

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ
ESCOLA DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

VICTOR CEZAR RODRIGUES DA SILVA COSTA

USOS POLÍTICO-CRIMINAIS DO DIREITO PROCESSUAL PENAL?
UMA ANÁLISE À LUZ DOS ACORDOS DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

CURITIBA
MARÇO DE 2022

VICTOR CEZAR RODRIGUES DA SILVA COSTA

**USOS POLÍTICO-CRIMINAIS DO DIREITO PROCESSUAL PENAL?
UMA ANÁLISE À LUZ DOS ACORDOS DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL**

Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Sánchez Rios

CURITIBA

MARÇO DE 2022

Dados da Catalogação na Publicação
Pontifícia Universidade Católica do Paraná
Sistema Integrado de Bibliotecas – SIBI/PUCPR
Biblioteca Central
Edilene de Oliveira dos Santos CRB/9 - 1636

C837u
2022
Costa, Victor Cezar Rodrigues da Silva
Usos político-criminais do direito processual penal? : uma análise à luz dos acordos de não persecução penal / Victor Cezar Rodrigues da Silva Costa ; orientador: Rodrigo Sánchez Rios. -- 2022
[190] f. : il. ; 30 cm

Tese (doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2022.
Inclui bibliografias

1. Processo penal. 2. Política criminal. 3. Persecução penal. 4. Direito penal.
I. Rios, Rodrigo Sanchez. II. Pontifícia Universidade Católica do Paraná.
Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

Doris 4. ed. – 341.43

VICTOR CEZAR RODRIGUES DA SILVA COSTA

**USOS POLÍTICO-CRIMINAIS DO DIREITO PROCESSUAL PENAL?
UMA ANÁLISE À LUZ DOS ACORDOS DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL**

Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Dr. Rodrigo Sánchez Rios
Orientador – PUCPR

Profa. Dra. Danyelle da Silva Galvão
Membro externo - IDP

Prof. Dr. Fábio André Guaragni
Membro externo - UNICURITIBA

Prof. Dr. Paulo César Busato
Membro externo – UFPR

Prof. Dr. Rodrigo Régner Chemim Guimarães
Membro externo - UP

Prof. Dr. Vinicius Gomes de Vasconcellos
Membro externo – UEG

Curitiba, 11 de março de 2022

Para Sílvia, onde estiver

AGRADECIMENTOS

Tal qual desbravar uma densa mata desconhecida, querer se aventurar em uma área do conhecimento da qual não se tem muita intimidade teórica pode parecer uma tarefa temerária, para não dizer suicida. Fazer isso sem a ajuda de pessoas confiáveis, que já tenham percorrido esses caminhos, tornaria o objetivo deveras impossível. Por esse motivo tenho uma dívida impagável com os amigos da nova geração do Processo penal brasileiro que, em grande parte, me apresentaram para uma literatura que nem em meus sonhos mais longínquos poderia ter a sorte de encontrar sem a sua preciosa ajuda. E esse agradecimento se deve, sobretudo, às pessoas de *Jéssica Freitas e Bruno Cunha Souza*. Se porventura acertei em alguma das minhas colocações, o mérito é também deles. Nas vezes em que errei, isso só se deve a um déficit de entendimento meu.

Essa aventura do conhecimento, aliás, não seria possível sem aquele que desde os primeiros anos da graduação em Direito me incentivou a trilhar os caminhos da investigação científica, rigorosa e crítica. Graças ao *Prof. Rodrigo Sánchez Rios* me interessei pelos intrincados caminhos da dogmática penal e pude sempre oxigenar meu pensamento descobrindo novas teorias, explorando novos lugares e conhecendo pessoas maravilhosas, que só acrescentaram positivamente à minha formação. Lembro com preciosidade de detalhes da reunião em sua sala, no já longínquo ano de 2014, na qual me incentivou a ir fazer meu curso de mestrado na Universidade Federal de Minas Gerais, vetusta casa que hoje considero minha *alma mater*. E não foi à toa que de lá voltei para ser seu orientando de doutorado, por saber bem interpretar a frase que proferiu na minha banca de mestrado: que era hora de voltar. Ao meu mestre, todas as minhas homenagens hoje e sempre.

Aliás, foi na UFMG que fiz algumas das amizades mais preciosas que um acadêmico pode ter. Se aquele foi um período proveitoso para minha formação intelectual e pessoal não foi só pelas aulas e seminários, mas também pelas pessoas com as quais pude conviver diariamente. Em que pese a distância física e as agruras causadas por uma pandemia no meio do caminho, ainda posso contar com o afeto e respeito daquelas verdadeiras amizades que lá pude construir. Por compartilhar comigo não só uma visão crítica de mundo, como também o gosto por bons vinhos e horas de conversas aleatórias, agradeço a *Eder Santana e Douglas Ribeiro*. E ainda, por dividirem a simpatia pelas coisas do Direito Penal, já tendo se tornado quase curitibanas honorárias pelas suas recorrentes visitas acadêmicas, fica meu eterno agradecimento à *Flávia Siqueira, Tatiana Badaró e Amanda Bastos*.

Ainda, pelo Direito penal um conhecido de infância se tornou um dos meus melhores amigos e interlocutores: ao *Leonardo Zorzi*, por ser o amigo de todas as horas. Da mesma expedição acadêmica a uma certa ilha caribenha, na qual reencontrei o Leonardo, também desenvolvi uma grande amizade com *Gustavo Trento*, o qual agradeço a disposição constante em dar vazão a pensamentos políticos e análises de conjuntura desconcertantes. Nas aulas de graduação, e em auxílio ao Prof. Rodrigo, pude conhecer a *Alani Figueiredo*, sempre companheira em nossas aventuras culturais. No doutorado, apesar dos desafios pessoais terem sido maiores que os burocráticos, pude desenvolver uma sólida amizade com *Parcelli Moreira*, o qual agradeço pelas densas discussões regadas a velhos tintos portugueses.

Quiçá seja uma tarefa mais difícil escrever os agradecimentos do que a própria tese, afinal, esquecer alguém a esse ponto seria imperdoável, não estando sujeita sua reprovação a qualquer tipo de acordo. Aos colegas de escritório agradeço nas pessoas do *Luiz Gustavo Pujol*, meu professor de Processo penal no curso de graduação e responsável por me apresentar uma visão crítica da disciplina e da *Allian Machado*, amiga desde a graduação com a qual divido o apreço pelas intrincadas questões da dogmática jurídico-penal. Aos amigos de hoje e sempre, o que faço na pessoa da querida *Rafaela Becher*, pelos anos de amizade que o tempo e a distância não apagam. Aos meus familiares, sempre dispostos a entender, mesmo com alguma dificuldade, minhas ausências, em especial nos difíceis momentos que fomos submetidos nesse período de 4 anos. Por fim, uma menção especial à CAPES por tornar possível o desenvolvimento desta pesquisa na PUCPR, bem como à *Eva Curelo*, pelo auxílio constante nas demandas institucionais.

Curitiba, verão de 2022

“É indecoroso ser passível de punição, mas pouco glorioso punir”¹

Michel Foucault

“(…) o caminho para o inferno é pavimentado com boas intenções”²

Karl Marx

¹ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. Petrópolis: VOZES, 2006, p. 15.

² MARX, Karl. *O capital*. Livro I. São Paulo: Boitempo, 2013, p. 268.

RESUMO

Mesmo diante de sua autonomia científica, impossível desconsiderar o Direito processual penal como fazendo parte daquilo que convencionalmente se denomina por Sistema integral de Direito penal. Tradicionalmente, dentre as finalidades desse ramo jurídico, são elencadas apenas aquelas intraprocessuais. Outra constante nas observações teóricas dessa seara é a atual crise enfrentada pelo sistema de justiça criminal, que compreende o déficit de seu caráter preventivo, a falta de credibilidade perante a opinião pública, a desproporcionalidade das penas, etc. A discussão sobre possíveis soluções a esses problemas também não é nova, passando desde o movimento da lei e da ordem, até o abolicionismo, em suas versões mais extremas. No entanto, diante da funcionalização racionalmente orientada do Direito penal a partir de 1970, principalmente diante da necessidade de compatibilizar a norma punitiva com a realidade, uma alternativa factível começou a ser construída, com aptidão para gerar efeitos também para o Processo penal. Com o advento de novos institutos de justiça penal negocial, como é o caso do acordo de não persecução penal, inovação legislativa incluída pela Lei 13.964/2019, o cumprimento de funções político-criminais pelo Processo se tornou um intento ainda mais evidente. Criticado por parte da doutrina ao ser taxado como mecanismo de eficiência na administração da justiça penal, em detrimento das formalidades e garantias próprias de um procedimento penal democrático, a tese teve por objetivo demonstrar o contrário: a partir de uma pesquisa bibliográfica-dedutiva, demonstrar a vocação do acordo de não persecução para realizar concretamente o princípio da intervenção mínima. E isso se fez possível a partir da premissa de um sistema integral de Direito penal. Antes de ser um instrumento com finalidades puramente utilitárias, realiza um programa de princípios político-criminais indispensável para um sistema penal limitado e constitucionalmente orientado. Sobretudo, diante do critério da necessidade de pena e sua disposição em realizar o princípio da subsidiariedade. A partir de tal premissa fundamental, derivaram-se suas consequências tanto para a dogmática do Processo penal, quanto para os requisitos, condições e finalidades próprios do acordo de não persecução penal.

Palavras-chave: Direito processual penal; Sistema integral de Direito penal; Política criminal; Acordo de não persecução penal; Justiça penal negocial; Análise econômica do Direito.

ABSTRACT

Even in the face of its scientific autonomy, that is impossible to disregard the Criminal Procedural Law as part of what we conventionally call integral system of Criminal Law. Traditionally, among all the objectives of this field, only the intraprocedural objectives are listed. Another constant during the theoretical observation is the current crisis the criminal justice system is facing, which consists the preventive character deficit, the lack of credibility in the eyes of the public opinion, the sentences disproportionality, etc. The discussion about possible solutions to these issues isn't recent, it went through the law and order movement until the abolitionism, even in their radical moments. However, facing the criminal law organization from 1970, mainly with the necessity of making the punitive norm compatible with reality, a tangible alternative was emerging with ability to bring effects also to the criminal procedure. When we had the beginning of new criminal justice negotiation institutes, as the criminal non-prosecution agreement, a legislative innovation that was incorporated by the law 13.964/2019, the fulfillment of the criminal policy by the procedure became a purpose even more evident, Criticized by the legal theory as an efficient mechanism of criminal justice administration, to the detriment of the formalities and guarantees from a democratic criminal procedure, the thesis aimed to demonstrate exactly the opposite: its vocation to specifically realize the principle of minimum intervention. Even before being an instrument with utilitarian purposes, it realizes a program of criminal policies principles essential for a criminal procedure system that is limited and constitutionally oriented. Considering that fundamental premise, we have its consequences to criminal procedure dogmatics, requirements, conditions and purposes characteristics of the criminal non-prosecution agreement.

Keywords: Criminal Procedural Law; Integral System of Criminal Law; Criminal Non-prosecution Agreement; Criminal Justice Negotiation; Law and Economics.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ANPP	Acordo de não persecução penal
Art.	Artigo (de lei)
BGH	<i>Bundesgerichtshof</i>
BVerfG	<i>Bundesverfassungsgerichts</i>
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CNMP	Conselho Nacional do Ministério Público
CF	Constituição Federal
CP	Código Penal
CPP	Código de Processo penal
CPPM	Código de Processo penal militar
Org.	Organizador (de obra coletiva)
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
StGB	<i>Strafgesetzbuch</i>
StPO	<i>Strafprozessordnung</i>
TJ	Tribunal de Justiça
TRF	Tribunal Regional Federal

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	13
1.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS	13
1.2. OBJETO E DIVISÃO DESTE TRABALHO	17
2. PANORAMA POLÍTICO-CRIMINAL: UM OLHAR À LUZ DAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DO DELITO	21
2.1. O SISTEMA INTEGRAL DE DIREITO PENAL E O DIREITO PENAL VOLTADO ÀS CONSEQUÊNCIAS.....	28
2.2. MODELOS DE POLÍTICA CRIMINAL E A CRISE DA PRETENSÃO DE UNIVERSALIDADE DO DIREITO PENAL	46
2.2.1. Uma concepção principialista de Política criminal	46
2.2.2. Modelos históricos da justiça criminal	49
2.2.3. A justiça estatal e a pretensão preventiva da pena.....	53
2.2.4. Crítica à função preventiva da pena privativa de liberdade: um impasse entre as funções da pena e as finalidades da norma penal	60
2.3. CAMINHOS DA POLÍTICA CRIMINAL: INTERVENÇÃO MÍNIMA E DIVERSÃO EM DIREITO PENAL	66
2.3.1. Mais ou menos Direito penal?	67
2.3.2. Mecanismos de controle racional do Direito penal: a intervenção mínima	73
3. PANORAMA PROCESSUAL PENAL: A DESFORMALIZAÇÃO DA PERSECUÇÃO E OS CAMINHOS DO PROCESSO PENAL	78
3.1. LEGALIDADE, OBRIGATORIEDADE E OPORTUNIDADE.....	79
3.1.1. A legalidade (obrigatoriedade) processual e sua anunciada crise.....	79
3.1.2. Princípio da oportunidade: funções e fundamentos.....	85
3.2. OPORTUNIDADE, DISCRICIONARIEDADE E CONSENSO: UMA APROXIMAÇÃO SEMÂNTICA E PRAGMÁTICA	94
3.3. EXCURSO ACERCA DOS ACORDOS SOBRE A SENTENÇA: PLEA BARGAINING E OS PROCEDIMENTOS SUMÁRIOS	103
3.4. OS ACORDOS COMO CAMINHO INEXORÁVEL RUMO AO SISTEMA ACUSATÓRIO?.....	109
3.5. A CRÍTICA DA CRÍTICA: OS ACORDOS COMO SOLUÇÃO APENAS AO PROBLEMA DE EFICIÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA CRIMINAL	120

3.6.	BREVES APONTAMENTOS SOBRE O CONSENSO E A VERDADE NO PROCESSO PENAL	126
4.	PANORAMA DOGMÁTICO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL	138
4.1.	BALANÇO INTRODUTÓRIO: FINALIDADES DO PROCESSO E FINALIDADE DOS ACORDOS	138
4.2.	ANTECEDENTES E CONTROVÉRSIAS.....	143
4.3.	CONSTITUI O ACORDO UM DIREITO SUBJETIVO DO IMPUTADO?.....	147
4.4.	FINALIDADE PENAL: REPROVAÇÃO E/OU PREVENÇÃO?.....	152
4.5.	CONDIÇÕES	156
4.5.1.	Natureza jurídica: antecipação de pena ou estabelecimento de condições? ...	156
4.5.2.	Condições previstas no caput do art. 28-A do CPP	159
4.6.	REQUISITOS POSITIVOS	164
4.6.1.	Indispensabilidade da investigação preliminar	164
4.6.2.	Confissão formal e circunstanciada	168
4.6.3.	Infração penal cometida sem violência ou grave ameaça	173
4.6.4.	Pena mínima inferior a 4 (quatro) anos.....	175
4.7.	REQUISITOS NEGATIVOS: VEDAÇÕES.....	178
4.8.	EXCURSO SOBRE A (IR)RETROATIDADE DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL	182
4.9.	CONTROLE JUDICIAL: HOMOLOGAÇÃO	185
4.10.	RECURSOS.....	188
5.	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	190

1. INTRODUÇÃO

1.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Desde há muito fala-se em crise do sistema penal. Tal realidade não é exclusividade do panorama brasileiro, a incluir excesso de processos, demora em julgamentos, permissividade da regulamentação prescricional, manejo irregular de recursos, superpopulação carcerária e más condições de execução das penas. As mesmas críticas são devidas à maioria dos países do direito continental, mas não só: assim o é também na realidade do *Common Law*. O excesso de formalidades da instituição do júri, paradigma clássico do devido processo legal no direito anglo-saxão, há mais de um século recebe críticas e é ligado à sensação de impunidade pelo largo acesso a recursos que a defesa possui para atrasar a prolação da sentença.³ Nesse contexto, surge o instituto do *plea bargaining* como forma de, pretensamente, tornar mais eficiente a justiça criminal. Esse resultado se vê nos números do judiciário norte-americano, com a esmagadora maioria dos processos criminais sendo resolvidos com acordos sobre a pena,⁴ apesar de todas as críticas recebidas por parte da doutrina daquele país.

Também no Direito penal brasileiro se aventa a crise, acentuada pelos influxos do cenário internacional, e a tentativa de implementação de alternativas razoáveis a seu sistema de penas. O último quarto do século XX presenciou uma ampla reforma na legislação penal material, com a pretensão de conter a expansiva crise do sistema repressivo, apontada principalmente pelas estatísticas penitenciárias. A exposição de motivos da parte geral do Código Penal, reformada em 1984, reconheceu expressamente a tendência internacional de se buscar alternativas às penas privativas de liberdade, identificando nestas um caráter criminógeno e ineficaz para o enfrentamento à criminalidade habitual e reincidente,⁵ o alto

³ Sobre a história da crise do tribunal do júri no sistema de *Common Law*, vide: LANGBEIN, John. Tortura e plea bargaining. In: GLOCKNER, Ricardo (org.) Sistemas processuais penais. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 137 e ss. Assim como LANGBEIN, John. Compreendendo a curta história do *plea bargaining*. In: GLOCKNER, Ricardo (org.). *Plea bargaining*. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 116 e ss.

⁴ Acerca do instituto do *plea bargaining* nos Estados Unidos, vide: FISCHER, George. *Plea bargaining's triumph*. Palo Alto: Stanford University Press, 2004.

⁵ A exposição de motivos da parte geral de 1984 se refere à “*inutilidade dos métodos até agora empregados no tratamento de delinquentes habituais e multireincidentes*”. Os teóricos da criminologia, desde a superação de um ponto de vista positivista, têm criticado a expressão “*delinquentes habituais*”, sobretudo ante seu caráter estigmatizante. Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel. *Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 18: “*se não sobreviveram as teorias especificamente positivistas – as teses antropológico-causais –, a verdade é que muito ficou e muito perdura ainda da sua herança: não tanto no que toca aos parâmetros metodológicos, quando no que respeita às linhas de força de sua ideologia*”

dispêndio de dinheiro público para a construção e manutenção de estabelecimentos penitenciários e as consequências contraproducentes na reinserção social de condenados primários e responsáveis por delitos de menor potencial ofensivo e insignificantes.⁶

Tal perspectiva é sintomática de que as respostas para a crise do sistema de justiça criminal partem necessariamente por uma larga discussão sobre as consequências jurídicas do delito, em especial seus fundamentos e seus fins. Isso se faz com o intuito de se pensar alternativas ao caráter estigmatizante da pena privativa de liberdade e delimitar a necessidade do âmbito de incidência da norma criminalizadora apenas para as condutas que de forma intensa lesionem ou coloquem em perigo bens jurídicos fundamentais para a vida em sociedade. Nesse panorama surgem as penas alternativas, o alargamento das hipóteses de suspensão condicional da pena e livramento condicional e a revalorização pena de multa.⁷

Esse cenário político-criminal também se fez perceber no domínio do Processo penal, em especial no que concerne ao princípio da legalidade (obrigatoriedade) da ação penal pública. A superação do paradigma da *justiça absoluta*⁸ – ligada à finalidade puramente retributiva da pena de prisão, segundo o qual para todo crime deve corresponder necessariamente uma pena, caso contrário estar-se-ia frente a uma injustificável exceção ao princípio da isonomia – é marca indelével da adaptação da norma processual à luz das consequências do delito e da propagada crise das finalidades da pena e do controle formal da criminalidade. Nesta seara, é de se destacar a Lei de Juizados Especiais, de 1995, com seus institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo; a lei de organização criminosa de 2013, com o alargamento das hipóteses de colaboração premiada e a possibilidade de se influir sobre o cálculo final da reação criminal; e a reforma promovida pela Lei 13.964 de 2019 com a inclusão dos chamados acordos de não persecução penal (art. 28-A do Código de Processo Penal),⁹ objeto da presente tese, alargando o rol de circunstâncias permissivas da negociação para impedir o início do processo.

político-criminal. Estamos a pensar sobretudo na chamada ideologia de tratamento, que de modo algum pode ser considerada definitivamente superada e cujos perigos estão longe de se poderem considerar neutralizados”.

⁶ Sobre a reforma do sistema de penas na reforma penal de 1984, vide, para seus antecedentes: DOTTI, René. *Bases e alternativas para o sistema de penas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 315 e ss.

⁷ A preocupação com a efetividade das penas em relação aos crimes de menor potencial ofensivo retroage às lições de Franz von Liszt em seu Programa de Marburgo. Cf. VON LISZT, Franz. *La idea de fin en Derecho penal*. Valparaíso: EDEVAL, 1984, p. 36 e ss.

⁸ Expressão que utiliza CAEIRO, Pedro. Legalidade e oportunidade: a perseguição penal entre o mito da “justiça absoluta” e o fetiche da “gestão eficiente” do sistema. In. *Legalidade versus oportunidade*. Lisboa: Editorial Minerva/Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, 2002.

⁹ Em que pese tenha sido introduzida no ordenamento jurídico por força de uma norma administrativa do Conselho Nacional do Ministério Público, com a resolução 181/2017, apenas em 2019 com a Lei 13.964, ganhou caráter legislativo formal, superando uma série de críticas que vinha sofrendo sobre a reserva legal de norma sobre disposições sobre processo penal.

Pendente de inclusão no ordenamento jurídico-penal brasileiro, todavia, encontra-se o chamado acordo sobre a pena, à semelhança do *plea bargaining* norte-americano. Prevista no projeto inicial da intitulada “*Lei Anticrime*”, introduzia o art. 395-A do Código de Processo Penal, permitindo o acordo penal para a aplicação imediata da pena, após o recebimento da denúncia e antes do início da instrução. Diferentemente do acordo de não persecução penal, a solução do natimorto art. 395-A do CPP teria como consequências efeitos penais de condenação, sendo considerado, para todos os efeitos, sentença condenatória.¹⁰

Entretanto, apesar de não aprovado pelo Congresso Nacional, o instituto veiculado no projeto de lei é sintomático de um movimento de ampliação dos espaços de soluções negociadas no Processo penal.¹¹ Tanto o acordo sobre o processo (art. 28-A), quanto o acordo sobre a pena (art. 395-A) foram incluídos na mesma epígrafe do projeto de lei, objetivando a disseminação de tais mecanismos no direito brasileiro. A própria exposição de motivos da proposta afirmava que “*A tendência ao acordo, seja lá qual nome receba, é inevitável. O antigo sistema da obrigatoriedade da ação penal não corresponde aos anseios de um país com mais de 200 milhões de habitantes e complexos casos criminais*”.¹²

A importação dos institutos negociais do direito estrangeiro, principalmente norte-americano é característico, segundo SCHÜNEMANN, de sua aparente marcha triunfal no direito continental, sempre a se justificar com discursos de eficiência e à custa da desagregação do arcabouço teórico-dogmático até então existente.¹³ Talvez até por sua origem estadunidense, grandemente desconhecida por parte da doutrina e jurisprudência pátria, repouse sua desconfiança e aversão.¹⁴ Certo é que, uma análise sobre seus fundamentos e consequências no ordenamento pátrio, seja no âmbito material seja no âmbito processual, em que pese a proliferação de estudos sobre justiça negocial no Brasil, ainda encontra importância ante à fundação de um novo paradigma de resolução de casos penais.

¹⁰ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Projeto de Lei Anticrime de 2019*. Disponível em <https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1549284631.06/projeto-de-lei-anticrime.pdf>. Acesso em 27 de julho de 2020. Semelhante disposição, no entanto, encontra-se também no projeto de reforma global do Código de Processo penal, ainda pendente de votação no Congresso Nacional.

¹¹ Na realidade portuguesa, vide, sobretudo BRANDÃO, Nino. Acordos sobre a sentença penal: problemas e vias de solução. *Julgar*, Coimbra, n. 25, 2015, p. 161 e ss.

¹² CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei 882/2019*. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2192353>. Acesso em 27 de julho de 2020.

¹³ SCHÜNEMANN, Bernd. *¿Crisis del procedimiento penal? – Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?* In. *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milénio*. Madrid: Tecnos, 2002, p. 297. Por sua vez, BRANDÃO considera “*descabido qualificar esse fenômeno [sic] de expansão das práticas penais negociadas bela inspiradas como uma americanização dos processos penais de tradição romano-germânica*”, cf. BRANDÃO, *Acordos sobre a sentença penal*, op. cit., p. 162.

¹⁴ BRANDÃO, *Acordos sobre a sentença penal*, op. cit., p. 162.

Um esclarecimento adicional, em nível de introdução, é cabível quanto a utilização do termo justiça penal negocial para se referir às formas de consenso abrangidas na ordem jurídica pátria. A condição para o emprego do termo parece nascer do imperativo de distinguir os institutos consensuais do processo penal clássico e burocratizado. Tal expressão parece criar a noção de um sistema de justiça criminal alheio ao tradicional, com regramento próprio e desnecessidade de se respeitar as garantias liberais de proteção ao arguido no âmbito de um Estado Democrático de Direito.

Parte da doutrina tem justificado a possibilidade de ampla renúncia de direitos fundamentais a partir da implementação das formas negociais, com argumentos fundados na eficiência no combate à criminalidade e na melhora da situação jurídica do acusado, visto basear-se em uma norma de caráter mais benéfico.¹⁵ Ao contrário do que possa parecer, um sistema baseado no acordo e na confiança não deixa de fazer parte do regramento constitucional próprio de um Estado Democrático de Direito, devendo estar submetido às mesmas regras da ordenação processual comum. Não se pense as garantias penais como impeditivos a uma justiça célere, eficiente e com redução de danos a que a estrutura formalizada de controle impõe ao acusado. Pelo contrário, como se pretende demonstrar, as condições básicas para o consenso só se encontram a partir da anteposição e aceitação das normas aplicáveis e na possibilidade de reconhecimento da utilidade e dos benefícios que se pretendem alcançar, tanto no âmbito da justiça criminal e dos fins da pena, quanto na proteção da dignidade da pessoa humana, importando com isso sua não-instrumentalização e na proteção de seus direitos individuais.

