Patrícia Eleutério Campos. Algumas respostas sobre o acordo de não persecução penal. *In: Acordo de Não Persecução Penal*: Resolução 181/2017 do CNMP com as alterações feitas pela Res. 183/2018. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 165.

<sup>97</sup> CONSTANTINO, Lúcio Santoro de. Considerações sobre a confissão como pressuposto para o acordo de não persecução penal (LEI Nº13.964/19). *Revista da Defensoria Pública do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 26, p. 10, jun. 2020. Semestral.

<sup>98</sup> SOUZA, Renee do Ó; DOWER, Patrícia Eleutério Campos. Algumas respostas sobre o acordo de não persecução penal. *In: Acordo de Não Persecução Penal*: Resolução 181/2017 do CNMP com as alterações feitas pela Res. 183/2018. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 165.

demais provas contidas no procedimento. É do confronto com as demais provas que deve ser aferida a validade da confissão.

Desse modo, a confissão que denote incongruência com a narrativa dos fatos e circunstâncias do crime, totalmente desconexa com os elementos informativos, obsta a celebração do acordo.

Neste diapasão, para Rodrigo Ferreira Leite Cabral, exige-se a confissão no ANPP para corroborar a justa causa existente – tendo em vista que somente é ofertado o acordo não sendo caso de arquivamento – como uma função de garantia<sup>99</sup>, impedindo que um inocente se beneficie do acordo.

Em sentido contrário, na lição de Mauro Guilherme dos Santos, não existe uma confissão propriamente dita no instituto do acordo de não persecução, pois<sup>100</sup>:

Por se tratar de oportunidade meramente extrajudicial, sem qualquer processo instaurado (não há sequer o oferecimento de denúncia), eventual confissão dos fatos pelo investigado não representa assunção de culpa, como se a conduzir o acordante ao recebimento de uma pena pelo juiz.

Em suma, da análise dos conceitos de confissão colacionados, verifica-se que a confissão se traduz pela admissão de culpa, autoria ou prática dos fatos, mas não quanto a qualquer consequência jurídica dela resultante<sup>101</sup>. Todavia, no acordo de não persecução penal, ao “confessar” a prática de infração penal, o acusado se dispõe a cumprir os consectários decorrentes<sup>102</sup>, quais sejam, as condições elencadas nos incisos I a V do artigo 28-A, em troca do não oferecimento da denúncia, fato que corrobora ao entendimento de que a confissão exigida para firmar o acordo não se trata de uma confissão propriamente dita.

De qualquer modo, a confissão prevista como requisito, no mínimo, ratifica a imputação da autoria delitiva já realizada previamente, e o acusado, por via de consequência, dispõe-se a cumprir os consectários decorrentes em troca do não

---

<sup>99</sup> Nas palavras do autor, a confissão assegura que o *Parquet* não estará a “praticar uma injustiça contra um inocente”. (CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. A confissão circunstanciada dos fatos como condição para celebração do acordo de não persecução penal. *In*: BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo (Org.). **Acordo de não persecução penal**. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020. p. 265-280).

<sup>100</sup> SANTOS, Mauro Guilherme Messias dos. Acordo de não persecução penal: confusão com o *plea bargaining* e críticas ao Projeto Anticrime. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte, ano 27, n. 108, p. 235-254, out./dez. 2019.

<sup>101</sup> BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Justiça Penal Negociada**: negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes. Curitiba: Juruá, 2016. p. 29.

<sup>102</sup> BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Justiça Penal Negociada**: negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes. Curitiba: Juruá, 2016. p. 43.

oferecimento da denúncia, de modo que “se trata de ato pelo qual se adere ao que fora apresentado pela acusação”<sup>103</sup>. Portanto, em sendo requisito obrigatório para celebração do acordo, calha considerar que a confissão, no bojo da avença, é potencializada pelo reconhecimento da autoria em favor da parte adversa<sup>104</sup>.

Noutra vertente, requisito constante no *caput* do artigo 28-A do Código de Processo Penal representa, segundo Carolina Soares Castelliano Lucena e Fábio Prudente Netto, o retrocesso a um arcaico sistema jurídico que ostenta, contudo, nova roupagem<sup>105</sup>. Nos dizeres de Rodriguez García, ocorre a “hipervalorização da confissão incriminadora”<sup>106</sup>.

Por esta razão, levantam-se críticas no sentido de que o fundamento para aplicação da pena é uma confissão - ainda que colhida em fase investigativa - porquanto se considera como pena as condições impostas. Nesta senda, a aplicação da sanção estaria isolada de qualquer prova e calcada apenas na confissão<sup>107</sup>.

Todavia, cumpre ressaltar que a confissão não é o único requisito para celebração do acordo, visto que será oferecido pelo Ministério Público após a formação da *opinio delicti*<sup>108</sup>, pois a avença somente será ofertada não sendo caso de arquivamento.

Quanto à referida aplicação de pena, Vladimir Aras assinala que o suspeito, assistido por seu defensor, compromete-se a cumprir obrigações de fazer, não fazer ou dar, em troca do não exercício da ação penal, de modo que “não há imposição de

---

<sup>103</sup> BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Justiça Penal Negociada**: negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes. Curitiba: Juruá, 2016. p. 44.

<sup>104</sup> BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Justiça Penal Negociada**: negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes. Curitiba: Juruá, 2016. p. 29.

<sup>105</sup> CASTRO, Carolina Soares Castelliano Lucena de; NETTO, Fábio Prudente. Comentários sobre a exigência da confissão no acordo de não persecução penal. **Revista Consultor Jurídico**. 15 fev. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-fev-15/opiniao-exigencia-confissao-acordo-nao-persecucao-penal>. Acesso em: 29 abr. 2021.

<sup>106</sup> RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás. **La Justicia Penal Negociada. Experiencias de derecho comparado**. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 1997. p. 104-105.

<sup>107</sup> RIBEIRO, Leo Maciel Junqueira; Costa, Víctor Cezar Rodrigues da Silva. Acordo de não persecução penal: um caso de direito penal das consequências levado às últimas consequências. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. vol. 161. ano 27. p. 249-276. São Paulo: Ed. RT, novembro 2019.

<sup>108</sup> Neste sentido: “A confissão estruturalmente induzida é evitada porque a *opinio delicti* do Ministério Público para a propositura da ação penal deverá estar previamente formada antes da propositura do acordo”. (SOUZA, Renee do Ó; DOWER, Patrícia Eleutério Campos. Algumas respostas sobre o acordo de não persecução penal. *In: Acordo de Não Persecução Penal*: Resolução 181/2017 do CNMP com as alterações feitas pela Res. 183/2018. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 166).

pena sem processo, mas aceitação de obrigações de natureza civil, como o dever de reparar o dano e a prestação pecuniária”<sup>109</sup>.

Tal lição sustenta que, sendo a pena um consectário lógico da atribuição de culpa, não há se falar em assunção de culpa no ato denominado de confissão pelo artigo 28-A, na medida em que não será aplicada pena ao acusado que celebrar o acordo, mas tão somente condições que não implicam restrição de liberdade. Em igual sentido, Renee e Patrícia asseveram que “a confissão obtida para a celebração do acordo de não persecução não enseja assunção de culpa, e por isso não pode ensejar julgamento antecipado”<sup>110</sup>.

Dito isso, considerando que o acordo é um instrumento de resolução consensual de conflito, extrajudicial e abreviado<sup>111</sup>, não teria o condão de gerar assunção de culpa, uma vez que a denominada confissão não é colhida durante o processo criminal. Por isso, sustenta-se que esta confissão importa na assunção de responsabilidade pelo delito, sem, contudo, aferir a culpabilidade<sup>112</sup>.

De fato, a confissão no bojo do acordo esta influenciando na convicção, seja do *Parquet* que oferece a avença, seja do magistrado que verifica a voluntariedade e legalidade do acordo. Sob o aspecto psicológico, Hélio Tornaghi afirma que a confissão, por si só, arremata os sujeitos processuais, na medida em que<sup>113</sup>:

É sumamente tranquilizador ouvir dos lábios do réu uma narrativa convincente do fato criminoso, com a declaração de havê-lo praticado. Isso, aliás, acontece a qualquer homem normal.

Não por outra razão é que se afirma ocorrer um retrocesso no processo penal, na medida em que o elemento psicológico volta a ser utilizado na resolução do conflito, ainda que de maneira velada, pois, ao ouvir a narrativa congruente do imputado acerca da ocorrência dos fatos, torna-se tranquilizador deixar de processá-lo e vê-lo beneficiado pelo instituto.

<sup>109</sup> ARAS, Vladimir. Acordos Penais no Brasil: uma análise à luz do direito comparado. In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (Coord.). **Acordo de Não Persecução Penal: Resolução 181/2017 do CNMP com as alterações feitas pela Res. 183/2018**. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 305.

<sup>110</sup> SOUZA, Renee do Ó; DOWER, Patrícia Eleutério Campos. Algumas respostas sobre o acordo de não persecução penal. In: **Acordo de Não Persecução Penal: Resolução 181/2017 do CNMP com as alterações feitas pela Res. 183/2018**. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 166.

<sup>111</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. **Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 251.

<sup>112</sup> CUNHA, Rogério Sanches. **Pacote anticrime**. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 129.

<sup>113</sup> TORNAGHI, Hélio. **Instituições de Processo Penal**, vol. 4, São Paulo: Saraiva, 1978. p. 47.

Não obstante, a exigência de confissão para celebração do acordo funda-se em mais uma razão – além de supostamente evitar que inocentes o celebrem – qual seja: evitar o *overchanging*. A referência ao *overchanging* advém do *plea bargaining*, termo utilizado para fazer alusão ao excesso de acusação.

A respeito do excesso de acusação, Rogério Filippetto assevera<sup>114</sup>:

Tem-se por excesso de acusação uma postura que extrapola no pedido aquilo que seria realmente devido, sob a inspiração dos ideais de justiça. Trata-se de prática quase que cultural e de longa tradição de órgãos de acusação, que buscam o mais, para eventualmente garantir o menos.

No modelo norteamericano, afirma-se que a confissão é exigida para que não seja possível imputar a um indivíduo a prática de outros delitos, de forma que a confissão, sendo congruente e harmoniosa com a elucidação do fato, impede que seja imputada a prática de mais delitos do que o arcabouço probatório permite inferir. Esta razão também tem sido invocada no ordenamento jurídico brasileiro para legitimar a exigência da confissão.

Ao exigir que o acusado confesse para que firme a avença com a acusação, evitar-se-ia que lhe seja imputada a autoria de mais delitos, conduta sabidamente reiterada no âmbito do Ministério Público. A confissão, que deve ser congruente com os elementos indiciários de prova, há de inferir a responsabilidade por todos os crimes imputados quando do oferecimento do acordo.

Dessa forma, seria possível evitar que o órgão acusatório se valesse da imputação de vários delitos, agravando indevidamente a imputação, para alçar posição mais vantajosa frente ao acusado para celebração do acordo<sup>115</sup>. Assim, o acusado não estaria suscetível à imputação indiscriminada de práticas delitivas para ser induzido a celebrar um acordo.

Por outro lado, a confissão exigida para a pactuação denota o afastamento do réu da posição de resistência, uma vez que está, grosso modo, a colaborar com a acusação. O ato de confessar, por si só, se trata de uma escolha do acusado, tendo

---

<sup>114</sup> FILIPPETTO, Rogério. Condições do Acordo de não persecução penal (anpp): lineamentos para confecção de cláusulas. **Boletim do IBCCRIM**. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. n.º 338. janeiro/2021. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/edicoes/736/8393>. Acesso em: 28 set. 2021.

<sup>115</sup> ALVES, Jamil Chaim. A justiça consensual e *plea bargaining*. In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (Coord.). **Acordo de Não Persecução Penal**: Resolução 181/2017 do CNMP com as alterações feitas pela Res. 183/2018. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 228.

em conta a correta acepção jurídica do termo - à luz do conceito exposto alhures - se for efetivamente realizada sem qualquer tipo de coação ou fator que a macule. Na medida em que a confissão é entendida como manifestação, essencialmente voluntária, pode-se afirmar que a confissão faz parte do interesse do acusado, porquanto não decorre de um dever, tal como o testemunho<sup>116</sup>.

Ao dizer que a voluntariedade é o ponto fulcral para conceituação da confissão, a autonomia da vontade do acusado é novamente trazida ao cerne da questão - em verdade, sempre o foi.

### 2.3. CAUSAS DE LEGITIMAÇÃO

A premissa inicial delineada no primeiro capítulo deste trabalho se resume à aceitação de que, nos tempos atuais, os espaços de consenso e os espaços de conflito no processo penal brasileiro coexistem, em decorrência da diversificação dos procedimentos.

No âmbito consensual, a busca pela eficiência toma maior relevância, indo naturalmente de encontro a tradicional função de garantia. Por isso, antes de se verificar a mitigação ou a possibilidade de haver harmonia entre o novel instituto e os princípios norteadores do processo penal, importa analisar o porquê e em que medida as chamadas causas de legitimação são importantes para inserção do acordo de não persecução, com vista a identificar-se a dimensão com que cada uma contribui para o instituto, bem como se enquadra no ordenamento jurídico pátrio.

#### 2.3.1. O poder de disposição do acusado: autonomia da vontade e o não exercício de direitos fundamentais

Se o acusado desejar celebrar um acordo com a acusação, ainda que isso implique a assunção de responsabilidade ou confissão, qual motivo haveria para impedi-lo? Esse questionamento traz à baila o fundamento principal de legitimação da celebração de acordos: a autonomia da vontade do acusado.

---

<sup>116</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **O valor da confissão**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 82-83.

Tudo que limita a escolha dos indivíduos reduz a felicidade geral<sup>117</sup>. Esse é o argumento fundamental do utilitarismo. Aury Lopes Júnior, em tom crítico, cita o utilitarismo processual como sendo o combate à criminalidade a qualquer custo, através de procedimentos rápidos e eficazes que reduzem a esfera de proteção de direitos, visando atingir maior eficiência e redução de custos no processo<sup>118</sup>.

Se acaso partíssemos dessa noção, teríamos um argumento utilitarista a consubstanciar o novel instituto. Contudo, não se trata, aqui, de analisar o fundamento filosófico do instrumento, cabendo, pois, utilizar a pergunta inicial para confrontar o instituto com o sistema de garantias processuais e com as causas que o legitimam.

Quando imputada a prática de um delito a um indivíduo, são concedidos direitos e garantias processuais que conferem ao investigado chance de se defender da imputação, sendo considerado culpado somente após comprovada a sua culpabilidade. Com o advento do consenso na esfera penal, é dado ao acusado optar pela resolução consensual do conflito penal, a depender da gravidade do delito, em virtude do desenlace da ideia de que o processo é forma exclusiva de resolução do conflito, devido à diversificação de procedimentos<sup>119</sup>.

Como visto, o acordo de não persecução penal é um instrumento de resolução do conflito ofertado ao investigado na esfera consensual, através do qual, optando por não se defender da imputação, abre mão da defesa usual e escolhe celebrar o acordo, mediante confissão - aqui considerada a ratificação da autoria delitiva atribuída ao investigado - e promessa de cumprimento das condições impostas, em troca do não oferecimento da denúncia.

A respeito da escolha do acusado, Renee de Ó Souza e Patrícia Campos preceituam<sup>120</sup>:

---

<sup>117</sup> SANDEL, Michael J. **Justiça: o que é fazer a coisa certa?** 11. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013. p. 67. Tradução de Heloísa Matias e Maria Alice Máximo.

<sup>118</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Justiça Negociada: utilitarismo processual e eficiência antigarantista.** In: Carvalho, Salo; Wunderlich, Alexandre (org.). **Diálogos sobre a justiça dialogal: Teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da Justiça Penal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 106.

<sup>119</sup> Ao tratar dos procedimentos processuais penais, Antonio Scarance Fernandes leciona que a busca por outros procedimentos, com o abandono do mito do procedimento único, permitiu que o consenso tomasse o lugar de alternativa, sendo reconhecido como procedimento à disposição das partes. (FERNANDES, Antonio Scarance. **Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 260).

<sup>120</sup> SOUZA, Renee do Ó; DOWER, Patrícia Eleutério Campos. Algumas respostas sobre o acordo de não persecução penal. In: **Acordo de Não Persecução Penal: Resolução 181/2017 do CNMP com as alterações feitas pela Res. 183/2018.** Salvador: Juspodivm, 2018. p. 172.

Caberá à defesa escolher entre a tradicional preservação de todos os direitos fundamentais, naquilo que podemos nominar como uma defesa convencional, ou escolher entre avaliar a pertinência de mitigação de alguns direitos fundamentais em troca de prêmios penais que podem aumentar a liberdade e o bem-estar do colaborador.

Ao decidir celebrar um acordo, o acusado o faz baseado na autonomia da vontade, decorrente do seu poder de disposição. O que de fato legitimaria tal conduta por parte do acusado é importante detalhe que se deve frisar: o poder de disposição, consistente na renúncia ou não exercício de direitos fundamentais.

Neste diapasão, o direito que o indivíduo possui de escolher celebrar um acordo, que pressupõe a confissão formal e circunstanciada do delito imputado, encontra amparo na doutrina que reconhece a renúncia ou o não exercício de direitos fundamentais.

Não se olvida, pois, que o acusado pode renunciar ao exercício de direitos e garantias processuais, quer seja no bojo de um acordo, quer seja na ação penal, tendo em vista que pode confessar durante o interrogatório judicial, restituir a coisa subtraída à vítima, submeter-se a exames forenses, reparar o dano<sup>121</sup>.

Dito isso, percebe-se que o investigado escolhe não exercer direitos fundamentais dos quais é titular também ao celebrar o acordo de não persecução, tais como direito ao silêncio, não autoincriminação, ampla defesa, dispondo da posição jurídica assumida, calcada em direitos fundamentais<sup>122</sup>, em nítido exercício da autonomia da vontade.

Aqui, importa analisar que o indivíduo é titular de uma posição jurídica: sujeito de direitos. Portanto, sendo titular de direitos fundamentais, o não exercício legitima a celebração de um acordo como o acordo de não persecução penal<sup>123</sup>. Isso porque, o acordo exige a assunção de responsabilidade do delito e uma espécie de renúncia a outras garantias processuais, de modo que, o que de fato permite que o

---

<sup>121</sup> ARAS, Vladimir. Acordos Penais no Brasil: uma análise à luz do direito comparado. In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (Coord.). **Acordo de Não Persecução Penal: Resolução 181/2017 do CNMP com as alterações feitas pela Res. 183/2018**. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 313.

<sup>122</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 218.

<sup>123</sup> BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Justiça Penal Negociada: negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes**. Curitiba: Juruá, 2016. p. 47.

investigado disponha de tais direitos é o poder de disposição. Dessa forma, é dado ao acusado dispor de seus direitos fundamentais, renunciá-los ou não exercê-los.

Conforme sustentado por parte da doutrina, o acusado é sujeito de direitos no processo penal, não um simples objeto do processo<sup>124</sup>, figurando como verdadeiro ator processual, tendo o direito, sobretudo, de exercer sua autodeterminação<sup>125</sup>. É por este motivo que muitos entendem que o acusado pode renunciar a garantias e direitos processuais fundamentais, tanto no bojo de um acordo quanto ao longo da instrução processual<sup>126</sup>.

Para Jorge Reis Novais, a palavra renúncia não traduz da melhor maneira a consequência das disposições de vontade do acusado, na medida em que a renúncia importaria em um desaparecimento definitivo e extinção total de um direito fundamental<sup>127</sup>. Por isso, o autor conceitua a renúncia a direitos fundamentais como “o poder individual de dispor das posições jurídicas próprias, tuteladas por direitos fundamentais, de cujo exercício resulta, como consequência jurídica, uma diminuição da proteção do indivíduo”<sup>128</sup>. Para o autor, o vocábulo “renúncia” abrange o caso em que o direito fundamental sofre um enfraquecimento em face do Estado ou entidades públicas, por força da manifestação de vontade concordante do seu titular<sup>129</sup>.

---

<sup>124</sup> Nesta linha, traz-se a reflexão de Gunther Jakobs, asseverando-se que o sistema de justiça criminal “trata como coisa a pessoa que vai ser submetida a ela” (JAKOBS, Gunther. El principio da culpabilidad. Tradução Manuel Cancio Meliá. Derecho penal y criminologia. Bogotá. V. WX, n.º 50, p. 125-155. In: FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Almedina, 2001. p. 122).

<sup>125</sup> Entendimento sedimentado na Corte Constitucional Alemã, tendo em vista que no modelo de negociação de sentença criminal – *Absprachen* – o acusado pode fazer uma oferta em troca de algum benefício, não se limitando, portanto, a proposta de acordo da acusação. In: LANGER, Maximo. **From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure**. In: Harvard International Law Journal. V. 45. n. 01, 2004. p. 79. Tradução de Ricardo Jacobsen Gloeckner e Frederico C. M. Faria.

<sup>126</sup> Neste sentido: ARAS, Vladimir. Acordos Penais no Brasil: uma análise à luz do direito comparado. In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (Coord.). **Acordo de Não Persecução Penal: Resolução 181/2017 do CNMP com as alterações feitas pela Res. 183/2018**. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 290.

<sup>127</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 219.

<sup>128</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 245.

<sup>129</sup> NOVAIS, Jorge Reis. Renúncia a direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge (org.). **Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, v. 1, p. 288.

Aliás, o não exercício dos direitos fundamentais para a celebração de um acordo não é permanente, nem geral<sup>130</sup>, pois apenas reflete a escolha que melhor aprouver ao acusado frente ao caso concreto. Por esta razão, há vozes que asseveram se tratar de uma restrição a direitos fundamentais<sup>131</sup>, e não especificamente de uma renúncia<sup>132</sup>.

Partindo-se da premissa de que os mecanismos de consenso pressupõem o poder de disposição dos sujeitos processuais, faz-se necessário perquirir o poder de disposição do acusado no que tange a direitos e garantias fundamentais. Interessam-nos as hipóteses em que a limitação ao direito fundamental ocorre por vontade do titular do direito assegurado<sup>133</sup>. A justiça criminal consensual insere-se nessa discussão na medida em que a adoção de mecanismos de consenso repercute em limitação de alguns direitos e garantias fundamentais processuais.

É sabido que alguns direitos fundamentais correspondem diretamente a princípios e, especialmente no âmbito do direito processual penal, os direitos fundamentais do acusado pertencem ao acervo de normas constitucionais – os princípios processuais penais previstos na Carta Maior.

Nas palavras de Robert Alexy, em se tratando de princípios e restrição, o que é restringido não é o bem jurídico protegido, mas o direito garantido por esta norma. Nesse caso, é correto falar em restrição a direitos fundamentais, quando estes se revelam em princípios, pois estão a garantir o exercício de um direito<sup>134</sup>. Para o autor, a restrição a direitos fundamentais somente advém de “normas que restringem uma posição *prima facie* de direito fundamental”<sup>135</sup>. Significa que normas ou princípios constitucionais devem consubstanciar a restrição ou o não exercício

<sup>130</sup> SOUZA, Renee do Ó; DOWER, Patrícia Eleutério Campos. Algumas respostas sobre o acordo de não persecução penal. In: **Acordo de Não Persecução Penal**: Resolução 181/2017 do CNMP com as alterações feitas pela Res. 183/2018. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 170.

<sup>131</sup> SOUZA, Renee do Ó; DOWER, Patrícia Eleutério Campos. Algumas respostas sobre o acordo de não persecução penal. In: **Acordo de Não Persecução Penal**: Resolução 181/2017 do CNMP com as alterações feitas pela Res. 183/2018. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 170.

<sup>132</sup> A renúncia importa em extinção do direito. Nesse sentido: NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 239.

<sup>133</sup> BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Justiça Penal Negociada**: negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes. Curitiba: Juruá, 2016. p. 70.

<sup>134</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 280. Tradução de Virgílio Afonso da Silva.

<sup>135</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 280.

dos direitos e princípios fundamentais, a fim de que justifiquem a restrição para exercício de outros direitos<sup>136</sup>.

O autor sustenta que os princípios têm um caráter *prima facie* porquanto “princípios exigem que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Nesse sentido, eles não contêm um mandamento definitivo, mas apenas *prima facie*”<sup>137</sup>.

Conforme ensinamento de Jorge Reis Novais, embora empregando a palavra renúncia pelo uso reiterado da doutrina<sup>138</sup>:

A renúncia é também uma forma de exercício do direito fundamental, dado que, por um lado, a realização de um direito fundamental inclui, em alguma medida, a possibilidade de se dispor dele, inclusive no sentido da sua limitação, desde que esta seja uma expressão genuína do direito de autodeterminação.

Nessa esteira, a titularidade possibilita decidir se o direito, de fato, será exercido, de modo que o ato de decidir é lastreado pela autonomia e autodeterminação do acusado e tal atitude pode, conforme afirma Rodrigo Brandalise, “enfraquecer o seu exercício para a obtenção de um determinado benefício”<sup>139</sup>.

Estar-se-ia diante da renúncia, tratada por Jorge Joaquim Gomes Canotilho como espécie especial de restrição<sup>140</sup>. Para Vladimir Aras, “as garantias do acusado no processo penal são indisponíveis, mas o seu exercício é renunciável”<sup>141</sup>. Significa dizer que o acusado possui o direito o silêncio, mas se deseja, por exemplo, confessar em juízo, não está proibido de fazê-lo.

---

<sup>136</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 239.

<sup>137</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 104.

<sup>138</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 239.

<sup>139</sup> BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Justiça Penal Negociada**: negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes. Curitiba: Juruá, 2016. p. 47.

<sup>140</sup> CANOTILHO, Jorge Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992. p. 615-616.

<sup>141</sup> ARAS, Vladimir. Acordos Penais no Brasil: uma análise à luz do direito comparado. *In*: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (Coord.). **Acordo de Não Persecução Penal**: Resolução 181/2017 do CNMP com as alterações feitas pela Res. 183/2018. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 281.

Na mesma linha, Rosimeire Ventura Leite assenta a questão<sup>142</sup>:

Elemento essencial, portanto, é a vontade do indivíduo direcionada para admitir limitações a uma posição jurídica de direito fundamental que lhe é constitucionalmente conferida.

Trata-se, pois, para a consecução do escopo do presente trabalho, da análise da prática dessa hipótese dentro do processo. Para Rodrigo da Silva Brandalise, “está-se diante da situação de não exercício de direitos de cunho fundamental estabelecidos dentro da relação processual penal em prol do arguido”.<sup>143</sup>

O poder de dispor sobre os direitos fundamentais decorre do próprio exercício deles. Nesse sentido, conforme assevera Flávio da Silva Andrade, não se pode olvidar que, no caso de pactuação de acordos ou aceite de ferramentas consensuais, deparamo-nos, ao menos, com mais um direito fundamental: a liberdade de expressão da vontade e pensamento do acusado<sup>144</sup>. Do contrário, equivaleria dizer que este direito é mitigado, em face de uma espécie de obrigação do acusado de sempre se ôpor à acusação.