Nada obstante os acordos sobre o processo já se fazerem presentes na sistemática nacional há mais de 20 anos, apenas para citar a transação penal e a suspensão condicional do processo, o incremento de novos dispositivos negociais merece atenção destacada. Não só porque afetam a forma clássica de resolução de casos penais por meio da possibilidade de produção probatória e da decisão sobre a verdade dos fatos, mas também pelo fato de importarem em uma alteração substancial no rol de princípios aplicáveis tanto ao Processo penal quanto à dogmática dos pressupostos do fato punível. Em última análise, trata-se de um mecanismo de política criminal tendente a simplificar a lógica burocrática da efetivação do direito material, decorrente de uma ideia preventivo-utilitarista, e com potencial de expansão ainda maior. Como expressão de diversão da pena e efetivação do princípio da intervenção mínima, tem grande potencial resolutivo para a pequena e média criminalidade. Entretanto, ao se tratar da grande e complexa criminalidade, a envolver crime organizado, delitos econômico-

¹⁵ Vide, a título de exemplo, a séria e substancial exposição de ANDRADE, Flávio da Silva. *Justiça penal consensual*. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 217 e ss.

empresariais de grande expressão monetária e ilícitos de proporção midiática, tem alta probabilidade de se degenerar em mecanismos de simples supressão de garantias, desequilibrando a paridade de armas própria de um processo que se pretende acusatório.¹⁶

A presença desses novos dispositivos de justiça negocial, como o acordo de não persecução penal, justifica a necessidade de que sejam realizados debates sérios a respeito da implementação e utilização do instituto para o ordenamento jurídico brasileiro, principalmente no que concerne a aspectos estruturais, sistêmicos e constitucionais. Analisar cada uma dessas questões será o principal objetivo desta tese, iniciando com a delimitação do significado e dos fundamentos de um Direito penal direcionado às suas consequências preventivas, visto que, como todo processo interpretativo, a existência de pontos de partida teóricos possui fundamental importância para o correto entendimento dos significados que se pretendam transmitir.¹⁷

De outra sorte, como se trata de um instituto relativamente novo, uma série de dúvidas e incompreensões sobre o seu alcance e limite precisam ser colocadas em debate de forma a permitir interpretações e possíveis soluções para questões controvertidas. Dada exposição preliminar de análise, a tese pretenderá atingir três grandes objetivos: o primeiro dedicado à análise político criminal do surgimento do instituto do acordo de não persecução penal no ordenamento jurídico brasileiro. O segundo, o de analisar seus fundamentos e requisitos dogmáticos e jurisprudenciais. E, por fim, apresentar as críticas que eventualmente mereça ante sua adaptação à realidade pátria, bem como as modificações que acarreta para o futuro da dogmática do Direito e do Processo penal. A justiça penal negocial se firma como paradigma atual do sistema jurídico-penal pátrio, com a pretensão de acompanhá-lo a médio e longo. A utilidade e justificativa da discussão de tal temática se faz presente enquanto durarem, legislativa e jurisprudencialmente, suas bases e fundamentos.

1.2. OBJETO E DIVISÃO DESTE TRABALHO

¹⁶ Apenas para citar dois princípios: culpabilidade (ao assumir a responsabilidade por terceiro) e publicidade (ao se negociar dentro de gabinetes, sem o necessário controle do processo de formalização).

¹⁷ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997, p. 285-293. Um início de discussão teórica, de nossa lavra, sobre os acordos de não persecução penal foi publicado em: COSTA, Victor; RIBEIRO, Leo. Acordo de não persecução penal: um caso de direito penal das consequências levado às últimas consequências. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, v. 161, nov/2019, p. 249 e ss.

Como se apontou, a justificativa para o estudo dos acordos de não persecução penal tem seu fundamento em um dado concreto: sua novidade no sistema penal pátrio. Sua inclusão no art. 28-A do Código de Processo Penal parece seguir, no entanto, uma tendência legislativa inaugurada pela edição da Lei de Juizados Especiais (Lei 9.099/95): a expansão dos mecanismos negociais no Processo penal. Expansão esta que, até o presente momento, se restringe ao impedimento do início do processo, mas que não tarda em pleitear o seu avanço para a própria aplicação da pena em si, como acontece em modelos comparados.

Inicialmente pensado para debater o papel da dogmática jurídico-penal frente aos novos mecanismos negociais, uma vez que com eles se nega a possibilidade de audiência de instrução, necessária para se provar sob contraditório os pressupostos de punibilidade aptos a ensejar uma sentença condenatória ou absolutória, o trabalho tomou outros rumos, se estendendo para a análise dos próprios fundamentos ensejadores da legitimidade dos acordos em um Processo penal democrático, sempre localizando-o ante a perspectiva de um sistema integral de Direito penal.

A crítica apresentada por FACCINI NETO em relação aos acordos, segundo a qual, a partir do momento em que a lei entrega às partes a disposição sobre resolução de questões como a incidência ou não de causas de justificação ou a extensão do grau de culpabilidade do acusado na delimitação de suas consequências penais, estaria viabilizada a derrocada dos alicerces da dogmática jurídico-penal,¹⁸ merece, preliminarmente, uma avaliação crítica. Inegável que os acordos subsistem e se sustentam a partir de uma mudança de perspectiva quanto à apreciação dos fatos levados ao conhecimento das autoridades públicas. Quando a lei permite às partes o cálculo sobre os melhores instrumentos para a obtenção de resultados mais favoráveis, sobre os quais cada parte atuará, a certeza quanto à prova dos pressupostos de punibilidade perde lugar para a negociação estratégica e seu reconhecimento oficial, desde que pautado por certos limites.

A doutrina penal, quando se debruça sobre a teoria geral do delito, tem por propósito definir não os pressupostos de alguns delitos específicos, mas os elementos comuns a todos os fatos puníveis. Esse propósito é típico dos sistemas ocidentais, sendo escassa, todavia, sua utilidade em sistemas de *Common Law*, haja vista a conformação mais pragmática e menos abstrata do sistema penal dos países desta tradição jurídica.¹⁹ Quando se permite admitir uma

¹⁸ FACCINI NETO, Orlando. *Plea bargaining: questões fundamentais*. In. PALMA, Maria Fernanda et al. *Livro em Memória do Professor Doutor João Curado Neves*. Lisboa: AAFDL, 2020, p. 455.

¹⁹ FACCINI NETO, *Plea bargaining: questões fundamentais*, op. cit., p. 454-455. Sobre a teoria do delito nos sistemas de *Common Law*, vide, FLETCHER, George. *Conceptos básicos de Derecho penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1997, p. 123 e ss.; Para PIÑA ROCHEFORT, “*FLETCHER ha distinguido el sistema continental del*

ampla aceitação de acordos penais, sejam eles sobre o processo, sejam sobre a pena, abre-se margem para se prescindir de uma teoria do delito com pretensão universal, suplantada ao mais das vezes por exigências pragmático-eficientistas do sistema.²⁰

Apesar disso, um Direito penal orientado às consequências, como se pretende demonstrar, nem sempre está voltado a uma lógica pautada exclusivamente na eficiência, sob a qual se permite a desconsideração de qualquer padrão ético ou aos limites inerentes ao próprio sistema jurídico. De maneira oposta, os acordos sobre o processo podem servir para efetivar finalidades preventivas da norma penal, bem como garantir a concretização do princípio da intervenção mínima a partir de mecanismos processuais tendentes a corrigir desequilíbrios do sistema normativo. Esta é a questão básica a ser desenvolvida na tese. Os acordos sobre a sentença (ou sobre a pena) não serão objeto primordial desse estudo, apenas sendo tratados de forma tangencial.

Deparando-se com a crítica própria das discussões dos sistemas processuais contra uma suposta funcionalização do Processo penal, o trabalho teve por objetivo entender, em um primeiro momento, os pressupostos para uma orientação às consequências do Direito processual em um Estado Constitucional de Direito. Comumente se aponta como herança inquisitória a possibilidade de instrumentalizar o processo para a consecução de determinadas finalidades, como o fim hipoteticamente preventivo das prisões cautelares ou a iniciativa probatória do juiz rumo a perseguição de uma abstrata verdade real. Uma análise pormenorizada de meios e fins, à luz dos princípios constitucionais, indica um eventual anacronismo em citada crítica.

Como certa vez já assinalou JAKOBS, a produção científica em Direito penal não pode se esgotar na mera elaboração de um sistema classificatório, de modo a apontar, aos moldes de um manual, os critérios e requisitos ordenados para sua aplicação prática. Antes disso, a Ciência do Direito penal deve ser capaz de fornecer uma resposta sobre a legitimidade da seara punitiva em uma época determinada, reconduzindo as instituições jurídicas aos fundamentos que lhe deem legitimidade.²¹ Tal fundamento não se encontra à disposição do legislador, mas se coloca

*sistema anglo-americano, destacando que mientras el primero se funda en un razonamiento jurídico 'estructurado' (structured legal reasoning), el segundo se basa en un razonamiento jurídico 'plano' (flat legal reasoning). Así, para él, el sistema 'plano' discurre en una sola etapa, mientras que el estructurado lo hace en dos etapas diferentes (...) En un sistema fundado basalmente en la aplicación práctica, lo importante sin duda son los resultados y no el modo en virtud del cual se llega a ellos. El derecho se hace día a día". Cf. PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. *La estructura de la teoría del delito en el ámbito jurídico del "Common Law"*. Granada: Comares, 2002, p. 19-20.*

²⁰ FACCINI NETO, *Plea bargaining: questões fundamentais*, op. cit., p. 455.

²¹ JAKOBS, Günther. *El Derecho penal como disciplina científica*. Pamplona: Civitas, 2008, p. 22.

antes dele, de forma a impedir que três palavras retificadoras suas tornem inúteis bibliotecas inteiras, para lembrar a célebre expressão de VON KIRCHMANN.²²

Esse é o horizonte do presente trabalho: não se limitar a apenas apontar os requisitos e critérios legislativos dos acordos de não persecução penal, mas questionar e tensionar os pressupostos de legitimidade para sua existência válida no ordenamento jurídico, à luz de uma perspectiva político-criminal principalista, além de separá-los de figuras próximas mais difíceis de serem justificadas, como os acordos sobre a pena, por exemplo. Para a consecução desses objetivos, o trabalho se dividiu em duas grandes partes: a primeira, de caráter geral, apresentando as bases teóricas de justificação e limitação da incidência dos acordos penais, em geral, em um Estado Constitucional de Direito. A segunda, de conformação especial, discutindo, em concreto, os requisitos e consequências dos acordos de não persecução penal, à luz, especialmente, da jurisprudência incipiente sobre o tema.

²² “*La ciencia, al hacer del azar su objeto, se convierte ella misma en azar: tres palabras rectificadoras del legislador y bibliotecas enteras se convierten en papeles inútiles*”. Cf. VON KIRCHMANN, Julius. *La jurisprudencia no es ciencia*. Lima: Instituto Pacífico, 1999, p. 33.

2. PANORAMA POLÍTICO-CRIMINAL: UM OLHAR À LUZ DAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DO DELITO

As relações entre as searas da Dogmática penal, Política criminal e Criminologia, e, por sua vez, destas com o Processo penal, nem sempre foram objeto de unanimidade por parte da doutrina. Sem embargo, é indispensável sua consideração em conjunto para uma visão integral do sistema penal, seus fundamentos, suas deficiências, e eventuais propostas de reforma. A compreensão do esgotamento dos modelos tradicionais dos fins da pena, da burocratização do Processo penal, da incapacidade de realização do Direito material e da preservação das garantias constitucionais é impossível sem uma visão conjunta do sistema, a fim de possibilitar a avaliação das consequências por ele almejadas.²³

A verificação empírica do atendimento das finalidades propostas pelo Direito penal se sobrepõe aos velhos discursos abstratos de fundamentação do *ius puniendi*, atingindo todas as vertentes normativas da Ciência Penal.²⁴ A análise das consequências permite a teorização sobre a utilidade e eficácia da norma penal e a problematização sobre o paradoxo entre a crise do sistema penal e as subsequentes tentativas de intensificação dos meios punitivos.²⁵

Diante da opinião pública, esse déficit de funcionalidade estaria vinculado à morosidade e, como decorrência desta, a presunção de impunidade pela não realização adequada do Direito penal.²⁶ Com isso, a ineficiência da administração da justiça penal redundava, de um lado, na falta de credibilidade do poder punitivo, e de outro, no incremento de sua seletividade, expondo as deficiências de seu caráter preventivo. Em última análise, vislumbra-se a instabilidade da própria ideia reitora do sistema penal moderno, segundo a qual apenas ao Estado cabe o controle absoluto da justiça e o monopólio da aplicação da violência legítima,²⁷ substituindo-se à vítima na persecução penal e na aplicação exclusiva das consequências jurídicas do delito. O dilema está justamente em encontrar alternativas a este princípio conformador de toda tradição liberal

²³ O conteúdo de parte deste capítulo, com algumas alterações, foi publicado como resultado parcial da tese em: COSTA, Victor; SÁNCHEZ RIOS, Rodrigo. O Poder Judiciário e a efetivação de um sistema integral de Direito Penal. In. *Direito, Educação e Cidadania: Estudos em homenagem ao Ministro Luiz Edson Fachin*. Curitiba: Editora Clássica, 2021, p. 533 e ss.

²⁴ HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la Criminología y al Derecho penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1989, p. 15; TORRÃO, Fernando. *A relevância político-criminal da suspensão provisória do processo*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 95.

²⁵ DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1974; ADÉRITO, Carlos. *Princípio da Oportunidade*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 29; OLIVEIRA, Rafael Serra. *Consenso no Processo penal*. São Paulo: Almedina, 2015, p. 11 e ss.

²⁶ ADÉRITO, *Princípio da Oportunidade*, op. cit., p. 11-12.

²⁷ WEBER, Max. Política como vocação. In. *Ciência e Política: Duas vocações*. São Paulo: Cultrix, 2011, p. 67.

do Direito penal e compatibilizá-lo com os pressupostos constitucionais do Estado Democrático de Direito.

A melhoria da eficácia do sistema de justiça criminal não pode ao mesmo tempo descaracterizar os princípios regentes de um Processo penal democrático, muito menos importar na perda de garantias solidificadas com proteção constitucional.²⁸ Surgem, nesse contexto, os desdobramentos da institucionalização do princípio da oportunidade, já presente em certa medida no sistema processual brasileiro, e no alargamento das hipóteses de justiça negociada. Ora, outro não é o objetivo senão convocar critérios político-criminais para a tentativa de solução dos problemas atinentes ao funcionamento da justiça criminal.

Não se pode considerar a função precípua do sistema penal perseguir todo e qualquer desvio social, e nem poderia sê-lo.²⁹ Além de não haver condições materiais para tanto, correr-se-ia o risco de transformar o Estado de Direito em Estado de Polícia. A limitada capacidade operativa das agências penais de controle converte em utopia a realização de todo o programa de criminalização primário, devido a sua enorme extensão.³⁰ Não é demais ressaltar a existência de diversos tipos penais conformados em outra quadra histórica que há muito aguardam sua retirada formal do diploma sancionatório. Sob outro viés, há também um efeito funil na operacionalização concreta entre os crimes cometidos e os efetivamente denunciados, ao qual a criminologia atribui comumente o nome de “*cifra oculta da criminalidade*”.³¹

Isso evidencia, sobremaneira, o caráter estigmatizante da justiça penal, em que o criminoso não é aquele que propriamente comete o crime, mas sim o que é eficazmente taxado como tal. É indiscutível haver uma vantagem na não descoberta e conseqüente punição de todo e qualquer crime. Isso poderia, outrossim, impor dúvida ao valor preventivo geral da norma, uma vez que sua eficácia geral e irrestrita seria questionável.³² A função de proteção da norma somente atua de maneira eficaz quando se admita ligada à ideia de redução quantitativa da

²⁸ ADÉRITO, *Princípio da Oportunidade*, op. cit., p. 13. Em sentido semelhante, cf. BRANDÃO, *Acordos sobre a sentença penal*, op. cit., p. 165 e ss., para quem “*uma justiça negociada definida de um tal modo que dê real cumprimento àquela pleora de garantias fundamentais é idônea a assumir-se como modelo constitucionalmente válido no nosso paradigma processual penal*”.

²⁹ Para a visão liberal de HART, a ingerência do poder punitivo é legitimada apenas quando se destina a evitar um dano ou um prejuízo a um terceiro, afastando-se a incidência da moral como critério fundante de qualquer preceito primário, cf. HART, Herbert. *Derecho, libertad y moralidad*. Madrid: Dykinson, 2006, p. 99-100.

³⁰ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Derecho Penal: parte general*. Buenos Aires: EDIAR, 2002 pp. 7-8

³¹ Cf. ALBRECHT, Peter Alexis. *Criminologia: uma fundamentação para o Direito penal*. Curitiba: Lumen Juris/ICPC, 2010, p. 237 e ss.

³² ANTUNES, Maria João. *Direito processual penal*. Coimbra: Almedina, 2017, p. 11.

criminalidade grave,³³ abrindo-se, deste modo, margens positivas para oportunidade da promoção processual em relação a pequena e média criminalidade.³⁴

A ampla dilatação da legislação penal material, fenômeno amplamente conhecido nas últimas duas décadas como expansão do Direito penal,³⁵ impõe em certa medida soluções conjuntas do sistema de justiça criminal a fim de que se obtenha, em última análise, uma aplicação racional da lei penal, com vistas a uma efetividade razoável. Essa extensa atividade criminalizadora, muitas das vezes sem efetividade prática, apresenta o risco de tornar a legislação meramente simbólica. Ao mesmo tempo, uma vasta atividade persecutória, sem os limites da norma posta, macularia as garantias constitucionalmente asseguradas ao arguido. Sem margens a questionamentos, a atenção às consequências está, em grande medida, na intermediação entre os excessos da legislação e sua conseqüente e necessária limitação no âmbito prático, principalmente na esfera processual.

Nesta temática, os representantes do Poder Legislativo têm seus programas de política criminal assentados, antes de tudo, em interesses eleitorais, apelando à percepção geral de insegurança por parte da população. Isso é reforçado pela atividade dos meios de comunicação, ao clamar por mais punição como resposta mais imediata para resolução de problemas sociais e de riscos oriundos dos avanços econômicos e tecnológicos.³⁶ Trata-se de um dado axiomático. Como lembra Nils CHRISTIE, “*restaram poucas áreas capazes de proporcionar exposição nacionais aos políticos e seus partidos*” que não a legislação penal.³⁷ A legitimidade do poder em um Estado enfraquecido por políticas neoliberais, no qual a ideia dominante é a desregulamentação no âmbito econômico, passa a estar centrada, sobretudo, na luta contra o crime.³⁸

A pena não pode deixar de ser considerada como uma imposição de dor a um comportamento socialmente reprovável. Nesse sentido, deve haver critérios e limites para não tornar regra a imposição desnecessária de dor, restringindo-se a uma quantidade razoável.³⁹ Tendo a legislação penal como dado pré-constituído, desempenham tal função de contenção,

³³ Desde BECCARIA concebe-se a função do Direito penal como o do controle social do intolerável, por meio da garantia da segurança ao custo da mínima liberdade: “*tudo o mais é abuso e não justiça*”. Cf. BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 42-43. ADÉRITO, *Princípio da Oportunidade*, op. cit., p. 15

³⁴ ANTUNES, *Direito processual penal*, op. cit., p. 11.

³⁵ Sobretudo SILVA SÁNCHEZ, Jesus-Maria. *A expansão do Direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

³⁶ A situação é observada por SILVA SÁNCHEZ como uma das causas para a expansão do Direito penal. Cf. *A expansão do Direito penal*, op. cit., p. 40 e ss.

³⁷ CHRISTIE, Nils. *Uma razoável quantidade de crime*. Rio de Janeiro: REVAN, 2017, p. 65.

³⁸ CHRISTIE, *Uma razoável quantidade de crime*, op. cit., p. 66.

³⁹ CHRISTIE, *Uma razoável quantidade de crime*, op. cit., p. 159-160.

em primeiro lugar, a dogmática jurídico-penal e seu ônus de legitimação em relação a imposição de uma pena. A Dogmática apresenta, destarte, importante papel na contenção da política criminal.⁴⁰ Todavia, para que a Dogmática se faça reconhecida na persecução de um caso penal, essencial é o papel do Processo penal na regulamentação do procedimento apto a provar os pressupostos de punibilidade. O Direito penal só através do Processo se pode realizar.⁴¹ Estabelece-se aí, em linhas gerais, as intersecções primordiais entre Dogmática, Política criminal e Processo penal.

Objetivando uma construção moderna da dogmática jurídico-penal, WOLTER parte de sua decomposição em três grandes níveis a partir da estrutura da teoria do delito: a) a possibilidade de punição na forma de merecimento de pena; b) a existência de uma necessidade preventiva de sanção ou a necessidade de pena e; c) a existência do *ius puniendi* estatal a partir de interesses extrapenais.⁴² Antes desta formatação, entendia-se serem os tópicos atinentes às outras *condições de punibilidade* o espaço de diálogo por excelência de interseção entre a dogmática e a política criminal.⁴³ Tratar da natureza jurídica das condições objetivas de punibilidade e das chamadas causas pessoais de exclusão, ou de levantamento de pena após a configuração do injusto culpável, limitava o alcance dos espectros que a política criminal podia atingir na seara da teoria do delito.

Um olhar retrospectivo rememora a lição de JIMENEZ DE ASÚA, a respeito das nomeadas escusas absolutórias, quando, nas suas palavras entendia que esta categoria, em sentido figurado, representava um reduto onde estavam aglutinados diversos institutos receptivos a motivos transitórios e de conveniência política⁴⁴. Representou um salto de qualidade o tratamento dogmático penal a esses diversos institutos inseridos na categoria de “*outras condições de punibilidade*”. A compreensão da inserção de critérios extrapenais, como os vínculos familiares nos crimes patrimoniais e o pagamento do tributo antes do recebimento da denúncia, entre outros, denotavam a limitação da punibilidade sempre para além do injusto culpável, indicando uma abertura ao hermetismo das categorias convencionais do fato punível. Essa orientação teórica estava dissociada de categorias processuais aptas a conduzir a uma

⁴⁰ KINDHÄUSER, Urs. *Dogmática penal no Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2020, p. 30.

⁴¹ DIAS, *Direito Processual Penal*, op. cit., p. 47

⁴² WOLTER, Jürgen. Las causas constitucionales de exclusión del tipo, del injusto y de la punibilidad como cuestión central de la teoría del delito em la actualidad. In. LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel; MIR-PUIG, Santiago (org.). *Cuestiones actuales de la teoría del delito*. Madrid: McGrawHill, 1999, p. 7.

⁴³ Na literatura penal brasileira, vide inicialmente: FRAGOSO, Heleno. *Lições de Direito penal*. Parte Geral. Rio de Janeiro, 1993, p. 215 e ss.

⁴⁴ JIMENEZ DE ASÚA, Luis. *Principios de Derecho penal*. La Ley y el delito. Buenos Aires: Editorial Sudamericana, 1958, p. 432.

solução mais racional e econômica do caso penal. Não é preciso chegar até a sentença penal para reconhecer a afetação da punibilidade.

Ainda sob uma concepção tradicional do delito, esta não albergaria uma ideia alargada de causas constitucionais de exclusão do injusto e da punibilidade. Partindo de uma base jurídica constitucional, à luz tanto de um equilíbrio da intervenção penal quanto da proteção dos direitos fundamentais, é possível conceber um suporte favorável à exclusão do próprio tipo e da antijuridicidade, trazendo como argumento principal a liberdade de ação do indivíduo, reconhecida normativamente como categoria fundante do Estado democrático de Direito, prévio a qualquer ponderação. SILVA SÁNCHEZ tem salientado o excesso de rigidez em relação a pretensão de sistematicidade da teoria do delito, constatando-se uma insuficiente abertura capaz de abarcar a incidência de novos grupos de casos problemáticos e por conseguinte sua incapacidade de propiciar respostas integrais à atividade judicial na imposição ou não de uma pena.⁴⁵

Dando sequência a sua ideia de sistema integral do Direito penal, WOLTER, em publicação subsequente, retomou a discussão sobre as causas constitucionais de exclusão do tipo do injusto, da suspensão do processo e das hipóteses de renúncia de pena, com o escopo de aglutinar em um único sistema os variados institutos atinentes tanto ao Direito penal substantivo quanto ao processual.⁴⁶ Neste espaço, importa fazer referência a procedência de causas pessoais da exclusão da responsabilidade de natureza jurídico-constitucional como, por exemplo, o tratamento dado à *desobediência civil*, situada, no seu entendimento, no segundo nível do delito, qual seja, a necessidade de pena.⁴⁷ Ao compararmos essa proposta com a solução encontrada a partir dos critérios fornecidos pelo sistema pátrio – a qual reveste a hipótese de desobediência civil sob o tecido das exculpantes supralegais,⁴⁸ cuja incidência prática ainda não encontra a devida ressonância nos tribunais nacionais – é perceptível a insistência em conferir uma resposta convencional direcionada frequentemente à categoria da punibilidade.

⁴⁵ SILVA SÁNCHEZ. Introducción: dimensiones de la sistematicidad de la teoría del delito. In: WOLTER, Jürgen; FREUND, Georg (org.). *El sistema integral del Derecho penal: delito, determinación de la pena y proceso penal*. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 20.

⁴⁶ WOLTER, Jürgen. Estudio sobre la dogmática y la ordenación de las causas materiales de exclusión del sobreseimiento del proceso, de la renuncia a la pena y de la atenuación de la misma. Estructuras de un sistema integral que abarque el delito, el proceso penal y la determinación de la pena. In: WOLTER, Jürgen; FREUND, Georg (org.). *El sistema integral del Derecho penal: delito, determinación de la pena y proceso penal*. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 31 e ss. No Brasil, vide DE-LORENZI, Felipe. Contributo da proposta de um sistema integral para a relação entre Direito penal e Processo penal. In: *Processo penal contemporâneo em debate*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 233.

⁴⁷ WOLTER, *Estudio sobre la dogmática...*, op. cit., p. 56.

⁴⁸ Vide SANTOS, Juarez Cirino. *Direito penal: parte geral*. Curitiba: ICPC, 2014, p. 335.

De forma elucidativa, ao descrever o terceiro nível do delito, uma vez comprovados os critérios do merecimento e necessidade de pena, WOLTER atribui ao último estágio a denominação de “sancionabilidade”, reunindo nesse agrupamento interesses extrapenais de política jurídica e outras necessidades constitucionais, tais como política processual e preventiva, no desenho das condições objetivas de punibilidade e das causas de exclusão de pena.⁴⁹ Essas circunstâncias, presentes nesta derradeira categoria, não possuem nem uma eficácia excludente do tipo de injusto, muito menos da culpabilidade. Todavia, dizem respeito às condições efetivas de exclusão da pena. Não se pode deixar de observar, apenas em uma análise antecipada, que, nesta categoria, a referência à critérios utilitários de natureza extrapenal fazem surgir uma certa sintonia com a reflexão dogmática outrora dispensada com o pressuposto exclusivo da punibilidade, no qual se evidenciava a receptividade a interesses próprios de política jurídica e criminal.⁵⁰ E, por outro lado, esse percurso de um terceiro nível rememora uma discussão irresoluta sobre um conceito quadripartido de delito, a incluir a punibilidade entre suas categorias autônomas.⁵¹

Revisitar a proposta de WOLTER, assim, remete a uma imperiosa necessidade de encontrar os meios eficazes para concretizar a efetiva limitação do *ius puniendi* por meio de uma categoria material do delito. Sob essa perspectiva, é incontestável o papel da jurisprudência, sobretudo quando deve ser revelada uma causa constitucional excludente do tipo ou da responsabilidade. Principalmente diante de uma perspectiva local, na qual constatamos uma política criminal desenfreada, o Poder Judiciário emerge como fiel da balança, com destaque a seu papel de controle,⁵² demandando, em um plano ideal, além disso, um constante diálogo com a Dogmática para o desempenho de suas atividades.⁵³ No plano do *dever ser*, e atento ao sistema de freios e contrapesos próprios de democracias constitucionais, deve haver uma contenção da expansão quantitativa e qualitativa da norma penal. Isso se opera

⁴⁹ WOLTER, *Estudio sobre la dogmática...*, op. cit., p. 60 e ss.

⁵⁰ Vide, sobretudo, SÁNCHEZ RIOS, Rodrigo. *Das causas de extinção da punibilidade nos delitos econômicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 13 e ss.

⁵¹ No Brasil, defende tal orientação EISELE, Andreas. *Direito penal: teoria do delito*. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 639 e ss.

⁵² A degeneração da atividade jurisdicional, decorrente da quebra da imparcialidade do julgador, além daquelas já previstas nas agruras de um sistema inquisitivo, como a possibilidade do magistrado de influir na produção da prova, não contribuem, mas sim agravam a seletividade e arbitrariedade do sistema punitivo. A título de argumento, parte-se do pressuposto do respeito às regras constitucionais do juiz natural e da imparcialidade, além é claro do controle de legalidade da atividade persecutória inerente a função jurisdicional constitucionalmente orientada.

⁵³ Em um plano deontológico, o diálogo entre doutrina e jurisprudência é imprescindível para a limitação do poder punitivo expressado, sobretudo, na atividade legislativa. No entanto, no plano fático, esse diálogo ainda é incipiente ou até mesmo inexistente. Sobre a falta de comunicação entre doutrina e jurisprudência no Direito penal vide PUPPE, Ingeborg. *Ciência do Direito penal e jurisprudência*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 58, 2006, p. 113.

tanto ao nível de controle abstrato de constitucionalidade de leis penais, pelos Tribunais Constitucionais,⁵⁴ quanto ao nível do juiz singular quando de sua aplicação ao caso concreto.

Por sua vez, o controle de incidência da norma penal por meio do Processo penal deve considerar o encaminhamento de casos penais à fase instrutória apenas nos casos relacionados à criminalidade grave, abrindo-se margem aos atores do sistema de justiça criminal a operacionalizar respostas igualmente satisfativas, e atentas aos direitos e garantias fundamentais dos acusados, à pequena e média criminalidade. Operacionaliza-se assim, no plano procedimental, o princípio da intervenção mínima, baliza fundamental de todo o sistema penal.⁵⁵ A inclusão dos acordos de não persecução penal, como tentativa de resposta parcial às adversidades próprias da estrutura contemporânea do poder-dever estatal de punir, coloca-se em um contexto de um Direito penal atento às suas finalidade de proteção subsidiária de bens jurídicos, prevenção geral por meio da ameaça penal e aplicação da pena, além da pretensão de prevenção especial na busca da ressocialização daqueles sujeitos à pena estatal.⁵⁶ A questão fundamental parece encontrar a intersecção entre seus objetivos teóricos e sua efetividade prática.

⁵⁴ Sobre o controle de constitucionalidade de norma penais, vide ANTUNES, Maria João. *Constituição, lei penal e controlo de constitucionalidade*. Coimbra: Almedina, 2020, p. 82 e ss.

⁵⁵ Nesse sentido, FERNANDES, Fernando. *O processo penal como instrumento de política criminal*. Coimbra: Coimbra Editora, p. 106

⁵⁶ Sobre as finalidades do direito penal, vide ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*. Madrid: Civitas, 1997. No mesmo sentido: MUÑOZ CONDE, Francisco. La relación entre sistema del derecho penal y política criminal: historia de una relación atormentada. *Revista de Estudios Criminales*, n. 27, out/dez 2007, p. 25. A doutrina normalmente critica a ausência de projeto político criminal no Brasil, como ausência de política de Estado destinada ao controle racional da segurança pública. A crítica, no entanto, parece colocada de forma equivocada. Em primeiro lugar porque o objetivo da norma penal não é instrumentalizar uma segurança pública eficiente. Ainda que em tese, poder-se-ia considerar uma finalidade meramente mediata e negativa como forma de limitar o controle social por parte das polícias à proteção daqueles bens jurídicos indispensáveis para a vida em sociedade. Em segundo lugar, pelo fato de o direito penal não ser instrumentalizado pela ideia de defesa social, mas sim pela ideia liberal de proteção do indivíduo. Na medida em que a segurança pública tem finalidade prospectiva, o Direito penal, na forma como hoje se apresenta, possui tanto uma baliza retrospectiva (repressão), quanto outra perspectiva (prevenção), a se notar pela própria redação do art. 1º da Lei de Execução Penal. Em terceiro lugar, em nível normativo, pelo direito penal se limitar a delimitar crimes e cominar penas, enquanto a segurança pública é mediada pela atividade policial ostensiva, própria do poder de polícia do Estado-administração. Em que pese os dados estatísticos e a atividade diária da prática policial sirvam para balizar o funcionamento concreto da justiça criminal, desvelando índices de incidência de determinados crimes específicos e possibilitando se pensar em formas mais eficientes de sua repressão e prevenção, a segurança pública se sujeita a regime jurídico diverso daquele do direito penal. Reconhece-se, todavia, uma profunda crise em relação à política de segurança e policiamento, com reflexos incontestáveis no âmbito da política criminal. Nesse sentido: KEHDI, André Pires; DIAS, Fernando Gardinali. É possível utilizar o processo penal como instrumento de implementação de políticas de segurança pública? In. PEREIRA, Claudio José Langroiva. *Segurança pública, instituições democráticas e seus elementos históricos, políticos e econômicos*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 48.

2.1.O SISTEMA INTEGRAL DE DIREITO PENAL E O DIREITO PENAL VOLTADO ÀS CONSEQUÊNCIAS

Uma incursão teórica sobre os limites daqueles comportamentos aptos a serem objeto da norma penal sob nenhuma hipótese poderá descurar das finalidades pretendidas pela sanção, sobretudo ante o imperioso axioma da proteção subsidiária de bens jurídicos. É sabido recair sobre a dogmática jurídico-penal a incumbência de definir as características do comportamento proibido, servindo como meio para atribuição de responsabilidade pelo fato cometido. Mas essa missão não se encontra desvinculada de uma ideia de determinação, muito menos daquelas finalidades próprias do sistema processual. Nas palavras de FREUND, apenas com um sistema vinculado à ideia de persecução de fins é possível remediar um ecletismo metodológico dominante em muitos âmbitos do Direito penal.⁵⁷ Caso contrário, ao rejeitar o modelo integral do sistema penal, o debate em torno de uma pena necessária e justa estaria estagnado.

A fim de sistematizar o transcurso histórico de tal diálogo interdisciplinar, tão necessário ao Direito penal continental contemporâneo, mas nem sempre unânime em suas conclusões - considerando ainda haver defensores da teoria absoluta da pena, principalmente no Direito penal anglo-saxão⁵⁸ -, podem-se ser identificados três grandes momentos de contato entre as citadas esferas teóricas: a) a completa autonomia, com a relação entre ciência principal e ciências auxiliares, própria do positivismo jurídico; b) a funcionalização do Direito penal para o cumprimento de fins político criminais; e c) a prevalência da Política criminal ante as demais esferas, própria de uma perspectiva da expansão da norma punitiva.

(a) É conhecida a sentença de Franz VON LISZT, datada de 1893, segundo a qual “o Direito penal é a barreira infranqueável da política criminal”.⁵⁹ Legatário do modelo positivista legalista, VON LISZT tinha por objetivo demarcar o âmbito de atribuições da Dogmática penal a partir de sua lógica interna. Concebendo-a como o conjunto de requisitos de punibilidade, o penalista alemão considerava a decisão legislativa como marco de surgimento da norma penal, independente de qualquer valoração político-criminal adicional ou controle da justiça de

⁵⁷ FREUND, Georg. Sobre la función legitimadora de la idea de fin. In. In. WOLTER, Jürgen; FREUND, Georg (org.). *El sistema integral del Derecho penal: delito, determinación de la pena y proceso penal*. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 95. Anteriormente vide ROXIN, Claus. Franz von Liszt e a concepção político-criminal do projeto alternativo. In. *Problemas fundamentais do Direito penal*. Lisboa: VEGA, 1986, p. 61.

⁵⁸ Vide HIRSCH, Andrew Von. *Censurar y Castigar*. Madrid: Trotta, 1998, p. 23.

⁵⁹ Do original “*das Strafrecht ist die unübersteig Scranke der Kriminalpolitik*”. Cf. VON LISZT, Franz. *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*. Zwitter Band (1892 bis 1904). Berlin: Walter de Gruyer & Co, 1905, p. 80. Citado por DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal*. Parte Geral. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 20. Para ROXIN, apenas é compreensível a extensão de tal enunciado quando se tem por pressuposto que “o Direito é o dono e senhor absoluto do ‘se’, e a política criminal a soberana exclusiva do ‘como’ da pena”, cf. ROXIN, *Franz von Liszt e a concepção político-criminal do projeto alternativo*, op. cit., p. 78-79.

decisões particulares. Os conceitos fundamentais da disciplina eram extraídos do Código Penal, a partir de seu contexto imanente, sendo este considerado, na própria expressão do autor, como “*magna carta*” do delinquente.⁶⁰ No entanto, tal ideia não pode ser descontextualizada de seu período histórico e do contexto social e político específico que o influenciou.

VON LISZT não estava completamente alheio à Política criminal. Legatário do Estado Liberal, tinha por pressuposto fundamental a ideia de submissão do Estado à lei, sendo papel da Política criminal não influenciar na decisão futura sobre os critérios de responsabilização, mas de balizar as formalidades necessárias para impedir arbitrariedade ou aplicações conjunturais do conceito de conduta ou da pena aplicável, sem a previsão prévia por parte do legislador.⁶¹ O objetivo do autor do programa de Marburgo⁶² não era outro senão o de sentenciar que a tarefa primordial da Política criminal, conforme interpretado por MUÑOZ CONDE, era conformar um Direito penal altamente formalizado, impedindo qualquer reação visceral ou conjuntural na definição de uma conduta proibida ou na pena a ser imposta, que não fosse a prévia e expressamente prevista pelo legislador na lei penal, como decorrência da manifestação democrática da vontade geral.⁶³ O princípio fundamental do Direito penal, portanto, era o da legalidade, revestido apenas de sua dimensão formal.

No período histórico em que o autor desenvolveu suas ideias prevalecia o entendimento segundo o qual somente as ciências naturais eram ciência em seu sentido mais rigoroso. Daí sua forte influência positivista. Nesse contexto cultural, o autor cunhou a expressão “*Ciência conjunta do Direito penal*”.⁶⁴ O Direito penal não se esgotaria na Dogmática, mas estaria aberto a conviver com outras ciências, compartilhando conhecimentos heterógenos, de caráter criminológico e político-criminal. Ademais, tal pretensão não passou de um viés didático, submetendo hierarquicamente a uma ciência principal suas ciências auxiliares, as quais se diferenciavam, sobretudo, pelo método de investigação empregado e pelos fins a que se

⁶⁰ SCHÜNEMANN, Bernd. La política criminal y el sistema de Derecho penal. In. Anuário de Derecho penal y Ciencias Penales. Madrid, 1991, p. 696 e ss.

⁶¹ MUÑOZ CONDE, Francisco. La relación entre sistema del derecho penal y política criminal: historia de una relación atormentada, *Lusitana*, n. 4/5, 2007, p. 500 e ss.

⁶² VOZ LISZT, Franz. *La idea de fin en Derecho penal*. Valparaíso: EDEVAL, 1984, p. 36 e ss.

⁶³ MUÑOZ CONDE, *La relación entre sistema del derecho penal y política criminal: historia de una relación atormentada*, op. cit., p. 500.

⁶⁴ Ou do original “*gesamte Strafrechtswissenschaft*”. Atualmente, há autores que se referem a expressão: “*ciência integral do Direito penal*” para se referir a uma leitura conjunta das Ciências Criminais. Cf. na Alemanha, WOLTER, Jürgen; FRUEND, Georg (eds.). *El sistema integral del Derecho penal: delito, determinación de la pena y proceso penal*. Madrid: Marcial Pons, 2004. Na Itália, a coletânea organizada por MOCCIA, Sergio; CAVALIERE, Antônio (org.). *Il modello integrato di scienza penale di fronte alle nuove questioni social*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2016.

propunham.⁶⁵ Partindo de uma ideia de sistema classificatório-categorial, LISZT atribuía à Política criminal o papel de estabelecer métodos racionais de combate à criminalidade, enquanto ao Direito penal competia uma função garantista de conferir a uniformidade na aplicação do Direito e a proteção da liberdade individual, a partir de uma perspectiva eminentemente técnico-jurídica.⁶⁶

Com razão ROXIN assevera que um sistema fechado se afasta da solução satisfatória um caso penal, ao isolar a Dogmática de decisões valorativas político-criminais, e com isso, da realidade social. Um problema pode ser resolvido com uma solução dogmaticamente correta, mas político-criminalmente errada.⁶⁷ E por tal motivo se questiona: “*de que serve, porém, a solução de um problema jurídico, que apesar de sua linda clareza e uniformidade é político-criminalmente errada? Não será preferível uma decisão adequada do caso concreto ainda que não integrável ao sistema?*”⁶⁸

Em sua conferência “*Política criminal e sistema jurídico-penal*”, de 1970, ROXIN, na esteira de JESCHECK, chama a atenção para o fato de que uma dogmática reduzida a formulações abstratas corre o risco de induzir ao magistrado a confiar em soluções decorrentes do automatismo dos conceitos jurídico-teóricos, sem levar em consideração, entretanto, as peculiaridades do caso concreto. “*O essencial é sempre a solução do problema*”, podendo, em alguns casos, recuarem para um segundo plano as exigências sistemáticas.⁶⁹ Problemas dogmático-conceituais podem ser corrigidos por meio de soluções político-criminais discrepantes, desde que não contrariem princípios constitucionais conformadores do ordenamento jurídico. A título de exemplo, na realidade pátria, pode-se citar o caso do ascetismo de certas decisões pretorianas que não aceitam a aplicação do princípio da insignificância, por não estar franqueado na legislação, mesmo sendo amplamente aceito o fato de a interpretação *preter legem* para beneficiar o acusado ser admitida em Direito penal.⁷⁰ Trata-se, em outros termos, da efetivação político-criminal do princípio da intervenção mínima.

Sem qualquer exagero, por outro lado, não se pode aceitar como fato corriqueiro e normal situações fáticas que incursionem, *ab initio*, nos inquestionáveis limites da bagatela e assistir de forma passiva a motivação da atuação dos órgãos da *persecutio* em favor da

⁶⁵ JIMENEZ DE ASÚA, Luís. *Corsi e recorsi: la vuelta de Von Liszt*. In. VON LISZT, Franz. *La idea de fin en Derecho penal*. Valparaíso: EDEVAL, 1984, p. 36 e ss.

⁶⁶ ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 2-3.

⁶⁷ ROXIN, *Política criminal e sistema jurídico-penal*, op. cit., p. 23.

⁶⁸ ROXIN, *Política criminal e sistema jurídico-penal*, op. cit., p. 7.

⁶⁹ ROXIN, *Política criminal e sistema jurídico-penal*, op. cit., p. 8.

⁷⁰ Sobre o tema vide, anteriormente, COSTA, Victor; RIBEIRO, Leo. Decisões penais nos tribunais brasileiros: um estranho caso de desprezo pela dogmática. *Revista Bonijuris*, n. 646, set/2017, p. 8 e ss.

aplicação de uma pena não merecida, muito menos justa, pois esse comportamento representa uma lesividade irrisória ao bem jurídico. Não raramente nossa Corte Constitucional tem reconhecido e abertamente criticado a deturpação do sistema penal ao se ocupar por anos, com todo o custo econômico inerente ao funcionamento da máquina pública, em casos estarrecedores e ofensivos à racionalidade humana.⁷¹

(b) Objetivando a superação da visão positivista de VON LISZT, ROXIN propõe um programa de valorações político-criminais no Direito penal, nomeadamente, na teoria do delito. Superando a perspectiva positivista da ciência jurídica avaliativa, a Ciência jurídico-penal também pode constituir um espaço no qual se desenvolvem soluções para problemas sociais específicos. O automatismo da mera subsunção de conceitos teóricos é incapaz de analisar a ponderação de interesses envolvidos nas causas de justificação, ou ainda as hipóteses de desistência voluntária e arrependimento passíveis de alterar situações jurídicas relevantes.⁷² Em relação a uma realidade própria do ordenamento pátrio, vide a solução dada para o pagamento do tributo antes do recebimento da denúncia, por exemplo.⁷³

Não há novidade em se afirmar que a Dogmática jurídico-penal cumpre uma função político-criminal. Um dos mais fundamentais princípios políticos a que o Direito penal se submete é o da legalidade dos delitos e das penas, de forma a permitir à Ciência jurídica sistematizar os conceitos primordiais pelos quais se pode considerar previsível e calculável a caracterização de um crime e a imposição de uma pena.⁷⁴ Cuida-se de um instrumento imprescindível para manter a norma penal sob controle, não extrapolando os limites estabelecidos pelo legislador e, assim, garantindo a segurança jurídica indispensável a um Estado Constitucional de Direito.⁷⁵ Quanto menor o desenvolvimento dogmático de um sistema jurídico, mais accidental, improvisada e arbitrária se torna uma decisão, fazendo-a depender de fatores incontroláveis e de difícil revisão.⁷⁶

Sem embargo, sua função não pode aí se esgotar. Reduzir a dogmática a um papel de exposição sistemática dos conceitos jurídicos resultantes da interpretação da lei penal é isolar a Ciência jurídico-penal ao cumprimento de apenas uma função político-criminal. No entanto, a

⁷¹ Vide, recentemente, o HC 205.232, Minas Gerais. Relator Ministro Gilmar Mendes, jul. 25 de agosto de 2021. Ainda, vide HC 200.764, São Paulo. Relatora Ministra Carmen Lúcia, jul. 22 de abril de 2021 e o HC 137.290, Minas Gerais. Relator Ministro Ricardo Lewandowski, jul. em 7 de fevereiro de 2017.

⁷² ROXIN, *Política criminal e sistema jurídico-penal*, op. cit., p. 15.

⁷³ Acerca de tal problemática, indispensável a obra de SÁNCHEZ RIOS, *Das causas de extinção da punibilidade nos delitos econômicos*, op. cit., passim.

⁷⁴ MUÑOZ CONDE, *La relación entre sistema del derecho penal y política criminal*, op. cit., p. 501.

⁷⁵ Nesse sentido GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *¿Tiene futuro la dogmática jurídico-penal?* Bogotá: Temis, 1983, p. 30.

⁷⁶ GIMBERNAT, *¿Tiene futuro la dogmática jurídico-penal?*, op. cit., p. 27.

pretensão de uma dogmática avalorativa e desligada dos princípios e pressupostos conformadores do Estado de Direito é praticamente inviável ou, quando verdadeiramente levada a sério, um tanto quanto ingênua. Como salienta ROXIN, a submissão do Direito à fins político-criminais não pode ser de todo contraditória, antes disso, tais searas compõem unidade dialética: “*uma ordem jurídica sem justiça social não é um Estado de Direito material*”.⁷⁷ A ressocialização, por exemplo, exige o fortalecimento de métodos aptos a permitir uma maior contemplação do indivíduo nas políticas públicas, e não a aplicação de penas indeterminadas ou submissão a tratamentos forçados. Dificilmente pode-se educar alguém para a vida social com a supressão de todas as suas liberdades. A dogmática tem de estar aberta à realidade social.⁷⁸ Logo, desde uma orientação político-criminal, demanda-se das categorias do fato punível atenção às exigências preventivas do Direito penal, reformando-se ulteriormente o sistema penal como um todo.⁷⁹

Destarte, a Dogmática deve cumprir um importante papel no cumprimento dos princípios político-criminais conformadores do sistema constitucional penal, solidificando a ideia de legalidade, ofensividade, culpabilidade etc. Isso importa que a única política criminal admissível seja aquela moldada à uma sociedade democrática e atenta ao respeito dos direitos humanos fundamentais.⁸⁰ Ao mesmo tempo cabe à dogmática cumprir sua função garantista de limitação dos abusos no exercício do poder punitivo estatal, mas também desempenhar papéis concretos de operacionalizar a intervenção mínima e permitir aos conceitos teóricos básicos, antes estanques, direcionem-se à realização dos fins das penas.

A relação entre Direito penal e política criminal pode, de outro lado, ser vista com enfoque diverso. Para HASSEMER é importante delimitar os âmbitos de atuação das duas searas, sem perder de vista suas intersecções necessárias.⁸¹ Tinha por objetivo impedir intromissões ou abusos que uma esfera poderia realizar na outra o que, a seu modo de ver, não estava bem perfilada na proposta de ROXIN. O magistrado deve estar adstrito aquilo que pode ser inferido linguisticamente da proposta político-criminal concreta, sem extrapolar seu âmbito de aplicação para uma interpretação criativa, por exemplo. Em outras palavras: não se permite discricionariedade ao julgador.⁸²

⁷⁷ ROXIN, *Política criminal e sistema jurídico-penal*, op. cit., p. 20.

⁷⁸ ROXIN, *Política criminal e sistema jurídico-penal*, op. cit., p. 20-23.

⁷⁹ ROXIN, *Política criminal e sistema jurídico-penal*, op. cit., p. 31.

⁸⁰ MUÑOZ CONDE, *La relación entre sistema del derecho penal y política criminal*, op. cit., p. 504.

⁸¹ HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del Derecho penal*. Barcelona: BOSCH, 1984, p. 35 e ss.

⁸² MUÑOZ CONDE, *La relación entre sistema del derecho penal y política criminal*, op. cit., p. 507

(c) HASSEMER se preocupou com o descompasso existente entre o saber empírico e o saber normativo, tão plasmado no estudo acadêmico do Direito penal. Conhece-se tanto sobre os instrumentos de aplicação da norma penal, mas tão pouco sobre seu objeto.⁸³ Por sua orientação às consequências queria expressar que “*legislación y jurisprudência están interesadas en las consecuencias fácticas de su actuación y que justifican (legitiman) sus comportamientos en la producción de los resultados deseados y en la evitación de aquellos que se rechazan*”⁸⁴. Por essa perspectiva, o legislador não estaria preocupado apenas na persecução do delito, mas antes, atento à realidade, de forma a pensar mecanismos para a contenção da delinquência em seu conjunto. A legitimação do sistema penal – com a justificação de seu funcionamento – dependeria da demonstração de que seus instrumentos produzem efeitos satisfatórios sobre o desviante e a sociedade. Sem tal exigência, a norma penal retrocederia a pura retribuição da culpabilidade.⁸⁵

O legislador penal se encontra especialmente tencionado ante à orientação às consequências. Em primeiro lugar acerca de que condutas selecionará como relevantes ao Direito penal e, em segundo, sobre que tipo de consequências jurídicas estabelecerá para elas. Tal desiderato pressupõe, outrossim, o conhecimento empírico do objeto de valoração, a fim de estar atento aos resultados pretendidos.⁸⁶ Nesse sentido há, sob outros termos, também uma intersecção entre Dogmática e Política Criminal. Contudo, a relação não é, no mais das vezes, isenta de conflitos. Um desequilíbrio entre a Dogmática e a Política criminal podia comprometer de forma substancial os princípios regentes do sistema penal em um Estado Democrático.⁸⁷

Estava HASSEMER apreensivo justamente sobre a situação, que se deve de toda forma evitar, da prevalência da Política criminal sobre o Direito penal. Esta realidade não é nova na história das Ciências criminais. No Estado nacional-socialista, a primazia da política era evidente, bem como a tendência da norma de implementar os fins tidos como princípio de sua ideologia.⁸⁸ O Direito penal foi dotado de instrumentos para perseguir sua finalidade primordial: a pureza da raça ariana.⁸⁹ Assim foi justificada a possibilidade de eliminação dos considerados indignos de vida, operacionalizada por teses como a culpabilidade pelo modo de

⁸³ HASSEMER, *Fundamentos del Derecho penal*, op. cit., p. 33.

⁸⁴ HASSEMER, *Fundamentos del Derecho penal*, op. cit., p. 35

⁸⁵ HASSEMER, *Fundamentos del Derecho penal*, op. cit., p. 35

⁸⁶ HASSEMER, *Fundamentos del Derecho penal*, op. cit., p. 36.

⁸⁷ MUÑOZ CONDE, *La relación entre sistema del derecho penal y política criminal*, op. cit., p. 507-508.

⁸⁸ Para maiores detalhes basta recorrer à obra de SCHMITT, Carl. *O conceito do Político*. Trad. Alexandre Franco de Sá. Coimbra: Almedina, 2015, cap. 1.

⁸⁹ MUÑOZ CONDE, *La relación entre sistema del derecho penal y política criminal*, op. cit., p. 499.

vida, cegueira jurídica ou a atitude hostil ao Direito.⁹⁰ Como bem fez observar MUÑOZ CONDE, tudo isso enquanto a dogmática discutia questões aparentemente avalorativas como a adoção do sistema causalista ou finalista do fato punível.⁹¹

Sob outra perspectiva, agora sob o manto do Estado de Direito, tal circunstância é novamente verificada no cenário da expansão da norma penal, no qual a emergência de resposta a novos riscos sociais e a eleição de novos bens jurídicos colocam o legislador ante um dilema: saber até que ponto se está ante um acompanhamento razoável e legítimo da evolução social e até que medida não se está diante de um desarrazoado processo de proliferação legislativa sem panoramas empíricos bem delineados.⁹²

Como assinala Orlando FACCINI NETO, “*a atualidade, entretanto, parece ter conferido primazia à política criminal fixando-lhe posição de domínio e mesmo de transcendência em relação à dogmática*”.⁹³ Isso é facilmente demonstrável com a proliferação de legislação punitiva em matéria de manipulação genética, meio ambiente, regulação econômica etc.: substancialmente situações a envolver riscos transindividuais e coletivos. Nesse contexto, demanda-se uma revisão dos pressupostos fundamentais do Direito penal clássico, fundado no princípio da culpabilidade.

Enquanto o tecnicismo jurídico erigiu a Dogmática como principal representante da Ciência jurídico-penal no início do século XX, os novos influxos de colaboração entre as duas áreas produziram um caminho inverso. A proposta de leitura conjunta propiciou, atualmente, uma situação na qual a Dogmática foi relegada a segundo plano, prevalecendo sobre ela interesses político-criminais, fortemente influenciados por discursos ideológicos e pautas midiáticas, próprias do marco expansivo da norma jurídico-penal.⁹⁴ A Dogmática, por sua vez, passou a ser vista como metafísica impeditiva do progresso das políticas públicas direcionadas a prevenção e repressão ao delito.

Bases tradicionais da Dogmática como a relação causal e a exigência de efetiva lesão a um bem jurídico são questionados e, ao mesmo tempo, suplantados pela norma posta. Daí

⁹⁰ Vide, sobretudo, as contribuições das chamadas Escolas de Kiel, em DAHM, Georg; SCHAFFSTEIN, Friedrich. *¿Derecho penal liberal o derecho penal autoritário?* Buenos Aires: EDIAR, 2011, p. 57 e ss. Ademais, anteriormente, BINDING, Karl; HOCHÉ, Alfred. *La licencia para la aniquilación de la vida sin valor de vida*. Buenos Aires: EDIAR, 2009, p. 49 e ss.

⁹¹ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, p. 156 e ss.

⁹² Sobretudo SILVA SÁNCHEZ, *A expansão do Direito penal*, op. cit., p. 34.

⁹³ FACCINI NETO, Orlando. As razões do anacronismo da parte geral do Código Penal. In. *Coleção 80 anos do Código Penal*. Volume 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 82.

⁹⁴ Sobre a politização populista do Direito penal vide: GARLAND, David. *A cultura do controle*. Rio de Janeiro: Revan., 2008, p. 330 e ss. No mesmo sentido CALLEGARI, André; WERMUTH, Maiquel. *Sistema penal e política criminal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 77-78.

exsurge o recurso demasiado aos tipos de perigo, em especial, o abstrato. Da mesma forma, o modelo de responsabilidade individual supostamente não daria mais conta de fenômenos complexos, exigindo-se a transferência de proteção a esferas alheias. A partir disso, o legislador recorreria cada vez mais a delitos de caráter eminentemente normativo, como os crimes omissivos impróprios.⁹⁵

À luz deste cenário, caberia à dogmática verificar até que ponto devem ser recepcionados em suas propostas os graves riscos enfrentados pelas sociedades contemporâneas. O legislador e a jurisprudência, em certa medida, suplantam a Ciência penal e vão fornecendo respostas, muitas vezes equivocadas, a tais demandas sociais.⁹⁶ Diante de sua inércia, ao mais das vezes fruto da dificuldade de acompanhar os arroubos legislativos, a Dogmática é posta a serviço da Política criminal, perdendo o seu caráter crítico e sendo chamada a legitimar, de forma irrefletida, a legislação de emergência.