Seguindo a mesma lógica, Marllon Souza é incisivo em seu posicionamento<sup>145</sup>:

Os réus devem ser tratados como seres humanos com autonomia e personalidade para compreender o que é de seu interesse ou não. Se o acusado, depois de devidamente orientado por seu defensor, nomeado ou constituído, quiser evitar o julgamento e fazer um acordo com o Ministério Público, nenhuma inconstitucionalidade ocorre em procedimento que permita esse resultado.

Sob esse prisma, considera-se que a concessão de maior autonomia ao acusado se deve ao “rompimento do paternalismo estatal que, desconfiado da ampla

---

<sup>142</sup> LEITE, Rosimeire Ventura. **Justiça consensual como instrumento de efetividade do processo penal no ordenamento jurídico brasileiro**. 2009. 256 f, p. 52. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito da Usp, São Paulo, 2009. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-17112011-110813/pt-br.php>. Acesso em: 09 jul. 2020.

<sup>143</sup> O autor assevera que não se trata de uma renúncia propriamente dita, mas de uma conformação com a acusação, ou, ainda, conforme leciona Novais, uma disposição individual acerca de posições de direitos fundamentais. (BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Justiça Penal Negociada**: negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes. Curitiba: Juruá, 2016. p. 45).

<sup>144</sup> ANDRADE, Flávio da Silva. **Justiça Penal Consensual**: controvérsias e desafios. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 160.

<sup>145</sup> SOUZA, Marllon. **Plea bargaining no Brasil – O processo Penal por meio do equilíbrio entre o utilitarismo processual e os direitos fundamentais do réu**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 206.

defesa e do grau de autonomia do indivíduo, impede que o cidadão realize livremente escolhas<sup>146/147</sup>.

Nessa toada, a voluntariedade há que ser elemento indispensável para a validade e legalidade de qualquer assentimento por parte do acusado no âmbito consensual de resolução de conflitos.

Todavia, não se pode mitigar o poder de disposição<sup>148</sup>, decorrente da autonomia da vontade, que é inerente à dignidade da pessoa humana, em detrimento do resultado final que pode ser concretizado por cada opção, que pode vir a ser mais vantajoso ao acusado.

No que toca à voluntariedade, esta aparece como cerne da questão exposta no presente trabalho na medida em que a escolha feita pelo acusado não afronta a voluntariedade e seus direitos fundamentais, porque o acusado não foi, *a priori*, forçado a confessar ou a produzir uma prova contra si mesmo, tampouco forçado ou compelido a optar por uma saída processual que, em tese, pode beneficiá-lo. Contudo, a voluntariedade também é questionada quando se trata de acordo de não persecução.

Ocorre que impedir que o acusado celebre o acordo, fazendo uso do poder de escolha e autonomia que lhe é inerente, como pessoa humana que é, parece paradoxal, uma vez que tolher o acusado de exercer direito fundamental de tamanha relevância importaria, da mesma forma, ofensa à dignidade da pessoa humana.

Com efeito, o não exercício de direitos fundamentais para a celebração do acordo de natureza consensual notadamente faz com que o acusado refute questões principiológicas e teóricas que, embora guardem grande relevância, podem

---

<sup>146</sup> Oportuna a reflexão de Marlon Souza: “É hora de abandonar a visão paternalista de que os réus são incapazes de tomar decisões autônomas, seja confessando ou negando a prática de crimes”. (SOUZA, Marllon. **Plea bargaining no Brasil – O processo Penal por meio do equilíbrio entre o utilitarismo processual e os direitos fundamentais do réu**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 206). Nesta linha: SOUZA, Renee do Ó; DOWER, Patrícia Eleutério Campos. Algumas respostas sobre o acordo de não persecução penal. *In: Acordo de Não Persecução Penal: Resolução 181/2017 do CNMP com as alterações feitas pela Res. 183/2018*. Salvador: Juspodivm. 2018, p. 169.

<sup>147</sup> Por paternalismo, entende-se como sendo “a privação ou redução da liberdade de escolha do indivíduo operada pelo ordenamento a fim de assegurar uma particular proteção da pessoa ou de uma categoria de pessoas de atos contrários ao seu próprio interesse”. (CONSENTINO, Fabrizio. **II paternalismo Del legislatore nelle norme di limitazione dell’autonomia dei privati**. Quadrimestre, n.º 1. 1993. p. 120).

<sup>148</sup> Consiste, basicamente, em dar fiel observância ao princípio no âmbito do processo penal, em atenção à cláusula de extensão prevista no artigo 3º do Código de Processo Penal.

redundar em um prejuízo maior ao acusado, no plano fático, a exemplo de uma condenação mais severa<sup>149</sup>. Uma condenação mais severa pode ocorrer acaso o acusado não celebre o acordo de não persecução e escolha ser processado.

Nesta senda, considerando que o acusado assume uma posição jurídica calcada em direitos fundamentais, pode-se dizer que esta posição jurídica pode ou não ser exercida, pois a própria ordem jurídica assim lhe permite<sup>150</sup>. Deste modo, o acusado pode se valer da posição jurídica garantida constitucionalmente, fundada na presunção de inocência, direito a não auto incriminação, contraditório e ampla defesa, assim como pode escolher não exercer estes direitos que lhe são assegurados.

Em sendo assim, é possível concluir que o acusado, ao não exercer os direitos fundamentais processuais dos quais é titular e firmar o acordo de não persecução, estará refutando, em alguma medida, princípios processuais penais norteadores do direito brasileiro.

### 2.3.2. Duração razoável do processo

A duração razoável do processo é um direito fundamental que vem previsto no artigo 5º, inciso LXXVIII da Constituição Federal, assegurando para todos, seja no âmbito judicial, seja no âmbito administrativo, a razoável duração do processo. Para tanto, a Carta Magna assegura a adoção de meios que garantam a celeridade da tramitação dos processos. A Convenção Americana de Direitos Humanos, no mesmo sentido, prevê, no artigo 8º, n. 1, que toda pessoa deve ser ouvida em um prazo razoável. Diante disso, verifica-se que a duração razoável do processo possui expressivo relevo, sobretudo no que diz respeito ao processo penal.

Considerando a exigência constitucional de adoção de meios que assegurem a rápida tramitação dos feitos, o acordo de não persecução penal se insere neste meandro, dada a natureza de instrumento de resolução consensual do conflito.

---

<sup>149</sup> BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Justiça Penal Negociada**: negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes. Curitiba: Juruá, 2016. p. 55.

<sup>150</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 239.

Para Rodrigo da Silva Brandalise<sup>151</sup>:

A presença de acordos, além de agilizar e economizar a marcha processual, proporciona uma resposta mais célere a uma criminalidade violenta e a uma vítima que, com ele, se afasta da nova estigmatização com maior probabilidade de reparação de seu dano.

Vladimir Aras entende que o consenso na esfera processual penal contribui para a consecução da duração razoável do processo, pois serve de alternativa ao processo penal tradicional<sup>152</sup>, notadamente emprestando outros meios de resolução de conflito mais céleres.

A duração razoável do processo deve ser analisada inclusive sob a ótica do acusado, uma vez que o processo que se prolonga de maneira desarrazoada compromete a vida do réu, aquele que mais sofre as mazelas do processo penal<sup>153</sup>. A esse respeito, Madlener refere que a celeridade é necessária não somente para a repressão do delito, mas inclusive para “salvaguardar os direitos humanos, pois tanto o culpado quanto o inocente têm o direito de ser liberado da situação de insegurança processual”<sup>154</sup>.

Destarte, na medida em que o acordo de não persecução penal oferece meio alternativo à resolução do conflito penal, caso seja suficiente para repressão ao delito, o novel instituto demonstra ter o condão de dar eficácia ao comando constitucional acima referido<sup>155</sup>.

Aliás, o comando constitucional de adoção de meios de resolução de conflito que contribuam para a celeridade processual é um dos motivos pelos quais a

---

<sup>151</sup> BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Justiça Penal Negociada**: negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes. Curitiba: Juruá, 2016. p. 37.

<sup>152</sup> ARAS, Vladimir. Acordos Penais no Brasil: uma análise à luz do direito comparado. *In*: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (Coord.). **Acordo de Não Persecução Penal**: Resolução 181/2017 do CNMP com as alterações feitas pela Res. 183/2018. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 325.

<sup>153</sup> BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Justiça Penal Negociada**: negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes. Curitiba: Juruá, 2016. p. 43.

<sup>154</sup> MANDLENER, Kurt. Meios e métodos de alcançar-se no processo penal as metas de prazo razoável e de celeridade: observações a respeito da justiça alemã. *In*: MONTE, Mário Ferreira. **Que futuro para o Direito Processual Penal?**: simpósio em homenagem à Jorge de Figueiredo Dias. Coimbra: Coimbra, 2009. p. 645-670.

<sup>155</sup> ARAS, Vladimir. Acordos Penais no Brasil: uma análise à luz do direito comparado. *In*: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (Coord.). **Acordo de Não Persecução Penal**: Resolução 181/2017 do CNMP com as alterações feitas pela Res. 183/2018. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 325.

introjeção do acordo de não persecução penal foi possível. É, pois, importante causa de legitimação.

Outro fator que legitima a previsão de um novo acordo no âmbito processual penal é o direito a um procedimento diverso<sup>156</sup>, que assegure eficiência, e também garantismo ao processo penal. O direito ao procedimento foi reconhecido embrionariamente como direito fundamental na medida em que se percebeu necessário um sistema de regras e princípios que possibilitasse um resultado<sup>157</sup>.

A existência de um procedimento diverso, que guarde relação e correspondência à gravidade do delito e à opção de política criminal adotada pelo ordenamento jurídico, é consectário do próprio direito a duração razoável do processo.

Sobre o procedimento que garante eficiência e respeito aos direitos do acusado, sobretudo a sua liberdade, Antonio Scarance Fernandes leciona<sup>158</sup>:

Os indivíduos têm direito a que o Estado atue positivamente no sentido de estruturar órgãos e criar procedimentos que, ao mesmo tempo, lhes assegurem segurança e lhes garantam a liberdade. [...] Em outros termos, o direito ao procedimento processual penal consiste em direito a um sistema de princípios e regras que, para alcançar um resultado justo, faça atuar as normas de direito repressivo, necessárias para a concretização do direito fundamental à segurança, e assegure ao acusado todos os mecanismos essenciais para a defesa de sua liberdade.

Isso posto, a referida diversificação de procedimentos, ao garantir um procedimento diverso que atenda às necessidades de repressão de delitos de pequena gravidade, bem como preserve os direitos do acusado de forma mais célere, proporciona a resolução mais rápida do conflito, em atenção ao comando constitucional da duração razoável do processo.

À medida que delitos de média gravidade – como é o caso do instituto do acordo de não persecução penal – são submetidos a procedimentos diversificados, propicia-se maior celeridade processual ao julgamento dos delitos. O acusado, pois, possui o direito de se valer de um procedimento diverso do processo tradicional, em

---

<sup>156</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. **Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 39.

<sup>157</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. **Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 40.

<sup>158</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. **Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 260.

que não seja necessariamente compelido a apresentar resistência à acusação, possibilitando-lhe resolver o entrave com o Estado.

Nessa toada, não se pode olvidar que, nos dias atuais, o acusado sofre grande estigmatização pela suposta prática de um delito, antes mesmo da imputação formal da autoria delitiva pela autoridade competente, em decorrência do uso das redes sociais e do clamor midiático dos meios de comunicação. A prévia estigmatização sofrida pode gerar a ânsia pela resolução rápida da questão penal.

Por isso, pode-se dizer que a inserção do acordo de não persecução penal no ordenamento jurídico brasileiro se justifica também pela busca acertada e contínua de celeridade processual, a fim de propiciar a devida duração razoável do processo.

### **3. O ANPP FRENTE AO SISTEMA DE GARANTIAS PROCESSUAIS**

O processo penal tem a tradicional função de garantia. No entanto, além da função de garantia, há a funcionalidade do processo, no sentido de que deve oferecer eficiência ao aparato judicial, cuja função de funcionalidade não deve ser esquecida.

Embora o vetor “funcionalidade” venha ganhando cada vez mais espaço, sobretudo pela expansão do consenso, o processo penal brasileiro possui princípios garantísticos que lhe são iminentes<sup>159</sup>. A Carta de direitos do acusado vem prevista, no âmbito das Convenções Internacionais, nos artigos 7º e 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos, incorporados ao arranjo constitucional pátrio pelo artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

A despeito da legítima perseguição do vetor “eficiência” pelo Estado Democrático de Direito, não é dado ao Estado, por intermédio de seus agentes, rechaçar a atuação pautada na cartela de direitos fundamentais, a pretexto de implementar maior eficiência no sistema de justiça<sup>160</sup>.

---

<sup>159</sup> FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Almedina, 2001. p. 57.

<sup>160</sup> PRADO, Geraldo. **O direito ao silêncio**. 2021. Disponível em: <https://geraldoprado.com.br/artigos/o-direito-ao-silencio/>. Acesso em: 21 maio 2021.

Não por outra razão, faz-se necessário perquirir o contexto de significado dos princípios processuais que norteiam o processo penal brasileiro e averiguar eventual prejuízo ou mitigação que a introjeção de um novo acordo, com as vicissitudes presentes no acordo de não persecução, pode gerar aos direitos e garantias da pessoa acusada e no processo penal como um todo, para, finalmente, analisar a retórica garantista à luz das causas de legitimação do acordo de não persecução penal.

### 3.1 A (IN)VIOLABILIDADE DE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Em primeiro lugar, é imperioso fazer uma breve digressão sobre a própria natureza dos princípios e das críticas tecidas ao instituto em apreço. Sustenta-se que a celebração do acordo gera renúncia ao devido processo legal e a todas as garantias constitucionais a ele inerentes, sobretudo em razão da presunção de culpa, em dissonância com a Constituição Federal de 1988<sup>161</sup>.

No entanto, o fato dos espaços de consenso e espaços de conflito coexistirem<sup>162</sup> não significa, necessariamente, que ambos atenderão aos princípios e balizas constitucionais pensados para o modelo tradicional, quando não se cogitava tamanha ampliação do consenso ou negociação no processo penal<sup>163</sup>.

Por isso, o processo penal consensual, norteado pelo princípio da autonomia da vontade e da eficiência, torna necessária a releitura dessas garantias sob esta nova ótica<sup>164</sup>. Contudo, Mendonça lembra<sup>165</sup>:

---

<sup>161</sup> RIBEIRO, Natália Pimenta; TOLEDO, Yashmin Crispin Baiocchi de Paula e. Plea bargain à brasileira: a justiça penal negociada do projeto de lei anticrime e o recrudescimento dos resquícios inquisitórios do sistema criminal. **Boletim Ibccrim**, Porto Alegre, v. 317, n. 27, p. 32-34, abr. 2019. Mensal.

<sup>162</sup> LEITE, Rosimeire Ventura. **Justiça consensual como instrumento de efetividade do processo penal no ordenamento jurídico brasileiro**. 2009. 256 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito da Usp, São Paulo, 2009. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-17112011-110813/pt-br.php>. Acesso em: 09 jul. 2020.

<sup>163</sup> ROSA, Luísa Walter da. **Colaboração Premiada na Lei n. 12.850/13: uma análise sobre a possibilidade de concessão de benefícios extralegais ao colaborador**. 2018. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2018. p. 74.

<sup>164</sup> 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 (Coord.). **Colaboração premiada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 70.

<sup>165</sup> 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 (Coord.). **Colaboração premiada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 70.

O modelo consensual também é um modelo público [...] Não se trata de “privatizar” o processo penal, pois os valores e os objetivos são nitidamente públicos. De um lado, a proteção da sociedade contra crimes graves, no interesse público de auxiliar na investigação de crimes particularmente gravosos e de difícil investigação (meio de obtenção de prova) e, de outro, melhor proteger os interesses do imputado (que obterá um benefício em razão de sua contribuição e terá sua situação favorecida). Ou seja, os objetivos do modelo consensual são nitidamente públicos, embora resgatem com maior potência a autonomia da vontade do imputado. [...] É possível um processo democrático, baseado no consenso e na autonomia da vontade.

A ideia da importância da eficiência no âmbito do processo penal é o primado do modelo consensual. Sob esse prisma, a eficiência alçou o lugar de valor essencial a ser perseguido também na esfera penal, que, como visto, está lastreada em outros direitos e pontos importantes ao processo penal e à dignidade da pessoa humana, como a autonomia da vontade e o poder de disposição do acusado, sujeito de direitos processuais no processo penal.

Este dever de funcionalidade ou eficiência também é um valor de ordem constitucional previsto no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista que a Carta Magna, no artigo 5º, inciso LXXVIII, prevê que serão adotados meios que garantam a celeridade processual. A adoção de mecanismos que propiciem a duração razoável do processo e a celeridade está umbilicalmente ligada à eficiência da administração pública, prevista no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal.

Contudo, desde que a eficiência no processo penal ganhou a merecida atenção, o processo penal fica diante de uma encruzilhada<sup>166</sup>: buscar a eficiência ou manter um modelo garantista, com máxima observância aos princípios processuais penais, longe de qualquer mitigação destas garantias.

Diz-se isso porque, para algumas vozes, é certo que a busca por eficiência no processo penal importará, necessariamente, em mitigação, quiçá em espaço de

---

<sup>166</sup> CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. Plea bargaining e justiça criminal consensual: entre os ideais de funcionalidade e garantismo. **Custos Legis**: Revista eletrônica do Ministério Público Federal. Brasília, p. 1-26, 2012. Disponível em: [http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista/2012\\_Penal\\_Processo\\_Penal\\_Campos\\_Plea\\_Bargaining.pdf](http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista/2012_Penal_Processo_Penal_Campos_Plea_Bargaining.pdf). Acesso em: 25 out. 2020.

negociação dos direitos e garantias fundamentais<sup>167</sup>, a exemplo da presunção de inocência, dada a primazia conferida à autonomia da vontade<sup>168</sup>.

Por esta razão, é importante ter em mente que o acordo de não persecução está inserido num contexto negocial/consensual, regido pela autonomia privada e eficiência<sup>169</sup>. Assim sendo, após a análise das causas que legitimam o acordo e os requisitos exigidos para sua celebração, cumpre agora discutir a possibilidade de ofensa aos princípios processuais penais citados no primeiro capítulo, mas sem deixar de levar em conta o poder de disposição dos direitos fundamentais do acusado, a correlação destes com os princípios processuais penais e o caráter dos princípios que serão abordados na sequência.

Primeiramente, compete destacar, como explicitado no primeiro capítulo, todo princípio tem caráter *prima facie*. Significa dizer que todo e qualquer princípio tem um caráter *prima facie*, e não definitivo. Explicativa a compreensão de Robert Alexy, no sentido de que<sup>170</sup>:

Da relevância de um princípio em um determinado caso não decorre que o resultado seja aquilo que o princípio exige para esse caso. Princípios representam razões que podem ser afastadas por razões antagônicas. Os princípios, portanto, não dispõem da extensão de seu conteúdo em face dos princípios colidentes e das possibilidades fáticas.

Da forma como exposto, depreende-se que princípios apresentam razões que levam a determinada direção, mas não cominam, necessariamente, uma determinada decisão ou rumo em consequência<sup>171</sup>.

---

<sup>167</sup> Nesse sentido, Luiza Walter da Rosa assevera, citando o princípio da disponibilidade da ação penal: “Já no processo penal negociado, há margem de negociação da presunção de inocência e da disponibilidade da ação penal, tendo em vista a predominância da autonomia privada das partes e da lógica da eficiência processual” (ROSA, Luísa Walter da. **Colaboração Premiada na Lei n. 12.850/13**: uma análise sobre a possibilidade de concessão de benefícios extralegais ao colaborador. 2018. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2018. p. 74).

<sup>168</sup> ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 4. ed. revista, atualizada e ampliada. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 115-117.

<sup>169</sup> O mesmo ocorre com a colaboração premiada, cujo estudo é importante lançar luzes neste ponto, como o fez Luisa Walter da Rosa.

<sup>170</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 104. Tradução de Virgílio Afonso da Silva.

<sup>171</sup> DWORCKIN, Ronald. Taking Rights Seriously. p. 24-26. In: ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 104. Tradução de Virgílio Afonso da Silva.

Não por outra razão, pode-se atrelar a possibilidade de mitigação ou, disposição do exercício de determinados direitos fundamentais, pelo caráter *prima facie* que lhes é inerente, assim como aos princípios que deles decorrem.

Para Luísa Walter da Rosa, os direitos e garantias fundamentais processuais são mitigados, consubstanciada na lição de Alexandre Morais da Rosa, o qual assevera que a mitigação destas garantias irá ocorrer no sistema de justiça consensual, uma vez que a autonomia da vontade e a eficiência ocupam o espaço de predominância<sup>172</sup>.

A eficiência, vale ressaltar, não se resume somente à redução de gastos públicos com o aparato judicial – fator econômico que exsurge quando da análise superficial do vetor eficiência – mas também “desdobra-se na efetividade do processo penal e na eficácia dos direitos fundamentais”<sup>173</sup>.

Todavia, não há se falar, necessariamente, em incompatibilidade entre as tendências garantista e eficientista, visto que são dois vetores fundamentais do processo penal moderno<sup>174</sup> que deverão coexistir, embora não se harmonizem em todos os casos. Feita esta digressão, impende adentrar na análise dos princípios processuais penais.

### 3.1.1. Presunção de inocência

O princípio da presunção de inocência – ou presunção de não culpabilidade – previsto expressamente no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal prevê:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

---

<sup>172</sup> ROSA, Luísa Walter da. **Colaboração Premiada na Lei n. 12.850/13**: uma análise sobre a possibilidade de concessão de benefícios extralegais ao colaborador. 2018. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2018. p. 74.

<sup>173</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo em evolução**. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 228.

<sup>174</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo em evolução**. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 228.

Aury Lopes Júnior define a presunção de inocência como “garantia de que será mantido o estado de inocência até o trânsito em julgado de sentença condenatória”<sup>175</sup>. Nas palavras de Renato Brasileiro de Lima, a presunção de inocência é conceituada como<sup>176</sup>:

O direito de não ser declarado culpado senão após o término do devido processo legal, durante o qual o acusado tenha se utilizado de todos os meios de prova pertinentes para a sua defesa (ampla defesa) e para a destruição da credibilidade das provas apresentadas pela acusação (contraditório).

Segundo o princípio da presunção de inocência, todo indivíduo ostenta a qualidade de inocente enquanto não comprovada a sua culpabilidade, tendo sido eleito como marco e requisito objetivo para sua aferição o trânsito em julgado de sentença penal condenatória<sup>177</sup>.

Em que pese seja de extrema importância o estudo das duas regras<sup>178</sup> fundamentais que derivam do princípio em apreço, importante fazer um recorte, a fim de centralizar a análise à regra que se sobressai em relação ao acordo de não persecução: a regra probatória. Entende-se por regra probatória o fato de que “a acusação tem o ônus de demonstrar a culpabilidade do acusado além de qualquer dúvida razoável, e não este de provar a sua inocência”<sup>179</sup>. Segundo Aury Lopes Júnior, a regra probatória gera um dever – que incumbe à acusação – de derrubar a presunção de não culpabilidade<sup>180</sup>.

Daí se extrai o ponto fulcral de insurgência ao acordo de não persecução. Uma vez que se exige, para celebração do acordo, a confissão formal e circunstanciada do delito – vista como uma espécie de ratificação da imputação da autoria delitiva – estar-se-á diante de uma demonstração de culpabilidade por parte

<sup>175</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. Justiça Negociada: utilitarismo processual e eficiência antigarantista. In: Carvalho, Salo; Wunderlich, Alexandre (org.). **Diálogos sobre a justiça dialogal**: Teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da Justiça Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 118.

<sup>176</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 6. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 47.

<sup>177</sup> MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 91.

<sup>178</sup> Renato Brasileiro de Lima afirma que há duas vertentes que derivam do princípio da presunção de inocência: a regra de tratamento e a regra probatória - *in dubio pro reo*. (LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 6. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 47).

<sup>179</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 6 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 48.

<sup>180</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 354-355.

do acusado, enquanto esta demonstração caberia única e exclusivamente à acusação. Necessário que o imputado se responsabilize pela autoria do delito – confesse – para firmar o acordo de não persecução.

Em verdade, nada impede que o acusado assuma sua responsabilidade pelo crime, uma vez que o princípio da presunção de inocência lhe garante o estado de inocência desde a imputação da prática de um delito, mas não veda assunção de responsabilidade, desde que atestado de forma voluntária.

Com efeito, considerando todo o exposto até aqui, devemos considerar que o espaço de consenso e o espaço de conflito – ao qual se reserva o processo penal “tradicional” – coexistem. Partindo dessa premissa, é possível perceber que há margem para a negociação da presunção de inocência<sup>181</sup>.

Isso porque, cediça a predominância da autonomia da vontade e lógica efficientista na justiça penal negociada, na qual se insere o acordo de não persecução, bem como é cediço que o princípio da presunção de inocência decorre do direito fundamental de não ser considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Nesse sentido, Alexandre Morais da Rosa sustenta, ancorado numa noção de disponibilidade de direitos<sup>182</sup>:

As normas regulativas (processo, procedimento, direitos subjetivos vinculados à assunção de culpa e obrigações probatórias) autorizam que os jogadores disponham da vontade para obtenção de consensos. [...] As cláusulas de disponibilidade, portanto, inserem mecanismos de barganha e negociação ampliados, tanto sobre o conteúdo da imputação como sobre os efeitos (penas, regimes, etc) das sanções.

O aspecto estabelecido pelo autor se refere ao poder de disposição do acusado que<sup>183</sup>, como visto, é inerente ao próprio exercício dos direitos. Normas processuais, relativas ao procedimento, autorizam-no a exercer a disposição para

---

<sup>181</sup> ROSA, Luísa Walter da. **Colaboração Premiada na Lei n. 12.850/13**: uma análise sobre a possibilidade de concessão de benefícios extralegais ao colaborador. 2018. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2018. p. 74.

<sup>182</sup> ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 4. ed. revista, atualizada e ampliada. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 100.

<sup>183</sup> Não obstante, apesar deste posicionamento, Alexandre Morais da Rosa também adverte que “a presunção de inocência deveria ser o ponto de partida da tomada de decisões no âmbito negocial. O Estado deveria tratar o investigado como inocente, pressupondo-o como tal, acometendo ao jogador-acusador a carga probatória de destruição do dique da inocência”. (ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 4. ed. revista, atualizada e ampliada. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 115).

que escolha a forma como melhor lhe aprouver resolver o conflito. Neste caso, para obter a resolução através do consenso. Dessa forma a autonomia da vontade e o poder de disposição que o próprio acusado detém geram, por si sós, a possibilidade de mitigação da presunção de inocência, visto que a garantia que lhe é assegurada não o impede de fazer o que bem entender.

Não por outra razão, diz-se que as garantias do acusado são indisponíveis, mas o exercício delas é renunciável – pode ele dispor do exercício, optando por não exercê-la, inexistindo um dever ou orientação que o obrigue a sempre oferecer resistência à persecução<sup>184</sup>. Segundo este entendimento, esse fator teria o condão de legitimar a mitigação da presunção de inocência, porquanto mitigada pelo próprio acusado.