O Direito penal é usado, deste modo, para resolver a angústia derivada da insegurança, perdendo a Dogmática seu papel de racionalização da lei penal em função da urgência de resposta aos novos riscos sociais emergentes.⁹⁷ Mesmo sendo o penalista sempre submetido à lei em seu labor interpretativo, as bases dogmáticas deveriam servir como técnica indispensável à criminalização, ou seja, como limite ao legislador, em especial diante do caráter fragmentário do Direito penal e da necessidade de que um tipo esteja sempre vinculado a lesão a um bem jurídico digno de tutela penal.

Quanto mais vagos os termos empregados na lei penal, mais incerto seu grau de aplicação previsível e mais difícil a eleição de padrões de comportamento por parte do cidadão. Quando a Dogmática se coloca à disposição da Política criminal não mais para limitar e racionalizar os pressupostos para a imposição de uma pena, mas tão só para legitimar a escolha discricionária do legislador, se está frente a uma degeneração das relações de complementariedade das duas searas do saber.⁹⁸

Desta forma, se torna um trabalho de Sísifo lutar contra a hipertrofia da norma penal. A Dogmática, na prática, é tolhida em seu papel crítico diante da pauta político-legislativa populista do incremento da criminalização, como resposta aos anseios populares de combate à

⁹⁵ SILVA SÁNCHEZ, *A expansão do Direito penal*, op. cit., p. 38-39.

⁹⁶ MUÑOZ CONDE, *La relación entre sistema del derecho penal y política criminal*, op. cit., p. 509.

⁹⁷ Sobre o papel da teoria do delito na racionalização do Direito penal: “entre cada precepto penal particular y su aplicación a las circunstancias de hecho se introduce el sistema del hecho punible”, vide: NAUCKE, Wolfgang. *Derecho penal: una introducción*. Buenos Aires: Astrea, 2006, p. 284.

⁹⁸ Sobre o bem jurídico como critério limitador da atividade legislativa, cf. ROXIN, Claus. O bem jurídico como critério crítico ao legislador em xeque. In. *Novos estudos de Direito penal*. São Paulo: Marcial Pons. Acerca da necessidade de uma perspectiva crítica da dogmática penal, cf. TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. Florianópolis: Tirant Lo Blach, 2018, p. 30 e ss.

insegurança generalizada e aos novos riscos sociais.⁹⁹ É interessante notar que, na jurisprudência comparada, o próprio Tribunal Constitucional alemão (*BVerfGE* 120, 224 Tz. 35) decidiu que é atividade do legislador definir de forma vinculante o âmbito da conduta punível, sendo livre para decidir se um bem jurídico que considere relevante é digno de tutela por meio do Direito penal.¹⁰⁰

É inegável a necessidade de continuar a defender o papel da Dogmática jurídico-penal como a definidora de critérios indispensáveis para tornar racional a aplicação de uma sanção. Impossível negar, desta maneira, seu caráter limitativo do exercício do poder punitivo e com isso da arbitrariedade do poder político por meio de princípios como o da proteção subsidiária de bens jurídicos e da culpabilidade. À Dogmática cabe a tarefa de controle intelectual das decisões judiciais e, com isso, constituiria, nas palavras de SCHÜNEMANN, um verdadeiro quarto poder no âmbito do Estado de Direito.¹⁰¹ Afinal, alguma resposta deve ter a antiga máxima atribuída a Juvenal: *quis custodiet ipsos custodies?*

Na lembrança de MUÑOZ CONDE, a experiência histórica é farta em demonstrar a impossibilidade de baixar a guarda e tornar a Dogmática penal serviçal das novas tendências político-criminais. Tal reflexão é extremamente pertinente principalmente quando, nos tempos hodiernos, vive-se uma possibilidade concreta de regressão histórica a regimes autoritários, suscetíveis de expor a perigo as bases democráticas mais fundamentais da sociedade.¹⁰² À Dogmática cabe, essencialmente, denunciar os perigos da arbitrariedade da punição desenfreada em um Estado Democrático.

(d) Em que pese se defenda a necessidade de uma Dogmática jurídico-penal crítica ao poder punitivo estatal, nem sempre ela é capaz de deter o aparato legislativo e suas bases de apoio populistas. Diante da hipertrofia descontrolada da legislação penal, exsurge uma renovada perspectiva para a função que o Processo penal realiza no âmbito do Estado de Direito. Instrumento indispensável para a realização do Direito material, o Processo penal deve

⁹⁹ A Alemanha chegou a reconhecer a ausência de legitimidade democrática da Dogmática jurídico-penal para estabelecer critérios aptos a ensejar a inconstitucionalidade de uma norma penal. A decisão foi tomada no julgamento que discutia a legitimidade do delito de incesto e sobre a possibilidade da categoria dogmática da necessidade de lesão a um bem jurídico ser utilizada como critério de análise. Sobre o precedente vide GRECO, Luís Comentários ao estudo de SCHÜNEMANN “O Direito penal é a *ultima ratio* da proteção de bens jurídicos! – sobre os limites invioláveis do Direito penal em um Estado de Direito liberal. In. IBCCRIM 25 anos. Belo Horizonte, 2017, p. 209 e ss.; bem como SCHÜNEMANN, Bernd. Direito penal no Estado Democrático de Direito. In. *Direito penal, racionalidade e dogmática*. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 37 e ss.

¹⁰⁰ Precedente sobre a constitucionalidade do delito de incesto citado por SCHÜNEMANN, *Direito penal no Estado Democrático de Direito*, op. cit., p. 37-38

¹⁰¹ SCHÜNEMANN, *Direito penal no Estado Democrático de Direito*, op. cit., p. 46.

¹⁰² MUÑOZ CONDE, *La relación entre sistema del derecho penal y política criminal*, op. cit., p. 509.

constituir um verdadeiro instrumento de racionalização da acusação e, no espaço do conflito de irracionalidades próprios do aparato punitivo, demonstrar o que o Direito penal não pode ser.¹⁰³

O Processo penal, principalmente no âmbito acadêmico, pouco é lembrado na equação do sistema penal.¹⁰⁴ Em que pese goze de autonomia científica própria, não sendo dependente do Direito material para estabelecer suas próprias regras e seguir seu próprio método, compartilha com o Direito penal a finalidade de fornecer respostas aos desvios sociais e assim satisfazer as funções do sistema criminal.¹⁰⁵ Sabe-se, desde há muito, que o Direito processual penal tem por função precípua realizar o Direito penal material, constituindo uma verdadeira ponte entre este último e a realidade, indo desde a suspeita até a absolvição ou condenação definitiva, sempre quando constatada a existência dos pressupostos de punibilidade.¹⁰⁶ No entanto, sua finalidade não pode se esgotar em aspectos intraprocessuais.¹⁰⁷

Na análise dos pressupostos necessários para caracterização da responsabilidade e eventual aplicação da punição é que atua o Processo penal: tem por finalidade concretizar, por meio de seu conjunto normativo, o princípio da necessidade de criminalização e de pena. É indubitável haver criminalizações que não são passíveis de serem objeto do Processo penal, por este se limitar a ser instância de resoluções de conflitos sociais profundos (em simetria ao princípio material da *ultima ratio*). Condutas com baixa ou nenhuma censurabilidade, meras desobediências e desvios técnicos ou comportamentos minimamente nocivos contra a economia que, muitas vezes, sequer são conhecidos pelo cidadão, não merecem ocupar o tempo do sistema de justiça criminal.¹⁰⁸

Nessa lógica, o Processo penal serve tanto para cumprir um programa político-criminal no sentido da efetivação do princípio da necessidade de tutela de bens jurídicos, quanto na prevenção especial positiva, consubstanciada na reintegração do agente à sociedade. Ao ser classificado como instância racionalizadora de controle permite, de um lado, a distinção de casos aptos a ensejar o transcurso de um Processo penal dilatado com todas as garantias a ele

¹⁰³ Nesse sentido: PALMA, Maria Fernanda. O problema penal do Processo Penal. In. PALMA, Maria Fernanda (coord.). *Jornadas de Direito processual penal e Direitos fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 48.

¹⁰⁴ Lembra NAUCKE que “*quien pueda sacarle provecho a un pequeno matiz de una nueva teoria da pena obtiene mayor reconocimiento qu quien demuestra la inhumanidad o la inconveniencia de detalles procesales o pequeñeces de la organización judicial*” NAUCKE, Wolfgang. *Derecho penal: una introducción*. Buenos Aires: Astrea, 2006, p. 164.

¹⁰⁵ Sobre a autonomia científica do Direito Processual penal, cf. DIAS, *Direito processual penal*, op. cit., p. 33; No Brasil, SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes. *Por uma teoria da ação processual penal*. Curitiba: Observatório da mentalidade inquisitória, 2018, p. 58 e ss.

¹⁰⁶ HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la Criminología y al Derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blach, 1989, p. 123.

¹⁰⁷ Como se extrai da repetida lição de GOLDSCHIMIDT, James. Teoria general del proceso. In. *Derecho, Derecho penal y Proceso*. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 821.

¹⁰⁸ PALMA, *O problema penal do Processo penal*, op. cit., p. 48.

inerentes e, de outro, ao dar efetividade a uma célere resposta estatal na resolução do conflito penal, abre espaço para mecanismos de diversificação da pena e maior participação dos sujeitos processuais na administração da justiça penal, ao reconhecer a possibilidade de soluções negociadas.¹⁰⁹

Isoladamente, o Processo penal não serve, nessa vertente, a corrigir completamente as deficiências da seleção penal ou a criminalizações construídas de forma arbitrária, como bem esclarece PALMA. Depende, necessariamente, de uma visão integrada e coordenada do sistema. Por meio de um conceito material de crime constitucionalmente orientado, a norma processual pode permitir a distinção de casos segundo razoáveis critérios de justiça e à luz dos fins primordiais da pena, de forma a com isso dar efetividade e celeridade à consecução da justiça penal.¹¹⁰

Isso é especialmente verificável quando se considera o delito como uma conduta que mereça e necessite a aplicação de uma pena.¹¹¹ De um lado, o merecimento de pena, sob uma perspectiva *ex ante*, valora determinado comportamento, verificando os requisitos aptos a ensejar a sua reprovabilidade, de modo a justificar a imposição de uma pena. DE-LORENZI os sintetiza em quatro critérios essenciais para se concluir o merecimento de pena de uma conduta: (a) a existência de um bem jurídico de elevada relevância social (objeto jurídico); (b) a indispensabilidade de uma grave agressão a esse objeto, na forma de dano ou de perigo (ofensividade); (c) a (in)tolerabilidade social dessa agressão (fragmentariedade); e (d) a reprovabilidade subjetiva de tal comportamento (culpabilidade).¹¹²

De outro lado, há de se analisar a necessidade de pena, isto é, se há um nexo entre a sanção criminal e as finalidades que se pretenda alcançar com ela. Em síntese, mesmo diante da diferença de tratamento doutrinal de tal tema,¹¹³ DE-LORENZI considera imprescindível para tal análise: (a) a ausência de meios menos gravosos do que a pena para se atingir os efeitos almejados (subsidiariedade); (b) a idoneidade da pena para a consecução dos seus objetivos

¹⁰⁹ ANTUNES, *Direito processual penal*, op. cit., p. 12.

¹¹⁰ PALMA, *O problema penal no Processo penal*, op. cit., p. 51.

¹¹¹ Sobretudo FRISCH, Wolfgang. Delito y sistema del delito. In. WOLTER, FRUEND (eds.), *El sistema integral del Derecho penal*, op. cit., p. 200.

¹¹² DE-LORENZI, Felipe. O contributo da proposta de um sistema integral para a relação entre Direito penal e Processo penal: a transcendência dos critérios de merecimento e necessidade de pena. In. GIACOMOLLI, Nereu et al. (orgs.). *Processo penal contemporâneo em debate*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 231.

¹¹³ Vide, ademais, a posição crítica de ROXIN consagrada pela doutrina pátria na discussão das causas de extinção da punibilidade, cf. ROXIN, *Derecho penal: parte general*, p. 981 e ss. No Brasil, SÁNCHEZ RIOS, *Das causas de extinção da punibilidade nos delitos econômicos*.

preventivos; e (c) que os danos colaterais de sua aplicação não superem àqueles causados pelo comportamento delitivo (proporcionalidade em sentido estrito).¹¹⁴

Um sistema adequado à realidade, nesse sentido, não pode se fundamentar em critérios classificatórios rígidos, mas ser capaz de se adequar a variações de grau em relação a afetação de um bem jurídico: um ilícito para o qual se aplique a pena mínima está muito mais próximo da ausência de pena do que a uma pena grave.¹¹⁵ Abre-se espaço, com isso, para que o Processo penal seja não um mero expectador da norma substantiva, mas sim um intermediário ativo da tipicidade material.¹¹⁶ Com isso, não se pode pensar em um avanço indevido do Processo sobre as preocupações próprias do Direito material, ou vice versa,¹¹⁷ mas de uma relação complementar com vista ao atingimento de fins comuns do sistema criminal.

Insta destacar, ademais, que há reformas tidas como indispensáveis à modernização do Processo penal, de forma a fazer frente às dificuldades logísticas da mais variada ordem. Até por um viés pragmático, não se esgotam as preocupações da administração da justiça em mera postulação de maior eficiência e menor custo econômico à solução de casos. A própria sobrevivência do Processo penal contemporâneo, como corolário da ordem constitucional, depende de maior “*celeridade, de simplificação e de economia processual*”, até como forma de se legitimar perante a estrutura estatal sujeita à enormes contingências.¹¹⁸ Não bastasse, no rol de direitos e garantias fundamentais do acusado, encontra-se o direito a um julgamento em um prazo razoável (art. 5º, LXXVIII, CF), além, de outro lado, do dever de eficiência por parte dos agentes públicos (art. 37, *caput*, CF).

Não se pode deixar de concordar com ROXIN, para quem “*los fines de la pena, las finalidades extrapenales y los puntos de vista de la culpabilidad también pueden ser relevantes en el Derecho procesal*”.¹¹⁹ Isto é especialmente mensurável à luz do princípio da oportunidade.

¹¹⁴ DE-LORENZI, *O contributo da proposta de um sistema integral para a relação entre Direito penal e Processo penal*, op. cit., p. 231.

¹¹⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesus-Maria. Introducción: dimensiones de la sistematicidad en la teoría del delito. In: WOLTER, FRUEND (eds.), *El sistema integral del Derecho penal*, op. cit., p. 15. Bem como, DE-LORENZI, *O contributo da proposta de um sistema integral para a relação entre Direito penal e Processo penal*, p. 232-233.

¹¹⁶ ROXIN, invocando BELING, chama atenção para a diferença das condições objetivas de punibilidade e dos pressupostos de punibilidade: “*si no se interpone la necesaria querela, ocurre que el autor certamente ‘merece la correspondiente pena, pero que en el caso concreto debe paralizarse... la realización de la punibilidad’, porque el ofendido y la comunidad no tienen ningún interés en que haya un proceso o incluso tienen un interés opuesto a ello*”. Cf. ROXIN, *Derecho penal: parte general*, op. cit., p. 986.

¹¹⁷ Como é a posição de Hilde KAUFMANN, citada por ROXIN. Segundo este último, a imposição ou não imposição de uma pena, dependeria de uma pergunta teste: é possível aplica-la sem processo ou não? Cf. ROXIN, *Derecho penal: parte general*, op. cit., p. 987. Em síntese, o autor adota a posição de GALLAS e SCHMIDHÄUSER para afirmar que as condições de punibilidade têm relação com o fato praticado, e as condições de procedibilidade não tem relação com o fato. No entanto, disso não sucede que o Processo deva estar alheio à norma material ou que o Direito substantivo não preste contas às normas processuais.

¹¹⁸ BRANDÃO, *Acordos sobre a sentença penal*, op. cit., p. 168-169.

¹¹⁹ ROXIN, *Derecho penal, parte general*, op. cit., p. 991.

O interesse público em uma eventual persecução penal, tendo em vista uma escassa culpabilidade, somente pode se verificar por um critério atinente aos fins da pena. Se a oportunidade é um critério eminentemente processual, isso decorre da intenção do legislador em dotar o Ministério Público ou o tribunal de maior liberdade para a imposição de uma reprimenda, seja por critérios da economia processual, seja pela desnecessidade da persecução para alcançar a paz jurídica. Na hipótese de tal decisão ter sido deixada ao Direito material, isso teria de ser feito na forma de “*situações de oportunidade*”, como causas de exclusão de responsabilidade ou causas de exclusão da punibilidade.¹²⁰ Isso, todavia, ainda importaria em um déficit de execução a ser resolvido exatamente por meio do Processo penal.

Poder-se-ia pensar, desta forma, em um Processo penal de duas velocidades, distinguindo a criminalidade grave da pequena e da média.¹²¹ O primeiro a importar na dilação probatória, assentado na premissa da audiência de instrução, e o segundo como aquele predisposto a sugerir formas diversas de resolução de conflito, como acordos e resoluções consensuais ou ritos procedimentais mais céleres. Cada vez mais, no entanto, se desenvolve a ideia de que a simplificação processual deve caminhar também aos fenômenos criminais mais graves e complexos.¹²²

Na experiência comparada, em atenção aos fins do Direito penal e objetivando a superação da teoria absoluta da pena, FREUND reivindica somente para os crimes graves um dilatado procedimento penal, não se podendo resolvê-los de forma simplificada, dada sua própria complexidade. Diversamente ocorre nos delitos menos graves, cujo procedimento abreviado de composição pode ser muito mais efetivo para a restauração da paz jurídica.¹²³

O problema parece estar, justamente, nesse liame existente entre a definição de pequena, média e grave criminalidade. Desde a aceitação, por parte da doutrina, da ideia de antijuridicidade material é possível balizar o grau de afetação ao bem jurídico, partindo de uma ideia de mínima ofensividade, nos delitos de bagatela, até os graves atentados aos valores fundamentais da ordem constitucional.¹²⁴

É possível identificar dois níveis de gradação. O primeiro, e mais básico, é aquele fixado pelo legislador, com base na tipicidade formal e na pena em abstrato dos delitos, como o faz,

¹²⁰ ROXIN, *Derecho penal, parte general*, op. cit., p. 991.

¹²¹ ANTUNES, *Direito processual penal*, op. cit., p. 13. Em sentido semelhante, vide ANDRADE, *Consenso e oportunidade*, p. 334 e ss.

¹²² BRANDÃO, *Acordos sobre a sentença penal*, op. cit., p. 174. Uma abordagem gradual, todavia, levando-se em conta os reflexos da experiência prática, demonstra-se como uma perspectiva mais prudente por parte do legislador, como quando da negativa de aprovação do então art. 395-A do Projeto anticrime.

¹²³ FREUND, *El sistema integral del Derecho penal*, op. cit., p. 113.

¹²⁴ ROXIN, *Derecho penal: parte general*, op. cit., p. 558-559.

por exemplo, quando da fixação de competência nos juizados especiais criminais (art. 61 da Lei 9099/95).¹²⁵ Da mesma forma que se está sujeita à arbitrariedade legislativa a criação de novos crimes, também o está, *prima facie*, sua caracterização como especialmente grave. Isso é facilmente demonstrável quando se verifica a ausência de critério ontológico para se considerar um crime como hediondo, nos termos da Lei 8.072/90, bem como a forte pressão institucional e popular para se incluir um delito como o de corrupção no rol dos especialmente agravados.¹²⁶

Em segundo, em nível jurisprudencial, levando-se em consideração, sobretudo, a descaracterização da tipicidade material. Por demais conhecido o entendimento do Min. Celso de Mello acerca do reconhecimento do princípio da insignificância no âmbito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.¹²⁷ Expressão dos princípios da fragmentariedade e da intervenção mínima, o Ministro fixou como critérios de sua aplicabilidade: “(a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada”.¹²⁸

Inegável, portanto, uma relação indissociável entre Direito penal, Processo penal e Política criminal. Aliás, entre as duas primeiras searas, FIGUEIREDO DIAS afirma existir uma verdadeira *complementariedade funcional* sem a perda de autonomia das duas esferas, mas necessária para a consecução dos objetivos do ordenamento punitivo em um Estado Democrático de Direito.¹²⁹ Na prática, como leciona ROXIN, alguns institutos de Direito material são funcionalmente equivalentes aos processuais, citando as condições objetivas de punibilidade e os pressupostos processuais ou as hipóteses de insignificância e aquelas correspondentes às permissivas de transação penal no Direito alemão.¹³⁰ De igual modo, uma

¹²⁵ Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.

¹²⁶ Sobre os problemas estruturais da lei dos crimes hediondos, vide: FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*

¹²⁷ Vide *Revista Trimestral de Jurisprudência*, n. 192, pp. 963-964. Cf. ademais, do mesmo Supremo Tribunal Federal, HC 87.478/PA, Rel. Min. Eros Grau – HC 92.463/RS, Rel. Min. Celso De Mello – HC 94.505/RS, Rel. Min. Celso De Mello – HC 94.772/RS, Rel. Min. Celso De Mello – HC 95.957/RS, Rel. Min. Celso De Mello.

¹²⁸ Acerca do instituto jurídico do princípio da insignificância como critério excludente da tipicidade material, vide, FAGUNDES, Rafael. *A insignificância no Direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2019. Ainda GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da insignificância e outras excludentes da tipicidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. E, mais recentemente, EISELE, Andreas; CRUZ, Rogério Schietti. *Insignificância penal*. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 101 e ss.

¹²⁹ Nesse sentido DIAS, *Direito processual penal*, op. cit., p. 28. No mesmo sentido, ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Ediciones del Puerto, 2000, p. 6. Assim também BINDER, para quem “*nuestra perspectiva será funcional; es decir, señalaremos la operatividad del proceso penal, en conjunción con las normas penales, dentro de la configuración de la política criminal de nuestra sociedad*”, cf. BINDER, Alberto. *Introducción al Derecho procesal penal*. Buenos Aires: AdHoc, 2009, p. 44.

¹³⁰ Referindo-se ao § 153 do StPO, cf. ROXIN, *Derecho procesal penal*, op. cit., p. 6.

regulamentação processual satisfatória não é possível sem um Direito material igualmente estruturado, de forma a cumprir suas funções preventivo-especiais.¹³¹

Quanto às relações entre Processo penal e Política criminal, FIGUEIREDO DIAS enaltece a necessidade de também o Processo penal estar atento às consequências que deve produzir. Se o procedimento penal fosse alheio à Política criminal, continua o autor, seria incapaz de se adaptar aos novos rumos das relações comunitárias, da pessoa em relação ao ente estatal e dos diferentes contextos históricos e sócio-políticos.¹³² Negar tal relação significaria o mesmo que taxar o Código de Processo penal como anacrônico e com uma pretensão falsamente universal. No que concerne a mesma crítica feita às relações entre Dogmática e Política criminal, deve haver, para FIGUEIREDO DIAS, um sistema de freios e contrapesos sujeito ao Direito constitucional, de maneira de funcionar como barreira a novos influxos político-criminais desproporcionais e antidemocráticos.¹³³

Não se está a pugnar, ainda no magistério do autor português, uma subtração da independência material do magistrado na condução do caso penal. Este deve estar sempre adstrito à lei e à Constituição, além é claro da prova dos autos, antes de tomar qualquer decisão direcionado à observação das consequências político-criminais da situação concreta em que decide.¹³⁴ Outrossim, é uma pauta que interessa, sobretudo, e antes de qualquer outra consideração, ao legislador, quando de sua atividade conformadora do sistema, abrindo espaço para a adaptação e capilaridade da estrutura de funcionamento do Processo.

O Processo penal, portanto, não pode estar dissociado das regulações próprias do Estado de Direito, entendido esse não só como submetido à lei, mas antes disso como intrinsecamente relacionado à proteção dos direitos fundamentais do cidadão.¹³⁵ Para lembrar a expressão de HENKEL, esse ramo jurídico constitui verdadeiro “*Direito constitucional aplicado*”.¹³⁶ Ou ainda ROXIN, para o qual “*el Derecho procesal penal es el sismógrafo de la Constitución del Estado*”.¹³⁷ O pretexto do funcionamento eficaz e desembaraçado da justiça criminal não pode legitimar a suspensão dos valores constitucionais próprios de um Processo penal democrático.¹³⁸ Com o argumento de que se tenha de observar as consequências do

¹³¹ ROXIN, *Derecho procesal penal*, op. cit., p. 6-7.

¹³² DIAS, Jorge de Figueiredo. Para uma reforma global do processo penal português – da sua necessidade e de algumas orientações fundamentais. In. *Para uma nova justiça penal*. Coimbra: Almedina, 198, p. 195.

¹³³ DIAS, *Para uma reforma global do processo penal português*, op. cit., p. 195.

¹³⁴ DIAS, *Para uma reforma global do processo penal português*, op. cit., p. 200.

¹³⁵ NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito*, Coimbra, Almedina, 2013; DIAS, *Para uma reforma global do processo penal português*, op. cit., p. 202.

¹³⁶ DIAS, *Direito processual penal*, op. cit., p. 74.

¹³⁷ ROXIN, *Derecho procesal penal*, op. cit., p. 10.

¹³⁸ DIAS, *Para uma reforma global do processo penal português*, op.cit., p. 202.

procedimento não se pode levar a cabo a destruição das garantias do acusado. No entanto, uma visão utilitarista da controvérsia teria permitido, nos últimos anos, a flexibilização de algumas prerrogativas constitucionais, sob a justificativa do combate efetivo ao terrorismo, em nível internacional, ou a repressão a corrupção, como no caso do Brasil.¹³⁹

A sintonia entre Direito e Processo penal aponta, em última análise, a uma alteração dos critérios próprios deste último. Nas palavras de FERNANDES, o Processo passa de um caráter retrospectivo, “*limitado a identificação dos elementos constitutivos da infracção, para um caráter prospectivo, voltado para a obtenção de finalidades de política criminal*”¹⁴⁰. A eficiência da prestação jurisdicional para a ser critério de prevenção do crime, seja geral ou especial.¹⁴¹ Eficiência essa que, apesar disso, não se desvincula das exigências próprias das garantias constitucionais.

Poder-se-ia objetar, nesse sentido, a impossibilidade de um uso político-criminal do Processo penal, principalmente à luz do princípio constitucional da presunção de inocência. Tradicionalmente se sustenta que Direito e Processo penal deveriam desempenhar funções distintas, limitando-se o primeiro às funções preventivas e reparadas da pena e o segundo às garantias de defesa e à disciplina da persecução punitiva estatal. Argumenta-se que ao assumir encargos pré-punitivos de contenção de conflitos sociais gerados pelo crime, afrontaria a presunção de inocência. Isso é fácil e acertadamente demonstrável quando do uso e abuso do recurso das prisões processuais com finalidades preventivas, ademais quando amparadas sob o fundamento da garantia da ordem pública, conceito amplo, abstrato e indefinível: incompatível com a certeza exigida da lei penal.¹⁴²

O direito a um julgamento justo, imparcial, e asseguradas as garantias do contraditório e da ampla defesa, é assegurado constitucionalmente como premissa fundamental do devido processo legal (art. 5º, LIV, CF). No entanto, nem toda função preventiva do Processo penal pode ser considerada danosa aos direitos fundamentais do acusado. A exemplo do até aqui exposto, sustenta-se a adoção de formas alternativas de prevenção e estabilização das relações sociais, impedindo com isso a extensão desmesurada de reações vingativas das agências oficiais

¹³⁹ A lição de ROXIN é esclarecedora: “*Sin embargo, sería peligrosa la suposición de que y ala ‘eficiencia’ de la administración de la justicia penal satisfaría al Estado de Derecho. Una administración de justicia penal propia de un Estado de Derecho debe unir la capacidad funcional con una salvaguarda total del principio de formalidad: solo si ella reúne esas características podrá restablecer la paz jurídica. Si las necesidades de eficiencia y de protección del inculpaado entran en conflicto, la preferencia nunca corresponderá a la regla según la cual sería posible la condena, sino que todos los puntos de vista deben ser ponderados entre sí y valorados según su significado em la situación procesal concreta.*”, cf. ROXIN, *Derecho procesal penal*, op. cit., p. 4.

¹⁴⁰ FERNANDES, *O processo penal como instrumento de política criminal*, op. cit., p. 70.

¹⁴¹ FERNANDES, *O processo penal como instrumento de política criminal*, op. cit., p. 70.

¹⁴² PALMA, *O problema penal do Processo penal*, op. cit., p. 42.

de controle.¹⁴³ A título negativo, isto é, quando sirva para limitar a amplitude de incidência da norma penal, principalmente quando represente a degeneração de critérios dogmáticos liberais, serve o Processo penal de instrumento de garantia e proteção do acusado em face de eventuais futuros e danosos efeitos da condenação. A concretização processual do princípio da necessidade de criminalização é um caso paradigmático.

Também não se justifica o uso político criminal do Processo penal apenas para um ganho prático de eficiência e celeridade na prestação jurisdicional e no desembaraço da sobrecarregada administração da justiça penal. Não se pode legitimar a incidência da norma penal em concreto pelo mero comprometimento com o grau de eficiência que se proponha a cumprir: para reduzir a incidência de crimes não basta que se matem os criminosos.¹⁴⁴ Como lembram CALLEGARI e WERMUTH, há duas formas de se enxergar a efetividade: a primeira como a busca do fim para qualquer meio, traduzido em outras palavras por *eficientismo*; a segunda a partir do contraste dos fins perseguidos com os objetivos cumpridos, e do controle da racionalidade do procedimento. Não se confunde assim efetividade com *eficientismo*.¹⁴⁵ Por mais nobre que seja a finalidade perseguida pela norma, o emprego de um meio ilegítimo também torna aquele injustificável.

Nessa linha, salienta FERNANDES ser possível concluir que qualquer alternativa de natureza processual para tentar se resolver o problema inerente a ineficácia do sistema de justiça criminal somente poderá ser levada a cabo se observado o modelo de Política criminal informativo de dito sistema, as consequências das decisões para a administração da justiça criminal, bem como os limites estabelecidos pelo sistema constitucional de proteção do acusado contra a arbitrariedade estatal, como forma de controle do procedimento para se atingir ditas finalidades.¹⁴⁶

Em relação ao objeto de discussão deste trabalho, propriamente dito, ainda poder-se-ia contestar que a discussão de uma temática que envolve instituto eminentemente processual, reforçado pela sua inclusão no art. 28-A do Código de Processo Penal, como fez a reforma de 2019, fugiria à discussão própria de Dogmática e Política criminal, atinente aos pressupostos do delito e aos fins da reação penal. O Processo penal, considerado como instrumento para a realização do Direito material, seja na afirmação, seja na negação dos pressupostos de

¹⁴³ PALMA, *O problema penal do Processo penal*, op. cit., p. 42.

¹⁴⁴ MORAES, Maurício Zanoide de. Política criminal, Constituição e Processo penal: Razões da caminhada brasileira para a institucionalização do caos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 101, jan/dez 2006.

¹⁴⁵ CALLEGARI; WERMUTH, *Sistema penal e política criminal*, op. cit., p. 131.

¹⁴⁶ FERNANDES, *O processo penal como instrumento de política criminal*, op. cit., p. 71.

punibilidade por meio das provas apresentadas em contraditório, tem, sem dúvida, uma finalidade político-criminal.¹⁴⁷ O Processo realiza a política criminal na medida em que media a realização da norma material.

O acordo de não persecução penal tem desempenhado um papel político-criminal não só legislativamente, onde foi inicialmente concebido, mas também em nível jurisprudencial, onde as controvérsias sobre sua aplicação têm permitido ampliar seu alcance ante o funcionamento da justiça criminal. É o exemplo da discussão sobre a retroatividade do instituto do acordo para a aplicação aos processos em curso e com trânsito em julgado.

A primeira vista, poder-se-ia concluir que tal celeuma decorria de uma mera decorrência dogmática do princípio da legalidade, sobre as diferenças de aplicação temporal da norma, seja no âmbito material, seja na esfera processual. Contudo, atendo-se eminentemente aos fins a que os acordos se destinam, denota-se uma consequência político-criminal concreta, com o objetivo de se eliminar dificuldades probatórias e de se antecipar possíveis efeitos secundários de uma eventual sentença condenatória. É certo que de um ponto de vista constitucional, não pode ser considerado como fim último do Processo penal a perseguição de uma condenação tendo em vista, sobretudo, a iniciativa probatória das partes e a garantia de imparcialidade por parte do juiz da causa. Porém, em casos cujos objetivos preventivos se dirijam mais à evitação das consequências econômicas do delito do que a pena corporal futuramente imposta ao acusado, a decisão em comento parece ter se direcionado à primeira delas, mesmo sem um juízo definitivo sobre a culpabilidade.

Ante o exposto, não se pode concluir em caminho diverso de que, se o Processo penal já não cumpre uma finalidade político-criminal, também o deveria fazê-lo, mormente quando se ocupa de funcionar como filtro de racionalização do exercício do poder punitivo estatal. Diante das dificuldades de adequação do Direito penal material, o legislador tem constantemente buscado soluções na seara do Direito processual, em uma clara mudança de perspectiva ante às finalidades do sistema penal em geral.¹⁴⁸ Resta saber, todavia, a qual Política criminal deve estar assentada, quando se pretenda compatível e legitimado pelos objetivos declarados de um Estado Constitucional e democrático de Direito.

¹⁴⁷ Sobre a função instrumental do processo penal vide DIAS, *Direito processual Penal*, op. cit., p. 24 e ss. Da mesma forma, SILVEIRA, *Por uma teoria da ação processual penal*, op. cit., p. 51 e ss.

¹⁴⁸ GALAIN PALERMO, Pablo. Suspensão do processo e terceira via: avanços e retrocessos do sistema penal. In. MONTE, Mário Monteiro (coord.). *Que futuro para o Direito processual penal?* Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal português. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 614.

2.2. MODELOS DE POLÍTICA CRIMINAL E A CRISE DA PRETENSÃO DE UNIVERSALIDADE DO DIREITO PENAL

Vencida a exposição sobre as premissas do uso político-criminal do Processo penal, e o que se poderia chamar de um “*sistema integral de Direito penal*”,¹⁴⁹ englobando Direito substantivo e Direito processual, com o fim de realizar na prática o poder punitivo estatal à luz do princípio da proteção subsidiária de bens jurídicos, resta saber o contexto de que modelo de política criminal a consecução dos objetivos da justiça criminal se enquadra, considerado sob o enfoque histórico e das expectativas sociais que pretende satisfazer.¹⁵⁰

2.2.1. Uma concepção principialista de Política criminal

Em primeiro lugar, há de se entender por Política criminal aquela seara destinada a determinar quais fatos deverão ser criminalizados e elevados a categoria de tipo e, nesse caso, quando se deve condicionar ou não a aplicação de uma pena.¹⁵¹ Como área específica da política em geral, tem por objetivo mediar a gestão de conflitos próprios da sociedade contemporânea, como mecanismo para controle do exercício da violência legítima por parte do Estado.¹⁵² Em outras palavras, “*a política criminal é aquele saber que tem por objeto a ação humana com o fim de evitar as consideradas gravemente lesivas para a subsistência da sociedade*”.¹⁵³ Toda Política criminal pressupõe uma determinada acepção de Direito e de Processo penal, de seus objetos e seus fins, estando por detrás delas, em todo caso, sempre determinada ideologia política.¹⁵⁴

¹⁴⁹ Nesse sentido, WOLTER, Jürgen. Estudio sobre la dogmática y la ordenación de las causas materiales de exclusión, del sobreseimiento del proceso, de la renuncia a la pena y la atenuación de la misma. Estructuras de un sistema integral que abarque el delito, el proceso penal y la determinación de la pena. In. *El sistema integral del Derecho penal*, op. cit., p. 31 e ss. Assim como, CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. Teoría del delito y proceso penal. In. PÉREZ MANZANO, M et. al (org.) *Estudios en homenaje a la profesora Susana Huerta Tocildo*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2020, p. 399.

¹⁵⁰ TEIXEIRA, *Princípio da oportunidade*, op. cit., p. 27 e ss.

¹⁵¹ Nesse sentido RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo. *Derecho penal: parte general*. Madrid: Civitas, p. 21.

¹⁵² Cf. BINDER, *Introducción al Derecho procesal penal*, op. cit., p. 45 e ss.

¹⁵³ SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo. *Fundamentos de política criminal: un retorno a los principios*. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 25, tradução nossa.

¹⁵⁴ RODRIGUEZ MOURULLO, *Derecho penal: parte general*, op. cit., p. 21. Ainda para ROXIN, “*Reside en ello su actualidad política, la cual significa, al mismo tiempo, que cada cambio esencial en la estructura política (sobre todo una modificación de la estructura del Estado) también conduce a transformaciones del procedimiento penal*”. Cf. ROXIN, *Derecho procesal penal*, op. cit., p. 10.

Nesse sentido, na linha do que sustenta SÁNCHEZ-OSTIZ, a Política criminal se baseia em três enunciados básicos: a) na sociabilidade humana, sobre a qual se sustenta o princípio da segurança, entendido como necessidade de tutela da vida social; b) na liberdade humana, delimitando as normas de conduta por meio da legalidade; e c) na dignidade humana, sobre a qual se enuncia o respeito à personalidade e à vida das pessoas.¹⁵⁵ Dessa ampla gama de fundamentos, a Política criminal assume um papel positivo de proteção do indivíduo, em sua liberdade, mas também na proteção concreta de seus bens jurídicos fundamentais. E nesse papel opera não só o legislador, em que pese seja o destinatário primordial dos princípios que devem reger a Política criminal, mas também o Ministério Público, as Polícias, o Judiciário, a Administração penitenciária, enfim, as agências penais de controle em geral, na realização concreta da prevenção de ações humanas taxadas como delitos.¹⁵⁶

Esse papel, ao contrário da proposição de Política criminal ditada por VON LISZT, segundo a qual se mostrava como fonte de perigo à Dogmática, devendo esta funcionar como sua barreira intransponível, assume agora uma finalidade nobre e não pejorativa. A Política criminal, como expressão especial da política em geral, representa o saber sobre a vida da *polis*, e nesse sentido assume uma finalidade prática orientada à análise dos meios disponíveis para se obter certos objetivos, pretendendo, em última análise, a “prevenção técnica de resultados”, isto é, de delitos.¹⁵⁷

A Política criminal pela qual se deve orientar o Direito e o Processo penal não pode estar eivada de “*solipsismo valorativo*”, plasmado em uma autoconstrução de valores do sistema penal, alheio à fundamentação extrínseca, como aquela da ordem constitucional. Assim, deve ter pretensão de vigência sempre quando esteja de acordo com princípios constitucionais.¹⁵⁸ Uma posição principialista, como a sustentada por SÁNCHEZ-OSTIZ e aqui corroborada, se contrapõe a uma meramente utilitarista, mesmo que esta, em última análise, também esteja orientada por um princípio: o da utilidade. Nada obstante, outros princípios se colocam na equação.

Poder-se-ia objetar, de maneira inversa, que determinada tomada de posição na direção do principialismo se colocaria contra uma perspectiva do Processo orientada rumo às suas consequências. Esta crítica parece, todavia, não levar em consideração a complexidade do problema. O principialismo não pode ser entendido como uma objeção ao cumprimento de

¹⁵⁵ SÁNCHEZ-OSTIZ, *Fundamentos de política criminal*, op. cit., p. 24.

¹⁵⁶ SÁNCHEZ-OSTIZ, *Fundamentos de política criminal*, op. cit., p. 25.

¹⁵⁷ SÁNCHEZ-OSTIZ, *Fundamentos de política criminal*, op. cit., p. 26.

¹⁵⁸ SÁNCHEZ-OSTIZ, *Fundamentos de política criminal*, op. cit., p. 26.

certas finalidades, muito pelo contrário. Não se trata meramente de sustentar a utilidade ou eficiência de determinada medida na consecução de fins preventivos, mas antes de submetê-los à *princípios materiais vinculados à pessoa humana dotada de razão*. A dignidade da pessoa está para além de cálculos utilitaristas.¹⁵⁹ Somente assim, por exemplo, se poderá admitir espaços de atuação do Ministério Público ante o princípio da legalidade processual, sempre quando haja espaço previamente delimitado pelo legislador, e se considerem os direitos do arguido à luz do preenchimento da hipótese de fato prevista.

Este pressuposto assumido está ligado essencialmente à ideia de que para a consecução de determinado objetivo não se pode relativizar a legitimidade dos meios. Desde a crítica da razão prática de KANT se sabe que a razão não é meramente instrumental. Age-se de forma irracional não apenas quando não se escolhem os meios adequados para a realização de nossos fins, mas também quando se adotam fins contrários à razão.¹⁶⁰ Não se trata de mera petição de princípio, ou utopia, como se possa classificar. Antes disso, tal análise pressupõe sempre a verificação dos efeitos sociais que cada decisão possa cumprir. Um modelo principialista não está alheio às consequências que produza, mas esta não deve ser sua principal iniciativa.¹⁶¹ *In concreto*, o Ministério Público não pode deter total discricionariedade sobre a proposição da ação penal, sob pena de subverter a lógica intrínseca do Processo penal continental.¹⁶² Mas a possibilidade (poder-dever) de deixar de oferecer a ação penal em certos casos previamente delimitados pela lei auxilia, e muito, a consecução dos fins preventivos do sistema penal.

No caso brasileiro, a situação é assaz preocupante quando se tem um sistema penal cujos códigos básicos foram forjados em uma outra realidade histórica e sócio-política, na qual as categorias dogmáticas devem ser adaptadas à Constituição pela jurisprudência que, ao mais das vezes, desconsidera o trabalho da crítica teórico-acadêmica.¹⁶³ A realidade democrática impõe que a Política criminal esteja sempre de acordo com os princípios constitucionais e sempre limitada pela dignidade da pessoa humana e da proteção da vida privada enquanto valor inatingível.

O ser humano não pode ser instrumentalizado, muito menos sua liberdade restrita, sob pretextos que desconsiderem a isonomia e padrões objetivos de conduta. O imperativo

¹⁵⁹ SÁNCHEZ-OSTIZ, *Fundamentos de política criminal*, op. cit., p. 28.

¹⁶⁰ GALVÃO, Pedro. Introdução. In. KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Lisboa: Edições 70, 2019, p. III.

¹⁶¹ SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo. *Fundamentos de política criminal*, op. cit., p. 28., tradução nossa.

¹⁶² O próprio defensor de um princípio da legalidade assaz abrangente como Afrânio Silva JARDIM, aponta que o legislador pode estabelecer hipóteses de sua não incidência. Cf. JARDIM, Afrânio. *Ação penal pública*. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 53.

¹⁶³ FACCINI NETO, *As razões do anacronismo da parte geral do Código Penal*, op. cit., p. 84.

categórico kantiano traduz tal máxima como juízo sintético *a priori*, isto é, ordens que se aplicam incondicionalmente pelo fato termos uma vontade racional: *o homem existe como fim em si mesmo, e não como meio para uso arbitrário desta ou daquela vontade*.¹⁶⁴ O legislador deve estar atento à Constituição, o Ministério Público aos dois últimos e o Judiciário atuar no controle do cumprimento de tais regras: cada um em seu lugar previamente demarcado e atentos aos princípios constitucionais previamente dispostos.

2.2.2. Modelos históricos da justiça criminal

Delimitados os contornos da Política criminal em um Estado Constitucional de Direito, cabe agora, a partir de uma análise histórica, investigar as relações desta com as finalidades do sistema criminal. Imprescindível se faz anotar que os meios para a realização dos fins do Direito penal, bem como seus próprios objetivos em si considerados, estão condicionados pelas realidades sociais e políticas nos diferentes contextos em que se apresentou o fenômeno punitivo.

Desconsiderar, pois, a expiação do mal e do pecado como marca distintiva de uma certa forma de punição medieval, e seus métodos nada ortodoxos para a obtenção de tais finalidades, é correr o risco de se proceder a uma análise anacrônica, por exemplo.¹⁶⁵ Da mesma forma, como bem lembram GUIMARÃES e RIBEIRO, o sistema processual brasileiro não pode ser visto como mero transplante do Direito europeu, em sua forma inquisitória ou acusatória. Além dessas influências, foram necessários ajustes próprios à realidade nacional.¹⁶⁶ Para SBRICCOLI, por outro lado, a justiça criminal não pode ser interpretada como um sistema de constante progresso em direção à civilidade. Os riscos de seu uso político e arbitrário estão sempre à espreita nas sociedades contemporâneas.¹⁶⁷

Aliás, interessante destacar, nesse ponto, a distinção feita pelo professor de Macerata sobre as diversas formas de manifestação da justiça criminal ao longo da história. Partindo do pressuposto não de sua finalidade, mas dos meios pelos quais se operavam os ritos da justiça, em uma perspectiva histórica tardo-medieval e moderna. Assim, distinguiu entre dois diferentes

¹⁶⁴ Ideia segundo a qual o homem deve ser considerado como fim em si mesmo. Cf. KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*, op. cit., p. 72.

¹⁶⁵ A exemplo do que se refere LANGBEIN, *Tortura e plea bargaining*, op. cit., passim.

¹⁶⁶ GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim; RIBEIRO, Sarah Golçalves. O caso das Bruxas de Salem e a origem do *plea bargaining* norte-americano: contrapondo o entendimento dicotômico dos sistemas processuais penais. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 6, n. 2, mai-ago/2020, p. 838-839.

¹⁶⁷ SBRICCOLI, Mario. Justiça criminal. *Discursos sediciosos*, ano 15, n. 17/18, 2010, p. 459.

modelos: o da justiça negociada e o da justiça hegemônica.¹⁶⁸ Os fins podem ser os mais variados em ambas as espécies: dar uma satisfação, buscar a verdade, reparar uma injustiça, dar razão a uma das partes, compensar, pacificar, aplicar uma pena etc. O distintivo será, em última análise, o de entender a justiça sempre como o resultado aceito de um rito.¹⁶⁹

O paradigma da justiça negociada seria aquele usado para designar um certo tipo de justiça de mediação comunitária, com o objetivo de substituir a vingança pura e simples, e com a finalidade de obter além da satisfação da vítima, a composição de uma disputa. Tem por característica a exclusão de formalidades, obtida por meio da tratativa entre os interessados. É um modelo que repousa antes de mais nada sobre o consenso, e não sobre a certeza, característico do segundo modelo.¹⁷⁰

Como esclarece SBRICCOLI, no transcurso dos séculos XI e XIII, a vingança da vítima era garantida como direito para crimes que representavam algum relevo dentro da sociedade. Tais pretensões privadas, por sua vez, não representavam atos reprováveis e intoleráveis, mas tinham por objetivo reestabelecer pretensões violadas e obter ressarcimentos.¹⁷¹ A negociação não excluiria a apreciação da controvérsia por magistrados. Tinha-se clara a ideia segundo a qual apenas a punição seria insuficiente para a satisfação do ofendido: o delito era uma ofensa da qual importava mais reparar do que punir. Uma vez obtido o acordo, auferindo-se ressarcimentos e reintegrações, o processo poderia ser interrompido.¹⁷²

Esta ideia segundo a qual a negociação era um instrumento para a satisfação e ressarcimento dos danos causado pelo delito, contudo, é um esquema de descrição de justiça próprio de certo período medieval,¹⁷³ sendo temerário ter a pretensão de compará-lo com os modelos de negociação próprios de um modelo no qual o Estado detém o controle sobre a atividade punitiva. Nada obstante, há sem dúvidas, características que podem ser identificados na tentativa de desburocratização da efetivação da justiça que, de uma forma ou de outra, podem servir de parâmetros de referência para as discussões contemporâneas.

A justiça negociada medieval repousa antes em uma ideia de consenso do que de certeza, própria de um certo modelo inquisitivo descrito pela doutrina, nascido principalmente a partir

¹⁶⁸ SBRICCOLI, *Justiça criminal*, op. cit., p. 459. No mesmo sentido SBRICCOLI, Mario. *Giustizia negoziata, giustizia egemonica*. In. BELABARBA; SCHWERHOFF (org). *Criminalità e giustizia in Germania e in Italia*. Bologna: Il mulino, 2001. E ainda, comentando seu trabalho, MECCARELLI, Massimo. *La dimensión doctrinal del proceso desde una perspectiva de historia de la justicia criminal*. In. CONTE, Emanuele; MADERO, Marta (org.) *Procesos, inquisiciones, pruebas*. Buenos Aires: Manantial, 2009, p. 16 e ss.

¹⁶⁹ MECCARELLI, *La dimensión doctrinal del proceso*, op. cit., p. 16-17.

¹⁷⁰ MECCARELLI, *La dimensión doctrinal del proceso*, op. cit., p. 17.

¹⁷¹ SBRICCOLI, *Justiça criminal*, op. cit., p. 459.

¹⁷² SBRICCOLI, *Justiça criminal*, op. cit., p. 460.

¹⁷³ SBRICCOLI, *Justiça criminal*, op. cit., p. 460.

do século XIII.¹⁷⁴ A ideia de certeza, ainda nesse período, era limitada para aquelas hipóteses de delitos sem vítimas ou nas hipótese dos desamparados de proteção, acusados considerados como incorrigíveis ou ainda em determinadas práticas sexuais, ainda que consentidas, como a sodomia. Tais hipóteses eram aquelas nas quais a resposta repressiva era imprescindível. Contudo, ainda o consenso, a oralidade, a simplificação eram a regra para a grande quantidade dos demais crimes. Premissas essas assentadas em um certo princípio da comunidade, que de alguma forma seguiram toda a parcela consensual conservadas nos sistemas punitivos posteriores a esse período histórico: os conflitos entre vizinhos deveriam ser resolvidos pelas jurisdições locais de forma mais simples.¹⁷⁵

A justiça criminal condicionada ao paradigma do Estado, por sua vez, cujo objetivo circunscreve-se à defesa da lei e aplicação de uma pena a quem a desobedece é um paradigma gestado principalmente entre os séculos XII e XV,¹⁷⁶ cujos contornos seguiram ao seu aperfeiçoamento no Estado liberal a partir do séc. XIX.¹⁷⁷ As relações entre Direito e poder se alteram de forma substancial a partir do séc. XIII, quando o sistema penal passa a ser submetido à centralização do poder do Estado e pela necessidade de sua utilização como meio de governo. A vingança privada entra em conflito com a lógica constitucional de uma comunidade madura, subtraindo da iniciativa da vítima a satisfação de seus interesses pelos danos causados pelo delito. Os juízes passam a começar a agir de ofício na persecução de todos os delitos de relevância social. A ideia de inquisição passa a ser a regra, sendo incentivadas as acusações para que os crimes não ficassem impunes, sendo as condenações levadas a cabo mesmo diante da satisfação negocial das partes.¹⁷⁸

A *justiça hegemônica de aparato*, tal qual definida por SBRICCOLI,¹⁷⁹ parte da centralização do poder político na figura do Estado, levando a conclusão de que um delito não lesa apenas sua vítima, mas em última análise também a coisa pública, dado o papel do Estado em garantir o Direito. Dessa forma, a satisfação do direito obrigaria a imposição de uma pena.¹⁸⁰ De distributivo e ressarcitório, o modelo de justiça passa a ser o de repressão e de luta contra a criminalidade.¹⁸¹ E para satisfazer tais interesses estatais, os meios aptos a serem utilizados eram os mais variados, desde vigorosos instrumentos de interrogatório até o extenso uso de

¹⁷⁴ CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*. Torino: UTET, 1986, p. 43.

¹⁷⁵ SBRICCOLI, *Justiça criminal*, op. cit., p. 461.

¹⁷⁶ SBRICCOLI, *Justiça criminal*, op. cit., p. 461.

¹⁷⁷ MECCARELLI, *La dimensión doctrinal del proceso*, op. cit., p. 17.

¹⁷⁸ SBRICCOLI, *Justiça criminal*, op. cit., p. 461.

¹⁷⁹ SBRICCOLI, *Justiça criminal*, op. cit., p. 461.

¹⁸⁰ SBRICCOLI, *Justiça criminal*, op. cit., p. 462.

¹⁸¹ MECCARELLI, *La dimensión doctrinal del proceso*, op. cit., p. 17. Ainda, SBRICCOLI, *Justiça criminal*, op. cit., p. 463.

poderes arbitrários no tocante à colheita de provas e aplicação da pena.¹⁸² Ao revés, esse tipo de justiça repousa sobre uma ideia de certeza e não mais sobre o consenso e delimita o marco daquilo que comumente chamamos de inquisitório.¹⁸³

Tal ideia de certeza, almejada por este modelo de justiça, era muitas das vezes deformada por um “*quadro mental paranoico*” do magistrado para se configurar, usando a expressão empregada por CORDERO.¹⁸⁴ Segundo o autor italiano, o inquisitivo era marcado sobretudo pelo “*primado da hipótese sobre o fato*”, pelo qual aquele que indaga tem para si o objetivo que pretende alcançar, e o faz no sentido de persegui-lo, independente das inúmeras outras alternativas que se lhe apresentam.¹⁸⁵ E no intuito de se atingir essa tão almejada “*certeza*” se permitia a utilização de todos os meios para tanto, primordialmente a tortura. Culpado ou não, havia a ideia de que o imputado guardaria consigo a verdade histórica. Para se obter tal verdade, ao inquisidor seria possível aplicar todos os meios para lhe adentrar à cabeça e obter, assim, uma confissão: “*inquisitio veritatis per tormenta*”.¹⁸⁶

No paradigma hegemônico, reduzem-se os espaços de negociação, fazendo-se prevalecer as ideias de legalidade quanto ao crime e ao exercício da persecução penal;¹⁸⁷ sua oficiosidade por representantes do Estado; a indisponibilidade do processo, e sua condução essencialmente guiada pelo juiz; a imposição da ideia segundo a qual não há justiça sem a punição dos culpados, tendo como única e primordial forma de retribuição a imposição de uma pena. Reduz a possibilidade de negociação para os crimes menores e conflitos locais, abrindo-se mão de um certo traço acusatório do regime anterior, marcado sobretudo pela negociação e mediação entre as partes.¹⁸⁸

Em que pese possa ser verificada a redução do espaço do consenso, imperioso destacar que durante todo o transcorrer da distribuição da justiça até nossos dias houve, e ainda há, uma certa permeabilidade recíproca entre os dois tipos, conformando a justiça hegemônica com aquela negocial, atribuindo-se àquela perfis que não lhe eram próprios na origem.¹⁸⁹ Nas lições

¹⁸² SBRICCOLI, *Justiça criminal*, op. cit., p. 462.

¹⁸³ MECCARELLI, *La dimensión doctrinal del proceso*, op. cit., p. 17. Ainda, SBRICCOLI, *Justiça criminal*, op. cit., p. 462.

¹⁸⁴ CORDERO, *Guida alla procedura penale*, op. cit., p. 51.

¹⁸⁵ CORDERO, *Guida alla procedura penale*, op. cit., p. 51.

¹⁸⁶ CORDERO, *Guida alla procedura penale*, op. cit., p. 49. LANGBEIN, *Tortura e plea bargaining*, op. cit., passim.