Fazendo menção ao dito “sacrifício imposto à presunção de inocência”<sup>185</sup> no bojo do acordo de não persecução, Leonardo Augusto Marinho refere que:

A renúncia ao processo e o sacrifício imposto à presunção de inocência só conseguem ser justificados se a negociação proporcionar condições efetivamente melhores do que as que seriam impostas em uma sentença.

No que tange à condição mais benéfica oferecida ao investigado, prevê o §12º e §13º do artigo 28-A que, cumpridas as condições impostas, será declarada extinta a punibilidade do investigado, não devendo constar a celebração, tampouco o cumprimento do acordo em certidões de antecedentes criminais.

Portanto, vê-se que a presunção de inocência do investigado que celebra o acordo se mantém hígida, tendo em vista que o cumprimento da avença não configurará reincidência, tampouco constará em certidão de antecedentes. Há, assim, vantagem ao investigado que o celebra, posto que obsta as repercussões negativas de uma condenação<sup>186</sup>. Daí, pois, extrai-se que as condições impostas

---

<sup>184</sup> ARAS, Vladimir. Acordos Penais no Brasil: uma análise à luz do direito comparado. *In*: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (Coord.). **Acordo de Não Persecução Penal**: Resolução 181/2017 do CNMP com as alterações feitas pela Res. 183/2018. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 281.

<sup>185</sup> MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. Acordo de não persecução penal: um novo começo de era (?). **Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, maio 2020. Disponível em: <https://ibccrim.org.br/publicacoes/edicoes/51/442>. Acesso em: 06 set. 2021.

<sup>186</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. **Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 280.

não têm caráter de sanção, porquanto “não têm o condão de produzir os efeitos dela decorrentes”<sup>187</sup>.

Destarte, ao investigado que celebra o acordo de não persecução penal, embora contribua, ao ratificar a acusação, com a verificação de congruência dos fatos à autoria delitiva imputada a si, é garantido o estado de inocência que o ordenamento jurídico brasileiro lhe assegura, razão pela qual se pode afirmar que não há, efetivamente, afronta à presunção de inocência.

### 3.1.2. Direito a não autoincriminação

O artigo 5º, inciso LXIII da Constituição Federal prevê que “o preso será informado de seus direitos, dentre os quais o de permanecer calado”. Em que pese não diga respeito somente aos presos, verifica-se que o direito de permanecer em silêncio é apenas um dentre os vários desdobramentos que este direito apresenta no ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse sentido, assevera-se que o direito a não autoincriminação se desdobra em várias dimensões, quais sejam: a) direito ao silêncio; b) direito de não colaborar com a investigação ou instrução processual; c) direito de não declarar contra si mesmo; d) direito de não confessar; e) direito de declarar o inverídico, sem prejudicar terceiros; f) direito de não apresentar provas que prejudiquem sua situação jurídica; g) direito de não praticar nenhum comportamento ativo que lhe comprometa; h) direito de não ceder seu corpo para produção de prova incriminatória<sup>188</sup>.

Em sendo o direito ao silêncio uma espécie<sup>189</sup> do gênero *nemo tenetur se deterege*, vocábulo que representa o princípio, tem-se que se subsume ao direito de não declarar e não confessar-se culpado<sup>190</sup>, embora compreenda vários aspectos.

---

<sup>187</sup> SOUZA, Renee do Ó; DOWER, Patrícia Eleutério Campos. Algumas respostas sobre o acordo de não persecução penal. *In*: Acordo de Não Persecução Penal: Resolução 181/2017 do CNMP com as alterações feitas pela Res. 183/2018. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 146.

<sup>188</sup> GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da não autoincriminação**: significado, conteúdo, base jurídica e âmbito de incidência. Disponível em: <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2066298/principio-da-nao-auto-incriminacao-significado-conteudo-base-juridica-e-ambito-de-incidencia>. Acesso em: 29 abr. 2021.

<sup>189</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 228-232.

O surgimento do direito a não autoincriminação teria se dado pela limitação ao dever de confessar, imposto pela Igreja Católica<sup>191</sup>. Na Idade Média, conforme afirma Maria Elizabeth Queijo, a tortura era o instrumento utilizado para extrair a confissão, entendida, à época, como uma espécie de ratificação da culpabilidade, já presumida<sup>192</sup>. Acerca da origem e desenvolvimento do direito em apreço, Marcelo Afonso cita<sup>193</sup>:

Na idade média, deu-se continuidade à imposição de um dever de verdade no processo criminal. A verdade, contudo, não raras vezes era preconcebida e, contra o acusado, até então considerado objeto da prova, os mais diversos meios de tortura eram utilizados para se extrair uma confissão que correspondesse a tal "verdade".

A esse respeito, Geraldo Prado sustenta que<sup>194</sup>:

Da busca da “verdade real” renascem os tormentos pelas torturas, dispostas a “racionalmente” extraírem dos acusados a sua versão dos fatos e, na medida do possível, a confissão, fim do procedimento, preção da vitória e sanção representativa da penitência.

Para Aury Lopes Júnior, o princípio *nemo tenetur se deterege* é exercício do direito de defesa que se apresenta especificamente como uma defesa negativa, baseando-se na recusa de produzir qualquer prova que possa prejudicar sua defesa, tais como os atos de interrogatório, acareação e exame pericial<sup>195</sup>. A vista disso, entendido como instrumento de limitação do jus *puniendi*<sup>196</sup>, o princípio do *nemo*

<sup>190</sup> CECCATO JÚNIOR, José Antônio. A confissão no acordo de não persecução penal viola direito à não autoincriminação. **Revista Consultor Jurídico**. 31 de mar. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mar-31/opiniao-confissao-anpp-viola-direito-nao-autoincriminacao#author>. Acesso em: 28 abr. 2021.

<sup>191</sup> CECCATO JÚNIOR, José Antônio. A confissão no acordo de não persecução penal viola direito à não autoincriminação. **Revista Consultor Jurídico**. 31 de mar. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mar-31/opiniao-confissao-anpp-viola-direito-nao-autoincriminacao#author>. Acesso em: 28 abr. 2021.

<sup>192</sup> QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio do nemo tenetur se deterege e suas decorrências no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 5.

<sup>193</sup> AFONSO, Marcelo Santiago de Moraes. A origem, desenvolvimento e consolidação do direito à não autoincriminação: um retorno ao passado para se pensar o futuro. **Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco**, n.9, 2016, p. 162.

<sup>194</sup> PRADO, Geraldo. **O Direito ao silêncio**. Disponível em: <https://geraldoprado.com.br/artigos/o-direito-ao-silencio/>. Acesso em: 29 set. 2021.

<sup>195</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 560.

<sup>196</sup> CECCATO JÚNIOR, José Antônio. **O direito à não autoincriminação no caso do etilômetro: Um estudo comparado sobre o princípio “nemo tenetur se deterege”**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 109.

*denetur se detegere* configura uma das garantias mais importantes do acusado. Segundo preleciona Luiz Flávio Gomes<sup>197</sup>:

Nenhum indivíduo pode ser obrigado, por qualquer autoridade ou mesmo por um particular, a fornecer involuntariamente qualquer tipo de informação ou declaração ou dado ou objeto ou prova que o incrimine direta ou indiretamente.

Como referido anteriormente, é evidente que o direito ao silêncio não se restringe ao preso, tampouco ao acusado, notadamente aquele que já responde a ação penal, mas também ao suspeito ou investigado. Seguindo esta lógica, entende-se que negar a extensão da garantia aos suspeitos, investigados e acusados livres seria ilógico e um contrassenso ao nosso ordenamento<sup>198</sup>.

No acordo de não persecução penal, o suposto autor do fato ostenta a qualidade de investigado, visto que, à luz da legislação, ainda não teve oferecida denúncia contra si, o que impede que seja qualificado como acusado, na acepção jurídica estrita do termo. Portanto, por via de consequência, é albergado por esta garantia constitucional de permanecer em silêncio.

Com efeito, considerando a origem e desenvolvimento do direito ao silêncio ou a não autoincriminação, a partir do seu advento, sedimentou-se o entendimento de que ninguém é obrigado a se autoincriminar, do mesmo modo que a autoridade não pode exigir que o faça<sup>199</sup>.

A partir desta concepção, algumas vozes afirmam que o acordo de não persecução penal pode violar o direito ao silêncio, em razão da previsão legal da confissão como requisito para sua celebração. A exigência de confissão pelo legislador infraconstitucional ofenderia o princípio, dado que o acusado é obrigado a

---

<sup>197</sup> GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da não autoincriminação**: significado, conteúdo, base jurídica e âmbito de incidência. Disponível em: <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2066298/principio-da-nao-auto-incriminacao-significado-conteudo-base-juridica-e-ambito-de-incidencia>. Acesso em: 29 abr. 2021.

<sup>198</sup> MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; MORAES, Maurício Zanoide de. Direito ao silêncio no interrogatório. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 2, n.6, 1994, p. 133-147.

<sup>199</sup> GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da não autoincriminação**: significado, conteúdo, base jurídica e âmbito de incidência. Disponível em: <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2066298/principio-da-nao-auto-incriminacao-significado-conteudo-base-juridica-e-ambito-de-incidencia>. Acesso em: 29 abr. 2021.

confessar, inexistindo voluntariedade<sup>200</sup>, emergindo importante reflexão sobre este requisito frente à garantia constitucional de não declarar e não confessar-se culpado.

Não obstante, para análise do requisito frente à garantia, importante a lição de Renato Brasileiro de Lima, o qual aduz que *nemo tenetur se deterege* consiste na “proibição de uso de qualquer medida de coerção ou intimidação ao investigado em processo de caráter sancionatório para obtenção de uma confissão ou para que colabore em atos que possam ocasionar sua condenação”<sup>201</sup>.

De acordo com esta concepção, pode-se dizer que se estaria diante de uma ofensa ao princípio do *nemo tenetur se deterege* se a confissão fosse obtida mediante coerção ou intimidação do acusado. A simples previsão legal da confissão como requisito essencial para a celebração de um acordo, exigida pela legislação infraconstitucional não estaria, em princípio, a violar o direito a não autoincriminação.

Deve-se ter em mente que a previsão legal não tem o condão, por si só, de coagir e intimidar o acusado a confessar. A previsão da confissão como requisito para celebração do ANPP é, evidentemente, uma opção do legislador fundada em outros paradigmas importantes para o processo penal moderno, mas não está a compelir o acusado a confessar. A decisão pela confissão pode se lastrear na possibilidade de resolução consensual do conflito posta à disposição do investigado, bem como na orientação do advogado, o qual deverá sopesar os efeitos do ANPP com a estratégia defensiva<sup>202</sup>, mas descabe afirmar que a previsão legal, por si só, coage e obriga o investigado a confessar.

Não se olvida que o investigado pode ser exposto a determinados tipos de coação, seja pelo oferecimento da proposta de acordo, seja pelo natural temor pela ação penal. Como medida que visa assegurar que a confissão será livre de qualquer coerção ou intimidação, assegura-se a assistência do advogado, que deverá orientar o investigado acerca das possibilidades de resolução do conflito e da legalidade do acordo proposto pelo Ministério Público.

---

<sup>200</sup> CARDOSO, Arthur Martins Andrade Cardoso. Da confissão no acordo de não persecução penal. **Migalhas de peso**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/334134/da-confissao-no-acordo-de-nao-persecucao-penal>. Acesso em: 16 out. 2021.

<sup>201</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 71.

<sup>202</sup> CARDOSO, Arthur Martins Andrade Cardoso. Da confissão no acordo de não persecução penal. **Migalhas de peso**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/334134/da-confissao-no-acordo-de-nao-persecucao-penal>. Acesso em: 16 out. 2021.

Assim, deve-se levar em conta que o escopo principal do princípio do *nemo tenetur se deterege* é resguardar o indivíduo da violência moral e física empregadas ao longo da história para obter uma cooperação<sup>203</sup>. Nessa perspectiva, segundo Mauro Guilherme, a confissão no acordo de não persecução não subtrai a garantia constitucional ao acusado, porquanto a confissão deve ser espontânea e realizada mediante a aquiescência da defesa técnica<sup>204</sup>, de modo que o fato de a confissão ser obtida consensualmente não tem o condão de macular as garantias constitucionais do acusado, tampouco emprestar caráter inquisitivo ao instituto<sup>205</sup>.

Do contrário, entender que a mera previsão legal da confissão como requisito para o ANPP, por si só, gera uma coação ao indivíduo, pois se vê obrigado a confessar para celebrar o acordo, equivaleria dizer que o mesmo acontece com a confissão considerada como atenuante, a qual também possui previsão legal expressa. A esse respeito, preceitua Lúcio Constantino<sup>206/207</sup>:

É que a obrigatoriedade de confessar se revela como pressuposto para o facultativo acordo e não se confunde com o mecanismo de autodefesa devido na persecução penal. Ademais, esta confissão se revela como mera faculdade, semelhante a aquela da atenuante e que jamais restou como inconstitucional.

Nesta senda, o acusado pode preservar o seu direito ao silêncio ou optar por colaborar, a fim de celebrar o acordo, fazendo uso do poder de disposição da garantia, que é inerente ao próprio exercício dela. Por conta deste poder, relativo ao exercício dos direitos e garantias fundamentais, é que Vladimir Aras entende que o acusado não está obrigado a confessar, mas pode fazê-lo, renunciando ao direito ao silêncio<sup>208</sup>.

<sup>203</sup> QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**: o princípio do *nemo tenetur se deterege* e suas decorrências no processo penal. São Paulo: Saravia, 2003. p. 5.

<sup>204</sup> SANTOS, Mauro Guilherme Messias dos. Acordo de não persecução penal: confusão com o *plea bargaining* e críticas ao Projeto Anticrime. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte, ano 27, n. 108, p. 235-254, out./dez. 2019.

<sup>205</sup> SANTOS, Mauro Guilherme Messias dos. Acordo de não persecução penal: confusão com o *plea bargaining* e críticas ao Projeto Anticrime. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte, ano 27, n. 108, p. 235-254, out./dez. 2019.

<sup>206</sup> CONSTANTINO, Lúcio Santoro de. Considerações sobre a confissão como pressuposto para o acordo de não persecução penal (LEI Nº13.964/19). **Revista da Defensoria Pública do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 26, p. 10, jun. 2020. Semestral.

<sup>207</sup> Por esta razão, o autor sustenta que o requisito não gera a violação ao princípio do *nemo tenetur se deterege*.

<sup>208</sup> ARAS, Vladimir. Acordos Penais no Brasil: uma análise à luz do direito comparado. *In*: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite

Cumpra ressaltar que voluntariedade não equivale à espontaneidade<sup>209</sup>. A voluntariedade pressupõe que a tomada de decisão não se origine de coação ou ameaça, resguardada, assim, de qualquer vício de consentimento. Sendo assim, é plenamente legítimo que a legislação disponha de um benefício ao acusado e determine os requisitos para concessão de tal benesse, retirando a espontaneidade da confissão, sem infringir a voluntariedade.

Por isso, a exigência de confissão pelo legislador infraconstitucional para celebração da avença não seria suficiente para violar o direito a não autoincriminação, por se tratar de faculdade do investigado, ao optar por não se valer da sua posição jurídica e não oferecer resistência, mas escolher a via consensual para resolução do conflito.

Outro motivo relevante de insurgência em relação ao acordo de não persecução diz respeito ao aspecto probante que esta confissão ostenta. Nas palavras de Lúcio Constantino, a confissão para o acordo “é apenas um indicativo de prova”<sup>210</sup>. No que tange ao aspecto probatório, cumpre ressaltar a lição consignada na Exposição de Motivos do Código de Processo Penal, segundo o qual a confissão “não constitui, fatalmente, prova plena de sua culpabilidade”.

A confissão para o acordo não servirá como prova, sobretudo porquanto não produzida durante a instrução probatória, sob a égide do devido processo legal, pois será realizada em momento pré-processual<sup>211</sup>. Nesta senda, celebrado o acordo e descumpridas as condições impostas, a confissão realizada quando da celebração do acordo não se prestará a corroborar a denúncia, tampouco os demais elementos indiciários, de modo que a confissão, de forma isolada, não se presta a consubstanciar uma condenação, sendo imprescindível que seja conjuminada pelo conjunto probatório produzido em sede judicial e interrogatório em juízo.

---

Ferreira (Coord.). **Acordo de Não Persecução Penal**: Resolução 181/2017 do CNMP com as alterações feitas pela Res. 183/2018. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 323.

<sup>209</sup> AIRES, Murilo Thomas; FERNANDES, Fernando Andrade. A colaboração premiada como instrumento de política criminal: a tensão em relação às garantias fundamentais do réu colaborador. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, [S.L.], v. 3, n. 1, p. 253-280, 11 mar. 2017. Instituto Brasileiro de Direito Processual Penal. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.46>. Acesso em: 17 out. 2021.

<sup>210</sup> CONSTANTINO, Lúcio Santoro de. Considerações sobre a confissão como pressuposto para o acordo de não persecução penal (LEI Nº 13.964/19). **Revista da Defensoria Pública do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 26, p. 10, jun. 2020. Semestral.

<sup>211</sup> CUNHA, Rogério Sanches. **Pacote Anticrime – Lei n. 13.964/2019**: Comentários às alterações do CP, CPP e LEP. Salvador: Editora Juspodivm, 2020. p. 129.

Significa dizer: ainda que celebrado o acordo e posteriormente descumprido, sendo oferecida denúncia pelo *Parquet*, a confissão obtida na avença não poderá lastrear qualquer condenação, porquanto não foi realizada durante o devido processo legal, razão pela qual não constitui prova capaz de consubstanciar uma condenação.

Importante ressaltar que o valor probante é previsto na dicção do artigo 155 do Código de Processo Penal, segundo o qual prova é aquela produzida em contraditório judicial<sup>212</sup>. Em adição, não é demais lembrar a lição de Eugênio Pacelli<sup>213</sup>:

A confissão, sobretudo, não terá valor algum quando prestada unicamente na fase de inquérito (ou administrativa), se não confirmada perante o juiz. E, mesmo quando prestada em juízo, deverá ser também contextualizada junto aos demais elementos probatórios.

Noutra vertente, Guilherme de Souza Nucci entende ser o instituto inconstitucional<sup>214</sup>:

Confissão formal e circunstanciada: demanda o dispositivo uma condição do investigado, representando a admissão de culpa, de maneira expressa e detalhada. Cremos inconstitucional essa norma, visto que, após a confissão, se o acordo não for cumprido, o MP pode denunciar o investigado, valendo-se da referida admissão da culpa. Logo a confissão somente terá gerado danos ao confitente.

Conforme demonstrado no item 2.3.1, a voluntariedade e o poder de dispor dos direitos fundamentais e processuais, cuja titularidade o acusado ostenta, teriam o efeito de não caracterizar uma ofensa ou violação aos princípios processuais penais<sup>215</sup>.

Por todo o exposto, o mesmo raciocínio explicitado no item 3.1.2 deve ser deduzido ao falar de direito a não autoincriminação. Da análise dos conceitos, extrai-

---

<sup>212</sup> O artigo 155 do Código de Processo Penal prevê que “o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”.

<sup>213</sup> PACHELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 412.

<sup>214</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 222-223.

<sup>215</sup> BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Justiça Penal Negociada**: negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes. Curitiba: Juruá, 2016. p. 47.

se que o direito a não autoincriminação traz uma faculdade ao acusado, que sobrepõe o direito em si: possibilidade de escolher produzir qualquer prova contra si, porquanto, se o investigado desejar confessar, colaborar com a acusação, submeter-se a exames forenses, não estará a violar o direito a não autoincriminação. O acusado somente deixará de exercê-lo ou de se valer desta faculdade.

### 3.1.3. Devido processo legal

O artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal de 1988 dispõe que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Tal previsão, inserida no Título de direitos e garantias fundamentais, tornou-se um postulado de suma importância ao ordenamento jurídico brasileiro, na medida em que visa assegurar um julgamento justo.

A respeito da definição formal do princípio, Daniel Amorim Assumpção Neves prescreve<sup>216</sup>:

No sentido formal encontra-se a definição tradicional do princípio, dirigido ao processo em si, obrigando-se o juiz no caso concreto a observar os princípios processuais na condução do instrumento estatal oferecido aos jurisdicionados para a tutela de seus direitos materiais.

Conforme se depreende da lição acima, o princípio do devido processo legal tem por objetivo garantir um julgamento com observância de todos os princípios processuais e direitos fundamentais dos jurisdicionados, a fim de seja assegurado um julgamento justo, em consonância com as premissas do Estado Democrático de Direito.

Na mesma linha, Eugênio Pacelli assevera<sup>217</sup>:

O devido processo penal constitucional busca, então, realizar uma Justiça Penal submetida a exigências de igualdade efetiva entre os litigantes. O processo justo deve atentar, sempre, para a desigualdade material que normalmente ocorre no curso de toda

---

<sup>216</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 114.

<sup>217</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 8-9.

persecução penal, em que o Estado ocupa posição de proeminência, respondendo pelas funções investigatórias e acusatórias, como regra, e pela atuação da jurisdição sobre a qual exerce o monopólio.

Aury Lopes Jr. sustenta que a barganha no processo penal ataca o mais primordial direito dos réus: o julgamento justo<sup>218</sup>, baseando-se no fundamento de que o direito a um julgamento – compreendido como o processo clássico, de sujeição do acusado à ação penal, instrução probatória e prolação de sentença - é inerente à cláusula do devido processo legal. Sob este fundamento, entende-se que a única forma de garantir a plena observância do princípio do devido processo legal seria submeter o acusado ao processo penal tradicional, reservado ao espaço de conflito, com a deflagração de uma ação penal, instrução probatória e prolação de uma sentença.

Portanto, seria impossível dar efetividade à cláusula do devido processo legal no espaço de consenso inserido no processo penal brasileiro, na medida em que, neste âmbito, o acusado não perpassa por todas as fases processuais inerentes ao processo penal tradicional, haja vista que muitas fases são subtraídas dos instrumentos de resolução consensual de conflito.

Noutra vertente, sobre o direito a um julgamento, Brandalise argumenta<sup>219</sup>:

Não constitui um direito natural, como o direito à vida e à liberdade, mas configura um direito civil, pelo que não pode o acusado ser forçado a exercer um direito que ele entenda desnecessário para a defesa de seus interesses.

Com efeito, considerando o direito a um julgamento um direito constitucional, do qual o acusado pode dispor, consoante referido anteriormente, verifica-se que o direito ao julgamento não diz com a obrigatoriedade da ação penal ou do processo penal tradicional.

---

<sup>218</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Justiça Negociada: utilitarismo processual e eficiência antigarantista**. In: Carvalho, Salo; Wunderlich, Alexandre (org.). **Diálogos sobre a justiça dialogal: Teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da Justiça Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 99-123.

<sup>219</sup> O autor refere posicionamento sedimentado pela Suprema Corte Americana, em 1979, que considerou que o público não tinha um direito obrigatório ao julgamento que ultrapassasse os interesses das partes em litígio (SANDEFUR, Timothy. **In defense of plea bargaining**. Regulation, p. 28-31, 2003. Disponível em: <http://www.cato.org/sites/cato.org/files/serials/files/regulation/2003/7/v26n3-8.pdf>).

Todavia, cumpre ressaltar, conforme exposto alhures, que o princípio do devido processo legal não se limita ao direito a um julgamento perante a autoridade competente. A cláusula do devido processo legal garante, sobretudo, um julgamento em consonância aos princípios processuais.

Em outras palavras, o princípio do devido processo legal não exige, necessariamente, a sujeição do acusado ao processo penal tradicional, considerado como aquele reservado ao espaço de conflito, pois o ponto fulcral desta garantia não está em submeter, obrigatoriamente, o investigado ao processo penal tradicional, impedindo-o de usar outro meio de defesa – o consenso.

Importante salientar que o sujeito passivo da relação processual penal é o grande protagonista da oportunidade e consenso, uma vez que estes não se manifestam sem a sua emissão volitiva<sup>220</sup>, o que não é diferente no bojo do acordo de não persecução penal.

Por conta disso, na linha do que assevera Giacomolli, a emissão da vontade do acusado “oportuniza, livremente, a renúncia ao devido processo legal, onde poderia provar sua inocência, e pode dispor, sem barreiras, da totalidade ou parte dos mecanismos de defesa”<sup>221</sup>.

Nesse sentido, tem-se que a autonomia da vontade do acusado, lastreada no seu poder de disposição, possibilita que o imputado disponha do devido processo legal, entendido como o processo penal tradicional, optando pelo uso do meio de defesa<sup>222</sup> alternativo posto à sua disposição, através da celebração de um acordo, ao invés do meio de defesa comum – oferecimento de resistência à acusação.

Em verdade, ao optar pelo consenso como meio de defesa, o investigado não estará renunciando ao devido processo legal, visto que esta cláusula não se resume à tramitação de uma ação penal, mas sim de garantir ao acusado o exercício de todos os direitos e garantias fundamentais a ele assegurados.

A propósito, conforme refere Antonio Scarance Fernandes, ao mencionar que

---

<sup>220</sup> OLIVEIRA, Rafael Serra. **Consenso no Processo Penal**: uma alternativa para a crise do sistema criminal. São Paulo: Almedina, 2015. p. 67.

<sup>221</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal**: na perspectiva das garantias constitucionais, Alemanha - Espanha - Itália - Portugal – Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 71.

<sup>222</sup> BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Justiça Penal Negociada**: negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes. Curitiba: Juruá, 2016. p. 218.

“o consenso é uma defesa do acusado”<sup>223</sup>, a forma como o acusado escolhe exercer sua defesa não pode ser considerada uma violação de direitos<sup>224</sup>. Corroborando este entendimento, Flávio Andrade defende que aceitar um acordo não importa em abrir mão do devido processo legal, porquanto o réu, devidamente auxiliado por um advogado, pode querer confessar e optar por uma resolução consensual e antecipada do caso<sup>225</sup>, uma vez que as normas processuais penais determinam de que modo se dará a acusação formal e de que forma as partes poderão encontrar uma solução negociada para o caso concreto.

Portanto, a opção devidamente orientada por um advogado pela celebração de um acordo como meio de defesa não ensejaria a referida renúncia à garantia do devido processo legal, visto que o acordo de não persecução se trata de um procedimento abreviado, oriundo da diversificação dos procedimentos e calcado em direitos e garantias fundamentais inseridos no ordenamento jurídico brasileiro.

### 3.1.4. Contraditório e ampla defesa

De acordo com o artigo 5º, LV, da Constituição Federal de 1988, “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa”. Para Vladimir Aras, as cláusulas do contraditório e ampla defesa asseguram a assistência de um defensor, o conhecimento prévio da imputação, a interposição de recursos, dentre outros desdobramentos<sup>226</sup>.

Outrossim, especial atenção merece ser dispensada à Convenção Americana de Direitos Humanos, porquanto, segundo o artigo 8, n. 2, d, do Pacto de São José da Costa Rica, todo acusado tem direito de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha.

---

<sup>223</sup> FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Almedina, 2001, p. 319.

<sup>224</sup> BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Justiça Penal Negociada: negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes**. Curitiba: Juruá, 2016. p. 218.