¹⁸⁷ Segundo SBRICCOLI, “*A justiça do tipo hegemônico se vale de um processo prevalentemente por ação pública (com o tempo cada vez mais invasivo), em que a coleta da prova é confiada ao poder de investigação do juiz e é baseada num amplo leque de meios intrusivos e coercitivos, contra os quais parece frágil querer opor a precária disponibilidade dos débeis meios de prova à disposição do acusado*”. Cf. SBRICCOLI, *Justiça criminal*, op. cit., p. 463.

¹⁸⁸ SBRICCOLI, *Justiça criminal*, op. cit., p. 462.

¹⁸⁹ MECCARELLI, *La dimensión doctrinal del proceso*, op. cit., p. 18.

de SCRICCOLI, ocorre um fenômeno equiparável a uma homologação judicial do tradicional modelo de justiça negociada, paulatinamente absorvida pela justiça hegemônica.¹⁹⁰ Uma pequena parcela da cultura do consenso permaneceu principalmente no âmbito nas negociações de paz e para a criminalidade baixa. Até mesmo a era das grandes codificações, próprias ao período posterior à Revolução francesa prestou contas à história, permitindo adaptações aos padrões da *accusatio*.¹⁹¹

Interessante destacar a observação feita por SBRICCOLI sobre a verdadeira osmose que se opera entre a justiça negocial e aquela de aparato, principalmente diante dos quadros da modernidade. Os espaços de consenso passam a se conformar na estrutura hegemônica ditando seus novos contornos.¹⁹² Para o professor italiano, conclusão que se pode concordar apenas com reservas, os momentos de maior simbiose parecem ser encontrados não tanto na abertura e desenvolvimento do processo, mas na execução da pena. São, ademais, a sentença e a pena que reabrem a discussão para o *plea bargaining*, seguindo-se uma lógica semelhante àquela da justiça negocial. Estão em cena, novamente, o papel da integração e da reparação, a mediação, o papel da comunidade etc.¹⁹³

2.2.3. A justiça estatal e a pretensão preventiva da pena

O modelo hegemônico de aparato foi basicamente aquela perspectiva de persecução penal que chegou até os dias atuais, tendo encontrado no movimento de humanização dos séculos XVIII e XIX certos limites à luz dos pressupostos iluministas do Estado moderno, mas sempre submetido ao monopólio estatal como expressão máxima de seu poder: o controle exclusivo da violência legítima. Como se viu, no entanto, foi permeado em certa medida com influências do sistema negocial, que permitiram, em potência, as formas consensuais de solução de casos penais facultadas pelo ordenamento jurídico.

(a) Nesse contexto, típico do Estado liberal e da Escola Clássica do Direito, surge o princípio da legalidade processual, pelo qual deve o ente estatal promover obrigatoriamente a ação penal sempre quando verificados indícios de autoria e materialidade de um fato classificado na lei penal como delito. A esse paradigma, também denominado em Portugal de

¹⁹⁰ SBRICCOLI, *Giustizia negoziata, giustizia egemonica*, op. cit., p. 363. Assim como MECCARELLI, *La dimensión doctrinal del proceso*, op. cit., p. 18.

¹⁹¹ SBRICCOLI, *Justiça criminal*, op. cit., p. 464.

¹⁹² GUIMARÃES, RIBEIRO, *O caso das Bruxas de Salem e a origem do plea bargaining*, op. cit., p. 843.

¹⁹³ SBRICCOLI, *Justiça criminal*, op. cit., p. 464.

“*modelo azul*”,¹⁹⁴ Pedro CAEIRO atribui o nome de “*justiça absoluta*”, descrito grosso modo como referência ao esquema em que a pena constituiria um fim em si mesmo e tendo por objetivo a perseguição de todos os crimes e a punição de todos os criminosos.¹⁹⁵ Essa ideia de justiça absoluta está ligada essencialmente a uma *finalidade retributiva da pena*, filosoficamente fundamentada a partir das contribuições de KANT e HEGEL.¹⁹⁶

Atentando para o fato de que a concentração em modelos históricos acaba por deixar de lado um verdadeiro trabalho analítico, HÖRNLE afirma que o distintivo para a caracterização de uma teoria como absoluta é o fato de pressupor a não necessidade de uma condenação ser instrumentalizada.¹⁹⁷ Da célebre passagem de KANT na *Metafísica dos costumes*, se extrai que a punição nunca pode ser usada como meio para se atingir outro bem, mas se justificar pelo mero fato de o sujeito ter cometido o delito.¹⁹⁸ Sem embargo, tendo-se em consideração que a inflição de uma pena constitui uma grave intervenção no âmbito dos direitos individuais, seja no âmbito ético, seja na seara da liberdade ou do patrimônio, sempre há o ônus de uma justificação. Da mesma forma, como continua HÖRNLE, o uso de recursos públicos por parte do sistema punitivo sempre demanda uma justificação racional perante os contribuintes.¹⁹⁹

Esta perspectiva de justiça pautada na retribuição, segundo a qual todos os crimes devem encontrar punição, sob pena de se atingir negativamente as finalidades do sistema punitivo, estava ligada, como se viu, a uma maior permissividade quanto aos meios para tanto, em grande medida questionáveis. Assim, para se obter a certeza seria permitida a tortura em busca de confissões, a ampla aceitação de provas obtidas por meios imorais, a pena de morte para compensar o mal pelo mal etc. Cenário esse que levou os pensadores iluministas a propor um manifesto pela humanização da punição, cuja obra fundamental foi “*Dos delitos e das penas*” de BECCARIA.²⁰⁰ Não é de todo despropositada tal citação, dado seu amplo conhecimento, uma vez que pretende afirmar uma mudança de vocação da norma penal da retribuição para a prevenção.

¹⁹⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. *O sistema sancionatório português no contexto dos modelos de política criminal*. In. *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, 1984. No mesmo sentido TEIXEIRA, Princípio da oportunidade, op. cit., p. 28.

¹⁹⁵ CAEIRO, Pedro. Legalidade e oportunidade: a perseguição penal entre o mito da “justiça absoluta” e o fetiche da “gestão eficiente” do sistema. In. *Legalidade versus oportunidade*. Lisboa: Editorial Minerva/Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, 2002, p. 47.

¹⁹⁶ HEGEL, G. W. F. *Princípios de Filosofia do Direito*. Lisboa: Guimarães Editores, 1990.

¹⁹⁷ HÖRNLE, Tatjana. Teorias da pena. In. STOCO, Tatiana (org.). *Dois estudos: teorias da pena e culpabilidade*. São Paulo: Marcial Pons, 2020, p. 28.

¹⁹⁸ HÖRNLE, *Teorias da pena*, op. cit., p. 28.

¹⁹⁹ HÖRNLE, *Teorias da pena*, op. cit., p. 28.

²⁰⁰ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

(b) Nesse horizonte, com a intenção de se utilizar a pena com uma finalidade extrínseca a ela mesma, é que se encontram as chamadas teorias relativas ou preventivistas, em oposição às anteriores teorias absolutas ou retributivas, que não dotavam a sanção penal de qualquer finalidade que excedesse à sua própria aplicação ao indivíduo que cometeu um delito.²⁰¹ A pena, agora, deve servir como elemento coativo ou psicológico com o fim de afastar a criminalidade. O princípio reitor dessas teorias é a ideia de que a pena é um custo social que só pode existir se estiver justificado por uma finalidade preventiva, seja ela geral ou especial, instrumentalizando o Estado, com isso, a evitação de danos sociais.²⁰²

(b.1) A *teoria da prevenção especial* liga-se, em sua origem, à necessidade de orientação da pena a determinados fins extrínsecos e sociais, que não apenas aqueles éticos apostos pelas teorias absolutas. Remonta a um certo tipo de positivismo criminológico, revisitado pelo “*Programa de Marburgo*” de Franz VON LISZT.²⁰³ Para este autor, a pena não se justifica apenas por sua ética intrínseca, mas apenas seu fim pode justificar uma pena justa, isto é, aquela que melhor proteja os bens jurídicos fundamentais da sociedade.²⁰⁴ O penalista tem o mérito de reconhecer que somente a pena necessária é justa e, nesse contexto, a pena é meio para um fim, em outras palavras, sustenta uma “*prevenção mediante retribuição*”. Todavia, nem todo fim se justifica, exigindo-se sempre adequação dos meios e a maior economia possível na sua aplicação.²⁰⁵

Nada obstante, partindo de uma premissa de que o Direito penal deve se orientar para a defesa social, VON LISZT acredita que a pena deveria se por ante um fim moralizante de educar e melhorar o ser humano,²⁰⁶ em outras palavras, neutralizar os incorrigíveis e corrigir os corrigíveis.²⁰⁷ Deste modo, o representante da escola causalista recorre a certos tipos de criminosos, herança de certa doutrina italiana, para direcionar os resultados que a pena deveria perseguir: a) correção para aqueles delinquentes que necessitem e sejam capazes dela; b) intimidação aos que não necessitem de correção; e c) neutralização aos não suscetíveis de correção.²⁰⁸ Essa concepção permite apontar, por si só, inúmeras críticas sobre uma função

²⁰¹ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal: parte geral*. Tomo 2. 3ª ed. São Paulo: Editora Forense, 1967, p. 31-33.

²⁰² CARNELUTTI, Francesco. *Lições sobre o Processo Penal*, v. 1. 1 ed. Campinas: Bookseller, 2004, p. 74.

²⁰³ VON LISZT, Franz. *La idea de fin en Derecho penal*, Valparaíso: Edeval, 1984, p. 53 e ss. Assim também RIVACOBÁ, Manuel de. *Franz von Liszt y el ‘Programa de Marburgo’* In. *La idea de fin en Derecho penal*, op. cit., p. 21-22.

²⁰⁴ JIMENEZ DE ASÚA, Luis. *La vuelta de Von Liszt*. In. *La idea de fin en Derecho penal*, op. cit., p. 42.

²⁰⁵ VON LISZT, *La idea de fin en Derecho penal*, op. cit., p. 106.

²⁰⁶ JIMENEZ DE ASÚA, *La vuelta de Von Liszt*, op. cit., p. 46

²⁰⁷ VON LISZT, *La idea de fin en Derecho penal*, op. cit., p. 126.

²⁰⁸ VON LISZT, *La idea de fin en Derecho penal*, op. cit., p. 115.

preventivo especial negativa da pena, em especial, sobre seu caráter moralizante e segregacionista, que deve ser repellido por um Direito penal liberal.²⁰⁹

Do mesmo modo, uma certa concepção de prevenção especial positiva, que tem como foco a necessidade de reinserção/reintegração/reeducação social do condenado, também está sujeita a inúmeras críticas, dado ser possível questionar até que ponto se pode utilizar, de forma efetiva, uma estrutura repressiva e estigmatizante como a do sistema penal para criar reinserção social, e com isso, a imposição de determinados padrões morais sobre o indivíduo, afastando-se de um democrático Direito penal do fato para se aproximar de um reprovável Direito penal do autor.²¹⁰ Em verdade, da forma como se opera a pena privativa de liberdade no Brasil, com prisões superlotadas e isolamento desconectado de função social, ocorre autêntico efeito reverso: a *dessocialização*.²¹¹ Em sua versão mais branda, os efeitos especiais positivos passam pela ideia de *redução de danos ao condenado*, permitindo possíveis diminuições da pena em seu cálculo final.²¹²

(b.2) De outro lado, encontram-se as teorias que apontam para uma *função preventivo-geral da pena*. Foi inicialmente concebida a partir de uma concepção de coação psicológica, ideia que remonta a BECCARIA e FEUERBACH²¹³ na esteira de uma *prevenção geral negativa*,²¹⁴ dando prevalência à ideia de que a imposição de pena deve possuir um efeito intimidador nos cidadãos. Nada obstante, como lembra HÖRNLE, depende tal teoria de um percentual considerável de investigações e condenações para que tal teoria produza o efeito desejado de maneira a poder funcionar como padrão regulador de comportamentos. Há, em verdade, estudos citados pela autora a apontar que consequências penais são levadas em consideração para que indivíduos concretos decidam sobre suas condutas.²¹⁵

Apesar disso, esse efeito não poderia ser verificado quando temos em conta a totalidade de delitos previstos no ordenamento jurídico. De igual forma, um sistema justificado exclusivamente na prevenção seria altamente custoso: além da punição de todos os delitos ser concretamente impossível, tal persecução geraria altos e desproporcionais custos. O poder de

²⁰⁹ Sobre as críticas a esta ideia de prevenção especial, vide: TEIXEIRA, Adriano. *Teoria da aplicação da pena*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 49 e ss. e p. 85 e ss.

²¹⁰ Sobretudo FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 247. No mesmo sentido, TEIXEIRA, *Teoria da aplicação da pena*, op. cit., p. 86.

²¹¹ TEIXEIRA, *Teoria da aplicação da pena*, op. cit., p. 85.

²¹² TEIXEIRA, *Teoria da aplicação da pena*, op. cit., p. 86.

²¹³ FEUERBACH, Anselm Ritter von. *Tratado de Derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2007, p. 50 e ss. Sobre a teoria da coação psicológica de FEUERBACH, vide GRECO, Luís. *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach*. Madrid: Marcial Pons, 2015, p. 26 e ss.

²¹⁴ FERRAJOLI, *Direito e Razão*, op. cit., p. 244 e ss.

²¹⁵ HÖRNLE, *Teorias da pena*, op. cit., p. 32-33.

tais efeitos intimidantes está na dependência, nomeadamente, do tipo de ilícito sob análise e isso é decorrência do próprio caráter seletivo do sistema penal.²¹⁶ Uma solução racional passaria por investigar e punir os delitos mais graves, no sentido do controle do intolerável, admitindo-se uma certa margem de controle. Isso é especialmente importante quando se discutem os acordos como mecanismos de Política criminal.

Atualmente, a teoria preventiva adquire renovado interesse, a partir de outra perspectiva. Sua outra vertente que goza de maior relevância teórico-prático, seja nas atuais discussões alemãs, seja nas brasileiras: trata-se da chamada prevenção-integração, ou prevenção geral positiva.²¹⁷ Esse panorama repousaria sobre um juízo de que a pena teria como finalidade reagir contra o abalo social causado pela prática do crime, demonstrando aos cidadãos a validade da norma enquanto fonte de orientação da conduta.²¹⁸ Como assevera TEIXEIRA, difere-se da prevenção especial negativa da positiva, em outros termos, pelo seu destinatário. Enquanto aquela se dirige ao infrator em potencial, esta se dirige aos indivíduos em geral.²¹⁹

Na acepção de ROXIN, a injunção de uma pena cumpriria três funções essenciais: 1) destinada à aprendizagem, desempenhando uma finalidade sócio-pedagógica, ao incentivar a fidelidade ao Direito por parte da população pela demonstração de seu efetivo funcionamento; 2) demonstrar aos cidadãos que podem ter confiança na aplicação da norma jurídica; e 3) dar a satisfação aos indivíduos a demonstrar que pela aplicação da lei os conflitos estariam sendo resolvidos.²²⁰

De forma perceptível, na tentativa de desvincular dos fins da pena a instrumentalização dos sujeitos em relação as propostas de um certo tipo de “*prevenção mediante retribuição*”,²²¹ e de todas as demais críticas que eventualmente esteja sujeita, ROXIN propôs uma saída desse dilema mediante a funcionalização do conceito de culpabilidade e sua teoria da responsabilidade.²²² Esclarece GRECO que a culpabilidade, em si considerada, não poderia

²¹⁶ HÖRNLE, *Teorias da pena*, op. cit., p. 33.

²¹⁷ TEIXEIRA, *Teoria da aplicação da pena*, op. cit., p. 86.

²¹⁸ Partindo em certa medida de uma certa tendência retributivista marcadamente de Hegel sobre a “*negação da negação do direito*”, repousa a posição de JAKOBS, Günther. *Derecho penal: parte general*. Madrid: Marcial Pons. Há ainda parte da doutrina que a considera como teoria expressiva da pena orientada à norma. Cf. HÖRNLE, *Teorias da pena*, p. 36. Ainda na doutrina nacional, vide: SANTOS, Juarez Cirino dos. *Teoria de Pena: fundamentos políticos e aplicação judicial*. Curitiba: Editoras ICPC/Lumen Juris, 2005, p. 5.

²¹⁹ TEIXEIRA, *Teoria da aplicação da pena*, op. cit., p. 86-87.

²²⁰ ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Madrid: Civitas, 2006, § 3, n. 27. Nesse exato sentido: TEIXEIRA, *Teoria da aplicação da pena*, op. cit., p. 87.

²²¹ Sobre a relação de complementariedade entre retribuição e prevenção vide a posição de Alf ROSS, para quem retribuição é, por definição, prevenção. Cf. ROSS, Alf. *Colpa, responsabilita e pena*. Milão: Giuffrè, 1972, p. 150. Para Ferrajoli, “*a ameaça legal da retribuição penal pode prevenir somente a prática de fatos delituosos, não a subsistência das condições pessoais ou de status (...)*”. Cf. ainda FERRAJOLI, *Direito e Razão*, op. cit., 2014, p. 338 e ss.

²²² ROXIN, *Problemas fundamentais de Direito penal*, op. cit., passim.

depender de critérios de prevenção, sob pena de utilizar o indivíduo como meio para consecução de finalidades estatais, de forma que não poderia justificar, por si só, a imposição de uma pena. A culpabilidade não advém da necessidade preventiva de punição, mas deve se somar ela para se justificar. Deste modo, a culpabilidade é limite, mas não fundamento da punibilidade.²²³

A desvinculação entre culpabilidade e prevenção pode, assim, ajudar a explicar a possibilidade de instrumentos político-criminais alternativos sem a necessidade de assunção da culpa, por exemplo. Funciona apenas como seu limite, a depender sempre de indícios razoáveis da existência do injusto, e não como seu fundamento, a exigir necessariamente uma confissão por parte do beneficiado.

(c) Também nessa tentativa de desvincular a justificação da pena da transformação interna do indivíduo como objetivo da persecução do Estado na realização de seus fins preventivos, aparecem as chamadas *teorias expressivas da pena*.²²⁴ Tendo como uma de suas principais representes HÖRNLE, esta parte da premissa de que a lei penal visa atingir, antes de tudo, uma finalidade de comunicação. Destina-se não só aos agentes públicos responsáveis pela aplicação da lei penal, mas também aos indivíduos sujeitos a tais exigências normativas.²²⁵ Deve-se aceitar, dessa maneira, que independente da ameaça de execução de uma pena, as normas sancionatórias têm por objetivo produzir efeitos de normalização de comportamentos, sejam eles infratores ou vítimas.²²⁶ Segundo HÖRNLE, as teorias expressivas partem do pressuposto de que a pena está ligada, em todo caso, à satisfação de interesses legítimos dos indivíduos, não mais em relação a uma expectativa futura de impedir fatos delitivos, mas sim a um tratamento adequado de comportamentos passados. A condenação, assim, se traduziria em um ato de comunicação, com abordagens orientadas tanto às normas, quanto aos indivíduos.²²⁷

(c.1) Em relação às *teorias expressivas orientadas às normas*, pode-se verificá-las a partir de dois vieses: o primeiro, mais problemático, afirma que a função da pena seria o de reafirmar valores morais e exigências comportamentais. Evidentemente, a ordem jurídica estatal, de um ponto de vista laico e liberal, não pode impor valores morais aos indivíduos mesmo que, sob certos aspectos, previsões morais e jurídicas possam ser eventualmente equivalentes.²²⁸ Uma segunda vertente seria aquela representada pela ideia segundo a qual se

²²³ GRECO, *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach*, op. cit., p. 179.

²²⁴ São seus representantes sobretudo VON HIRSCH e HÖRNLE, cf. HÖRNLE, *Teorias da pena*, p. 35 e ss. Recentemente, na literatura pátria: GUIMARÃES NETO, Silvio Leite. *Uma teoria da pena baseada na vítima: a busca da satisfação do indivíduo vitimado como finalidade da pena*. São Paulo: Marcial Pons, 2020, p. 79 e ss.

²²⁵ HÖRNLE, *Teorias da pena*, op. cit., p. 21.

²²⁶ HÖRNLE, *Teorias da pena*, op. cit., p. 22.

²²⁷ HÖRNLE, *Teorias da pena*, op. cit., p. 36.

²²⁸ HÖRNLE, *Teorias da pena*, op. cit., p. 36.

espera da teoria da pena uma confirmação da validade de normas jurídicas de comportamento. Nesse sentido, HÖRNLE identifica a teoria de JAKOBS como uma teoria expressiva. Procede desta forma pois assinala que JAKOBS não faz referências a resultados psicológicos sobre a coletividade quando supostamente defende uma teoria da prevenção geral positiva.²²⁹ Tais teorias, sem embargo, padecem de uma justificação frágil, unidimensional e totalizante, na medida em que submete o indivíduo ao poder do Estado, o qual poderá aplicar uma pena como *finem in seipso* para restabelecer a norma violada.²³⁰

(c.2) Em contrapartida, as teorias expressivas orientadas às pessoas defendem ser o conteúdo da comunicação a confirmação da norma em relação a pessoas específicas ou a grupos de pessoas, destinatários da mensagem da pena aplicada. Esses indivíduos podem tanto ser os infratores, quanto as vítimas dos delitos. Em relação aos autores, entende que a pena, enquanto atitude reativa, deve conter uma mensagem de censura ao condenado. Esta conduta, é uma condição necessária, mas não suficiente da teoria da pena.²³¹ Padece, ademais, da mesma crítica quanto à teorias da prevenção especial, segundo a qual não pode ser função exclusiva da pena a imposição de padrões morais de determinadas comunidades.²³² Haveria a necessidade de ser complementada por uma ideia de orientação à vítima, no sentido de reconhecê-la pelo dano sofrido, vinculando uma reação estatal na proporção da violação de seu direito.²³³ Por esse motivo, inclusive, faculta às agências penais de controle uma certa margem para o uso eficiente de recursos limitados.²³⁴ Trata-se do imperativo de que uma fundamentação teórica racionalmente convincente, dependente sempre de sua adequação com o tipo de delito em análise.²³⁵

O objetivo fundamental de se discutir sobre as teorias das penas no âmbito das orientações gerais de Direito penal encontra guarida, acima de tudo, na seara da Política criminal. Na linha do que defende GRECO, a teoria da pena, como parte fundamental da Teoria do Estado, deve garantir as condições do exercício legítimo do poder por parte do ente estatal.²³⁶

²²⁹ Para GUIMARÃES NETO, em JAKOBS “a eficácia da norma seria um elemento fundamental para os contatos sociais, pois permitiria a orientação e comunicação entre os indivíduos. A violação de uma norma essencial para a organização social ocasionaria um conflito que transcende o indivíduo afetado e passa a ser parte da esfera pública. O conflito público demandaria uma reação capaz de demonstrar que a conduta contrária à norma não é determinante e que faça incidir um juízo condenatório sobre o infrator”, vide GUIMARÃES NETO, *Uma teoria da pena baseada na vítima*, op. cit., p. 173 e ss. Originalmente, vide JAKOBS, Günther. *Derecho penal: parte general*. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 4-5.

²³⁰ Em sumária síntese, é a crítica apresentada por HÖRNLE, *Teorias da pena*, op. cit., p. 37.

²³¹ HÖRNLE, *Teorias da pena*, op. cit., p. 38.

²³² HÖRNLE, *Teorias da pena*, op. cit., p. 39.

²³³ Na literatura pátria: GUIMARÃES NETO, *Uma teoria da pena baseada na vítima*, op. cit., p. 173 e ss.

²³⁴ HÖRNLE, *Teorias da pena*, op. cit., p. 41.

²³⁵ HÖRNLE, *Teorias da pena*, op. cit., p. 39.

²³⁶ GRECO, *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach*, op. cit., p. 158.

Tem um caráter precipuamente normativo, ao definir não o que a pena é, mas aquilo que deveria ser, sendo fundamento e parâmetro de legitimidade de qualquer reforma no campo das reações penais.²³⁷

A questão primordial repousa, essencialmente, naquilo que aponta GRECO sobre o quão sério se devem levar as conclusões da teoria da pena nas discussões de sua legitimidade. As agências penais de controle – Juiz, Ministério Público e Polícia – devem se atentar ao legislador ou à teoria da pena nas circunstâncias em que determinada conduta não justifique a imposição de uma sanção penal ou esta seja desproporcional na definição legal?²³⁸ Ora, os juízes não podem deixar de aplicar o direito positivo, mesmo na hipótese de faltar justificação à pena. Todavia, a teoria da pena enseja uma reflexão racional sua ilegitimidade no caso concreto, incitando a consciência de ser possível uma outra solução no sentido da humanização da justiça criminal.²³⁹

2.2.4. Crítica à função preventiva da pena privativa de liberdade: um impasse entre as funções da pena e as finalidades da norma penal

A necessidade do Direito penal se direcionar às suas finalidades preventivas possibilita a racionalização da imposição de uma pena naqueles casos nos quais efetivamente se demande sua aplicação, garantindo com isso a eficiência do sistema de justiça criminal. Com esse mesmo propósito permite-se, em certos casos, a admissão de determinados tipos de acordos no âmbito do Processo penal, mormente aqueles que incidem sobre a existência do processo, garantindo uma resposta satisfativa ao acusado e à vítima, ademais sem os efeitos penais estigmatizantes. Não se trata, evidentemente, de deixar o magistrado de aplicar uma pena quando a lei assim o imponha mas, antes disso, de efetivar uma pauta político-criminal definida pelo próprio legislador para restringir à dilação probatória apenas aqueles casos nos quais a imposição de uma pena seja necessária para garantir a confiança na norma. Em outras palavras, permite-se assim a concretização adequada dos princípios básicos do Direito penal, máxime o da intervenção mínima.

Sem embargo, sob o mesmo pretexto da prevenção se tem utilizado a norma penal como módulo auxiliar da segurança pública, degenerando seu caráter de *ultima ratio*, transformando-

²³⁷ GRECO, *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach*, op. cit., p. 160.

²³⁸ GRECO, *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach*, op. cit., p. 160-161.

²³⁹ GRECO, *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach*, op. cit., p. 161.

a em primeira opção na assim chamada “*luta contra a criminalidade*”, quando não a única opção, simplesmente ignorando meios menos invasivos na esfera das liberdades individuais. Esse debate remonta à velha polêmica entre a preservação da liberdade e garantia da segurança em um Estado de Direito. Aliás, segurança essa que tem sido apontada como direito fundamental no âmbito das democracias ocidentais.²⁴⁰

Isso por si só já aparenta um paradoxo intransponível. Como assinala HASSEMER, no mais das vezes os direitos fundamentais tendem a se antepor como obstáculos à luta estatal contra a criminalidade.²⁴¹ A produção da segurança, ao revés, importa sempre em uma restrição às garantias constitucionais em geral e à liberdade em particular, daí ser contraditório aceitá-la como direito fundamental apto a impulsionar a Política criminal.²⁴² Em verdade, sob o pretexto de garantir maior segurança, justifica-se um demasiado incremento quantitativo da norma penal, nomeadamente como instrumento de controle de novos riscos sociais, a ponto de HASSEMER afirmar, criticamente, uma nova perspectiva dominante na Política criminal contemporânea: “*tudo é prevenção*”.²⁴³

Deste modo, a Política criminal contemporânea reivindica para si a capacidade de controle universal sobre a sociedade e seus problemas, passando ao largo de princípios como o da intervenção mínima.²⁴⁴ Podem ser verificadas duas formas de *sobrecriminalização*²⁴⁵ (expansão ou intervenção excessiva) por parte do sistema penal: uma direta, decorrente do aumento da incidência típica, pelo incremento quantitativo de tipos penais de perigo ou omissivos, e agravamento desmesurado de penas, como problema claramente normativo; e uma indireta, por meio da imputação pela via omissiva imprópria.²⁴⁶ Além da proliferação quantitativa, a expansão do direito penal também se manifesta qualitativamente, de maneira independente à atividade legislativa, a partir especialmente das ações concretas das agências

²⁴⁰ Para uma visão crítica, vide, sobretudo HASSEMER, Winfried. Processo penal e direitos fundamentais. In. PALMA, Maria Fernanda. *Jornadas de Direito processual penal e Direitos fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 22.

²⁴¹ HASSEMER, *Processo penal e direitos fundamentais*, op. cit., p. 22.

²⁴² Sob uma perspectiva crítica da utilização da norma penal como instrumento de segurança pública: BINDER, Alberto. *La implementación de la nueva justicia penal adversarial*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2012, p. 75. Sustentando que a lógica negocial incentiva a consciência individual quanto a sua responsabilidade pela preservação da segurança pública: SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Curso de Direito processual penal: teoria (constitucional) do processo penal*. Natal: OWL Editora Jurídica, 2015, p. 541.

²⁴³ HASSEMER, *Processo penal e direitos fundamentais*, op. cit., p. 23.

²⁴⁴ ALBRECHT, Peter-Alexis. *Criminologia: uma fundamentação para o direito penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos e Helena Schiessl Cardoso. Rio de Janeiro: Lumen Juris/ICPC, 2010, p. 587.

²⁴⁵ Da expressão anglo-saxã “*overcriminalization*”. Sobre tal fenômeno vide HUSAK, Douglas. *Sobrecriminalización: los límites del derecho penal*. Trad. Rocío Lorca Ferreccio. Madrid: Marcial Pons, 2013, pp. 109 e ss.

²⁴⁶ SILVEIRA, Renato de Melo. *Direito penal empresarial*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2017, p. 51.

penais de controle.²⁴⁷ A prevenção como justificativa à *sobrecriminalização*, contudo, deve ser analisada com reserva e *grano salis*.

Em relação especificamente à lógica negocial, VASCONCELLOS salienta que a ampla demanda dos mecanismos negociais no Processo penal pode ser compreendida no marco da expansão do Direito penal material.²⁴⁸ Para o autor, a autorização dos acordos, com a consequente relativização das garantias fundamentais do Processo penal, funcionam de maneira a permitir uma instrumentalização da persecução a fim de antecipar, de forma mais célere possível, a concretização do poder punitivo e efetivar, com isso, e sem maiores discussões, a lógica da expansão desenfreada da intervenção penal.²⁴⁹ Isso é verdade, particularmente, quando se tem em vista os acordos sobre a sentença nos moldes do Processo penal americano, os quais resultam em uma condenação penal e dela decorrem todos seus efeitos primários e secundários.

Analisando especificamente a realidade desvelada pelos acordos na sistemática norte-americana, VASCONCELLOS enaltece que sob a alegada busca de eficiência do sistema criminal, fundamento para inúmeras reformas legais no cenário contemporâneo, a barganha desempenha um importante papel para a legitimação de discursos punitivistas. A demanda pela máxima celeridade da persecução criminal, somada à renúncia de direitos fundamentais do acusado, como a garantia à ampla defesa e o direito ao recurso, opõe um obstáculo ao controle de constitucionalidade e legalidade dos novos tipos penais e investigações realizadas. Ao consentirem na aplicação de uma pena, os réus se submetem a uma sanção sem uma análise judicial adequada, fundada na ampla dilação probatória do procedimento tradicional. Há uma relação bilateral entre barganha e incremento da norma penal: ao mesmo tempo em que se responde às demandas punitivas, evita-se sua insustentabilidade por meio da diminuição do controle cognitivo por parte do Judiciário.²⁵⁰

Sobre o paradigma da prevenção, ademais, é imperioso destacar as críticas que vem sofrendo pela doutrina penal contemporânea, a partir de meados do século XX, essencialmente diante do fato da pena ser sempre posterior à prática do fato, quando sua função preventiva já estaria prejudicada. Apenas uma análise de suas fraquezas e debilidades permitirá uma visão crítica e propositiva das finalidades da norma e da pena criminal. A uma primeira vista, poderia

²⁴⁷ BECHARA, Ana Elisa. Discursos de emergência e política criminal: o futuro do Direito Penal brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 103, p. 411 – 436, jan./dez. 2008, p. 411.

²⁴⁸ VASCONCELLOS, Vinicius. *Barganha e justiça criminal negocial*. 2 ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 29-30.

²⁴⁹ VASCONCELLOS, *Barganha e justiça criminal negocial*, op. cit., p. 29-30 e p. 152-153.

²⁵⁰ VASCONCELLOS, *Barganha e justiça criminal negocial*, op. cit., p. 152-153.

parecer que a pretensão de prevenção universal da norma penal, ou do sistema de imputação, já nasce fracassada. Como assevera ALBRECHT, inexistem convincentes provas científicas da prevenção.²⁵¹

Como em certa medida já assinalado acima, tal orientação, em sua vertente geral, permanece apenas como esperança. A ameaça, desestimular fatos delituosos, reintegração do apenado na sociedade e proteção da sociedade em relação a futuros crimes mostram-se exclusivamente como argumentos retóricos e ideológicos carentes de efetiva demonstração empírica.²⁵² Na maioria das vezes, dados estatísticos, como os inicialmente apresentados, apontam apenas uma visão parcial, tendo em vista a existência do que a Criminologia já tratou de nomear por cifra oculta da criminalidade.²⁵³

No tocante à capacidade de desmotivação social dos indivíduos de violarem a lei penal, a resposta também é insatisfatória. Uma melhoria na eficácia preventiva, como se extrai da justificação para impossibilidade de progressão de regime em caso de condenação por organização criminosa, por exemplo, incrementando a motivação que os indivíduos teriam para não violar a nova lei é carente de argumentos convincentes. Isso decorre, principalmente, da ausência de lastro concreto para sua verificação. Nesse sentido, HASSEMER destaca que “*a previsibilidade da eficácia de uma norma se mede pela qualidade e quantidade das condições objetivas postas a sua disposição para sua concretização instrumental*”.²⁵⁴ Ademais, há muito se afirma a ineficácia da norma como forma de coação, além de que pode acarretar a violação direta à dignidade humana, por submeter o indivíduo aos anseios da sociedade, tratando-o como meio para uma finalidade supraindividual, e retornando, desse modo, a uma lógica de defesa social própria do positivismo criminológico.²⁵⁵

Corroborando a crítica quanto às funções preventivas da pena, pode-se construir outras sob a perspectiva da função simbólica do sistema penal, como sendo aquele atributo da norma penal, “*segundo o qual as funções latentes da norma suplantam suas funções manifestas, de maneira a gerar a expectativa de que o emprego e o efeito da norma concretizarão uma*

²⁵¹ ALBRECHT, *Criminologia*, op. cit., p. 247.

²⁵² ALBRECHT, *Criminologia*, op. cit., p. 588.

²⁵³ ALBRECHT, *Criminologia*, op. cit., p. 247: “*Numerosos fatos puníveis podem ser mantidos na cifra negra, porque são relativamente protegidos em face de uma possível intervenção pelos órgãos de persecução, mediante bloqueio de denúncia*”.

²⁵⁴ HASSEMER, Winfried. *Direito penal: Fundamentos, estrutura, política*. Organização e revisão por Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos. Tradução de Adriana Beckman Meirelles (et al.). Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris ed., 2008, p. 221.

²⁵⁵ GARCÍA, Olga Lucia Gaitán. *Direito penal contemporâneo: da tutela pena a uma lesão à proteção de riscos. Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade*. Ano 7 n. 12. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 43. Cf., sobretudo, FERRI, Enrico. *Princípios de Direito Criminal*. Trad. Paolo Capitanio. São Paulo: Bookseller, 1998, p. 67.

situação diversa da anunciada pela própria norma”.²⁵⁶ Ou seja, o *simbólico* emerge quando há uma séria divergência do conteúdo manifesto da norma para com seu conteúdo latente. As políticas de interesses subjacentes ao sistema punitivo são totalmente encobertas pelo processo de tipificação. Ao invés de se perseguir a verdade ou a justiça, os argumentos científicos são utilizados para se alcançar outros fins alheios a seus objetivos declarados.²⁵⁷

A lógica da proteção subsidiária de bens jurídicos, expressão mais definida do princípio da lesividade, é substancialmente reduzida sob uma utilização simbólica do Direito penal. Como esclarece HASSEMER, tem mais destaque a perseguição de fins políticos de longo alcance, ante a necessidade de uma demanda imediata de ação. Esse fenômeno desvela a crise da moderna Política criminal direcionadas às consequências, ao transformar o Direito em mero instrumento acessório da Política, legitimando bens jurídicos universais e crimes de perigo, por exemplo. Está para satisfazer a sociedade do risco, quando submetida a uma sensação de insegurança global. Por esse motivo, no caminho inverso de funcionar como instrumento de legitimação, apenas cria funções político-criminais ilusórias, corroendo a confiança na tutela penal.²⁵⁸

O *Direito penal simbólico* parte de um contexto em que predomina um forte apelo moralizante, tal qual os alarmantes fatos e números de violência urbana trazidos na exposição de motivos do projeto, e a demonstração da necessidade do uso do poder punitivo como principal solução para os problemas da segurança pública. Segundo GÜNTHER, o problema da legitimidade pode ser superado, desde que relacionando o conceito de responsabilidade penal à ideia de legitimação democrática, isto é, que os cidadãos, com seus direitos de participação, possam influir no processo de formação de pensamento e vontade sobre a positivação das normas jurídicas,²⁵⁹ para além do critério formal do voto periódico.

A ausência de um fundamento empírico para a criação legislativa, desamparada de dados concretos de seus efeitos sociais, mitiga a crítica e abre brecha para o *simbólico*. Sem que sejam respeitados os fundamentos e princípios constitucionais positivados do Estado Democrático de Direito, por ausência de discussão pública, ilegitimidade de suas motivações,

²⁵⁶ HASSEMER, *Direito penal*, op. cit., p. 221.

²⁵⁷ Em certa medida, SCHÜNEMANN, Bernd. *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana. Anuario de derecho penal y ciencias penales*, t. 49, Fasc/Mes 1, 1996. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=46492>. Acesso em 2 de maio de 2021, p. 215.

²⁵⁸ HASSEMER, *Direito penal: Fundamentos, estrutura, política*, p. 230.

²⁵⁹ Günther, nesse sentido, em muito é legatário e se aproxima do pensamento de Habermas. Cf. GÜNTHER, Klaus. A culpabilidade no Direito Penal atual e no futuro. Tradução de Juarez Tavares. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, a.6, n.24, p.79-92, out/dez. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 80. Bem como HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro*. São Paulo: Editora Unesp, 2018, p. 453. Anteriormente, COSTA; RIBERO, *A criminalização do enriquecimento ilícito de agentes públicos: limites dogmáticos à intervenção penal*, op. cit., loc. cit.

e em descompasso com o fundamento básico de promoção da dignidade da pessoa humana, fica evidente a ilegitimidade da norma produzida, assim como a consequente necessidade de sua exclusão do sistema normativo. O ponto fulcral do debate, antes de ser propriamente o das consequências preventivas, parece estar no arcabouço principiológico mais básico a sustentar um Direito penal que se pretenda liberal.

Ademais, a caracterização do sistema penal como seletivo, repressivo e estigmatizante²⁶⁰ fica potencializada, levando o punitivismo ao patamar de norteador da Política criminal e regente de um projeto político que visa a neutralização dos indivíduos. Assim, a sensação de insegurança é maximizada pela mídia, que se coloca como porta-voz da versão inquisitória do debate jurídico. Pode-se afirmar inclusive que a publicização midiática é construída por narrativas dramáticas que visam unicamente atrair audiência,²⁶¹ as quais, aliadas à arbitrariedade da justiça criminal, geram consequências irreparáveis e injustificáveis nas vidas dos acusados.

Movida pela sensação de insegurança, motivada pela mídia, grande parte da sociedade passa a solicitar o recrudescimento da intervenção penal e a punição passa a se tornar indispensável para toda a classe socioeconômica. Atualmente, vislumbra-se o recrudescimento do sistema punitivo tanto para seus antigos clientes, os menos favorecidos,²⁶² quanto para as classes empresariais e políticas, com a propagação do discurso de combate à corrupção. Assim, o sistema penal de fato passa a ser um pouco menos seletivo, mas a custo de um aumento imensurável em sua repressividade, pois as classes menos favorecidas também sofrem os reflexos da violação de direitos que é realizada em nome da prisão de políticos e empresários.

Para BINDER, essa inflação legislativa desenfreada não se esgota apenas em um problema de técnica legislativa. Ao revés, é resultado do fracasso dos sistemas sociais de resolução de conflitos, demandando respostas simbólicas ao invés de pugnar soluções reais, genuínas e efetivas. A solução simbólica não visa elucidar o conflito, mas sim, atemorizar, controlar e moldar consciências.²⁶³

²⁶⁰ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 25.

²⁶¹ BATISTA, Nilo. *Mídia e sistema penal no capitalismo tardio*. Revista Brasileira de Ciências Criminas, “Revista Especial”, 8º Seminário Internacional, nº 42. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 05-06. Para Jean Baudrillard, a violência produzida pela hipermodernidade é o terror, e ela surge efetivamente quando de sua publicização pela mídia. Cf. BAUDRILLARD, *A transparência do mal*, op. cit., 2004, p. 83.

²⁶² Sobre a seletividade no sistema penal brasileiro vide: ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 270.

²⁶³ BINDER, Alberto. O sentido do princípio da oportunidade no contexto da reforma da justiça penal na América Latina. In. BINDER, Alberto. *Fundamentos para a reforma da justiça penal*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 157.

Em um Estado de Direito, fatos eticamente controversos como questões que envolvem punição e segurança pública não podem ser regulamentados com base em particularismos e subjetivismos incitados pela mídia ou por discursos políticos populistas, mesmo se tratando de uma cultura majoritária. Pelo contrário, faz-se necessário buscar uma regulamentação neutra, ao nível abstrato, de coexistência em igualdade de direitos de diferentes comunidades, integradas de maneira ética, de forma a encontrar o reconhecimento motivado racionalmente de todas as partes em conflito.²⁶⁴

O caminho para se tentar atingir um Direito penal racional e submetido à controle parece passar justamente pela necessidade de adequação entre os meios e fins a serem discutidos no âmbito da Política criminal e efetivados por meio de todo o sistema punitivo. Esse objetivo passa, portanto, por uma perspectiva integrada de análise, compatibilizando Direito material, processual e a Política criminal. Um Direito penal atento às suas consequências deve repelir uma finalidade simbólica da norma incriminadora, controlar sua expansão indevida e se destinar à proteção subsidiária de bens jurídicos, com o intuito de manter a criminalidade sob controle a taxas socialmente toleráveis.²⁶⁵

2.3. CAMINHOS DA POLÍTICA CRIMINAL: INTERVENÇÃO MÍNIMA E DIVERSÃO EM DIREITO PENAL

Das considerações tecidas anteriormente, pode-se concluir, provisoriamente, que, diferentemente do que se possa imaginar, um modelo de Direito penal democrático e limitado ainda é uma realidade pouco tangível ante ao movimento inverso de expansão da norma incriminadora. Atualmente a lei penal segue desempenhando verdadeira política de segurança pública, oferecendo à população, ansiosa por soluções rápidas e irrefletidas, uma resposta simbólica sem nenhuma garantia empírica de que efetivamente possa cumprir o que promete.²⁶⁶

Ainda assim, como se sustenta uma função principiológica e liberal da Política criminal, não se pode deixar de apontar premissas prospectivas, direcionadas à reforma não só a nível legislativo, mas também institucional, do funcionamento do sistema de justiça criminal. Em relação especificamente aos acordos, tais pressupostos podem servir tanto para legitimar sua

²⁶⁴ HABERMAS, *A inclusão do outro*, op. cit., p. 454.

²⁶⁵ CAEIRO, *Legalidade e oportunidade*, op. cit., p. 47.

²⁶⁶ Criticando a utilização da norma penal como política de segurança pública, vide BINDER, Alberto. *La implementación de la nueva justicia penal adversarial*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2012, p. 75.

utilização, quando se restrinjam a um panorama de benefícios penais, nomeadamente aos acordos sobre o processo; quanto para criticar e limitar sua expansão, na direção da aceitação de acordos sobre a sentença, e imposição de penas por procedimentos abreviados quando se renuncie a instrução.

2.3.1. Mais ou menos Direito penal?

Sabe-se, nos termos lembrados por BOBBIO, que em um plano deontológico, característico de uma análise sobre a legitimidade normativa, as leis devem ser minimamente ajustadas às demandas específicas da sociedade em que vigoram, para que consigam ter eficácia plena.²⁶⁷ Nesse caso, não é muito diferente: há um potencial desejo na sociedade de aumentar a efetividade da persecução penal em relação à criminalidade, o que parece se fazer necessário frente aos gravíssimos problemas de segurança pública enfrentados pelo Brasil, como largamente demonstrado por dados estatísticos oficiais.

O predomínio da criminalização e do agravamento das consequências dos delitos, como principal forma de combate à criminalidade, máxime a econômica, empresarial e contra a administração pública, contudo, parece acarretar uma clara violação ao princípio da *ultima ratio*. Afinal, é indispensável que as estratégias de prevenção à prática de condutas lesivas à pessoa estejam submetidas à lógica dos princípios constitucionais que regem o Direito penal como um todo. Não se trata de uma categoria especial para qual se poderia pensar na suspensão de algumas garantias com vistas a dar uma resposta satisfatória à sociedade.²⁶⁸

Nessa sequência, após serem apresentados os argumentos atinentes às teorias das penas, parece necessário recorrer a um exame dos prós e dos contras a utilização do Direito penal como recurso para respostas às exigências estatais e sociais de punição, e como tais argumentos servem para incrementar ou fragilizar sua efetividade. Apenas assim é possível proceder uma análise lúcida sobre a eficácia futura do Direito penal e as pautas político-criminais a que deve estar submetido. A relação entre o que o Direito penal efetivamente é e aquilo que ele deve ou deveria ser é intermediada, no entanto, pela realidade e pelos instrumentos que se têm à disposição para alcançar tais finalidades. Por isso, indispensável uma análise integrada do sistema de justiça criminal.

²⁶⁷ BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral do Direito*. Trad. Denise Agostinetti. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 38.

²⁶⁸ Como poderia parecer a proposta de SILVA SÁNCHEZ, *A expansão do Direito Penal*, op. cit., passim.

Em síntese, tradicionalmente justifica-se o recurso ao Direito penal para se melhorar a eficácia intimidante de uma norma proibitiva. Isso pressupõe, como bem observa GRECO, quando avalia a legitimidade das novas pretensões da norma penal ante os riscos contemporâneos, a adoção de uma teoria preventivo geral negativa quanto à função da pena, de modo que os críticos dessa teoria poderiam objetar quanto a sua efetividade. Da mesma forma, a necessidade de intimidação não basta para legitimar o Direito penal, haja vista o Direito administrativo também possuir mecanismos para tanto. Essa é uma condição necessária, mas não suficiente para o uso da punição criminal.²⁶⁹ De outro lado, mesmo diante do fato de o Direito penal impor as sanções mais graves no âmbito do ordenamento jurídico, ele concede o mais amplo rol de garantias de defesa, mormente na esfera processual penal.²⁷⁰

De forma inversa, na linha do que faz GRECO, poder-se-iam apontar as razões pelas quais não se justifica o recurso ao Direito penal, de maneira a poder delimitar seu âmbito de atuação, ante as novas demandas sociais. Para esse autor, por um lado, insustentável o recurso à prevenção especial positiva, pois com ela se almejaria atribuir à seara punitiva a missão de ser um “*guia ético-social*”, ao contribuir para internalizar, na população como um todo, valores sociais.²⁷¹ Por outro lado, em um Direito penal que respeite a autonomia individual, a prevenção geral positiva só pode ser usada a partir de uma perspectiva limitadora do poder punitivo, a saber, a pena não pode dessocializar, desintegrar ou deseducar a coletividade. A ideia primordial é a de que excesso punitivo enfraquece a eficácia do Direito penal nuclear.²⁷²

Em relação ao princípio da subsidiariedade, GRECO enaltece o fato de ser um parâmetro amplamente aceito pela doutrina penal. Nada obstante, há críticas no sentido de que a subsidiariedade não garantiria a aplicação da sanção mais gravosa ante a mesma situação de fato (TIEDEMANN), dado que sanções administrativas muitas das vezes são mais graves que as de Direito penal.²⁷³ Não se pode, com isso, permitir um completo esvaziamento do princípio da subsidiariedade em sua função de limite à punição, sob pena de se admitir o recurso à pena

²⁶⁹ GRECO, Luís. *Modernização do Direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 55.

²⁷⁰ GRECO, *Modernização do Direito penal*, p. 56. No mesmo sentido, BUSATO, para quem: “(...) *está aí presente o mecanismo mais grave que o Estado dispõe para a ingerência na vida do cidadão. Como tal, esse mecanismo deve gozar da melhor estrutura de garantias*”. Cf. BUSATO, Paulo. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 62.

²⁷¹ GRECO, *Modernização do Direito penal*, op. cit., p. 56.

²⁷² GRECO, *Modernização do Direito penal*, op. cit., p. 58.

²⁷³ BUSATO comenta esse argumento lançado por TIEDEMANN (cf. TIEDEMANN, Klaus. *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht*. Tübingen: Mohr-Siebeck, 1969, p. 145), apontando certa pertinência, mas rebatendo-o no sentido de que um erro não possa compensar o outro: “*o que está havendo não é a falência da ideia de subsidiariedade, senão seu vilipêndio através de uma lamentável fraude de etiquetas*”. Cf. BUSATO, *Direito penal: parte geral*, op. cit., p. 61-62.

sempre quando represente um mal menor.²⁷⁴ GRECO sustenta que o princípio da subsidiariedade deva operar no plano argumentativo: entendido o Direito penal como limitação à liberdade de forma mais grave, caberia a quem defendesse um uso mais alargado do instrumento punitivo o ônus argumentativo de comprovar que os meios alternativos são mais gravosos que a pena criminal.²⁷⁵

Tal encargo argumentativo partiria da premissa de haver uma presunção *prima facie* de que a sanção penal seria sempre a mais grave, passível de afastamento no caso concreto, obviamente. Assim, o princípio poderia passar a ser interpretado com o seguinte conteúdo, nas palavras de GRECO: “*nos casos em que a sanção penal for mais grave, o que ela em regra será, só pode o Estado a ela recorrer quando ela for estritamente necessária*”.²⁷⁶

Ocorre que, ao mais das vezes, esse não é um ônus que o legislador se desincumbe, restando no plano empírico, literalmente, como petição de princípio. Sem dúvida, como lembra GRECO, ainda está pendente na doutrina a delimitação dos verdadeiros contornos do princípio da subsidiariedade, ante às críticas apresentadas.²⁷⁷ Porém, isto não impede que sejam encontrados mecanismos dentro do sistema para efetivar sua ideia fundamental, a qual não parece restar dúvida tanto na doutrina, quanto também na jurisprudência.²⁷⁸ Certo é que tal princípio não pode ser entendido como parâmetro dirigido exclusivamente à atividade legislativa, mas informar, ao mesmo tempo, todos aqueles responsáveis por aplicar à norma ao caso concreto.²⁷⁹

²⁷⁴ GRECO, *Modernização do Direito penal*, op. cit., p. 58-59.

²⁷⁵ GRECO, *Modernização do Direito penal*, op. cit., p. 59. No mesmo sentido, anteriormente, GRECO, Luís. Breves reflexões sobre os princípios da proteção de bens jurídicos e da subsidiariedade em Direito penal. In. BRITO, Alexis Couto de; VANZOLINI, Patrícia. *Direito penal: aspectos jurídicos controvertidos*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 173.

²⁷⁶ GRECO, *Breves reflexões sobre os princípios da proteção de bens jurídicos e da subsidiariedade em Direito penal*, op. cit., p. 173.

²⁷⁷ GRECO, *Modernização do Direito penal*, op. cit., p. 59.

²⁷⁸ Distintiva é, pois, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ao entender: “(...) *há de se reconhecer o caráter subsidiário e fragmentário do direito penal – cuja atuação somente deve ocorrer em situações nas quais nenhum outro ramo do direito responda de modo eficiente*”. Vide: STF. *Inquérito 4744 AgR*, Relator(a): Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 27/09/2019, publicado em 11/10/2019.

²⁷⁹ Para DOTTI, por exemplo, o princípio da intervenção mínima não informa apenas o legislador, ao eleger os bens jurídicos dignos de tutela penal, mas também obriga o Poder Judiciário, ao permitir a concretização de um conceito de tipicidade penal (material), cf. DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito penal: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 167. Para PACELLI e CALLEGARI, por sua vez, o princípio da intervenção mínima encontra sua natureza como parâmetro de hermenêutica penal: “*Constitui, sim, matéria de observância necessária no âmbito da política criminal, mas, também, instrumental apto e suficiente a exercer controle do excesso incriminador no interior dos tipos penais, ocupando papel relevante no campo da prática do direito, quando nada para diminuir o alcance da respectiva incidência (dos tipos), quando desconectada com o sistema geral de reprovações e de condutas proibidas*”, cf. PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. *Manual de Direito penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2018, p. 88.

Em termos de Política criminal, aqui emerge a discussão entre os defensores de um Direito penal máximo de um lado, de um Direito penal mínimo de outro, e de posições intermediárias, no sentido de um Direito penal adequado aos objetivos do Estado Democrático de Direito. De fato, é de se rechaçar por completo a pretensão de maximização da seara punitiva, assim como o querem os defensores do conservador *movimento da lei e da ordem*.²⁸⁰ Há, a par de todas as críticas anteriormente apontadas, um certo alarmismo populista em defender “o único meio de combate à criminalidade violenta são as penas severas, fundamentadas na retribuição e no castigo”.²⁸¹ Da mesma forma, há sérias dúvidas sobre sua efetividade para o controle razoável das taxas de criminalidade, seja pelo efeito estigmatizante e criminalizante da pena, seja pela ausência de provas efetivas da prevenção geral negativa.

O minimalismo, de outra sorte, mesmo que à primeira vista possa defender reivindicações abstratas e pouco claras, direciona-se, de forma segura, em sentido contrário. Suas pretensões podem ser interpretadas, segundo GRECO, a partir de dois sentidos.²⁸² O primeiro deles sob um viés de direito penal subsidiário, defendido principalmente por FERRAJOLI, no sentido de um poder punitivo que respeite as garantias liberais, além de crítico à inflação legislativa contemporânea.²⁸³ Carece, todavia, de alternativa concreta para aquelas condutas a serem excluídas de um rol reduzido de punibilidade criminal.

Um segundo sentido seria aquele dos defensores de um Direito penal reduzido ao essencial dos clássicos bens jurídicos individuais, representando pelos penalistas de *Frankfurt*, os quais demandam um *Direito de intervenção* para abarcar os novos problemas das sociedades contemporâneas, como alternativa ao Direito penal.²⁸⁴ Dissertando especialmente sobre os riscos advindos da seara ambiental, HASSEMER, principal representante dessa vertente, afirma que apenas se deve consentir certo relevo penal para os fatos cuja proibição não depende de configurações extrapenais (acessoriedade administrativa), direcionando todos os demais para esse novo ramo, destinado a atuar previamente à consumação dos riscos. Trata-se de um Direito,

²⁸⁰ Nesse sentido cf. PIRES, Ariosvaldo Campos; SALLES, Sheila Jorge Selim de. Alguns movimentos político-criminais da atualidade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 42/2003, p. 295 – 306, jan-mar/2003 (versão online).