<sup>225</sup> ANDRADE, Flávio da Silva. **Justiça Penal Consensual: controvérsias e desafios**. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 159.

<sup>226</sup> ARAS, Vladimir. Acordos Penais no Brasil: uma análise à luz do direito comparado. In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (Coord.). **Acordo de Não Persecução Penal: Resolução 181/2017 do CNMP com as alterações feitas pela Res. 183/2018**. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 284-285.

Nesse diapasão, vale ressaltar que a defesa técnica no processo penal brasileiro é irrenunciável, porquanto ainda que o acusado não indique defensor de sua escolha, o Estado deve nomear defensor em seu favor, sob pena de acarretar nulidade absoluta<sup>227</sup>, por ofensa à garantia da ampla defesa.

O direito à ampla defesa está umbilicalmente ligado ao contraditório, pois, este é exercido através daquele. Ambas as partes processuais – acusador e acusado – têm direito ao contraditório, ao passo que a ampla defesa diz respeito única e exclusivamente ao investigado ou acusado<sup>228</sup>. Trata-se o contraditório, consoante aventa Norberto Avena, do direito de ser cientificado de todo ato havido no processo<sup>229</sup> – direito à informação. Sendo assim, a estreita relação da ampla defesa e do contraditório permite que sejam estudados conjuntamente, apesar de não se confundirem.

Em contraposição, Vinicius Vasconcellos e Mayara Navarro referem, fazendo menção à inquisição, que o modelo de justiça consensual, em sentido amplo, revela-se oposto ao contraditório<sup>230</sup>, em virtude da evidente disparidade de armas entre acusação e defesa. Os autores argumentam que, embora o defensor tenha acesso aos elementos informativos, não está em pé de igualdade com o órgão acusador para firmar um instrumento alternativo de resolução do conflito.

Em se tratando de ANPP, o artigo 28-A, §§ 3º e 4º, dispõem que o acordo de não persecução será firmado pelo *Parquet*, pelo investigado e por seu defensor, o qual acompanhará a oitiva do investigado antes da celebração do acordo na audiência designada para verificação da voluntariedade do investigado e da legalidade da proposta.

Logo, a presença do defensor e sua análise prévia dos elementos de investigação são indispensáveis à homologação do acordo. Aliás, a prerrogativa de amplo acesso aos procedimentos informativos deve ocorrer tanto antes da proposta

---

<sup>227</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 59.

<sup>228</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 58.

<sup>229</sup> AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal esquematizado**. 4. ed. São Paulo: Método, 2012. p. 38.

<sup>230</sup> VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de; LIPPEL, Mayara Cristina Navarro. Críticas à barganha no processo penal: inconsistências do modelo proposto no projeto de código de processo penal (pls 156/09). **Revista Quaestio Iuris**, [S.L.], v. 9, n. 3. 3 ago. 2016. Universidade de Estado do Rio de Janeiro. p. 1737-1758.

de acordo, quanto durante a audiência de homologação<sup>231</sup>, por aplicação analógica do disposto na Súmula Vinculante 14<sup>232</sup>.

Nesse sentido, o exercício do direito de defesa notadamente perpassa pela opção do investigado em celebrar o acordo de não persecução penal, uma vez que a sua celebração será realizada mediante assistência de defesa técnica, que orientará o investigado antes da proposta, durante a sua execução e após a sua homologação, com vistas a assegurar a efetividade de seu cumprimento.

Conforme exposto anteriormente, do direito à ampla defesa advém o dever do Estado de propiciar ao investigado a assistência técnica de um defensor, a fim de zelar pela efetividade de seu direito de defesa<sup>233</sup>. Ademais, como mencionado no tópico anterior, na medida em que o investigado opta por celebrar o acordo de não persecução penal, devidamente orientado por seu defensor, exerce o direito a ampla defesa, ao escolher pela via consensual para a resolução da questão penal.

Direciona-se nesta perspectiva Antonio Scarance Fernandes, haja vista que autor sustenta, ao tratar da transação penal, existir observância do contraditório e ampla defesa no âmbito consensual, na medida em que acusado e defensor “verificam a conveniência de acolher a solução proposta pelo Ministério Público”<sup>234</sup>.

A propósito, esta é a lição de Norberto Avena, ao referir que a ampla defesa “traduz o dever que assiste ao Estado de facultar ao acusado toda a defesa possível quanto à imputação que lhe foi realizada”<sup>235</sup>. Portanto, a garantia de ampla defesa não se resume, segundo leciona o autor, na escolha livre de um defensor, abrangendo o direito de escolha da forma de defesa que melhor atender os objetivos

---

<sup>231</sup> ARAS, Vladimir. Acordos Penais no Brasil: uma análise à luz do direito comparado. In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (Coord.). **Acordo de Não Persecução Penal: Resolução 181/2017 do CNMP com as alterações feitas pela Res. 183/2018**. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 284-285.

<sup>232</sup> Enunciado Súmula Vinculante 14: é direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

<sup>233</sup> ARAS, Vladimir. Acordos Penais no Brasil: uma análise à luz do direito comparado. In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (Coord.). **Acordo de Não Persecução Penal: Resolução 181/2017 do CNMP com as alterações feitas pela Res. 183/2018**. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 284-285.

<sup>234</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. **Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 315.

<sup>235</sup> AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal esquematizado**. 4. ed. São Paulo: Método, 2012. p. 38.

do acusado, o que é possibilitado atualmente pelas formas de consenso inseridas no direito processual penal brasileiro.

Assim, a ampla defesa não se confunde com o oferecimento de resistência à acusação, que comumente se dá no bojo do processo penal tradicional, cujas fases processuais oportunizam o oferecimento de resposta à acusação, permitindo que o investigado apresente sua versão sobre os fatos, a fim de infirmar a narrativa dos fatos formulada pela acusação. Isso se deve à nova roupagem oferecida à própria atuação da defesa e do direito de defesa do acusado, que notadamente ganhou novos contornos com a primazia da autonomia da vontade e eficiência no âmbito dos espaços de consenso, mas que encontra amparo no próprio direito fundamental à ampla defesa, tendo em vista que este não se restringe à escolha de um defensor e ao oferecimento de resposta à acusação.

De mais a mais, pode o investigado discordar dos termos constantes da proposta de acordo, bem como recusá-la e responder à ação penal que será proposta<sup>236</sup>, gozando, dessa forma, do pleno exercício da ampla defesa ao recusar o acordo, assim como do contraditório, oportunizado durante o tramite processual da ação penal. Como consequência do que fora aqui exposto, não é crível que somente o processo penal tradicional, por meio de seu *iter* instrutório<sup>237</sup>, seja consentâneo à ampla defesa e ao contraditório.

### 3.2 Os dez axiomas da teoria garantista de Luigi Ferrajoli

O Estado Democrático de Direito, assim eleito pela Constituição Federal de 1988, tem por escopo garantir a máxima proteção aos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, conforme se depreende do Título II da Carta, intitulada “dos direitos e garantias fundamentais”, que inaugura a previsão constitucional com os direitos e deveres individuais e coletivos.

À luz do que se perquiriu até o presente momento, a justiça negociada está

---

<sup>236</sup> SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; FILHO, Dermeval Farias Gomes. Funcionalização e expansão do Direito Penal: o Direito Penal negocial. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 13, n.1, 2016. p.377-396.

<sup>237</sup> SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; FILHO, Dermeval Farias Gomes. Funcionalização e expansão do Direito Penal: o Direito Penal negocial. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 13, n.1, 2016. p.377-396.

calcada na autonomia da vontade do acusado e eficiência, dentre outros vetores fundamentais ao Estado Democrático de Direito. Diante da consequente disposição de direitos e garantias fundamentais por parte do acusado, surgem questionamentos sobre a compatibilidade desse modelo de resolução de conflito com o garantismo, albergado pela Constituição Federal de 1988.

O modelo garantista é fruto do Iluminismo<sup>238</sup>, tendo por esteio maximizar as garantias fundamentais dos cidadãos, compreendendo a proteção da liberdade do cidadão contra o arbítrio do Estado. É nesse interím que Luigi Ferrajoli, em sua obra *Direito e Razão*, criou o modelo que denominou de garantista ou de legalidade estrita, fundado em dez axiomas ou princípios fundamentais<sup>239</sup>.

De forma muito resumida, os princípios sobre os quais se funda a teoria que merecem destaque são: o princípio da legalidade, contraditório e presunção de inocência. Os princípios previstos na teoria são estruturados em axiomas, formulados em proposições, na grande maioria condicionais, quais sejam<sup>240</sup>: a) *nulla poena sine crimine*; b) *nullum crimen sine lege*; c) *nulla lex sine necessitate*; d) *nulla necessitas sine injuria*; e) *nulla injuria sine actione*; f) *nulla actio sine culpa*; g) *nulla culpa sine judicio*; h) *nullum judicio sine accusatione*; i) *nulla accusatio sine probatione*; j) *nulla probatio sine defensione*. Portanto, os axiomas pertencem à órbita do dever-ser, visto que são proposições prescritivas<sup>241</sup>, as quais preveem o que deve ocorrer em um modelo ideal.

Por oportuno, elucidativa a lição de Aury Lopes Júnior que, em outras palavras, descreve o significado dos axiomas<sup>242</sup>:

Não se admite nenhuma imposição de pena sem que se produza a comissão de um delito; sem que ele esteja previamente tipificado por lei; sem que exista necessidade de sua proibição e punição; sem que os efeitos da conduta sejam lesivos para terceiros; sem o caráter exterior ou material da ação criminosa; sem a

<sup>238</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 01.

<sup>239</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 74.

<sup>240</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 74.

<sup>241</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 74.

<sup>242</sup> LOPES JUNIOR, Aury. *Justiça Negociada: utilitarismo processual e eficiência antigarantista*. In: Carvalho, Salo; Wunderlich, Alexandre (org.). *Diálogos sobre a justiça dialogal*: Teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da Justiça Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 110.

imputabilidade e culpabilidade do autor; e sem que tudo isso seja verificado através de uma prova empírica, levada a acusação a um juiz imparcial e em um processo público, contraditório, com amplitude de defesa e mediante um procedimento legalmente preestabelecido.

Nesse sentido, Ferrajoli refere que os axiomas garantistas<sup>243</sup>:

Não enunciam as condições que um sistema penal efetivamente satisfaz, mas as que deva satisfazer em adesão aos seus princípios normativos internos e/ou parâmetros de justificação externa.

Nesta sorte, é certo dizer que as proposições já foram incorporadas às constituições que adotaram o modelo garantista, uma vez que convertidas em princípios jurídicos<sup>244</sup>, como ocorre no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista que a Constituição Federal de 1988 prevê direitos fundamentais, tais como o direito ao silêncio, direito a não autoincriminação, contraditório e ampla defesa, os quais assumem a forma de princípios constitucionais.

Atentando-se para a limitação do presente estudo e, ausente a intenção de esgotá-lo, impõe-se, para fins de consecução do objeto do presente trabalho, uma breve análise dos axiomas em relação aos princípios constitucionais e a correlação entre eles.

O axioma *nullum iudicio sine accusatione* expressa a ideia de que o processo deve conter a acusação delimitada previamente, de forma que o imputado possa ter conhecimento sobre as imputações, para que tenha “condições de refutá-las”<sup>245</sup>, conforme assevera Ferrajoli. Daí o corolário direito a não autoincriminação e a presunção de inocência, posto que o investigado, tendo conhecimento do crime imputado a si, pode fazer uso de seu direito ao silêncio e não produzir prova contra si mesmo.

A esse respeito, Ferrajoli refere que *nemo tenetur se detegere* é a primordial garantia do garantismo penal, deflagrando a vedação a tortura e, no que tange ao

---

<sup>243</sup>FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 74.

<sup>244</sup>FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 74.

<sup>245</sup> LOPES JUNIOR, Aury. Justiça Negociada: utilitarismo processual e eficiência antigarantista. In: Carvalho, Salo; Wunderlich, Alexandre (org.). **Diálogos sobre a justiça dialogal: Teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da Justiça Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 110.

direito ao silêncio, contribui para vedar a violência para obtenção de confissão, bem como afastar o seu caráter decisivo<sup>246</sup>. Outrossim, a respeito deste pilar do garantismo, Aury Lopes Júnior ensina que a presunção de inocência implica na constatação do crime por meio de um processo que assegura todas as garantias, mantendo-se o estado de inocência incólume até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória<sup>247</sup>.

O direito à ampla defesa e contraditório estão ligados ao axioma *nulla probatio sine defensione*, notadamente inserido no âmbito processual penal pela Constituição da República. O axioma exprime o valor democrático<sup>248</sup> inserto na Carta Magna, na medida em que fora incorporado para permitir que a defesa tenha o maior espaço de atuação possível, sendo eivado de nulidade ato processual a respeito do qual não tenha sido oportunizado o contraditório à defesa. Não há, pois, processo penal sem defesa.

Noutra vertente, Aury Lopes Júnior refere que o supracitado princípio se trata de um método de confrontação que necessariamente depende do conflito<sup>249</sup>. A despeito do sedimentado entendimento de que não se deve exigir resistência por parte do acusado, aponta o supracitado autor suposta exigência de conflito entre os atores processuais como manifestação do princípio em apreço. Contudo, conforme exposto alhures, em atenção ao desvirtuamento da ideia de insurgência como uma única forma de defesa, a ampliação da justiça consensual há muito ampliou o espectro deste princípio processual.

Não obstante, Luigi Ferrajoli leciona que o garantismo, em seu significado jurídico, é “um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos”, sendo “garantista” todo o ordenamento jurídico

---

<sup>246</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 486.

<sup>247</sup> LOPES JUNIOR, Aury. *Justiça Negociada: utilitarismo processual e eficiência antigarantista*. In: Carvalho, Salo; Wunderlich, Alexandre (org.). **Diálogos sobre a justiça dialogal**: Teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da Justiça Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 118.

<sup>248</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 489.

<sup>249</sup> LOPES JUNIOR, Aury. *Justiça Negociada: utilitarismo processual e eficiência antigarantista*. In: Carvalho, Salo; Wunderlich, Alexandre (org.). **Diálogos sobre a justiça dialogal**: Teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da Justiça Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 118.

que “se conforma com tal modelo e que o satisfaz efetivamente”<sup>250</sup>.

Em suma, o modelo garantista projeta o Direito Penal como um instrumento de limitação do poder estatal em face do acusado, impondo limites às interferências<sup>251</sup>. Assim, o Estado deve atuar em conformidade às regras e garantias constitucionais asseguradas ao cidadão.

Outrossim, em que pese o garantismo penal de Luigi Ferrajoli comumente seja atrelado tão somente à premissa de salvaguardar as garantias do acusado, mais do que isso, a teoria garantista se preocupa com o oferecimento de instrumentos processuais que proporcionem um processo justo, o qual, por sua vez, possibilitará uma justa condenação ou a adequada absolvição em caso de inocência. Ou seja, mais do que proteger o acusado do poder estatal, a teoria garantista tem por escopo proporcionar instrumento seguro de persecução penal, a fim de garantir a correta e justa decretação de culpabilidade<sup>252</sup>. Resumidamente, o garantismo penal objetiva a observância rígida<sup>253</sup> dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal. Por isso, diz-se que Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é garantista<sup>254</sup>, porquanto se assenta em princípios estruturantes de um Estado Democrático de Direito, orientado por direitos e garantias fundamentais.

Com efeito, direitos fundamentais expressos na Carta Magna compreendem direitos individuais e coletivos. A partir desta compreensão, tem-se que o

---

<sup>250</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 684.

<sup>251</sup> CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. Plea bargaining e justiça criminal consensual: entre os ideais de funcionalidade e garantismo. **Custos Legis**: Revista eletrônica do Ministério Público Federal. Brasília, p. 1-26, 2012. Disponível em: [http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista/2012\\_Penal\\_Processo\\_Penal\\_Campos\\_Plea\\_Bargaining.pdf](http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista/2012_Penal_Processo_Penal_Campos_Plea_Bargaining.pdf). Acesso em: 25 out. 2020.

<sup>252</sup> CONCEIÇÃO, Tchatywa Edvânia Lopes da. O pecado do excesso no garantismo penal a brasileira. **Instituto de Aperfeiçoamento e Prática Jurídica**. Disponível em: <https://www.iapj.com.br/colunas/o-pecado-do-excesso-no-garantismo-penal-a-brasileira>. Acesso em: 21 out. 2021.

<sup>253</sup> FISCHER, Douglas. Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monocular) e o princípio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 28, mar. 2009. Disponível em: [https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas\\_fischer.html](https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas_fischer.html). Acesso em: 21 out. 2021.

<sup>254</sup> FISCHER, Douglas. Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monocular) e o princípio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 28, mar. 2009. Disponível em: [https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas\\_fischer.html](https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas_fischer.html). Acesso em: 21 out. 2021.

garantismo não se presta tão somente a impedir excessos, mas a proporcionar proteção a todos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal<sup>255</sup>, sejam individuais ou coletivos.

Neste diapasão, tem-se que o garantismo visa a salvaguarda de direitos e valores constitucionais a todos os cidadãos e a todas as partes processuais<sup>256</sup> inseridas no processo, de forma a assegurar tanto os direitos individuais do acusado no âmbito do Direito Penal, quanto os direitos da coletividade, tutelando, dessa forma, todos os preceitos insertos na Constituição Federal.

Por isso, o garantismo, analisado integralmente, diz respeito à observância do devido processo legal<sup>257</sup>, entendido não de forma estritamente formal, relativo ao processo em si, mas com a ideia, como ensina Daniel Amorim Assumpção Neves, “de um processo justo, que permite a ampla participação das partes e a efetiva proteção de seus direitos”<sup>258</sup>. Isto é, a consecução da vedação a excessos é, sem sombra de dúvidas, o intento principal do garantismo penal. Contudo, a teoria não se limita ao aspecto positivo – proibição de excesso – mas também alberga o aspecto negativo, relacionado à necessária proteção aos bens jurídicos protegidos pelas garantias processuais. Assim, a rígida observância dos direitos fundamentais alcança a máxima efetivação dos direitos da vítima, da coletividade e do poder punitivo do Estado.

A tutela dos direitos da vítima e, por conseguinte, da sociedade, são deveres previstos na Carta Magna, dos quais não pode o Estado se desincumbir. Sendo assim, faz parte integrante da teoria garantista a efetivação dos deveres fundamentais do Estado e do seu poder punitivo, de modo que o oferecimento de

---

<sup>255</sup> FISCHER, Douglas. Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monocular) e o princípio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 28, mar. 2009. Disponível em: [https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas\\_fischer.html](https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas_fischer.html). Acesso em: 21 out. 2021.

<sup>256</sup> MARQUES, Nany Papaspyrou. **Do garantismo integral ao garantismo à brasileira: ensaios sobre o modo garantista hiperbólico monocular e seus reflexos no Estado Democrático de Direito**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/278959/do-garantismo-integral-ao-garantismo-a-brasileira--ensaios-sobre-o-modo-garantista-hiperbolico-monocular-e-seus-reflexos-no-estado-democratico-de-direito>. Acesso em: 31 out. 2021.

<sup>257</sup> MARQUES, Nany Papaspyrou. **Do garantismo integral ao garantismo à brasileira: ensaios sobre o modo garantista hiperbólico monocular e seus reflexos no Estado Democrático de Direito**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/278959/do-garantismo-integral-ao-garantismo-a-brasileira--ensaios-sobre-o-modo-garantista-hiperbolico-monocular-e-seus-reflexos-no-estado-democratico-de-direito>. Acesso em: 31 out. 2021.

<sup>258</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 99.

vantagens ao investigado, a fim de resolver o conflito de forma consensual, resulta, da mesma forma, da aplicação da teoria garantista no ordenamento jurídico brasileiro.

Diz-se isso, pois, imprescindível a efetivação dos direitos fundamentais da vítima e da coletividade, em especial de ver entregue a tutela jurisdicional efetiva de forma célere e eficiente quando da prática de um delito.

Segundo o que preceitua Andrey Lopes de Mendonça, quando aduz que o consenso na esfera processual penal se preocupa com direitos públicos e coletivos, de proteção da sociedade e interesse público em tutelar de forma mais recrudescida crimes graves<sup>259</sup>, corrobora o entendimento de que a inserção de meios de consenso também se funda, em alguma medida, no garantismo integral, uma vez que maximiza a tutela dos referidos direitos coletivos.

Dessa forma, percebe-se a distorção feita da teoria garantista, dado que a imprescindibilidade de máxima efetivação de direitos fundamentais não se limita à proteger o acusado de arbítrio estatal, porquanto abrange a observância de outros direitos fundamentais do acusado, como a duração razoável do processo, diversificação de procedimentos, eficiência e autonomia da vontade.

Nessa toada, Douglas Fischer arremata<sup>260</sup>:

Em muitas situações, ainda, há (pelo menos alguma) distorção dos reais pilares fundantes, da doutrina de Luigi Ferrajoli (quicá pela compreensão não integral dos seus postulados). Daí que falamos, em nossa crítica, que se tem difundido um garantismo penal unicamente monocular e hiperbólico: evidencia-se desproporcionalmente e de forma isolada (monocular) a necessidade de proteção apenas dos direitos fundamentais individuais dos cidadãos que se veem investigados, processados ou condenados.

---

<sup>259</sup> Importante citar a lição do autor, segundo o qual “O modelo consensual também é um modelo público [...] Não se trata de “privatizar” o processo penal, pois os valores e os objetivos são nitidamente públicos. De um lado, a proteção da sociedade contra crimes graves, no interesse público de auxiliar na investigação de crimes particularmente gravosos e de difícil investigação (meio de obtenção de prova) e, de outro, melhor proteger os interesses do imputado”. (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 (Coord.). **Colaboração premiada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 70).

<sup>260</sup> FISCHER, Douglas. **Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monocular) e o princípio da proporcionalidade**: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 28, mar. 2009. Disponível em: [https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas\\_fischer.html](https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas_fischer.html). Acesso em: 30 out. 2021.

A distorção da teoria gera, inclusive, entendimentos no sentido de que deve haver atenuação do que se vem denominando “pleno garantismo”<sup>261</sup>. Sob esse prisma, argumenta-se que a chamada atenuação do pleno garantismo se resume à necessidade de reservar a máxima observância dos direitos fundamentais do acusado em casos de crimes graves, complexos e organizados<sup>262</sup>.

Nesta senda, a ideia de atenuação do pleno garantismo vai ao encontro da concepção de que, nos espaços de consenso, haverá, em alguma medida, malferição de direitos e garantias constitucionais dos acusados, em virtude da predominância de outros direitos e garantias fundamentais dos cidadãos e acusados<sup>263</sup>, como a autonomia da vontade e o direito a duração razoável do processo.

Tem-se que a ideia de atenuação do garantismo nos procedimentos reservados a crimes de pequena e média gravidade reforça a autonomia da vontade e a eficiência, corolários lógicos do direito à duração razoável do processo e a um procedimento diversificado, em detrimento de alguns direitos e garantias inseridos no sistema de garantias processuais.

Significa dizer que, ao constatar a referida atenuação do pleno garantismo em procedimentos diversificados, destinados ao processamento de delitos de pequena e média gravidade, favorece-se as causas de legitimação do consenso, reservando-se a máxima observância aos direitos e garantias processuais penais aos processos relativos a crimes de alta gravidade.

Ao falar em acordo de não persecução penal, embora seja uma avença firmada entre acusação e defesa, possibilitada pela autonomia da vontade do acusado e do poder de dispor de seus direitos, há de se reconhecer a existência de uma grande disparidade<sup>264</sup> de armas entre acusação e defesa. Tem-se, de um lado, o Estado, dotado de todos os meios necessários à persecução, enquanto, de

---

<sup>261</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. **Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 313.

<sup>262</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. **Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 313.

<sup>263</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. **Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 313-318.

<sup>264</sup> CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. Plea bargaining e justiça criminal consensual: entre os ideais de funcionalidade e garantismo. **Custos Legis**: Revista eletrônica do Ministério Público Federal. Brasília, p. 1-26, 2012. Disponível em: [http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista/2012\\_Penal\\_Processo\\_Penal\\_Campos\\_Plea\\_Bargaining.pdf](http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista/2012_Penal_Processo_Penal_Campos_Plea_Bargaining.pdf). Acesso em: 25 out. 2020.

outro, o investigado, parte mais fraca da estrutura processual penal. Devido a eventual renúncia ou não exercício de direitos e garantias do acusado, poder-se-ia cogitar a existência de um ponto de tensão entre o novel acordo inserido pelo Pacote Anticrime e a teoria garantista.

Todavia, levando em conta a concepção integral do garantismo, embora alçado à posição de instrumento de efetivação dos direitos do acusado, não se restringe a uma esfera de proteção, albergando os demais direitos fundamentais insertos na Constituição Federal de 1988, a exemplo da eficiência. Nesta linha, Douglas Fischer assevera<sup>265</sup>:

Quer-se dizer com isso que, em nossa compreensão (integral) dos postulados garantistas, o Estado deve levar em conta que, na aplicação dos direitos fundamentais (individuais e sociais), há a necessidade de garantir também ao cidadão a eficiência e a segurança, evitando-se a impunidade. O dever de garantir a segurança não está em apenas evitar condutas criminosas que atinjam direitos fundamentais de terceiros, mas também (segundo pensamos) na devida apuração (com respeito aos direitos dos investigados ou processados) do ato ilícito e, em sendo o caso, na punição do responsável.

Assim, é forçoso concluir que a própria teoria garantista de Luigi Ferrajoli alberga a necessária conciliação da indispensável garantia dos direitos do acusado com a eficiência, viabilizando um processo penal funcional e garantista<sup>266</sup>.

Ademais, conforme se perquiriu no presente estudo, a autonomia da vontade e direito a duração razoável do processo – o qual está umbilicalmente ligado à consecução da eficiência no processo penal - ostentam a qualidade de direitos fundamentais do acusado, sendo também garantia constitucional prevista em seu favor, de modo que não se pode rechaçar a prevalência destes direitos e garantias fundamentais, que notadamente consubstanciam a inserção do ANPP, em detrimento de outros.

Importante referir que, em virtude da alusão, muitas vezes deturpada, da teoria garantista à máxima proteção do acusado ao arbítrio punitivo, a busca pelo

---

<sup>265</sup> FISCHER, Douglas. Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monocular) e o princípio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 28, mar. 2009. Disponível em: [https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas\\_fischer.html](https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas_fischer.html). Acesso em: 30 out. 2021.

<sup>266</sup> FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Almedina, 2001. p. 54.

vetor eficiência passou a ser denominado modelo eficientista, pois o enfoque reside na eficiência e na funcionalidade da estrutura processual penal. O acordo de não persecução penal, sendo instrumento integrante do consenso no processo penal brasileiro, por via de consequência, é atrelado ao suposto discurso eficientista.

Seguindo esta linha, Aury Lopes Júnior se filia à conotação depreciativa, vinculando a busca por eficiência à distorção do tempo do processo e do tempo fora dele, motivo pelo qual sustenta que a busca por procedimentos mais céleres resume o denominado eficientismo, o qual leva, segundo este entendimento, a supressão de direitos e garantias ante o desrespeito ao “tempo de maturação do processo”<sup>267</sup>.

Sem embargo, tal compreensão não traduz o garantismo integral exposto alhures, tampouco observa o direito do acusado a ser submetido a um procedimento célere, que garanta a resolução do conflito em prazo razoável. Além do mais, tal entendimento não leva em conta característica fundamental do processo penal moderno: instrumento de política criminal<sup>268</sup>. Isso porque a adequação dos procedimentos à gravidade do delito, lesividade e ofensividade é corolário lógico das causas que legitimam o surgimento do consenso e, por via de consequência, do novel acordo de não persecução penal, consubstanciados em direitos fundamentais, individuais e coletivos, previstos na Constituição Federal de 1988.

Nesta conjuntura, em virtude da coexistência dos espaços de consenso e espaços de conflito demonstrada ao longo do presente estudo, e da concepção integral da teoria garantista, tem-se que a composição entre eficiência e garantismo é ínsita à política criminal adotada há muito no sistema de justiça criminal brasileiro,

---

<sup>267</sup> LOPES JUNIOR, Aury. *Justiça Negociada: utilitarismo processual e eficiência antigarantista*. In: Carvalho, Salo; Wunderlich, Alexandre (org.). **Diálogos sobre a justiça dialogal**: Teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da Justiça Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 114-117.

<sup>268</sup> Sustenta-se que o processo penal moderno representa importante instrumento de política criminal, pois, na medida em que o Estado de Direito deve promover a celeridade e eficiência também no âmbito do processo penal, a inserção de instituto inclinado à consecução de maior eficiência traduz uma finalidade do Direito Penal: a busca por eficiência e celeridade. Desse modo, o processo penal mostra-se um mecanismo de obtenção desta finalidade e exigência de valor constitucional. Nesse sentido: FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Almedina, 2001. p. 63. Igualmente demonstrando que a eficiência é valor constitucional a ser perseguido pelo processo penal, sendo, assim, verdadeiro instrumento de política criminal, Jorge de Figueiredo Dias assevera, referindo-se ao Estado de Direito: “Ele exige também a proteção das instituições e a viabilização de uma eficaz administração da justiça penal”. (DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal**. Coimbra: Coimbra editora, 1974. p. 50).

de modo que é possível inferir a harmônia do ANPP com os dois vetores, presentes no âmbito consensual. Conforme refere Fernando Fernandes, “as finalidades de política criminal se confundem com as exigências de tutela dos valores constitucionais”<sup>269</sup>.

A propósito, Mirabete há muito já advertia sobre o equilíbrio do garantismo e do efficientismo. Nas palavras do autor, é mister<sup>270</sup>:

Um processo penal de melhor qualidade, com instrumentos mais adequados à tutela de todos os direitos, assegurando-se a utilidade das decisões judiciais, bem como a implantação de um processo criminal com mecanismos rápidos, simples e econômicos, de modo a suplantarem a morosidade no julgamento de ilícitos menores, desafogando a Justiça Criminal, para aperforçar a aplicação da lei penal aos autores dos mais graves atentados aos valores sociais vigentes.

Assim sendo, mostra-se possível atender ao vetor eficiência e os direitos correlatos sem o substancial sacrifício de direitos e garantias fundamentais do acusado<sup>271</sup>. É de extrema relevância repensar o garantismo frente ao momento funcional do processo penal brasileiro, a fim de tornar mais compatível os dois vetores<sup>272</sup>, uma vez que não poderão divorciar-se no âmbito processual penal.

Sendo assim, descabe rechaçar um dos vetores em detrimento do outro, sendo imprescindível uma ponderação entre garantia e eficiência. Para tanto, a lição de Fernando Fernandes corrobora a ideia de que haverá a mitigação, em certa medida, de direitos e garantias processuais para obtenção de celeridade, eficiência e garantia de outros princípios correlatos, desde que a mitigação não acarrete afronta à dignidade da pessoa humana<sup>273</sup>.

---

<sup>269</sup> FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Almedina, 2001. p. 63-64.

<sup>270</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. **Juizados Especiais Criminais**. São Paulo: Atlas, 1996. p. 16.

<sup>271</sup> FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Almedina, 2001. p. 63-64.

<sup>272</sup> Nesse sentido, Gabriel Silveira de Queirós cita o ensinamento de Anabela Maria Rodrigues, que sustenta a imprescindibilidade da harmonia entre os dois modelos. (RODRIGUES, Anabela Maria M. A determinação da medida da pena privativa de liberdade. *In*: CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. Plea bargaining e justiça criminal consensual: entre os ideais de funcionalidade e garantismo. **Custos Legis**: Revista eletrônica do Ministério Público Federal. Brasília, p. 1-26, 2012. Disponível em: [http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista/2012\\_Penal\\_Processo\\_Penal\\_Campos\\_Plea\\_Bargaining.pdf](http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista/2012_Penal_Processo_Penal_Campos_Plea_Bargaining.pdf). Acesso em: 25 out. 2020).

<sup>273</sup> FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Almedina, 2001. p. 67.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O instituto do acordo de não persecução penal, previsto no artigo 28-A do Código de Processo Penal, introduzido pela Lei nº 13.964/2019, está inserido no âmbito consensual já consagrado no processo penal brasileiro, regido pela autonomia da vontade e eficiência, esta tida como um vetor que deve ser perseguido. É importante que se observe que a eficiência passou a ser buscada de forma mais ferrenha após a constatação da verdadeira crise instaurada na justiça criminal brasileira.

Em busca de emprestar maior celeridade e eficiência ao sistema de justiça criminal e, atentando-se para a necessidade de adequação do procedimento a gravidade do delito, incorporaram-se, através do acordo de não persecução, elementos próprios do modelo de justiça criminal estadunidense, conhecido como *plea bargaining*. O presente trabalho propôs-se a pesquisar o efeito decorrente da inserção de instituto inspirado nesse sistema estrangeiro, visto que se inseriram no novo instrumento elementos essenciais do modelo de justiça criminal consensual estadunidense: a expectativa de receber, mediante negociação, um benefício em troca da autoincriminação.

Observou-se que o fenômeno da importação de institutos entre sistemas jurídicos distintos, ou, ainda, elementos característicos de outros sistemas, pode gerar uma mudança de significado do instituto importado ou dos seus elementos, ou quiçá do ordenamento jurídico receptor, uma vez que o arranjo constitucional de cada ordenamento jurídico é distinto e guarda significados e conceitos diferentes. Daí porque se passou ao estudo de uma possível ofensa ao sistema de garantias processuais constante da Constituição Federal de 1988 em casos de celebração do ANPP.

Para alicerçar a explanação, foi necessário entender o conceito de confissão no ordenamento jurídico brasileiro e o conceito da confissão exigida como requisito para celebração do acordo. Conforme analisado, aquele não abrange consequência jurídica dela resultante, denotando-se que a confissão exigida para celebração do ANPP desborda da confissão propriamente dita. Ao exigir-se, portanto, a ratificação da acusação mediante o relato congruente com a narrativa dos fatos constante dos procedimentos indiciários, estar-se-ia assegurando o *nemo tenetur se deterege*, dada a natureza diversa da confissão formal e circunstanciada exigida para a

celebração da avença, porquanto esta ratificação da imputação não se presta a embasar o oferecimento de denúncia em caso de eventual descumprimento, não possuindo o condão de reconhecer a culpabilidade.

Para analisar o efeito da introjeção do acordo de não persecução, foi necessário também estudar as causas que legitimam, dentro do ordenamento jurídico brasileiro, o advento do acordo de não persecução penal tal como importado, com suas vicissitudes, em especial a exigência de confissão para sua celebração. O requisito da confissão circunstanciada se prestaria a impedir que inocentes celebrem o acordo com o objetivo de se livrar do processo, visto que o relato circunstancial e detalhado é exigido para averiguar a congruência do relato do investigado com a narrativa dos fatos. Dessa forma, a narrativa não condizente com os fatos apurados pelo Ministério Público impede a celebração do acordo, hipótese em que o investigado deverá responder a ação penal.

Verificou-se, ainda, que a importação deste novo instrumento de resolução de conflito foi fruto do reconhecimento do aumento do espectro de autonomia da vontade do acusado no bojo do processo penal brasileiro, com o reconhecimento do réu como sujeito de direitos e, por via de consequência, da possibilidade de não exercício de direitos e garantias fundamentais.

Na medida em que ocorreu a evolução paulatina do espaço de consenso no Brasil, percebeu-se o poder de disposição que o próprio acusado detém de seus direitos, o que é inerente à posição de titular. Para além desta causa, o direito a duração razoável do processo e, por conseguinte, a um procedimento adequado, consubstanciam a inserção do acordo de não persecução penal, tendo em vista que a diversificação de procedimentos alcança a posição de direito fundamental.

Portanto, constatou-se que o acordo - e a justiça consensual em sentido amplo - além da predominância de outros direitos e garantias do próprio acusado, como a eficiência e o direito ao julgamento em tempo razoável, consubstancia-se na doutrina do poder de disposição dos direitos fundamentais. Compreendida como renúncia para alguns, a disposição que importa no não exercício de direitos e garantias fundamentais permite que o acusado abra mão de garantias que lhe são assegurados em prol do exercício de outros direitos que lhe são inerentes, como a autonomia da vontade e o direito a ampla defesa, tendo em vista que, ao escolher pela via consensual, opta por meio de defesa diverso do convencional – processo penal tradicional.

Sendo assim, os princípios do contraditório e ampla defesa são consagrados pelo acordo de não persecução penal, visto que ao aceitar a proposta de acordo e celebrá-lo, o investigado está se valendo destas garantias constitucionais, que não compreendem somente o direito de escolher um defensor, mas de fazer uso da resolução consensual do conflito como meio de defesa. Não por outra razão, para concluir que a cláusula do devido processo legal é observada no bojo do acordo de não persecução, faz-se necessário desvincular a visão arraigada de que o devido processo legal se trata do processo penal tradicional, em que se perpassa por todas as fases processuais e há resistência à acusação.

O acordo de não persecução penal, estando inserido no espaço de consenso do processo penal brasileiro, deve observar minimamente os direitos e garantias processuais do acusado.

Nesse sentido, pode-se compreender que a mitigação aos direitos e garantias processuais ocorre quando da celebração do acordo de não persecução na medida em que o acusado faz uso da sua autonomia e poder de disposição para celebrar o acordo, refutando, em certa medida, o princípio da presunção de inocência e o direito de não produzir prova contra si mesmo, visto que está colaborando para a celebração da avença, desvincilhando-se da posição de resistência e dispondo do exercício do meio de defesa tradicional.

O acordo de não persecução penal admite a disposição voluntária do exercício de direitos e garantias processuais, não atendendo à máxima observância tal como anseia o garantismo, pois o acusado, de forma legítima, se afasta da posição tradicional de resistência, o que por certo implica uma colaboração que acaba por refutar questões principiológicas e teóricas que, embora guardem grande relevância, o impediriam de celebrar um acordo que resolvesse a questão penal de maneira rápida e consensual, sem lhe causar maiores prejuízos – decorrentes da tramitação do processo -, a exemplo do risco de suportar uma condenação.

Ainda assim, feita uma releitura dos princípios processuais penais à luz dos requisitos previstos para celebração do acordo, tem-se que se preserva a presunção de inocência dado que o estado de inocência – diante da não configuração de reincidência e não registro em certidões de antecedentes criminais – mantém-se hígido, ainda que incumba ao investigado ratificar a autoria delitiva, tendo em vista que o requisito da confissão implica a aceitação de uma consequência: não oferecimento da denúncia. Infere-se, portanto, a existência de margem para a

flexibilização da presunção de inocência e direito a não autoincriminação, em razão da primazia da duração razoável do processo, eficiência e autonomia da vontade, sobretudo do poder de disposição do acusado.

A flexibilização de alguns direitos e garantias fundamentais ocorre, como a presunção de inocência e direito a não autoincriminação, na medida em que o acusado escolhe fazer uso de meio de defesa diverso, ao celebrar o acordo, dispondo de seu direito ao silêncio, primando, assim, pela autonomia da vontade, não exercendo aquele direito amplamente, visando resolver a questão penal de forma célere e eficiente. Portanto, o acusado dispõe deste espectro de garantia, ao não exercê-la, em razão da predominância que confere a sua autonomia privada e de seu direito a ampla defesa, visto que escolhe pelo meio de defesa consensual posto à sua disposição.

Outrossim, embora escolha celebrar o acordo, rechaçando em certa medida o direito ao silêncio ao ratificar a responsabilidade pelo crime, as garantias referidas encontram-se asseguradas, uma vez que se mantém hígido o estado de inocência, sem que a confissão declarada no bojo da avença sirva para outro efeito penal.

Muito embora se possa cogitar a mitigação de direitos e garantias processuais como a presunção de inocência e o direito a não autoincriminação, tem-se que a mitigação não passa de exercício do poder de disposição, que permite o não exercício de direitos a seu titular. Todavia, a predominância da eficiência e autonomia da vontade na celebração do acordo não afasta a salvaguarda do estado de inocência do investigado, dado que a avença não constará em certidões de antecedentes e a confissão não deve ser levada em conta em nenhum aspecto para além da celebração do pacto.

Destarte, sugere-se deixar de lado as críticas ao instituto e iniciar uma vigilância pela observância mínima das garantias processuais do acusado dentro da justiça consensual, pois o espaço de conflito terá de dar espaço ao consenso, à autonomia da vontade e à busca por celeridade, sobretudo pelo poder de disposição do acusado em relação aos direitos de que é titular.

Com vistas a oferecer alternativa de solução para realização do acordo de não persecução sem sacrifício de direitos e garantias processuais, deve-se firmar a avença somente em casos que a justa causa esteja evidenciada, estreme de dúvidas. Como forma de garantir minimamente a salvaguarda dos direitos e garantias fundamentais expostos no presente estudo, propõe-se, como já orientado,

vedar o uso da confissão formal e circunstanciada como fundamento a caracterizar a justa causa para o oferecimento da ação penal, em caso de descumprimento do acordo. Ou seja, a confissão realizada para celebração da avença não poderá, por si só, ensejar o oferecimento da denúncia, tampouco ser mencionada na peça incoativa. A propósito, esta orientação decorre dos requisitos para o oferecimento da proposta de acordo, uma vez que, conforme exposto alhures, a proposta de acordo não pode ser oferecida consubstanciada somente na confissão do delito, divorciada dos elementos indiciários colhidos em sede investigativa.

O Ministério Público deve perquirir acerca dos indícios de autoria e materialidade delitiva antes de levar em conta confissão eventualmente realizada em sede policial, uma vez que somente se mostra cabível não sendo caso de arquivamento. Assim, é importante a análise prévia e acurada da viabilidade de acusação para a salvaguarda do direito a não autoincriminação e presunção de inocência, sob pena de chancelar a autoincriminação do acusado como justa causa para a persecução criminal.

Como visto, um processo penal eficiente é uma premissa irrenunciável do Estado Democrático de Direito, corolário lógico do direito à duração razoável do processo e do correlato direito ao procedimento, posto que inseridos na Constituição Federal de 1988. Dessa forma, imprescindível que se afaste a ideia de que o garantismo se presta somente à máxima proteção do acusado contra o arbítrio punitivo, a fim de que seja considerado o esteio real da teoria e da concepção integral: a garantia de todos os direitos fundamentais, individuais e coletivos, previstos na Constituição Federal, o que permite constatar que o acordo de não persecução penal está, a uma, proporcionando o exercício de direitos fundamentais individuais do acusado como a autonomia da vontade, ampla defesa, presunção de inocência e o direito a duração razoável do processo, e a duas, assegurando a resolução célere de conflitos penais de média gravidade, consagrando o devido processo legal.

Dessa forma, pode-se concluir que o acordo de não persecução penal privilegia o vetor eficiência e permite ao acusado dispor de alguns de seus direitos fundamentais em detrimento do exercício de outros direitos, ao passo que o espaço de conflito, através do processo penal tradicional, reserva a máxima observância dos direitos e garantias processuais penais insertos na Carta Magna, impedindo-o de dispor destes direitos na esfera de procedimentos reservados a delitos graves.

Em suma, tanto o vetor eficiência quanto o vetor garantia devem ser perseguidos pelo processo penal brasileiro, posto que imanentes ao Estado de Direito, de modo que não se pode cogitar a ruptura com as premissas de um processo penal democrático quando da celebração de um acordo de não persecução em crimes de média gravidade.

## REFERÊNCIAS

AFONSO, Marcelo Santiago de Moraes. A origem, desenvolvimento e consolidação do direito à não autoincriminação: um retorno ao passado para se pensar o futuro. **Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco**, n.9, 2016.

AIRES, Murilo Thomas; FERNANDES, Fernando Andrade. A colaboração premiada como instrumento de política criminal: a tensão em relação às garantias fundamentais do réu colaborador. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, [S.L.], v. 3, n. 1, p. 253-280, 11 mar. 2017. Instituto Brasileiro de Direito Processual Penal. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.46>. Acesso em: 17 out. 2021.

ALBERGARIA, Pedro Soares de. **Plea bargaining**: aproximação à justiça negociada nos EUA. Coimbra: Almedina, 2007.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. Tradução de Virgílio Afonso da Silva.

ALVES, Jamil Chaim. A justiça consensual e *plea bargaining*. In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (Coord.). **Acordo de Não Persecução Penal**: Resolução 181/2017 do CNMP com as alterações feitas pela Res. 183/2018. Salvador: Juspodivm, 2018.

ANDRADE, Flávio da Silva. **Justiça Penal Consensual**: controvérsias e desafios. Salvador: Juspodivm, 2019.

ARAS, Vladimir. Acordos Penais no Brasil: uma análise à luz do direito comparado. In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (Coord.). **Acordo de Não Persecução Penal**: Resolução 181/2017 do CNMP com as alterações feitas pela Res. 183/2018. Salvador: Juspodivm, 2018.

ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. Regras de Tóquio (Resolução nº 45/110, de 14/12/1990). In: **Conselho Nacional de Justiça (CNJ)**. Série Tratados Internacionais. Brasília, CNJ, 2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/6ab7922434499259ffca0729122b2d38.pdf>. Acesso em: 25 out. 2020.

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal esquematizado**. 4. ed. São Paulo: Método, 2012.

BINDER, Alberto M. **Sentido Del principio de oportunidad en el marco de La reforma de La justicia penal de America Latina**. Disponível em: <http://inecip.org/wp-content/uploads/INECIP-Binder-Principio-de-oportunidad-1.pdf>. Acesso em: 26 jan. 2021.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Juizados especiais criminais e alternativas à pena de prisão**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Justiça Penal Negociada**: negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes. Curitiba: Juruá, 2016.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. A confissão circunstanciada dos fatos como condição para celebração do acordo de não persecução penal. *In*: BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo (Org.). **Acordo de não persecução penal**. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Acordo de não persecução: é uma boa opção político-criminal para o Brasil? *In*: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (Coord.). **Acordo de Não Persecução Penal**: Resolução 181/2017 do CNMP com as alterações feitas pela Res. 183/2018. Salvador: Juspodivm, 2018.

CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. Plea bargaining e justiça criminal consensual: entre os ideais de funcionalidade e garantismo. **Custos Legis**: Revista eletrônica do Ministério Público Federal. Brasília, p. 1-26, 2012. Disponível em: [http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista/2012\\_Penal\\_Processo\\_Penal\\_Campos\\_Plea\\_Bargaining.pdf](http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista/2012_Penal_Processo_Penal_Campos_Plea_Bargaining.pdf). Acesso em: 25 out. 2020.

CANOTILHO, Jorge Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992.

CARDOSO, Arthur Martins Andrade Cardoso. Da confissão no acordo de não persecução penal. **Migalhas de peso**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/334134/da-confissao-no-acordo-de-nao-persecucao-penal>. Acesso em: 16 out. 2021.

CASTRO, Ana Lara Camargo de. **Plea bargain**: resolução penal pactuada nos Estados Unidos. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

CASTRO, Carolina Soares Castelliano Lucena de; NETTO, Fábio Prudente. Comentários sobre a exigência da confissão no acordo de não persecução penal. **Revista Consultor Jurídico**. 15 fev. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-fev-15/opiniao-exigencia-confissao-acordo-nao-persecucao-penal>. Acesso em: 29 abr. 2021.

CECCATO JÚNIOR, José Antônio. A confissão no acordo de não persecução penal viola direito à não autoincriminação. **Revista Consultor Jurídico**. 31 de mar. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mar-31/opiniao-confissao-anpp-viola-direito-nao-autoincriminacao#author>. Acesso em: 28 abr. 2021.

CECCATO JÚNIOR, José Antônio. **O direito à não autoincriminação no caso do etilômetro**: Um estudo comparado sobre o princípio “nemo tenetur se detegere”. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

CONCEIÇÃO, Tchatywa Edvânia Lopes da. O pecado do excesso no garantismo penal a brasileira. **Instituto de Aperfeiçoamento e Prática Jurídica**. Disponível em: <https://www.iapj.com.br/colunas/o-pecado-do-excesso-no-garantismo-penal-a-brasileira>. Acesso em: 21 out. 2021.

CONSENTINO, Fabrizio. **Il paternalismo Del legislatore nelle norme di limitazione dell'autonomia dei privati**. *Quadrimestre*, nº 1. 1993.

CONSTANTINO, Lúcio Santoro de. Considerações sobre a confissão como pressuposto para o acordo de não persecução penal (LEI Nº 13.964/19). **Revista da Defensoria Pública do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 26, p. 10, jun. 2020. Semestral.

CONSTANTINO, Lúcio Santoro de. Considerações sobre a confissão como pressuposto para o acordo de não persecução penal (LEI Nº13.964/19). **Revista da Defensoria Pública do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 26, p. 10, jun. 2020. Semestral.

CUNHA, Rogério Sanches. **A legalidade do acordo de não persecução penal (Res. 181/171 CNMP): uma opção legítima de política criminal**. Meu site jurídico, 2017. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2017/09/14/legalidade-acordo-de-nao-persecucao-penal-res-18117-cnmp-uma-opcao-legitima-de-politica-criminal/>. Acesso em: 14 jan. 2020.

CUNHA, Rogério Sanches. **Pacote Anticrime – Lei n. 13.964/2019: Comentários às alterações do CP, CPP e LEP**. Salvador: Juspodivm, 2020.

CUNHA, Rogério Sanches. **Pacote anticrime**. Salvador: Juspodivm, 2020.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1974.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Acordos sobre a sentença em processo penal: o "fim" do estado de direito ou um novo "princípio"**. Porto Alegre: Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, 2011.

DWORKIN, Ronald. Taking Rights Seriously. p. 24-26. *In*: ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. Tradução de Virgílio Afonso da Silva.

FARIA COSTA, José de. Consenso, verdade e direito. **Boletim da Faculdade de Direito de Combra**. v. 77. 2001.

FARIA, José Eduardo. **Tempo do direito, tempo da economia**. São Paulo: O Estado de São Paulo, 1997.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Almedina, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FILIPPETTO, Rogério. Condições do Acordo de não persecução penal (anpp): lineamentos para confecção de cláusulas. **Boletim do IBCCRIM**. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. n.º 338. janeiro/2021. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/edicoes/736/8393>. Acesso em: 28 set. 2021.

FISCHER, Douglas. Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monocular) e o princípio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 28, mar. 2009. Disponível em: [https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/e-dicao028/douglas\\_fischer.html](https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/e-dicao028/douglas_fischer.html). Acesso em: 30 out. 2021.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido Processo Penal**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal**: na perspectiva das garantias constitucionais, Alemanha - Espanha - Itália - Portugal – Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

GIULIANI, Emília Merlini. **Mecanismos de Consenso no direito processual penal brasileiro e o projeto de Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=eb4ab9e8db10f6fd>. Acesso em: 08 jul. 2020.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Um “novo” liberalismo processual penal autoritário? *In*: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (org.). **Plea Bargaining**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da não autoincriminação: significado, conteúdo, base jurídica e âmbito de incidência**. Disponível em: <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2066298/principio-da-nao-auto-incriminacao-significado-conteudo-base-juridica-e-ambito-de-incidencia>. Acesso em: 29 abr. 2021.

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos; BIANCHINI, Alice. **Direito Penal – Introdução e Princípios Fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo em evolução**. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

LANGBEIN, John H. **Torture and Plea Bargaining**. The University of Chicago Law Review, vol. 46, n. 1, 1978.

LANGER, Maximo. **From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure**. *In*: Harvard International Law Journal. V. 45. n. 01, 2004. Tradução de Ricardo Jacobsen Gloeckner e Frederico C. M. Faria.

LEITE, Rosimeire Ventura. **Justiça consensual como instrumento de efetividade do processo penal no ordenamento jurídico brasileiro**. 2009. 256 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito da Usp, São Paulo, 2009. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-17112011-110813/pt-br.php>. Acesso em: 09 jul. 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LOPES JUNIOR, Aury. Justiça Negociada: utilitarismo processual e eficiência antigarantista. In: Carvalho, Salo; Wunderlich, Alexandre (org.). **Diálogos sobre a justiça dialogal: Teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da Justiça Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

MANDLENER, Kurt. Meios e métodos de alcançar-se no processo penal as metas de prazo razoável e de celeridade: observações a respeito da justiça alemã. In: MONTE, Mário Ferreira. **Que futuro para o Direito Processual Penal?: simpósio em homenagem à Jorge de Figueiredo Dias**. Coimbra: Coimbra, 2009.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. Acordo de não persecução penal: um novo começo de era (?). **Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, maio 2020. Disponível em: <https://ibccrim.org.br/publicacoes/edicoes/51/442>. Acesso em: 06 set. 2021.

MARQUES, Nany Papaspyrou. **Do garantismo integral ao garantismo à brasileira: ensaios sobre o modo garantista hiperbólico monocular e seus reflexos no Estado Democrático de Direito**. Migalhas de peso. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/278959/do-garantismo-integral-ao-garantismo-a-brasileira--ensaios-sobre-o-modo-garantista-hiperbolico-monocular-e-seus-reflexos-no-estado-democratico-de-direito>. Acesso em: 31 out. 2021.

MASI, Carlo Velho. O acordo de não persecução penal como ferramenta político-criminal de despenalização dos crimes de médio potencial ofensivo. **Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v.11, n.26, p. 264-293, jan./jun. 2020.

MAZZILLI, Hugo Nigro. MP tem liberdade para identificar ou não hipótese de agir. **Revista Consultor Jurídico**, 4 set. 2007. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2007-set-04/mp\\_liberdade\\_identificar\\_hipotese\\_agir](https://www.conjur.com.br/2007-set-04/mp_liberdade_identificar_hipotese_agir). Acesso em: 29 jan. 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 (Coord.). **Colaboração premiada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Juizados Especiais Criminais**. São Paulo: Atlas, 1996.

MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; MORAES, Maurício Zanoide de. Direito ao silêncio no interrogatório. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 2, n. 6, 1994.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

NOVAIS, Jorge Reis. Renúncia a direitos fundamentais. *In*: MIRANDA, Jorge (org.). **Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976**. v. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **O valor da confissão**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

OLIVEIRA, Felipe Cardoso Moreira de; CANTERJI, Rafael Braude. Acordo de não persecução penal: primeiras leituras, panorama, dificuldades e enfrentamento. **Revista da Defensoria Pública do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 26, n. 11, p. 331-352, jan./jun. 2020. Semestral. Disponível em: <http://www.defensoria.rs.def.br/revista-da-defensoria>. Acesso em: 10 jan. 2021.

OLIVEIRA, Rafael Serra. **Consenso no Processo Penal**: uma alternativa para a crise do sistema criminal. São Paulo: Almedina, 2015.

PRADO, Geraldo. Justiça Penal Consensual. *In*: **Diálogos sobre a Justiça Dialogal**: Teses e Antíteses sobre os processos de informalização e privatização da Justiça Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

PRADO, Geraldo. **O Direito ao silêncio**. Disponível em: <https://geraldoprado.com.br/artigos/o-direito-ao-silencio/>. Acesso em: 29 set. 2021.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**: o princípio do nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal. São Paulo: Saraiva, 2003.

Resolução 181, 07.08.2017. Diário Eletrônico do CNMP, Caderno Processual, Brasília, 08.09.2017. Disponível em: [www.cnmp.mp.br/portal/atos-e-normas/norma/5277](http://www.cnmp.mp.br/portal/atos-e-normas/norma/5277). Acesso em: 15 mar. 2021.

RIBEIRO, Leo Maciel Junqueira; Costa, Victor Cezar Rodrigues da Silva. Acordo de não persecução penal: um caso de direito penal das consequências levado às últimas consequências. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. vol. 161. ano 27. p. 249-276. São Paulo: Ed. RT, novembro 2019.

RIBEIRO, Natália Pimenta; TOLEDO, Yashmin Crispin Baiocchi de Paula e. **Plea bargain à brasileira**: a justiça penal negociada do projeto de lei anticrime e o recrudescimento dos resquícios inquisitórios do sistema criminal. **Boletim Ibccrim**, Porto Alegre, v. 317, n. 27, p. 32-34, abr. 2019. Mensal.

RODRIGUES, Anabela Miranda. Os processos sumário e sumaríssimo ou a celeridade e o consenso no Código de Processo Penal. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, n° 4, out./dez., 1996.

RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás. **La Justicia Penal Negociada. Experiencias de derecho comparado**. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 1997.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do Processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos**. 4 ed. revista, atualizada e ampliada. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

ROSA, Luísa Walter da. **Colaboração Premiada na Lei n. 12.850/13**: uma análise sobre a possibilidade de concessão de benefícios extralegais ao colaborador. 2018. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2018.

SANDEFUR, Timothy. **In defense of plea bargaining**. Regulation, p. 28-31, 2003. Disponível em: <http://www.cato.org/sites/cato.org/files/serials/files/regulation/2003/7/v26n3-8.pdf>.

BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Justiça Penal Negociada**: negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes. Curitiba: Juruá, 2016.

SANDEL, Michael J. **Justiça**: o que é fazer a coisa certa?. 11. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013. Tradução de Heloísa Matias e Maria Alice Máximo.

SANTOS, Mauro Guilherme Messias dos. Acordo de não persecução penal: confusão com o *plea bargaining* e críticas ao Projeto Anticrime. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte, ano 27, n. 108, p. 235-254, out./dez. 2019.

SILVA DIAS, Augusto. **Modernas tendências da política criminal em matéria de desjuridicização e de descarceirização**: a experiência portuguesa. Cabinda Universitária. Cabinda, n. 3-4. Jun/ago. 2008.

SOARES JR., Antonio Coêlho. As regras de Tóquio e as medidas não privativas de liberdade no Brasil e na Itália: breves considerações. **Revista Âmbito Jurídico**. Disponível em: <https://bit.ly/3d0AsMU>. Acesso em: 19 jan. 2021.

SOUZA, Marllon. **Plea bargaining no Brasil – O processo Penal por meio do equilíbrio entre o utilitarismo processual e os direitos fundamentais do réu**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

SOUZA, Renee do Ó Souza. Acordo de não persecução penal: o papel da confissão e a inexistência de *plea bargain*. **Revista Consultor Jurídico**, 7 jan 2019, disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-07/renee-souza-papel-confissao-inexistencia-plea-bargain>. Acesso em: 19 jan. 2021.

SOUZA, Renee do Ó; DOWER, Patrícia Eleutério Campos. Algumas respostas sobre o acordo de não persecução penal. *In: Acordo de Não Persecução Penal: Resolução 181/2017 do CNMP com as alterações feitas pela Res. 183/2018*. Salvador: Juspodivm, 2018.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; FILHO, Dermeval Farias Gomes. Funcionalização e expansão do Direito Penal: o Direito Penal Negocial. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 13, n.1, 2016.

TARUFFO, Michele. Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos. Madri: Marcial Pons, 2016. p. 101. *In: CASTRO, Carolina Soares Castelliano Lucena de; NETTO, Fábio Prudente. Comentários sobre a exigência da confissão no acordo de não persecução penal. Revista Consultor Jurídico*. 15 fev. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-fev-15/opinioao-exigencia-confissao-acordo-nao-persecucao-penal>. Acesso em: 29 abr. 2021.

THAMAN, Stephen C. **A typology of consensual criminal procedures: an historical and comparative perspective on the theory and practice of avoiding the full criminal trial**. 2010. p. 332-333. *In: World plea bargaining: consensual procedures and the avoidance of the full criminal trial*. Durham: Carolina Academic Press, 2010.

TORNAGHI, Hélio. **Instituições de Processo Penal**, vol. 4, São Paulo: Saraiva, 1978.

TORRÃO, Fernando. **A relevância político-criminal da suspensão provisória do processo**. Coimbra: Almedina, 2000.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, 3ª CC, rel. Des. Rangel, Habeas Corpus Criminal nº 2064200-84.2020.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, j. em 5.05.2020.

TULKENS, Françoise. **La justice penale: justice imposée, justice participative, justice consensuelle ou justice négociée?** *Revue de Droit Penal et de Criminologie*, Bruxelles, 1996.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de; LIPPEL, Mayara Cristina Navarro. Críticas à barganha no processo penal: inconsistências do modelo proposto no projeto de código de processo penal (pls 156/09). **Revista Quaestio Iuris**, [S.L.], v. 9, n. 3. 3 ago. 2016. Universidade de Estado do Rio de Janeiro.

VASCONCELOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e Justiça Criminal Negocial:** análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. Salvador: Dplacido, 2015.

FACULDADE DOM BOSCO DE PORTO ALEGRE

CURSO DE DIREITO

INGRID DA SILVA BROCH

**JUSTIÇA CRIMINAL CONSENSUAL: A IMPORTAÇÃO JURÍDICA DO ACORDO  
DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL FRENTE AO SISTEMA DE GARANTIAS  
PROCESSUAIS**

Porto Alegre

2020

INGRID DA SILVA BROCH

**JUSTIÇA CRIMINAL CONSENSUAL: A IMPORTAÇÃO JURÍDICA DO ACORDO  
DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL FRENTE AO SISTEMA DE GARANTIAS  
PROCESSUAIS**

Projeto de pesquisa apresentado como requisito à aprovação da acadêmica na disciplina Trabalho de Conclusão de Curso I do Curso de Direito da Faculdade Dom Bosco de Porto Alegre.

Orientador: Prof. Me. Felipe Faoro Bertoni

Porto Alegre

2020

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>TEMA .....</b>	<b>1</b>
<b>2</b>	<b>DELIMITAÇÃO DO TEMA .....</b>	<b>1</b>
<b>3</b>	<b>PROBLEMA DE PESQUISA.....</b>	<b>1</b>
<b>4</b>	<b>HIPÓTESE.....</b>	<b>1</b>
<b>5</b>	<b>OBJETIVOS .....</b>	<b>1</b>
5.1	OBJETIVO GERAL.....	1
5.2	OBJETIVOS ESPECÍFICOS.....	2
<b>6</b>	<b>JUSTIFICATIVA .....</b>	<b>2</b>
<b>7</b>	<b>REFERENCIAL TEÓRICO .....</b>	<b>5</b>
<b>8</b>	<b>METODOLOGIA.....</b>	<b>30</b>
<b>9</b>	<b>SUMÁRIO PROVISÓRIO .....</b>	<b>30</b>
<b>10</b>	<b>CRONOGRAMA DE PESQUISA .....</b>	<b>31</b>
<b>11</b>	<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>33</b>

## **1 TEMA**

O instituto despenalizador do Acordo de Não Persecução Penal.

## **2 DELIMITAÇÃO DO TEMA**

Analisar a inserção de instituto oriundo de ordenamento jurídico estrangeiro sob o prisma do direito comparado, notadamente a importação do instituto do Acordo de Não Persecução Penal – inspirado no modelo de justiça criminal consensual americano, denominado *plea bargaining*.

## **3 PROBLEMA DE PESQUISA**

A introjeção do acordo de não persecução penal importa na ruptura das premissas de um processo penal democrático, de modo a violar o sistema de garantias processuais no ordenamento jurídico brasileiro?

## **4 HIPÓTESE**

A inserção do referido instrumento de resolução de conflito fundado na confissão não viola as balizas constitucionais do processo penal brasileiro, não possuindo o condão de ofender o sistema processual de garantias, mas de flexibilizá-lo.

## **5 OBJETIVOS**

### **5.1 OBJETIVO GERAL**

Analisar e oferecer subsídio crítico sobre o efeito paradoxal da inserção do

acordo de não persecução penal no ordenamento jurídico brasileiro, com vistas a elucidar se o instituto está a romper as balizas de um processo penal democrático.

## 5.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- a) verificar a correlação da crise epidêmica da justiça criminal com o surgimento de novos instrumentos processuais de resolução de conflitos;
- b) observar a importação do acordo de não persecução penal, os elementos que o constituem e a relação destes com o modelo de justiça criminal consensual norteamericano;
- c) estudar se essa inovação conflita com as balizas constitucionais estabelecidas ao direito processual penal pátrio;
- d) elucidar se o instituto é compatível com os princípios constitucionais penais e processuais postos em discussão;
- e) analisar o instituto do acordo de não persecução penal frente ao sistema de garantias processuais, tomando por base os dez axiomas propostos por Luigi Ferrajoli.

## 6 JUSTIFICATIVA

O crescimento dos espaços de consenso no processo penal é notado em diversos ordenamentos jurídicos, tanto de países que adotam o sistema civil *law*, quanto aqueles que adotam o sistema *common law*, onde os procedimentos e práticas jurídicas são criadas de forma consuetudinária. O fenômeno da inserção de institutos ou práticas jurídicas estrangeiras em um ordenamento jurídico, no âmbito do direito comparado, é comumente referido como “transplante jurídico”, ou ainda importação, introjeção, dentre outras nomenclaturas.

Estudiosos do direito comparado, ao analisarem a proliferação de inserções de características de determinados sistemas jurídicos em outros – chamados receptores - asseveram que é necessário avaliar e questionar a circulação de ideias

em sistemas jurídicos distintos. Não obstante, todo o transplante de um instituto estrangeiro possui uma motivação ideológica, sejam fatores sociais, econômicos ou jurídicos, que culminam na necessidade de inserção de determinado instituto no direito positivo do ordenamento receptor.

Em se tratando de justiça criminal consensual, no Brasil, que se encontra em uma crise epidêmica, tanto da segurança pública, quanto do Poder Judiciário e das instituições essenciais à justiça, um dos motivos ensejadores da inserção de instituto inspirado na barganha norteamericana – *plea bargaining* e, mais especificamente, o instituto do *non prosecution agreement* - é a melhora da situação econômica, ante a correlação entre o desempenho econômico do país e as instituições jurídicas.

Sob o prisma do direito comparado e a análise da circulação/importação de institutos jurídicos, exsurtem dúvidas que vão muito além da análise de cabimento do instituto importado no sistema de destino, ou se, porventura, exige-se semelhança do sistema em que fora importado para o que será inserido. Isso porque, a circulação de práticas estrangeiras em ordenamentos jurídicos suscitam transformações no próprio ordenamento jurídico receptor, previsíveis ou imprevisíveis. Pode implicar em mudança substancial do ordenamento jurídico receptor, no mais das vezes não analisadas antes da importação.

Daí, então, surge o questionamento a respeito do que acontece após a introjeção.

Como sabido, o acordo de não persecução penal, inserido pelo artigo 28-A do Código de Processo Penal pela Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019 (chamado Pacote Anticrime), teve como referência o modelo norteamericano do *plea bargaining* que, em sentido amplo, consiste no procedimento pelo qual o acusado - ao qual fora formalmente imputada a prática de um delito - , opta por confessar a autoria em troca de algum benefício. Note-se que, no acordo de não persecução, o benefício importa no não oferecimento da ação penal, desde que cumpridos requisitos impostos no bojo da avença, evitando a persecução penal, prática chamada de desjudicialização ou diversão no processo penal no modelo norteamericano.

Dessa forma, com o advento do instituto do Acordo de Não Persecução

Penal, os debates acadêmicos e forenses sobre as soluções processuais consensuadas tornaram-se ainda mais acirrados, sobretudo, pois, levantadas insurgências a respeito da violação de princípios constitucionais que vigoram no processo penal brasileiro, tais como obrigatoriedade da ação penal, contraditório, ampla defesa, presunção de inocência, direito a não autoincriminação, tudo pelo fato de que, para pactuação do acordo, o Parquet compromete-se a não dar início à persecução penal – não oferecendo a ação penal – quando, não sendo hipótese de arquivamento do procedimento investigatório, o acusado confessar a autoria delitiva, em troca de cumprimento de obrigações por parte dele, que não consistem em penas privativas de liberdade.

Com efeito, o que se extrai de uma análise mais acurada dos estudos sobre o consenso no processo penal brasileiro – aqui, compreendendo tanto o acordo de não persecução quanto o acordo sobre a sentença, previsto no projeto de Novo Código de Processo Penal em tramitação – é que as pesquisas acerca do tema tomam, como ponto de partida, uma perspectiva negativa, no mais das vezes repetindo as mesmas críticas tecidas à barganha norteamericana, não contribuindo para um debate sábio e relevante do assunto em tela. A propósito, o aspecto mais relevante levantado é no sentido de que o modelo negocial (ou consensual) decorre de um discurso eficientista de ruptura com as premissas de um processo penal democrático.

No entanto, é notório que o processo penal, da forma como ainda desenhado no ordenamento jurídico brasileiro, apesar das inúmeras alterações legislativas sofridas desde a entrada em vigor, em 1941, não atende ao anseio da sociedade contemporânea de respostas rápidas e eficientes, visto que os espaços de resolução de conflito de forma consensual, que trazem aos sujeitos processuais maior autonomia da vontade no âmbito processual, há muito vêm sendo ampliados. O Direito Penal figura como última seara do Direito a incorporar essa espécie de mecanismo.

Isso porque, sem embargo da relevância dos fundamentos que corroboram àquele entendimento a respeito do consenso na justiça criminal, imperioso levar em conta os fatores que forçaram a incorporação de espaços de consenso no âmbito

criminal, sobretudo pela busca de celeridade na entrega da tutela jurisdicional, muitas vezes inócua e tardia, o que gera a percepção de descrédito da justiça e ineficiência. Sob essa perspectiva, pode-se dizer que a justiça consensual se tornou a aposta mais promissora para reversão do sentimento generalizado da coletividade, qual seja de ineficiência do processo penal, a fim de atingir o interesse público.

Logo, tem-se que o estudo acerca do efeito da inserção do novo instituto despenalizador constitui necessidade latente, visto que, apesar das conclusões no sentido de que esse mecanismo de consenso é redutor de valores constitucionais e violador de princípios constitucionais processuais penais, é certo que a ampliação dos espaços de consenso no âmbito processual penal é irrefreável.

## 7 REFERENCIAL TEÓRICO

### 1. Modelos de Resposta Estatal

É fato notório que a criminalidade vem se aprimorando e se expandindo, avançando de maneira rápida em novas esferas, a exemplo da internet, em razão do desenvolvimento tecnológico, culminando no rompimento de fronteiras e internacionalização do crime.

Esse problema contemporâneo resultou na busca de novos modelos de resposta estatal. Dentre os modelos de resposta estatais mais aplicados nos sistemas penais, a doutrina<sup>274</sup> costuma apontar três, a saber: a) dissuasório clássico: inspirado na ideia de retribuição e prevenção, tem a pena como instrumento para retribuir o mal causado e prevenir a reiteração criminosa; b) ressocializador: cuja finalidade é a ressocialização do delinquente à sociedade; c) consensuado: visa a reparação do dano e a satisfação da expectativa social de justiça, dividindo-se em modelo pacificador e restaurativo (voltado à solução do conflito entre o autor do crime e a vítima) e o modelo de justiça negociada, no qual o agente, mediante

---

<sup>274</sup> CUNHA, Rogério Sanches. A legalidade do acordo de não persecução penal (Res. 181/171 CNMP): uma opção legítima de política criminal. **Meu site jurídico**, 2017. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2017/09/14/legalidade-acordo-de-nao-persecucao-penal-res-18117-cnmp-uma-opcao-legitima-de-politica-criminal/>. Acesso em 25 de maio de 2020.

admissão de culpa, negocia com o órgão acusador quanto ao cumprimento de pena, quantidade da pena, perda de bens e reparação de danos.

A inserção de ideias de acordo e consenso no processo penal ocasionou o emprego dos termos justiça negocial e justiça consensual como se sinônimos fossem. Todavia, há quem defenda a distinção das duas acepções, em virtude do alcance da autonomia da vontade exercida pelo acusado. Nesse sentido, Françoise Tulkens e Michel Van de Kerchove definem a justiça consensual como<sup>275</sup>:

O modelo que concede um lugar mais ou menos importante ao consentimento dos interessados, seja sob a forma positiva de uma aceitação ou sob a forma negativa de uma ausência de recusa.

Por sua vez, a justiça negociada, conforme assevera Rosimeire Ventura Leite, “designaria, mais propriamente, aquelas situações em que o imputado tem um verdadeiro “poder de discussão” acerca das propostas que lhe são feitas, interferindo no seu conteúdo”<sup>276</sup>. Assim, o modelo negocial pressupõe que as partes tenham a possibilidade de dispor sobre os termos do acordo, ultrapassando o mero aceite ou recusa das disposições ofertadas.

Levando em conta o instrumento de resolução de conflito de que nos ocupamos no presente trabalho, cujos aspectos serão expostos alhures, considerar-se-á para os fins da pesquisa o conceito de justiça consensual em sentido amplo.

## 2. Oportunidade, consenso e a justiça criminal consensual

### 2.1. Princípio da oportunidade

Em virtude do clamor por celeridade e eficiência, passou-se a investir, no âmbito criminal, em ritos abreviados e saídas alternativas que se fundam no princípio da oportunidade.

A discussão sobre o binômio legalidade/oportunidade adveio em virtude da

---

<sup>275</sup> **La justice penale: justice imposée, justice participative, justice consensuelle ou justice négociée?** Revue de Droit Penal et de Criminologie, Bruxelles, ano 76, mai 1996, p. 448.

<sup>276</sup> LEITE, Rosimeire Ventura. **Justiça consensual como instrumento de efetividade do processo penal no ordenamento jurídico brasileiro**. 2009. 256 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito da Usp, São Paulo, 2009. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-17112011-110813/pt-br.php>. Acesso em: 09 jul. 2020.

constatada ineficiência do aparato estatal ao longo da história. Na linha do que assevera Nereu Giacomolli, os debates sobre a oportunidade surgiram porquanto a persecução, acusação e julgamento de todas as infrações penais tornaria o sistema penal insustentável, impossibilitando o enfrentamento da criminalidade mais grave e ocasionando a ineficácia do processo – notadamente, da persecução criminal<sup>277</sup>.

De acordo com o que ensina o autor, a oportunidade pode ser traduzida como a relação direta com a dedução, ou não, da pretensão acusatória e com a dimensão da acusação, tendo o acusado poder de dispor, total ou parcialmente, do devido processo legal, ou mais especificamente do direito de defesa<sup>278</sup>.

Não se trata, pois, de antagonismo entre o princípio da legalidade e o princípio da oportunidade. Nesse sentido, ensina Giacomolli<sup>279</sup>:

Quando o próprio ordenamento jurídico permite e regula um certo poder de disposição, pode-se afirmar que se está ante uma regulamentação de um juízo de oportunidade, ainda que haja controle jurisdicional. Nesses casos, não se está atuando conforme o princípio da oportunidade – entendido que o é unicamente, como princípio, em sua forma pura - , mas sob o princípio da legalidade, que autoriza e informa uma atuação com uma certa dose de oportunidade.

A afirmação de que o princípio da obrigatoriedade da ação penal decorre do princípio da legalidade é recorrente e pacificada na doutrina. Isso porque, a legalidade impede o arbítrio estatal e não permite que o processo penal se submeta à vontade particular ou ao poder completo de disposição dos sujeitos processuais. Desponta-se, noutro giro, que a oportunidade permite a flexibilização da persecução penal, com exclusão de alguns fatos relevantes, da formulação ou não da acusação<sup>280</sup>.

---

<sup>277</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal**: na perspectiva das garantias constitucionais, Alemanha - Espanha - Itália - Portugal – Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 62.

<sup>278</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal**: na perspectiva das garantias constitucionais, Alemanha - Espanha - Itália - Portugal – Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 64.

<sup>279</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal**: na perspectiva das garantias constitucionais, Alemanha - Espanha - Itália - Portugal – Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 64.

<sup>280</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal**: na perspectiva das garantias constitucionais, Alemanha - Espanha - Itália - Portugal – Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 49.

A esse respeito, vale salientar que a oportunidade, em verdade, há muito vem se fazendo presente no ordenamento jurídico brasileiro, bem como em diversos sistemas estrangeiros, vez que tem relação umbilical com os comumente denominados crimes de bagatela, consoante bem leciona Rosimeire Ventura Leite<sup>281</sup>:

A flexibilização do princípio da obrigatoriedade da ação penal já vem ocorrendo há várias décadas, mediante a introdução, nos países de *civil law*, de mecanismos alternativos que concretizam a idéia de oportunidade na persecução penal. Tal iniciativa encontra-se profundamente vinculada à explosão da chamada criminalidade de bagatela, para as quais o processo penal tradicional se revela um instrumento muito pesado e pouco proveitoso. Ademais, o processamento de todas essas pequenas infrações seria inviável para os ordenamentos jurídicos.

Assim, é em decorrência do poder de disposição da pretensão acusatória que se desvelam as formas de consenso, que se dão de forma mais ampla ou estrita, visto que é facultado a acusação dispor do *ius perseguendi*, ao passo que ao acusado é dado renunciar a algum direito ou garantia em troca de certo benefício.

## 2.2. Conceito de Consenso e Justiça Consensual

Conforme ensina Rosimeire Ventura Leite, o consenso nada mais é que método em que, mediante concessões recíprocas, a acusação flexibiliza o exercício da persecução penal, enquanto o acusado, por sua vez, renuncia às possibilidades asseguradas por um processo com contraditório amplo<sup>282</sup>.

O consenso, aqui considerado dentro de um modelo de justiça criminal, é

---

<sup>281</sup> LEITE, Rosimeire Ventura. **Justiça consensual como instrumento de efetividade do processo penal no ordenamento jurídico brasileiro**. 2009. 256 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito da Usp, São Paulo, 2009. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-17112011-110813/pt-br.php>. Acesso em: 09 jul. 2020.

<sup>282</sup> LEITE, Rosimeire Ventura. **Justiça consensual como instrumento de efetividade do processo penal no ordenamento jurídico brasileiro**. 2009. 256 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito da Usp, São Paulo, 2009. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-17112011-110813/pt-br.php>. Acesso em: 09 jul. 2020.

definido por Marllon Souza<sup>283</sup> como:

O procedimento criminal em que um acusado, ou suspeito, voluntariamente ou conscientemente, negocia com a acusação para chegar a um acordo e abreviar o julgamento, resultando na aplicação imediata de uma punição (que não a prisão), e potencial reparação de danos do crime.

Na esteira de extenso trabalho desenvolvido, Vinicius Vasconcellos conceitua a justiça criminal consensual como<sup>284</sup>:

Modelo que se pauta pela aceitação de ambas as partes – acusação e defesa – a um acordo de colaboração processual com o afastamento do réu de sua posição de resistência, em regra impondo encerramento antecipado, abreviação, supressão integral ou de alguma fase do processo, fundamentalmente com o objetivo de facilitar a imposição de uma sanção penal com algum percentual de redução, o que caracteriza o benefício ao imputado em razão da renúncia ao devido transcorrer do processo penal com todas as garantias a ele inerentes.

De todo modo, pode-se afirmar que o consenso no processo penal confere às partes atuação ainda mais ativa e efetiva, uma vez que não se restringem aos ônus clássicos que lhes compete – acusar e defender -, conforme cita Rafael Serra Oliveira, outorgando-lhes chance de se aproximarem para, em conjunto, encontrarem a melhor solução para o conflito surgido da prática do delito, não havendo espaço para uma relação hierarquizada<sup>285</sup>.

### 2.2.1. Formas de consenso

Rodrigo da Silva Brandalise ensina que o consenso no processo penal comporta duas formas, quais sejam, diversão e negociação de sentenças criminais<sup>286</sup>. A diversão consiste em um modo de resolução de conflito não adotado

---

<sup>283</sup> SOUZA, Marllon. **Plea bargaining no Brasil – O processo Penal por meio do equilíbrio entre o utilitarismo processual e os direitos fundamentais do réu**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 208.

<sup>284</sup> VASCONCELOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e Justiça Criminal Negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro**. Salvador: Dplacido, 2015. p. 55.

<sup>285</sup> OLIVEIRA, Rafael Serra. **Consenso no Processo Penal: uma alternativa para a crise do sistema criminal**. São Paulo: Almedina, 2015. p. 76.

<sup>286</sup> BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Justiça Penal Negociada: negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes**. Curitiba: Juruá, 2016. p. 24.

ordinariamente, a primeira vista, no processo penal<sup>287</sup>, tendo em vista que a grande massa dos procedimentos ainda percorrem por todo o trâmite processual conhecido, que se inicia com o oferecimento da acusação e que somente se finda com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, quando não se admite recurso, impossibilitando o revolvimento da matéria fático-probatória, e de direito, à instância superior.

Nas palavras do citado doutrinador, a diversão<sup>288</sup>:

Caracteriza-se por ser uma forma de resolução de conflitos processuais penais em que há a retirada de acusações ou a descontinuidade delas com a presença de advertências ou imposição de condições a serem cumpridas pelo acusado.

Essa modalidade de consenso ficou conhecida como “modelo verde de justiça”, que se destina às pequenas criminalidades.

Cabe, ainda, classificá-la em<sup>289</sup>:

**Diversão simples**, quando ocorre o arquivamento do processo sem qualquer imposição ao acusado, na medida em que a persecução penal é absolutamente inócua, conforme razões de política criminal estabelecidas naquele determinado contexto processual penal, mesmo que estejam presentes indícios de autoria e materialidade do crime; em **diversão encoberta**, que estabelece a extinção da punibilidade a partir da determinação de atos ao autor do fato, e tais atos levam a uma impossibilidade de oferecimento da acusação, como quando há alguma previsão legal em tal sentido, se houver a indenização da vítima, por exemplo; e **diversão com intervenção**, quando há a determinação de condições ao acusado conforme previsão legal.

Aqui se está diante, portanto, do que comumente é também denominado de desjudicialização, que tem por escopo adequar a resposta estatal – o procedimento utilizado – à gravidade do delito, com a diferenciação de ritos que correspondam a efetiva lesidade da conduta a ser punida, que prescindem de declaração de culpa pelo acusado.

Feitas essas distinções, cabe ressaltar que a diversão será melhor exposta e

---

<sup>287</sup> BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Justiça Penal Negociada**: negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes. Curitiba: Juruá, 2016. p. 24.

<sup>288</sup> BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Justiça Penal Negociada**: negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes. Curitiba: Juruá, 2016. p. 24.

<sup>289</sup> BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Justiça Penal Negociada**: negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes. Curitiba: Juruá, 2016. p. 25.

conjuminada às características do instituto despenalizar que ora se cuida no curso da pesquisa.

No que pertine às negociações das sentenças criminais, o modelo mais utilizado pela doutrina para análises e comparações de institutos semelhantes é o modelo norteamericano *plea bargaining*. Entretanto, não se olvida que os modelos do *Absprachen* e o *patteggiamento* são de suma importância para estudo dessa modalidade de consenso.

Ao contrário da diversão ou desjudicialização, a negociação da sentença criminal não pretende substituir, afastar ou suprimir o processo penal, na totalidade de qualquer rito que se tenha adotado, pois, caracteriza-se como um ato de concessões mútuas, em que se pressupõe a declaração de culpa por parte do acusado, em troca de uma condenação mais leniente<sup>290</sup>. Ocorre, portanto, no curso do processo, com o intuito de abreviar a persecução penal, antecipando o cumprimento da pena.

Segundo Brandalise<sup>291</sup>:

Na negociação da sentença criminal, visualiza-se a mutualidade de concessões: a acusação renuncia à possibilidade de obtenção de uma sentença mais gravosa, ao passo que a defesa lança mão de seus direitos constitucionais relativos a agir contra a sua autoincriminação e de ser julgado pelo juízo.

Com uma visão mais restrita aos mecanismos de consenso, Rafael Serra Oliveira aduz que os procedimentos que não proporcionam a todos os sujeitos processuais o diálogo sobre os fatos, sobre a pena ou sobre eventual reparação dos danos ocasionados, mediante o cumprimento de imposições, não se prestam a caracterizar um mecanismo de consenso<sup>292</sup>.

A despeito das críticas em face da larga expansão das formas de consenso no processo penal em diversos ordenamentos jurídicos estrangeiros, que têm por fundamento a redução de garantias processuais, calha ressaltar os fundamentos que legitimam os espaços de consenso.

---

<sup>290</sup> BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Justiça Penal Negociada**: negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes. Curitiba: Juruá, 2016. 27 p.

<sup>291</sup> BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Justiça Penal Negociada**: negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes. Curitiba: Juruá, 2016. 27 p.

<sup>292</sup> OLIVEIRA, Rafael Serra. **Consenso no Processo Penal**: uma alternativa para a crise do sistema criminal. São Paulo: Almedina, 2015. p. 83.

### 2.2.2. Causas de legitimação do consenso: duração razoável do processo e o poder de disposição do acusado (não exercício dos direitos processuais)

A celeridade processual é objeto de consecução do processo em sentido amplo, não se limitando aos procedimentos da seara criminal. No entanto, assume especial relevo neste âmbito, uma vez que a resposta estatal de repressão do delito deve ser rápida para proporcionar a efetiva entrega da tutela jurisdicional, assim como não tornar o processo fator de demasiada estigmatização do acusado, que sofre com mazelas inerentes à persecução, como o comprometimento da vida pessoal, profissional, da privacidade e da liberdade.

Acontece que, a duração média de um caso nas cortes brasileiras é de 6 a 7 anos, contados desde a propositura das ações até a respectiva baixa<sup>293</sup>, consoante dados atualizados até agosto de 2020 pelo Conselho Nacional de Justiça. Segundo Brandalise, a extensão inadequada do processo penal, comporta, ao menos, dois fatores determinantes<sup>294</sup>:

O primeiro diz com a inflação legislativa, que se reflete na sobrecarga típica de delitos e de suas respectivas sanções, que diminui a potencialidade de eficiência de regras punitivas de cunho material, já que perde seu caráter intimidatório; o segundo, diz com o congestionamento processual, demonstrado no caráter negativo de prestação jurisdicional, consequência das novas demandas materiais, das dificuldades decorrentes das capacidades humanas e organizacionais dos agentes processuais, bem como das regras que determinam os procedimentos e seu prolongamento no tempo.

Sob o prisma dos Direitos Humanos, a duração razoável do processo é um direito consagrado no artigo 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos<sup>295</sup>, que estabelece que toda pessoa tem direito a ser ouvida, dentro de um prazo razoável, por juiz e tribunal, o que por certo abrange a resolução do conflito. Ainda, vale ressaltar que o direito a um julgamento em prazo razoável é corolário do direito

<sup>293</sup> Embora os dados coletados pelo Conselho Nacional de Justiça não distingam a duração de processos criminais e cíveis, pode-se ter ideia da morosidade dos processos no país. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Acesso em 02 de novembro de 2020.

<sup>294</sup> BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Justiça Penal Negociada**: negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes. Curitiba: Juruá, 2016. p. 32.

<sup>295</sup> O artigo 8º, inciso I da Convenção Americana de Direitos Humanos impõe a primazia pela celeridade processual, salvaguardando o direito a um julgamento em prazo razoável.

de acesso aos tribunais, conforme se depreende do artigo 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem<sup>296</sup>.

A duração razoável do processo, no ordenamento jurídico brasileiro, está prevista no artigo 5º, inc. LXXVIII da Constituição Federal, na medida em que assegura a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Nesse sentido, as formas de consenso, conforme assevera Rodrigues, apresentam-se como um imperativo de produção e eficiência que são inerentes à própria justiça<sup>297</sup>, porquanto, na esteira do que ensina Figueiredo Dias, os meios de resolução consensual de conflitos agilizam e ecomizam a marcha processual, resultando em resposta mais célere à criminalidade e à vítima<sup>298</sup>.

A morosidade da tramitação dos feitos, não raro, acarreta a prescrição, que fulmina a pretensão, seja punitiva ou executória. Em que pese parte da doutrina aduza que os mecanismos de consenso ofendem o devido processo legal, é de fácil percepção que a celeridade processual também decorre da presunção de inocência. O processo que tramita de forma vagarosa traz ainda mais prejuízos ao acusado, tanto encontrando-se preso, quanto solto.

Nesta senda, não é crível afirmar que tais mecanismos não são cabíveis, enquanto se tolera que o transcurso de tempo apague a responsabilidade por uma infração criminal. Se o objetivo da atividade jurisdicional é a resolução do conflito, o consenso vai em prol de tal resolução<sup>299</sup>.

Assim sendo, nesta fase inicial da pesquisa, parece que o consenso no processo penal se legitima, pois, mais vale a desprocessualização do que a despenalização<sup>300</sup> – decorrente da incapacidade do Estado em cumprir com os deveres intrínsecos à administração pública.

---

<sup>296</sup> Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela.

<sup>297</sup> RODRIGUES, Anabela Miranda. **A celeridade no processo penal**: uma visão de direito comparado. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, v. 8, n. 2, p. 233-250, 1998. Anual.

<sup>298</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Acordos sobre a sentença em processo penal**: o "fim" do estado de direito ou um novo "princípio". Porto Alegre: Ordem dos Advogados Portugueses, 2011. 32 p.

<sup>299</sup> BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Justiça Penal Negociada**: negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes. Curitiba: Juruá, 2016. p. 39.

<sup>300</sup> CHIAVARIO, Mario. A obrigatoriedade da acção penal na Constituição Italiana: o princípio e a realidade. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Lisboa, v. 5, n. 3-4, p. 329-359, 1995. Anual

Partindo da premissa de que os mecanismos de consenso pressupõem o poder de disposição dos sujeitos processuais, faz-se necessário perquirir o poder de disposição do acusado no que tange a direitos e garantias fundamentais. Interessam-nos as hipóteses em que a limitação ao direito fundamental ocorre por vontade do titular do direito assegurado. A justiça criminal consensual insere-se nessa discussão na medida em que a adoção de mecanismos de consenso repercute em limitação de alguns direitos e garantias fundamentais processuais.

Estar-se-ia diante da renúncia, tratada por Jorge Joaquim Gomes Canotilho como espécie especial de restrição<sup>301</sup>. Para Jorge Reis Novais, o vocábulo renúncia abrange o caso em que o direito fundamental sofre um enfraquecimento face ao Estado ou entidades públicas, por força da manifestação de vontade concordante do seu titular.<sup>302</sup>

Na mesma linha, Rosimeire Ventura Leite assenta a questão<sup>303</sup>:

Elemento essencial, portanto, é a vontade do indivíduo direcionada para admitir limitações a uma posição jurídica de direito fundamental que lhe é constitucionalmente conferida.

Trata-se, pois, para a consecução do escopo do presente trabalho, da análise da prática dessa hipótese dentro do processo. Para Rodrigo da Silva Brandalise, “está-se diante da situação de não exercício de direitos de cunho fundamental estabelecidos dentro da relação processual penal em prol do arguido”.<sup>304</sup>

O que de fato legitimaria tal conduta por parte do acusado é importante detalhe que se deve frisar: o acusado é um sujeito de direitos, não um simples objeto

---

<sup>301</sup> CANOTILHO, Jorge Joaquim Gomes. Direito constitucional. 5. ed. (2ª reimpressão). Coimbra: Almedina, 1992, p. 615-616.

<sup>302</sup> In: MIRANDA, Jorge (org.). **Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, v. 1, p. 288.

<sup>303</sup> LEITE, Rosimeire Ventura. **Justiça consensual como instrumento de efetividade do processo penal no ordenamento jurídico brasileiro**. 2009. 256 f, p. 52. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito da Usp, São Paulo, 2009. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-17112011-110813/pt-br.php>. Acesso em: 09 jul. 2020.

<sup>304</sup> O autor assevera que não se trata de uma renúncia propriamente dita, mas de uma conformação com a acusação, ou, ainda, conforme leciona Novais, uma disposição individual acerca de posições de direitos fundamentais. (BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Justiça Penal Negociada: negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes**. Curitiba: Juruá, 2016. p. 45).

do processo, tendo o direito, sobretudo, de exercer sua autodeterminação<sup>305</sup>. O poder de dispor sobre os direitos fundamentais, pois, é inerente ao próprio exercício deles.

Nesse sentido, conforme assevera Andrade, não se pode olvidar que, no caso de pactuação de acordos ou aceite de ferramentas consensuais, deparamo-nos, ao menos, com mais um direito fundamental: a liberdade de expressão da vontade e pensamento do acusado<sup>306</sup>. Do contrário, equivaleria dizer que este direito é mitigado, em face de uma espécie de obrigação do acusado de sempre se ôpor à acusação.

Seguindo a mesma lógica, Marllon Souza é incisivo em seu posicionamento<sup>307</sup>:

Os réus devem ser tratados como seres humanos com autonomia e personalidade para compreender o que é de seu interesse ou não. Se o acusado, depois de devidamente orientado por seu defensor, nomeado ou constituído, quiser evitar o julgamento e fazer um acordo com o Ministério Público, nenhuma inconstitucionalidade ocorre em procedimento que permita esse resultado.

Nessa toada, a voluntariedade há de ser elemento indispensável para a validade e legalidade de qualquer assentimento por parte do acusado no âmbito consensual de resolução de conflitos. Todavia, não se pode mitigar o poder de disposição, decorrente da autonomia da vontade, que é inerente à dignidade da pessoa humana, em detrimento do resultado final que pode ser concretizado por cada opção, que pode vir a ser mais vantajoso ao acusado.

2.2.3. O consenso no processo penal como opção de política criminal e as três esferas de análise: cabimento, sujeitos processuais e procedimento

---

<sup>305</sup> Entendimento sedimentado na Corte Constitucional Alemã, tendo em vista que no modelo de negociação de sentença criminal – *Absprachen* – o acusado pode fazer uma oferta em troca de algum benefício, não se limitando, portanto, a proposta de acordo da acusação. In: LANGER, Maximo. **From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure**”. In Harvard International Law Journal. V. 45. n. 01, 2004. p. 79. Tradução de Ricardo Jacobsen Gloeckner e Frederico C. M. Faria.

<sup>306</sup> ANDRADE, Flávio da Silva. **Justiça Penal Consensual: controvérsias e desafios**. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 160.

<sup>307</sup> SOUZA, Marllon. **Plea bargaining no Brasil – O processo Penal por meio do equilíbrio entre o utilitarismo processual e os direitos fundamentais do réu**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 206.

Consistindo em procedimento, seja de abreviação ou supressão de fase ou totalidade de processo e, levando em conta a correlação e dependência do princípio da oportunidade e princípio da legalidade, certo é que o legislador assume papel de especial relevância no que atine aos mecanismos de consenso.

Nesse passo, é sabido que o legislador considera o processo penal importante instrumento de política criminal e o utiliza como meio de consecução das finalidades do Direito Penal<sup>308</sup>. Não por outra razão, o legislador ordena os tipos penais valorativamente, definindo delitos de maior ou menor potencial ofensivo e, por conseguinte, delineando os espaços de consenso e os espaços de conflito<sup>309</sup>. A esse respeito, Giacomolli esclarece<sup>310</sup>:

O legislador, ao estabelecer os casos de disponibilidade na persecução, acusação, procedimento e aplicação das sanções, emite um juízo de discricionariedade criminal. Este juízo de oportunidade vinculará a todos os envolvidos no fenômeno criminal – autor do fato, ofendido, advogados, promotores e juízes.

Portanto, tem-se que o legislador costuma reservar aos instrumentos de resolução consensual de conflitos os delitos de pequeno e médio potencial ofensivo, cujos efeitos costumam permanecer na esfera privada da vítima<sup>311</sup>. O procedimento ordinário, ou seja, o processo penal clássico – que compreende todas as fases processuais e garantias processuais -, destinar-se-ia apenas a criminalidade grave, complexa e organizada. Logo, a doutrina e a academia vêm entendendo que os mecanismos de consenso se aproximam da ideia de *última ratio*<sup>312</sup>.

<sup>308</sup> CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. **Plea Bargaining e justiça criminal consensual: entre os ideais de funcionalidade e garantismo**. Disponível em: [http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista/2012\\_Penal\\_Processo\\_Penal\\_Campos\\_Plea\\_Bargaining.pdf](http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista/2012_Penal_Processo_Penal_Campos_Plea_Bargaining.pdf). Acesso em: 25 out. 2020

<sup>309</sup> OLIVEIRA, Rafael Serra. **Consenso no Processo Penal: uma alternativa para a crise do sistema criminal**. São Paulo: Almedina, 2015. p. 71-76.

<sup>310</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. - **Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal :na perspectiva das garantias constitucionais, Alemanha - Espanha - Itália - Portugal – Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 64.

<sup>311</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. - **Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal :na perspectiva das garantias constitucionais, Alemanha - Espanha - Itália - Portugal – Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 64.

<sup>312</sup> O Direito Penal é tido como *ultima ratio*, isto é, último instrumento a ser utilizado pelo Estado no sistema de controle social – última seara do Direito de que o Estado deve se valer para solucionar qualquer conflito, bem como ameaça ou lesão a bens jurídicos. Nesse sentido: GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos; BIANCHINI, Alice. **Direito Penal – Introdução e Princípios Fundamentais**. São Paulo: RT, v. 1, 2007. p. 24.

O procedimento, seja qual for o instituto específico de resolução consensual de conflito, mormente se dá na fase preliminar ou no início do processo, sobretudo pelo fato de que, na diversificação de procedimentos, pretende-se evitar o processo<sup>313</sup>, enquanto que, no início do tramite processual, visa economizar a marcha, suprimindo ou abreviando uma fase.

O objeto dos acordos guarda relação com a dimensão da autonomia conferida às partes, abrangendo, segundo Leite, “a natureza e a quantidade da pena, a forma de execução da sanção aplicada, a qualificação do comportamento delitivo, dentre muitas outras possibilidades”<sup>314</sup>.

Cumprе ressaltar que as inferências em relação ao modelo de justiça consensual implicam na análise dos sujeitos processuais que nela atuam, no papel da vítima e do julgador, além da atuação do Ministério Público e da figura do acusado.

Ao órgão acusatório é dado dispor da pretensão punitiva, consubstanciado na noção de oportunidade e em atenção aos ditames legais. Em regra, é o responsável pela proposta de acordo<sup>315</sup>, ao passo que o acusado presta o seu consentimento, devendo ser assistido por defesa técnica. A vítima, por sua vez, via de regra, não participa das tratativas, mas o seu interesse na reparação do dano é resguardado pelo *Parquet*<sup>316</sup>.

Consoante assevera Giacomolli, no norte do princípio da oportunidade como fundamento do consenso no processo penal, ao órgão acusador é permitido exercitar ou não a ação penal – em se tratando de acordo classificado pela doutrina

---

<sup>313</sup> TULKENS, Françoise. **La justice penale: justice imposée, justice participative, justice consensuelle ou justice négociée?** Revue de Droit Penal et de Criminologie, Bruxelles, ano 76, mai 1996, p. 448.

<sup>314</sup> LEITE, Rosimeire Ventura. **Justiça consensual como instrumento de efetividade do processo penal no ordenamento jurídico brasileiro.** 2009. 256 f, p. 52. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito da Usp, São Paulo, 2009. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-17112011-110813/pt-br.php>. Acesso em: 09 jul. 2020.

<sup>315</sup> LEITE, Rosimeire Ventura. **Justiça consensual como instrumento de efetividade do processo penal no ordenamento jurídico brasileiro.** 2009. 256 f, p. 52. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito da Usp, São Paulo, 2009. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-17112011-110813/pt-br.php>. Acesso em: 09 jul. 2020.

<sup>316</sup> LEITE, Rosimeire Ventura. **Justiça consensual como instrumento de efetividade do processo penal no ordenamento jurídico brasileiro.** 2009. 256 f, p. 52. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito da Usp, São Paulo, 2009. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-17112011-110813/pt-br.php>. Acesso em: 09 jul. 2020.

como modo de diversificação dos procedimentos – ou, ainda, excluir alguns fatos, requerer a condenação por todas as infrações penais incursas com atenuação do *quantum* de pena ou limitá-las<sup>317</sup>.

Quanto ao julgador, compete-lhe a análise da voluntariedade da concordância do acusado e a legalidade dos acordos firmados. Na esteira do que sustenta Marllon Souza<sup>318</sup>, o juiz é a figura central para assegurar a observância de direitos constitucionais e o controle da discricionariedade da acusação. Por conseguinte, a homologação judicial dos acordos os tornam eficazes.

Ocorre que o sujeito passivo da relação processual penal é o grande protagonista da oportunidade e consenso no processo penal, vez que estes não se manifestam sem a emissão volitiva do acusado<sup>319</sup>. Na linha do que assevera Giacomolli, em tom um tanto crítico, a emissão da vontade do acusado “oportuna, livremente, a renúncia ao devido processo legal, onde poderia provar sua inocência, e pode dispor, sem barreiras, da totalidade ou parte dos mecanismos de defesa”<sup>320</sup>.

Na atual fase da pesquisa, o que se denota é que a manifestação da vontade do acusado sobre o procedimento e desfecho da persecução penal passa a se fundar na confissão – compreendendo a admissão de culpa e a abdicação de se insurgir contra a acusação, a depender do modelo utilizado por cada ordenamento jurídico, que destes mecanismos se utiliza.

### 3. Mecanismos de consenso fundados na confissão: a barganha no processo penal

Com a ampliação dos espaços de consenso e da justiça consensual em sentido amplo, a confissão passou a ser implementada como requisito para o desenlace de um modelo de consenso no processo penal, comumente denominado

---

<sup>317</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. - **Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal :na perspectiva das garantias constitucionais, Alemanha - Espanha - Itália - Portugal – Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 68.

<sup>318</sup> SOUZA, Marllon. **Plea bargaining no Brasil – O processo Penal por meio do equilíbrio entre o utilitarismo processual e os direitos fundamentais do réu**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 203.

<sup>319</sup> OLIVEIRA, Rafael Serra. **Consenso no Processo Penal: uma alternativa para a crise do sistema criminal**. São Paulo: Almedina, 2015. p. 67.

<sup>320</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. - **Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal :na perspectiva das garantias constitucionais, Alemanha - Espanha - Itália - Portugal – Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 71.

de barganha. Nesse diapasão, destaca-se o ensinamento de Vinicius Vasconcellos, asseverando que se trata de<sup>321</sup>:

Um instrumento processual que resulta na renúncia à defesa, por meio da aceitação (e possível colaboração) do réu à acusação, geralmente pressupondo a sua confissão, em troca de algum benefício (em regra, redução de pena), negociado e pactuado entre as partes ou somente esperado pelo acusado.

A propensão de reconhecimento estatal da necessidade de colaboração do acusado induz à realocação da confissão para a posição de requisito essencial para resolução do conflito<sup>322</sup>.

Diante desse panorâma, o presente trabalho toma como pano de fundo o sistema de justiça criminal consensual estadunidense, uma vez que o *plea bargaining* tem servido de protótipo para as diversas versões de justiça consensual, sem a pretensão de percorrer o estudo de todo o modelo estrangeiro, posto que vai além das possibilidades do presente trabalho, pelo que serão analisados os pontos pertinentes, tais como suas principais características, que têm se propagado pela Eupora e América Latina.

### 3.1 Barganha no processo penal norteamericano: *plea bargaining*

O instituto *plea bargaining* não é de fácil conceituação. Estudiosos e doutrinadores buscam, na medida do possível, defini-lo para melhor compreensão dos julgamentos neste modelo consensual. Para Marllon Souza, em uma visão estreita, *plea bargaining* pode ser definido como “o procedimento preliminar pelo qual o indivíduo, formalmente acusado de cometer um crime, negocia com a acusação uma confissão em troca de algum benefício”<sup>323</sup>.

---

<sup>321</sup> VASCONCELOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e Justiça Criminal Negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro**. Salvador: Dplacido, 2015. p. 68.

<sup>322</sup> GIACOMOLLI, Nereu José; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **JUSTIÇA CRIMINAL NEGOCIAL: crítica à fragilização da jurisdição penal em um cenário de expansão dos espaços de consenso no processo penal**. Novos Estudos Jurídicos, v. 20, n. 3, p. 1110-1134, dez. 2015. Trimestral. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/issue/view/362>. Acesso em: 06 ago. 2020.

<sup>323</sup> SOUZA, Marllon. **Plea bargaining no Brasil – O processo Penal por meio do equilíbrio entre o utilitarismo processual e os direitos fundamentais do réu**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 96.

Noutro giro, John H. Langbein, importante estudioso norteamericano sobre o tema, aduz que esta prática é um “processo coercitivo pelo qual o promotor induz o acusado a confessar a culpa e renunciar ao direito ao julgamento, em troca de uma sanção mais branda”<sup>324</sup>. A confissão chamada *guilty plea*, que reconhece a culpabilidade<sup>325</sup>, autoriza a aplicação imediata de pena. Albergaria, por sua vez, define como<sup>326</sup>:

A negociação entre o arguido e o representante da acusação, com ou sem a participação do juiz, cujo objeto integra recíprocas concessões e que contemplará, sempre, a declaração de culpa do acusado (*guilty plea*) ou a declaração dele de que não pretende contestar a acusação (*plea of nolo contendere*).

Para Rosimeire Ventura Leite, “o reconhecimento da responsabilidade, em regra, é a contrapartida para se obter vantagens processuais”<sup>327</sup>. Vale ressaltar que os conceitos e definições demonstram os dois principais elementos: “a confissão do réu e as consequentes concessões feitas em troca da autoincriminação”<sup>328</sup>, consoante consigna Souza.

Com efeito, o discurso doutrinário acerca da introjeção de modelos inspirados no *plea bargaining* em diversos ordenamentos jurídicos estrangeiros varia entre as críticas que expõem a hipótese de “fim do Estado Democrático de Direito”, até à revolução ou panaceia do processo penal<sup>329</sup>.

Nesse diapasão, vale ressaltar que a tendência internacional de expansão de espaços de consenso nos ordenamentos jurídicos e, notadamente da importação de institutos inspirados no *plea bargaining*, está consubstanciada em recomendações

<sup>324</sup> LANGBEIN, John H. **Torture and Plea Bargaining**. The University of Chicago Law Review, vol. 46, n. 1, p. 3-22, 1978.

<sup>325</sup> VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de; LIPPEL, Mayara Cristina Navarro. **CRÍTICAS À BARGANHA NO PROCESSO PENAL: inconsistências do modelo proposto no projeto de código de processo penal (pls 156/09)**. Revista Quaestio Iuris, [S.L.], v. 9, n. 3, p. 1737-1758, 3 ago. 2016. Universidade de Estado do Rio de Janeiro. <http://dx.doi.org/10.12957/rqi.2016.20135>.

<sup>326</sup> ALBERGARIA, Pedro Soares de. **Plea bargaining: aproximação à justiça negociada nos EUA**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 19.

<sup>327</sup> LEITE, Rosimeire Ventura. **Justiça consensual como instrumento de efetividade do processo penal no ordenamento jurídico brasileiro**. 2009. 256 f, p. 52. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito da Usp, São Paulo, 2009. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-17112011-110813/pt-br.php>. Acesso em: 09 jul. 2020.

<sup>328</sup> SOUZA, Marllon. **Plea bargaining no Brasil – O processo Penal por meio do equilíbrio entre o utilitarismo processual e os direitos fundamentais do réu**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 96.

<sup>329</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Acordos sobre a sentença em processo penal: o "fim" do estado de direito ou um novo "princípio"**. Porto Alegre: Ordem dos Advogados Portugueses, 2011. p. 28.

internacionais, as quais influenciaram de forma substancial nas reformas processuais penais ao redor do mundo.

#### 4. Proliferação de importações de mecanismos consensuais

A adoção de institutos consensuais é recomendada no âmbito internacional desde meados do século XIX. Na Recomendação 87 do Conselho de Ministros da Europa, aconselhou-se de forma expressa a introdução da oportunidade no exercício da ação penal, dos procedimentos sumários e da simplificação dos procedimentos<sup>330</sup>. O Conselho justificou a recomendação, nas palavras de Giacomolli, para uma “melhor definição das prioridades na condução da política criminal”<sup>331</sup>, tudo em razão do aumento significativo das infrações penais de menor potencial ofensivo.

Especificamente a respeito do *guilty plea* – requisito essencial para prática do acordo sobre a sentença penal no sistema americano -, verifica-se que o Comitê, de maneira expressa, recomendou-o, de modo que o acusado possa reconhecer ou não a sua culpabilidade, ainda na fase inicial do processo, permitindo ao órgão jurisdicional proferir imediatamente a sentença. Lado outro, a Recomendação, em linhas gerais, orienta, sobremaneira, que haja o cumprimento de certas condições pelo acusado, contudo, sem caráter punitivo<sup>332</sup>.

Não obstante, também se denota a sugestão de introdução de mecanismos consensuais de colaboração do acusado com a persecução penal, mediante a incriminação de terceiros – pela colaboração premiada<sup>333</sup>. A Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado e Transnacional (Convenção de Palermo), ratificada no Brasil por meio do Decreto n. 5.015 de 2004, prevê nas alíneas “a” e “b”

---

<sup>330</sup> Disponível em

[https://www.coe.int/T/DG1/LegalCooperation/Economiccrime/organisedcrime/Rec\\_1987\\_15.pdf](https://www.coe.int/T/DG1/LegalCooperation/Economiccrime/organisedcrime/Rec_1987_15.pdf).

<sup>331</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. - **Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal :na perspectiva das garantias constitucionais, Alemanha - Espanha - Itália - Portugal – Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 35.

<sup>332</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. - **Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal :na perspectiva das garantias constitucionais, Alemanha - Espanha - Itália - Portugal – Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 35.

<sup>333</sup> GIACOMOLLI, Nereu José; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **JUSTIÇA CRIMINAL NEGOCIAL: crítica à fragilização da jurisdição penal em um cenário de expansão dos espaços de consenso no processo penal**. Revista Novos Estudos Jurídicos, v. 20, n. 3, p. 1110-1134, dez. 2015.

do §1.º do art. 26 a figura da colaboração premiada. Da mesma forma, a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Convenção de Mérida), do ano de 2003, ratificada no Brasil pelo Decreto 5.687 de 2006, estabelece, no art. 37, §§ 1.º a 3.º, a colaboração premiada como instrumento a ser utilizado no enfrentamento da criminalidade ali mencionada.

Desta breve análise, extrai-se que as recomendações internacionais culminaram na circulação de institutos jurídicos entre sistemas jurídicos. Nas últimas três décadas, considerável número de países de tradição *civil law* – Máximo Langer destaca Alemanha, Itália, Argentina e França - importaram o modelo do *plea bargaining*<sup>334</sup>, guardadas, por óbvio, suas características específicas – alterações praticadas por ocasião da inserção de institutos nele inspirados.

Maximo Langer se destaca no estudo da importação de práticas jurídicas, visto que se debruçou a analisar a tese de americanização dos processos penais em sistemas *civil law*. O referido autor não se coaduna com tal tese, asseverando que<sup>335</sup>:

Estas jurisdições adotaram uma forma de *plea bargaining* que contem diferenças – às vezes substanciais – do modelo estadunidense, seja devido às decisões dos reformadores jurídicos em cada uma das jurisdições, seja devido às diferenças estruturais entre o processo penal estadunidense e os processos penais da tradição *civil law*.

Com efeito, Langer ensina que ideias e práticas jurídicas são imitadas até certos níveis concetuais, mas não em outros<sup>336</sup>. Por esta razão, propõe o emprego da metáfora “tradução jurídica”, dado que a transferência de institutos e mecanismos entre sistemas jurídicos acarreta transformação profunda, não só do instituto

---

<sup>334</sup> LANGER, Maximo. **From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure**”. In Harvard International Law Journal. V. 45. n. 01, 2004. p. 66. Tradução de Ricardo Jacobsen Gloeckner e Frederico C. M. Faria.

<sup>335</sup> LANGER, Maximo. **From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure**”. In Harvard International Law Journal. V. 45. n. 01, 2004. p. 66. Tradução de Ricardo Jacobsen Gloeckner e Frederico C. M. Faria.

<sup>336</sup> LANGER, Maximo. **From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure**”. In Harvard International Law Journal. V. 45. n. 01, 2004. p. 66. Tradução de Ricardo Jacobsen Gloeckner e Frederico C. M. Faria.

importado, mas também no sistema jurídico receptor como um todo<sup>337</sup>.

Daí se depreende que a potencial influência da importação de uma prática jurídica estrangeira não se trata, necessariamente, de americanização de sistemas, mas sim uma fragmentação ou divergência no próprio sistema<sup>338</sup>.

Nessa esteira, considerando que o Acordo de Não Persecução Penal tem origem neste instituto estadunidense e alberga elementos que dele advêm, não se pode olvidar, pois, que a inserção deste instituto acarreta consequências no ordenamento jurídico brasileiro, pelas distinções de arranjos constitucionais, estrutura de significado das regras e sistemas.

## 5. Acordo de não persecução penal

No ano de 2017, a Resolução nº 181 do Conselho Nacional do Ministério Público, em seu artigo 18, previu uma espécie de acordo penal, denominado acordo de não persecução penal, à revelia de previsão legal expressa na legislação ordinária<sup>339</sup>, ampliando sobremaneira o modelo de justiça consensual no país.

Apesar das críticas e posicionamentos contrários, o acordo de não persecução penal foi inserido posteriormente no ordenamento jurídico brasileiro através da Lei nº 13.964/19, que inseriu no Código de Processo Penal o artigo 28-A, segundo o qual: “Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a quatro anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”, mediante o cumprimento de condições ajustadas cumulativa e alternativamente.

---

<sup>337</sup> LANGER, Maximo. **From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure**”. In Harvard International Law Journal. V. 45. n. 01, 2004. p. 66. Tradução de Ricardo Jacobsen Gloeckner e Frederico C. M. Faria.

<sup>338</sup> LANGER, Maximo. **From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure**”. In Harvard International Law Journal. V. 45. n. 01, 2004. p. 66. Tradução de Ricardo Jacobsen Gloeckner e Frederico C. M. Faria.

<sup>339</sup> CUNHA, Rogério Sanches. **A legalidade do acordo de não persecução penal (Res. 181/171 CNMP): uma opção legítima de política criminal**. Meu site jurídico, 2017. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2017/09/14/legalidade-acordo-de-nao-persecucao-penal-res-18117-cnmp-uma-opcao-legitima-de-politica-criminal/>. Acesso em: 14/11/2020.

Consoante noção cediça de Renato Brasileiro de Lima<sup>340</sup>:

Cuida-se de negócio jurídico de natureza extrajudicial, necessariamente homologado pelo juízo competente, celebrado entre o Ministério Público e o autor do fato delituoso – devidamente assistido por seu defensor - , que confessa formal e circunstancialmente a prática do delito, sujeitando-se ao cumprimento de certas condições não privativas de liberdade, em troca do compromisso do *Parquet* de promover o arquivamento do feito, caso a avença seja integralmente cumprida.

Consoante refere Marllon Souza, o instituto pode ser considerado procedimento de barganha em sentido amplo, porquanto contém os dois elementos necessários da definição de barganha, quais sejam, a autoincriminação em troca de uma concessão por parte do *Parquet* – o arquivamento do feito<sup>341</sup>.

Ainda, Souza assevera que o Acordo de Não Persecução em muito se assemelha com o *non persecution agreement* estadunidense, visto que é espécie de acordo que tem por finalidade evitar o processo, utilizado no combate a crimes que afetam o setor empresarial<sup>342</sup>.

A doutrina adverte se tratar de norma mista<sup>343</sup>, dado que guarda natureza de norma processual e material, uma vez que o cumprimento das condições impostas ao acusado acarreta a extinção da punibilidade.

Nesse sentido, é cristalino que o acordo de não persecução tem raízes no modelo estadunidense, sobretudo porque importa a confissão como requisito essencial para a sua pactuação.

Todavia, considerando os intensos debates acerca desta ampliação no espaço de consenso, preexistente no ordenamento jurídico brasileiro, impende trazer à lume as críticas contundentes que são tecidas contra o modelo de justiça criminal consensual como um todo, e que exurgiram com o advento do novel instituto.

---

<sup>340</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 196.

<sup>341</sup> SOUZA, Marllon. **Plea bargaining no Brasil – O processo Penal por meio do equilíbrio entre o utilitarismo processual e os direitos fundamentais do réu**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 234.

<sup>342</sup> SOUZA, Marllon. **Plea bargaining no Brasil – O processo Penal por meio do equilíbrio entre o utilitarismo processual e os direitos fundamentais do réu**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 99.

<sup>343</sup> LOPES JUNIOR, 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: 14 de novembro de 2020.

6. Críticas ao modelo de justiça consensual, mecanismos fundados na confissão e a (in)violabilidade de direitos e garantias fundamentais

De forma semelhante às críticas tecidas à *plea bargaining*, a inserção do acordo de não persecução penal suscitou acaloradas discussões doutrinárias, tais como a malferição de direitos fundamentais do acusado, como o devido processo legal, contraditório, ampla defesa, presunção de inocência, direito a não autoincriminação e o postulado da *nulla poena sine iudicio*.

Aury Lopes Jr. sustenta que a barganha no processo penal ataca o mais primordial direito dos réus: o julgamento justo<sup>344</sup>, baseando-se no fundamento de que o direito a um julgamento é inerente à cláusula do devido processo legal. Vinicius Vasconcellos e Mayara Cristina, em artigo publicado em linha crítica, coadunam-se ao entendimento de que a presunção de inocência é negada pela primazia que se atribui à confissão interessada<sup>345</sup>, também chamada “hipervalorização da confissão incriminadora”<sup>346</sup>. Vasconcellos, por seu turno, se filia ao entendimento no sentido de que a confissão, utilizada em mecanismos consensuais, destorce a presunção de inocência em uma presunção de culpa e em um dever de confissão<sup>347</sup>.

Portanto, ao analisar a questão da não culpabilidade, ventila-se a principal crítica ao sistema em comento, pelo que parcela da doutrina tem entendido que tal modelo não se coaduna com as balizas de um processo penal calcado em direitos constitucionalmente assegurados.

<sup>344</sup> LOPES JUNIOR, Aury. Justiça Negociada: utilitarismo processual e eficiência antigarantista. In: Carvalho, Salo; Wunderlich, Alexandre (org.). **Diálogos sobre a justiça dialogal**: Teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da Justiça Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

<sup>345</sup> VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de; LIPPEL, Mayara Cristina Navarro. Críticas à barganha no processo penal: inconsistências do modelo proposto no projeto de código de processo penal (pls 156/09). **Revista Quaestio Iuris**, [S.L.], v. 9, n. 3, p. 1737-1758, 3 ago. 2016.

<sup>346</sup> CASARA, Rubens R. R. O **Acordo para para Aplicação da Pena**: novas considerações acerca da verdade e do consenso no processo penal brasileiro. In: COUTINHO, Jacinto de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti. **O Novo Processo Penal à Luz da Constituição**. p. 152.

<sup>347</sup> LIPP KE, Ric hard L. **The Ethics of Plea Bargaining**. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 183-186. In: GIACOMOLLI, Nereu José; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Justiça Criminal Negocial: crítica à fragilização da jurisdição penal em um cenário de expansão dos espaços de consenso no processo penal. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, v. 20, n. 3, p. 1110-1134, dez. 2015.

Lado outro, em posicionamento diverso, Brandalise relembra que o princípio do *in dubio pro reo*, que orienta o também denominado princípio da presunção de inocência, “não impede o reconhecimento explícito, consciente e voluntário da responsabilização por parte do acusado e do seu defensor”<sup>348</sup>. Nesse sentido, leciona:

Aliás, a confissão é tema reconhecido em ordenamentos jurídicos como causa de justificação de atenuação de penas, como se observa dentro do ordenamento jurídico brasileiro (conforme alínea “d” do inciso III do artigo 65 do Código Penal), por exemplo. Ou seja, não se trata de novidade a conclusão de que a confissão possa levar à negociação.

Seguindo a mesma lógica, Marllon Souza refere que, embora a Constituição Federal tenha garantido a presunção de não culpabilidade, “isso não exclui o poder discricionário do legislador de criar procedimentos criminais de acordo com parâmetros constitucionais”<sup>349</sup>. De igual banda, Flávio Andrade defende que aceitar um acordo não importa em abrir mão do devido processo legal, porquanto o réu, devidamente auxiliado por um advogado, pode querer confessar e optar por uma resolução consensual e antecipada do caso<sup>350</sup>, uma vez que as normas processuais penais determinam de que modo se dará a acusação formal e de que forma as partes poderão encontrar uma solução negociada para o caso concreto.

No que tange às críticas acerca do alegado não exercício da ampla defesa e contraditório, as quais partem do pressuposto de que o acusado é obrigado a se insurgir em face da acusação, cumpre ressaltar o ensinamento de Antonio Scarance Fernandes, ao mencionar que “o consenso é uma defesa do acusado”<sup>351</sup>, de modo que a forma como o acusado escolhe exercer sua defesa não pode ser considerada uma violação de direitos<sup>352</sup>, na linha do que assevera Brandalise.

Em rejeição à barganha no processo penal, Coelho Filho afirma que os

<sup>348</sup> Nesse sentido: FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Almedina, 2001, p. 271.

<sup>349</sup> SOUZA, Marllon. **Plea bargaining no Brasil – O processo Penal por meio do equilíbrio entre o utilitarismo processual e os direitos fundamentais do réu**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 99.

<sup>350</sup> ANDRADE, Flávio da Silva. **Justiça Penal Consensual: controvérsias e desafios**. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 159.

<sup>351</sup> FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Almedina, 2001, p.

<sup>352</sup> BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Justiça Penal Negociada: negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes**. Curitiba: Juruá, 2016. p. 218.

padrões de justiça penal para um julgamento justo não podem ser diminuídos pela ideia capitalista de economizar tempo e reduzir custos em julgamentos<sup>353</sup>. No entanto, necessário dizer, na linha do que assevera Anabela Miranda Rodrigues, que a “celeridade processual é um imperativo de produção e eficiência que é inerente à própria justiça”<sup>354</sup>.

Não se olvida, pois, que há direitos dos acusados que não podem ser desprezados no processo penal, independentemente do quanto o exercício destes interfiram na duração do processo<sup>355</sup>. Entretanto, neste ponto, importante trazer a lição de Rodrigo da Silva Brandalise, visto que sustenta que há, sim, fases e etapas processuais que podem ser suprimidas sem que isso represente prejuízos aos direitos indispensáveis, ao tratar da compreensão de instrução processual, *in literis*<sup>356</sup>:

Lapidar a compreensão de que a instrução processual não é uma “lei natural”. Instrução probatória é o esclarecimento de um episódio ocorrido no mundo fático. Por tal razão, ela consiste em um direito do acusado que deve estar previsto dentro do processo penal, mas não necessariamente é obrigatória, especificamente quando não existir oposição a ser assumida contra aquilo que o órgão acusador apresenta.

Com efeito, é a esse respeito que, conforme já exposto alhures, Rodrigo Brandalise argumenta que o não exercício de um direito fundamental – seja do direito ao silêncio ou ao julgamento mediante procedimento não abreviado, com o exercício da ampla defesa e instrução probatória – “encontra-se embasado, portanto, na liberdade, já que os direitos fundamentais são expressão dela, pelo que o titular de tal liberdade é quem pode definir no que ela consiste”<sup>357</sup>.

Não obstante, no que atine à abreviação do procedimento ordinário ou, ainda, mecanismos de consenso que busquem evitar o processo penal e, por

<sup>353</sup> COELHO FILHO, Paulo Sérgio de A. Barganha Penal: Perigo iminente. Revista o Estado de São Paulo, 2012.

<sup>354</sup> RODRIGUES, Anabela Miranda. A celeridade no processo penal: uma visão de direito comparado. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**. Coimbra. A.8, fascículo 2, p. 233-250, 1998. In: BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Justiça Penal Negociada**: negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes. Curitiba: Juruá, 2016. p. 36.

<sup>355</sup> BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Justiça Penal Negociada**: negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes. Curitiba: Juruá, 2016. p. 38.

<sup>356</sup> BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Justiça Penal Negociada**: negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes. Curitiba: Juruá, 2016. p. 38.

<sup>357</sup> BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Justiça Penal Negociada**: negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes. Curitiba: Juruá, 2016. p. 53.

consequente, um julgamento, Brandalise argumenta que o direito a um julgamento “não constitui um direito natural, como o direito à vida e à liberdade, mas configura um direito civil, pelo que não pode o acusado ser forçado a exercer um direito que ele entenda desnecessário para a defesa de seus interesses”<sup>358</sup> - por óbvio, no bojo do processo penal.

Em que pese a relevância e embasamento teórico que corroboram às críticas tecidas ao modelo de justiça consensual, a barganha e, por via de consequência, ao acordo de não persecução penal, ao que parece pela pesquisa realizada até o momento, não se mostram sedimentadas e tranquilas, visto que são passíveis de entendimentos doutrinários contrários.

As duras críticas dispensadas ao instituto – e ao consenso em sentido amplo – estão consubstanciadas na contribuição do Direito Penal iluminista e, por conseguinte, na teoria garantista, tida como marco principal daquele movimento. É nessa toada que os debates forenses e acadêmicos tendem a entender que o Direito Penal iluminista é o único capaz de compor um poder punitivo estatal, em conformidade com os princípios constitucionais de um Estado Democrático de Direito<sup>359</sup>. À vista disso, partem da premissa de que o consenso no processo penal importa, única e exclusivamente, em prejuízo e mitigação dos direitos constitucionais do acusado.

## 7. Sistema de garantias processuais: influência dos dez axiomas formulados por Luigi Ferrajoli

À luz do que perquiriu a pesquisa até o presente momento, a justiça negociada está calcada em uma maior disponibilidade da autonomia da vontade do acusado. Não por outra razão, surgem questionamentos sobre a compatibilidade

<sup>358</sup> O autor refere posicionamento sedimentado pela Suprema Corte Americana, em 1979, que considerou que o público não tinha um direito obrigatório ao julgamento que ultrapassasse os interesses das partes em litígio (SANDEFUR, Timothy. **In defense of plea bargaining**. Regulation, p. 28-31, 2003. Disponível em:

[HTTP://www.cato.org/sites/cato.org/files/serials/files/regulation/2003/7/v26n3-8.pdf](http://www.cato.org/sites/cato.org/files/serials/files/regulation/2003/7/v26n3-8.pdf). In: BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Justiça Penal Negociada**: negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes. Curitiba: Juruá, 2016. p. 49.

<sup>359</sup> SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; GOMES FILHO, Dermeval Farias. Funcionalização e expansão do Direito Penal: o Direito Penal negocial. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 13, n. 1, p. 377-392, jan. 2016. Anual

desse modelo de resolução de conflito com o garantismo, albergado pela Constituição Federal de 1988.

O pós-guerra fomentou o surgimento de movimentos iluministas, de máximas garantias fundamentais aos acusados, consubstanciado na máxima proteção da liberdade do cidadão contra o arbítrio do Estado. É nesse interím que Luigi Ferrajoli criou o modelo que denominou de garantista ou de legalidade estrita, fundado em dez axiomas ou princípios fundamentais<sup>360</sup>. De forma muito resumida, os princípios sobre os quais se funda a teoria que merecem destaque são: o princípio da legalidade, contraditório, presunção de inocência, dentre outros.

Os referidos princípios são formulados em proposições, na grande maioria condicionais, quais sejam<sup>361</sup>: a) *nulla poena sine crimine*; b) *nullum crimen sine lege*; c) *nulla lex sine necessitate*; d) *nulla necessitas sine injuria*; e) *nulla injuria sine actione*; f) *nulla actio sine culpa*; g) *nulla culpa sine iudicio*; h) *nullum iudicio sine accusatione*; i) *nulla accusatio sine probatione*; j) *nulla probatio sine defensione*. Vale ressaltar que os axiomas pertencem à órbita do dever-ser, visto que são proposições prescritivas<sup>362</sup>, dado que o modelo, em verdade, é um modelo ideal, mormente considerado utópico. Por ora, limitar-se-á a breve análise dos princípios relativos ao processo penal.

Com efeito, Vinicius Vasconcellos e Mayara Cristina Navarro aduzem que o sistema consensual ofende os cinco princípios do processo penal garantista. Nas palavras de Vasconcellos<sup>363</sup>, são violados:

- (i) o nexo causal e proporcional entre delito e pena, tendo em vista que a medida da sanção não dependerá da gravidade do delito, mas antes da habilidade negociadora da defesa, do espírito aventureiro do imputado e da discricionariedade da acusação; (ii) os princípios de igualdade, certeza e legalidade penal, vez que não existe critério legal que condicione a atuação do Ministério Público e que discipline o jogo entre ele e o acusado; (iii) a inderrogabilidade do juízo, tornando a jurisdição e suas garantias infungíveis, como também da obrigatoriedade da ação penal e indisponibilidade das situações penais, burladas pelo poder do Ministério Público de decidir sobre a liberdade do acusado que se declara culpado; (iv) a presunção de inocência e a carga probatória da acusação, negadas pela primazia

<sup>360</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 2010, p. 74.

<sup>361</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 2010, p. 74.

<sup>362</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 2010, p. 74.

<sup>363</sup> VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de; LIPPEL, Mayara Cristina Navarro. Críticas à barganha no processo penal: inconsistências do modelo proposto no projeto de código de processo penal (pls 156/09). **Revista Quaestio Iuris**, [S.L.], v. 9, n. 3, p. 1737-1758, 3 ago. 2016.

que se atribui à confissão interessada e pelo papel de corrupção do suspeito que se encarrega a acusação quando não a defesa; (v) o princípio do contraditório, que exige o conflito e a separação de funções entre as partes processuais.

Levando em conta a pesquisa promovida até o momento, a ampliação do espaço de consenso no ordenamento jurídico brasileiro estaria, em verdade, ampliando o exercício da voluntariedade do acusado, mediante o não exercício de determinados direitos fundamentais processuais, com vistas a efetivar a consecução de uma melhor solução, notadamente mais célere.

Ocorre que, com a propagação de institutos consensuais na seara criminal em diversos países, inclusive em democracias consolidadas, surgiram ideias fundamentais que servem de justificativa à expansão dos espaços de consenso em tantos ordenamentos jurídicos, tais como o abandono do mito do procedimento único, a flexibilização das estruturas procedimentais e a atenuação da exigência do pleno garantismo<sup>364</sup>, sem que haja, contudo, ofensa aos direitos processuais penais em sua integralidade.

## 8 METODOLOGIA

A metodologia consistirá em pesquisa predominantemente bibliográfica, bem como documental, e será feita pelo método de abordagem dedutivo.

## 9 SUMÁRIO PROVISÓRIO

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS
2. JUSTIÇA CRIMINAL CONSENSUAL E AS CAUSAS DE LEGITIMAÇÃO
  - 2.1. Princípio da oportunidade
    - 2.1.2. Conceito de Consenso no processo penal
    - 2.1.3. Formas de consenso
      - 2.1.3.1. Diversão ou desjudicialização
      - 2.1.3.2. Negociação de sentença

---

<sup>364</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. **Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 313.





## 11 REFERÊNCIAS

ALBERGARIA, Pedro Soares de. **Plea bargaining**: aproximação à justiça negociada nos EUA. Coimbra: Almedina, 2007.

ANDRADE, Flávio da Silva. **Justiça Penal Consensual**: controvérsias e desafios. Salvador: Juspodivm, 2019.

BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Justiça Penal Negociada**: negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes. Curitiba: Juruá, 2016.

CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. Plea bargaining e justiça criminal consensual: entre os ideais de funcionalidade e garantismo. **Custos Legis**: Revista eletrônica do Ministério Público Federal. Brasília, p. 1-26, 2012. Disponível em: [http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista/2012\\_Penal\\_Processo\\_Penal\\_Campos\\_Plea\\_Bargaining.pdf](http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista/2012_Penal_Processo_Penal_Campos_Plea_Bargaining.pdf). Acesso em: 25 out. 2020.

CANOTILHO, Jorge Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 5. ed. (2ª reimpressão). Coimbra: Almedina, 1992.

CHIAVARIO, Mario. A obrigatoriedade da ação penal na Constituição Italiana: o princípio e a realidade. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Lisboa**, v. 5, n. 3-4, p. 329-359, 1995. Anual.

COELHO FILHO, Paulo Sérgio de A. Barganha Penal: Perigo iminente. **Revista o Estado de São Paulo**, 2012.

CUNHA, Rogério Sanches. A legalidade do acordo de não persecução penal (Res. 181/171 CNMP): uma opção legítima de política criminal. Meu site jurídico, 2017. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2017/09/14/legalidade-acordo-de-nao-persecucao-penal-res-18117-cnmp-uma-opcao-legitima-de-politica-criminal/>.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Acordos sobre a sentença em processo penal**: o "fim" do estado de direito ou um novo "princípio". Porto Alegre: Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, 2011.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Almedina, 2001.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal**: na perspectiva das garantias constitucionais, Alemanha - Espanha - Itália - Portugal – Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

GIACOMOLLI, Nereu José; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Justiça Criminal Negocial: crítica à fragilização da jurisdição penal em um cenário de expansão dos espaços de consenso no processo penal. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, v. 20, n. 3, p. 1110-1134, dez. 2015.

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos; BIANCHINI, Alice. **Direito Penal – Introdução e Princípios Fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, 2007.

LANGBEIN, John H. Torture and Plea Bargaining. **The University of Chicago Law Review**, vol. 46, n. 1, p. 3-22, 1978.

LANGER, Maximo. From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure. *In: Harvard International Law Journal*. V. 45. n. 01, 2004. p. 66. Tradução de Ricardo Jacobsen Gloeckner e Frederico C. M. Faria.

LEITE, Rosimeire Ventura. **Justiça consensual como instrumento de efetividade do processo penal no ordenamento jurídico brasileiro**. 2009. 256 f, p. 52. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito da Usp, São Paulo, 2009. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-17112011-110813/pt-br.php>.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**, 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

LIPP KE, Ric hard L. **The Ethics of Plea Bargaining**. Oxford: Oxford University Press, 2011.

LOPES JUNIOR, Aury. Justiça Negociada: utilitarismo processual e eficiência antigarantista. In: Carvalho, Salo; Wunderlich, Alexandre (org.). **Diálogos sobre a justiça dialogal**: Teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da Justiça Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

MIRANDA, Jorge (org.). **Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. v. 1.

OLIVEIRA, Rafael Serra. **Consenso no Processo Penal**: uma alternativa para a crise do sistema criminal. São Paulo: Almedina, 2015.

RODRIGUES, Anabela Miranda. **A celeridade no processo penal: uma visão de direito comparado**. Revista Portuguesa de Ciência Criminal. Coimbra. A.8, fascículo 2, p. 233-250, 1998.

SOUZA, Marllon. **Plea bargaining no Brasil – O processo Penal por meio do equilíbrio entre o utilitarismo processual e os direitos fundamentais do réu**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; GOMES FILHO, Dermeval Farias. Funcionalização e expansão do Direito Penal: o Direito Penal negocial. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 13, n. 1, p. 377-392, jan. 2016. Anual.

TULKENS, Françoise. **La justice penale**: justice imposée, justice participative, justice consensuelle ou justice négociée? Revue de Droit Penal et de Criminologie, Bruxelles, 1996.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de; LIPPEL, Mayara Cristina Navarro. Críticas à barganha no processo penal: inconsistências do modelo proposto no projeto de código de processo penal (pls 156/09). **Revista Quaestio Iuris**, [S.L.], v. 9, n. 3, p. 1737-1758, 3 ago. 2016.

VASCONCELOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e Justiça Criminal Negocial**: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. Salvador: Dplacido, 2015.