²⁸¹ PIRES; SALLES, *Alguns movimentos político-criminais da atualidade*, op. cit., versão online.

²⁸² GRECO, *Breves reflexões sobre os princípios da proteção de bens jurídicos e da subsidiariedade em Direito penal*, op. cit., p. 173.

²⁸³ FERRAJOLI vê com reserva a expansão da justiça consensual no Direito penal, tratando-o como incompatível a um sistema acusatório, vide: *Direito e Razão*, op. cit., passim. Sobre a crítica, cf. GRECO, *Breves reflexões sobre os princípios da proteção de bens jurídicos e da subsidiariedade em Direito penal*, op. cit., p. 173.

²⁸⁴ Posição defendida, acima de tudo, por HASSEMER, Winfried. A preservação do ambiente através do Direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 22/1998, abr-jun/1998, p. 33 e ss.

acima de tudo, preventivo, ao contrário do penal, que ainda conservaria seu caráter eminentemente repressivo.²⁸⁵

À par das críticas que mereça a primeira das acepções, essencialmente quanto a seu caráter redundante e tautológico, ou quanto ao caráter pouco claro das propostas da segunda posição, para não se tornar um instrumento ainda mais invasivo que o próprio Direito penal, GRECO afirma que o minimalismo permitiria, da mesma maneira, a defesa crescente de um certo tipo de *desformalização*, especialmente no âmbito do Processo penal, ao permitir instrumentos como a transação penal, o *plea bargaining*, os acordos etc. Em que pese FERRAJOLI e HASSEMER o vejam com reservas, haveria autores que o sustentariam expressamente no Brasil, como Luiz Flávio GOMES.²⁸⁶

A crítica parece, até certos termos, válida, quando a desformalização importe em uma efetiva perda de garantias de defesa. Isso é notório quando se está frente a acordos sobre a pena e a sentença, dos quais resulte em uma condenação formalizada e dotada de efeitos penais estigmatizantes. Ao contrário, quando resulte em um benefício penal, de forma a evitar o próprio processo em troca da imposição de medidas alternativas sem consequências infamantes, quer-nos parecer, de toda forma, incrementar a concretização do princípio da intervenção mínima.²⁸⁷ Ainda assim, a alternativa quanto a não aceitar o acordo e, conseqüentemente, se submeter a um processo, deve ser sempre uma opção do acusado. Essa pretensão não poderia ser justificada, entretanto, sem a definição dos meios para se chegar a tais propostas negociais, dado que se abriria mão, antes de mais nada, da certeza sobre a ocorrência do fato.

Esse continua a ser o papel fundamental do legislador, devendo estar sempre atento, em primeiro lugar, à impossibilidade de se negociar sobre o processo e a pena sem a prévia autorização legal e, em segundo, à necessidade da presença do advogado nos atos negociais,

²⁸⁵ HASSEMER, *A preservação do ambiente através do Direito penal*, op. cit., p. 34

²⁸⁶ GOMES, Luiz Flávio. *Penas e medidas alternativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 52. Sobre tal crítica, GRECO, *Breves reflexões sobre os princípios da proteção de bens jurídicos e da subsidiariedade em Direito penal*, op. cit., p. 174.

²⁸⁷ Ainda no tocante à crítica da desformalização, e na esteira da mesma lógica, a fim de exemplificar outros fins político-criminais do sistema penal implementados por meio do Processo penal, pense-se a possibilidade de o Ministério Público (ou do Delegado de Polícia) requerer a aplicação do princípio da insignificância em nível de investigação preliminar. Efetiva-se o princípio da intervenção mínima sem a necessidade de se recorrer aos fins estigmatizantes da submissão ao Processo penal e isso como medida mais benéfica ao acusado. Tal proposta encontra guarida no art. 42 do projeto de novo Código de Processo Penal, segundo o qual: “*Entendendo o órgão do Ministério Público que o fato é atípico, que há causa de extinção de punibilidade, de exclusão de antijuridicidade ou de culpabilidade, ressalvado o disposto no art. 26 do Código Penal, formulará requerimento de extinção do procedimento investigatório. A decisão que acolher a pretensão ministerial tem natureza de sentença*”. Parecer do Relator, Dep. João Campos, no Projeto de Lei 8045/2010 da Câmara dos Deputados (Novo Código de Processo Penal). Disponível em https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1998270&filename=Parecer-PL804510-26-04-2021. Acesso em 20 de maio de 2021.

para se garantir o respeito ao direito de defesa. Vale lembrar a lição de HABERMAS, para quem o que garante legitimidade às decisões da maioria é o respeito ao caráter discursivo das deliberações, permitidas as condições de igualdade de direitos, somado à racionalidade procedimental, estabelecida em um Estado Democrático por sua Constituição.²⁸⁸ Nesse sentido, há quem sustente a possibilidade de introdução dos acordos sobre a pena no Processo penal, sob a forma de procedimentos abreviados, tal qual ocorre nas realidades comparadas do Chile²⁸⁹ e do Uruguai²⁹⁰, por exemplo.

Além do mais, pode-se sustentar tal posição sem necessariamente recorrer a uma ideia de *Direito penal mínimo*: o princípio da subsidiariedade é admitido, de forma implícita, pelo ordenamento jurídico, independente da posição que se sustente. O fato de se garantir constitucionalmente a liberdade individual como Direito fundamental demanda sempre o ônus argumentativo de que a restrição dessa liberdade seja justificada a partir da lógica da proteção a um bem jurídico de terceiro, digno de tutela penal. Isso leva a autores clássicos, como ASSIS TOLEDO, afirmarem que o princípio da *ultima ratio* encontra verdadeiro respaldo constitucional implícito.²⁹¹ Trata-se de verdadeira regra político-criminal sem a qual o legislador infraconstitucional não encontraria balizas ante sua iniciativa criminalizadora.

Aliás, não foi outra a intenção do legislador de 1984, quando da reforma da Parte Geral do Código Penal. Independente de etiquetar suas intenções a partir do nome de algum movimento, a reforma se orientou no sentido de defender uma Política criminal que, com o objetivo de proteger a sociedade, restringisse a incidência da pena privativa de liberdade aos casos nos quais fosse estritamente necessária, com o intuito de impedir o efeito criminógeno e intimidador do cárcere. Buscou-se outras sanções para os autores primários e para os crimes menos graves, tais quais as penas alternativas, a suspensão da pena e o livramento condicional, independente de se considerar a pena privativa de liberdade como resposta básica ao delito.

²⁸⁸ Nesse sentido: HABERMAS, *A inclusão do outro*, op. cit., p. 461.

²⁸⁹ Sobre o procedimento abreviado no Chile, sob uma perspectiva crítica, vide o esclarecedor texto de FREITAS, Jéssica. *Juicio abreviado e eficiência punitiva: considerações críticas sobre a incorporação do plea bargaining no processo penal chileno*. In: COUTINHO, Jacinto; PAULA, Leonardo de; SILVEIRA, Marco Aurélio (org.). *Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil*. Curitiba: Observatório da Mentalidade inquisitória, 2018, p. 142 e ss.

²⁹⁰ Para FREITAS, a adoção do modelo abreviado no processo penal uruguaio garantiu um aumento no número de condenações, em detrimento do procedimento ordinário, cf. FREITAS, Jéssica. *Breves considerações sobre o proceso abreviado e sua utilização no primeiro ano do novo Código de Processo penal uruguaio*. In: PAULA, Leonardo de (coord.) *Reflexiones brasileñas sobre la reforma procesal penal en Uruguay*. Santiago/Curitiba: CEJA, 2019, p. 313.

²⁹¹ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 21-22.

Apesar disso, teve por propósito limitá-la a casos em que efetivamente fosse necessária, trazendo à lume os verdadeiros mecanismos de controle de uma certa irracionalidade penal.²⁹²

2.3.2. Mecanismos de controle racional do Direito penal: a intervenção mínima

Desde BECCARIA sabe-se que a questão penal reflete, sobremaneira, a organização política da sociedade,²⁹³ sendo um terreno propício para determinar um certo grau de desenvolvimento civilizacional e permitir uma discussão séria sobre a reforma do Estado e da própria sociedade. Emblema dessa reflexão é a já referenciada constante tensão entre segurança coletiva e liberdade individual, que remonta há séculos as práticas de controle social. Haveria, desse modo, como esclarece SBRICCOLI, um regime de retroalimentação entre a pretensão de legitimidade dos governos e seus programas de Direito penal.²⁹⁴

O desenvolvimento cívico e institucional de determinada sociedade política, a preservação da liberdade, a garantia da justiça social e, em última análise, o próprio progresso civilizacional passa, desde a centralização dos Estados modernos, pelo apoio fornecido pelo sistema penal. E há, desde o iluminismo e uma certa tradição liberal do Direito penal, a concepção de que quando se deseje incrementar ou garantir qualquer grau de liberdade, deve-se reformular ou extirpar do sistema uma norma penal.²⁹⁵ quanto mais normas penais, menor o grau de liberdade de uma comunidade e vice-versa. Nas palavras de SBRICCOLI, “*o penal torna-se, assim, a medida universal da qualidade política do governo e da própria natureza do Estado*”.²⁹⁶

Ante todas as críticas anteriormente apresentadas, uma concepção de Estado pós-social, ligada essencialmente à ideia de ineficácia do sistema sancionatório quanto ao controle da delinquência, vislumbra no horizonte um novo modelo de Política criminal, o qual os portugueses se referem como *modelo verde*.²⁹⁷ Partindo das contribuições criminológicas de cunho crítico, essencialmente do *labeling approach*, tem como ponto de partida a intervenção

²⁹² Itens 26 e 27 da Exposição de motivos da nova Parte Geral do Código Penal, fruto da reforma de 1984.

²⁹³ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 41.

²⁹⁴ SBRICCOLI, Mario. Beccaria ou o advento da ordem. O filósofo, os juristas e a emersão do problema penal. In. DAL RI JR, Arno; NUNES, Diego; SONTAG, Ricardo. *História do Direito penal*. Florianópolis: Habitus Editora, 2020, p. 14-15.

²⁹⁵ SBRICCOLI, *Beccaria ou o advento da ordem*, op. cit., p. 17.

²⁹⁶ SBRICCOLI, *Beccaria ou o advento da ordem*, op. cit., p. 17.

²⁹⁷ ADÉRITO, *Princípio da oportunidade*, op. cit., p. 28.

mínima do poder punitivo.²⁹⁸ O princípio da necessidade imporia que a sanção penal ficasse reservada apenas àqueles casos de violação intolerável de bens jurídicos individualizáveis.²⁹⁹

Essa mínima intervenção encontraria eco tanto no plano do Direito substancial, quanto no do Direito processual. No primeiro, repousaria o axioma da descriminalização, a qual se manifestaria, basicamente, em três grandes formas, apresentadas por CERVINI: a) descriminalização formal, a partir do reconhecimento legal do Estado, com a revogação da norma e aceitação social do comportamento, tal qual se vislumbra no caso brasileiro do adultério (antigo artigo 240 do Código Penal);³⁰⁰ b) descriminalização substitutiva, quando a situação de fato criminalizada é atrelada sanções de outra natureza como uma resposta alternativa menos onerosa;³⁰¹ e c) descriminalização de fato, quando as agências de controle reconhecem a baixa lesividade de determinadas condutas, e por razões de conveniência e legalidade aplicam-se critérios como a adequação social, o princípio da insignificância e penas mínimas ou substitutivas. Note-se que, nessas hipóteses, permanece hígido o caráter ilícito da conduta em abstrato, eliminando-se ou diminuindo o *quantum* da pena apenas (despenalização).³⁰²

Nada obstante, no plano material, à exceção de algum ativismo judicial, principalmente na seara dos costumes, por um certo pudor legislativo,³⁰³ os processos de descriminalização têm encontrado pouco respaldo prático no quadro legal e institucional, ante o fenômeno da expansão da norma penal sobre novos domínios de riscos sociais. Tal constatação reforça a ideia de que não se pode, contudo, esgotar-se na lei o papel de racionalização do sistema de justiça criminal. Como se viu, muitas das vezes, a própria legislação penal assume uma vocação contrária à diminuição dos crimes já existentes e na contenção do papel criminalizante do legislador. Isso é o que se vislumbra quando a pauta penal passa a ser importante mecanismo político-eleitoral.

Por esse motivo, ganha destaque uma segunda esfera de interesses sobre os quais a intervenção mínima irradia sua eficácia: aquela do Processo penal, no qual se incentivam vias

²⁹⁸ DIAS; ANDRADE, *Criminologia*, op.cit., p. 75 e ss. Assim como: ADÉRITO, *Princípio da oportunidade*, op. cit., p. 28.

²⁹⁹ ADÉRITO, *Princípio da oportunidade*, op. cit., p. 28.

³⁰⁰ CERVINI, Raúl. *Os processos de descriminalização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 72.

³⁰¹ CERVINI, *Os processos de descriminalização*, op. cit., p. 73.

³⁰² CERVINI, *Os processos de descriminalização*, op. cit., p. 74.

³⁰³ Interessante salientar que tal descriminalização formal, pelo menos no Brasil, não se restringe apenas ao Poder Legislativo, tendo em grande medida a proeminência do Poder Judiciário, principalmente na pauta dos costumes. Vide, apenas a título de exemplo, a hipótese da permissão quanto ao aborto de fetos anencefálicos (ADPF 54, de relatoria do Ministro Marco Aurélio), bem como a discussão, ainda em andamento, quanto à descriminalização do porte de drogas para consumo pessoal (Recurso Extraordinário n. 635.659, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes), ambos no Supremo Tribunal Federal.

processuais simplificadas, procedimentos informais e mais céleres.³⁰⁴ Nesse quadro, realçam-se os mecanismos de diversificação³⁰⁵ (ou diversão, como preferem os portugueses³⁰⁶). Por esse fenômeno, entende-se “a suspensão dos procedimentos criminais em casos em que o sistema de justiça penal mantém formalmente sua competência”.³⁰⁷ Pretenderia a solução do conflito penal fora dos parâmetros formais da justiça criminal, tendo lugar antes da formação da culpa e da determinação da pena.³⁰⁸ Por essa via expressam-se os meios alternativos de resolução de conflitos, a justiça restaurativa e o princípio da oportunidade quanto ao exercício da ação penal.

Na visão de BINDER, as modalidades de diversificação não podem ser consideradas medidas estritamente político-criminais. Antes disso, constituem formas de evitar o recurso à justiça criminal através de outros meios com nenhum ou muito pouco conteúdo de violência. Nada obstante, ante ao “congestionamento endêmico da justiça penal”, expressão sua para explicar o uso do Processo penal como instrumento de negociação indireta quando as demais esferas de controle não funcionam, mecanismos de diversificação são *conditio sine qua non* para uma Política criminal reduzida que minimize os custos sociais da punição.³⁰⁹ Ai aparecem nas novas legislações latino-americanas institutos como o procedimento abreviado, formas conciliatórias, suspensão condicional do processo, acordos de não persecução etc.

Talvez, nesse sentido, possa se apontar, na linha do que fez SBRICCOLI, um certo erro na análise de BECCARIA em seu programa reformista que, por consequência, inspirou toda a teoria penal liberal contemporânea. Para SBRICCOLI, o marquês simplesmente subestimou o papel dos juízes e dos intérpretes do Direito no processo de humanização da reforma penal. Como bem observado pelo autor, os mais refinados juristas dos séculos XVIII e XIX empreenderam verdadeiro reformismo jurídico no interior dos aparelhos jurídicos de seu tempo, mitigando penas, moderando procedimentos, garantindo a defesa e racionalizando as instituições.³¹⁰ Ainda assim, BECCARIA, muito por força dos influxos formalistas próprios do seu tempo, era cético quanto a função dos juízes quanto a margem admitida na sua interpretação das leis, muito pela influência do positivismo legalista de seu tempo.³¹¹ Seguindo a lição de

³⁰⁴ ADÉRITO, *Princípio da oportunidade*, op. cit., p. 29.

³⁰⁵ CERVINI, *Os processos de descriminalização*, op. cit., p. 76.

³⁰⁶ ANDRADE, *Consenso e oportunidade*, op. cit., passim.

³⁰⁷ CERVINI, *Os processos de descriminalização*, op. cit., p. 76.

³⁰⁸ COSTA, José de Faria. Diversão (desjudicialização) e mediação: que rumos? *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, v. XLI, 1985, p. 83. No mesmo sentido, OLIVEIRA, Rafael Serra. *Consenso no Processo Penal*. São Paulo: Almedina, 2015, p. 73.

³⁰⁹ BINDER, Alberto. Tensões político-criminais no Processo penal. In. BINDER, Alberto. *Fundamentos para a reforma da justiça penal*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 202-203.

³¹⁰ SBRICCOLI, *Beccaria ou o advento da ordem*, op. cit., p. 19-20

³¹¹ Para BECCARIA, “nem mesmo a autoridade de interpretar as leis penais pode caber aos juízes criminais, pela própria razão de não serem eles legisladores”, cf. BECCARIA, *Dos delitos e das penas*, op. cit., p. 45.

MONTESQUIEU de que os juízes se limitariam ao papel de “*bocas da lei*”, teria ele negligenciado o papel dos magistrados como “*guardiões naturais da legalidade*” o que demandaria uma reivindicação de independência para que pudessem exercer tal função de garantia e tutela da liberdade.³¹²

De outro lado, nesse âmbito de análise se apresentam os riscos de que tais mecanismos de diversificação sejam utilizados pelos sujeitos processuais com um sentido diverso daquela da sua finalidade expressa na lei que os instituíram, com uma pretensão diversa daquela efetivamente pretendida. Não é incomum que medidas dessa ordem sejam utilizadas pelos agentes públicos que devem aplicá-la, como medidas administrativas sem garantias ou como formas indiretas de punição para se imiscuir do rigor probatório exigido pelo Processo.³¹³ BINDER chama a atenção para a necessidade das instituições encarregadas pela efetivação de tais medidas, em especial o Ministério Público e o Judiciário, de assumirem a responsabilidade de construção de uma mensagem positiva direcionada à sociedade,³¹⁴ a fim de orientá-las à sua finalidade preventiva, de modo a direcionar seus esforços para a persecução dos crimes mais graves e complexos. No mais, garantir, quando da sua aplicação, o mínimo de coerência quanto a necessidade dos institutos diversificadores, de forma a limitar seu uso sempre quando se verifique a presença de justa causa, além de possibilitar o acesso do investigado à defesa técnica e a consequente proteção de seus direitos e garantias fundamentais.

Esse é um papel de controle sobre a atividade jurisdicional que coube ser evidenciado pelos juristas contemporâneos, mas não sem uma indispensável perspectiva crítica. Os limites da interpretação por parte dos magistrados é um dos tópicos mais revividos pela teoria do Direito do século XX. De KELSEN à HART e DWORKIN, a temática da interpretação rendeu inúmeras discussões sobre a margem de discricionariedade dos juízes na criação do Direito, principalmente diante das chamadas zonas de penumbra e *hardcases*.³¹⁵ No Processo penal encontrou guarida nas discussões sobre a disponibilidade da ação penal, a valoração racional da prova e nos limites da busca da verdade.

Aqui aparece, portanto, a importância da estrutura do Processo penal na consecução de um papel reformista e racionalizador do sistema punitivo e na necessidade de que esteja direcionado à consecução de determinados fins político-criminais, precipuamente, aqueles

³¹² SBRICCOLI, *Beccaria ou o advento da ordem*, op. cit., p. 20

³¹³ BINDER, *Tensões político-criminais no Processo penal*, op. cit., p. 203.

³¹⁴ BINDER, *Tensões político-criminais no Processo penal*, op. cit., p. 203.

³¹⁵ Temática que infelizmente, diante dos estreitos limites desta investigação, não nos cabe aqui avançar. Sobre a controvérsia dos limites da atividade interpretativa dos operadores do Direito à luz da teoria jurídica do século XX, vide: HART, Herbert. *O Conceito de Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009; DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

destinados a preservação das garantias e das liberdades implícitos ao discurso civilizacional da contenção da arbitrariedade estatal. Isso porque, o novo modelo político-criminal incentivador dos meios de diversificação da resposta estatal à delinquência, impôs, antes de tudo, uma alteração substancial dos papéis atribuídos aos sujeitos processuais, no qual o Ministério Público adquire relevância ímpar como instância de controle, ao deter poderes de acusar e, ao mesmo tempo, impor as sanções que julgar adequadas, restando ao magistrado uma atribuição aparentemente homologatória. As consequências dessa conjuntura nos domínios do Direito processual penal merecem ser mais bem exploradas a seguir.³¹⁶

³¹⁶ Sobre a mudança dos papéis dos sujeitos processuais à luz da justiça penal negocial, vide: VASCONCELLOS, *Barganha e justiça criminal consensual*, op. cit., p. 175 e ss.

3. PANORAMA PROCESSUAL PENAL: A DESFORMALIZAÇÃO DA PERSECUÇÃO E OS CAMINHOS DO PROCESSO PENAL

A atividade persecutória do Estado, até então indispensável para a realização do dever condizente à aplicação da norma penal substantiva, enfrenta atualmente, na esteira do sistema penal como um todo e já repisado à exaustão, uma apontada crise da qual doutrina e jurisprudência vêm apresentando possíveis causas e soluções. De um lado, encontra-se uma postura estritamente legal, a sustentar a obrigatoriedade da ação penal pública e a função de garantia do devido processo penal, enquanto via de concretização formal do contraditório e da ampla defesa. De outro, ante à morosidade e ao custo da aplicação da lei, fazendo casos penais se estenderem por anos e consumirem infindáveis recursos públicos, demanda-se a adoção de mecanismos alternativos de resolução de conflitos, principalmente a partir da inclusão de instrumentos de consenso e oportunidade.³¹⁷

Tradicionalmente se entende a jurisdição, enquanto componente fundamental da tríade processual penal, como atividade substitutiva desempenhada pelo Poder Judiciário para a aplicação do direito objetivo.³¹⁸ Críticas de uma certa perspectiva criminológica afirmam que tal atividade estatal confiscaria o conflito da mão de quem de direito, isto é, das partes envolvidas na lesão de um bem jurídico.³¹⁹ O fato é que, mesmo o Estado se colocando no lugar do particular e evitando a justiça pelas próprias mãos, o exercício da jurisdição se reveste com a função de garantia de aplicação racional da pena. Isso decorre do princípio do *nulla poena sine iudicio*, de um lado como limite ao exercício do poder punitivo estatal e, de outro, como limitação à vontade individual dos envolvidos.³²⁰ Inclusive impede, em outros termos, até mesmo ao indivíduo de se sujeitar voluntariamente a uma pena.³²¹

Tal problemática acerca do exercício da jurisdição dá ensejo, em outra ponta da tríade processual, ao repisado princípio da obrigatoriedade da ação penal pública.³²² Entendido como

³¹⁷ Sobre o tema vide a obra coletiva: RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Gabriela (org.) *Resolución alternativa de conflictos penales: mediación de conflicto, pena y consenso*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000.

³¹⁸ TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do Direito Processual Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 21

³¹⁹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo. *Direito penal brasileiro – I*. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 497 e ss.; GIAMBERARDINO, André. O confisco do conflito na historiografia penal. *Revista Eletrônica Direito e Sociedade*, Canoas, v. 6, n. 2, set. 2018, p. 23 e ss.

³²⁰ Sobre o axioma do garantismo penal, vide FERRAJOLI, *Direito e Razão*, op. cit., p. 91 e ss.

³²¹ TUCCI, *Teoria do Direito Processual Penal*, op. cit., p. 24.

³²² A discussão teórica acerca da obrigatoriedade da ação penal pública no direito penal é assaz rica e remonta à história da doutrina processual desde seus primeiros cultores. Acerca do levantamento histórico do princípio vide: JARDIM, Afrânio. *Ação Penal Pública: Princípio da obrigatoriedade*. Rio de Janeiro: Forense, 1994. Mais recentemente: GIACOMOLLI, Nereu. *Legalidade, Oportunidade e Consenso no Processo Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. Na doutrina estrangeira: COSTA ANDRADE, Consenso e oportunidade, op. cit., passim.

corolário do princípio da igualdade, ao garantir a publicidade do processo e a legalidade da aplicação das penas,³²³ cada vez mais perde espaço para pretensões de oportunidade ou de discricionariedade. Uma justificativa de cunho mais utilitário parte do argumento de que os recursos são escassos do ponto de vista econômico, fazendo com que a seleção de casos aptos a gerarem um processo seja natural ante à alta carga de trabalho, casos penais irrelevantes e insignificantes ou na ausência dos requisitos de punibilidade.³²⁴ Defesas de cunho estrutural advogam a tese de que o incremento de espaços de oportunidade no Processo penal garantiriam a ele uma conformação acusatória, ao fazer vigorar um processo de partes, informado pelo princípio dispositivo e pela paridade de armas.³²⁵ O fato é que as bases processuais sobre as quais se assentam os modelos de negociação merecem ser melhor exploradas.

3.1. LEGALIDADE, OBRIGATORIEDADE E OPORTUNIDADE

Das lições de BINDER se extrai que a discussão sobre binômio legalidade x oportunidade, antes de ser um problema atinente de forma exclusiva à dogmática processual, se presta em realidade para fazer entender a justiça criminal como um todo, em especial os vínculos do Processo penal com a Política criminal.³²⁶ De fato, o nem sempre claro princípio da oportunidade, segundo o autor, é uma das principais características do novo Direito processual latino-americano. Tradicionalmente, analisa-se tal princípio em contraposição ao da legalidade processual, de maneira a interpretá-lo como exceção deste, principalmente no que tange à iniciativa da ação penal.³²⁷ Todavia, uma visão ampla do sistema penal pressupõe uma reflexão histórico-estrutural um pouco mais detida.

3.1.1. A legalidade (obrigatoriedade) processual e sua anunciada crise

³²³ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho. *Processo Penal e Constituição: Princípios constitucionais do Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 224.

³²⁴ HASSEMER, Winfried. La persecución penal: legalidad y oportunidad. *Jueces para la democracia*, 1988, págs. 8-11, disponível em <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2530062>, acesso em 17 de março de 2020.

³²⁵ Sustentando essa posição: ADÉRITO, *Princípio da oportunidade*, op. cit., p. 24. Para uma perspectiva crítica da natureza acusatória do *plea bargaining*, vide GUIMARÃES; RIBEIRO, *O caso das Bruxas de Salem e a origem do plea bargaining*, op. cit., p. 864-865.

³²⁶ BINDER, *O sentido do princípio da oportunidade*, op. cit., p. 150. No mesmo sentido, BINDER, Alberto. *Introducción al Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2009, p. 41 e ss.

³²⁷ BINDER, *O sentido do princípio da oportunidade*, op. cit., p. 150.

A Revolução francesa marca um caminho inexorável rumo às limitações de um Estado que antes não conhecia limites postos a si mesmo. Do absolutismo próprio do Antigo Regime, passa-se à monarquia constitucional e com ela limitações ao poder, antes despótico e absoluto, são impostas pela lei positiva. Nesse contexto, a legalidade adquire valor central ao Estado como barreira ao exercício arbitrário do poder. O iluminismo iniciou a construção teórica dessa formulação. Na Itália, BECCARIA pleiteou a exigência de que o Direito penal estivesse adstrito à ideia de estrita legalidade, segundo a qual a punibilidade de um crime dependeria da prévia existência de uma lei, e esta apenas poderia ser aplicada em decorrência de um silogismo perfeito entre a norma e a situação de fato, sem espaço para discricionariedade.³²⁸ Na Alemanha, em sentido similar, FEUERBACH propôs a fórmula do “*nullum crimen nulla poena sine lege*”, segundo a qual ao Estado apenas era lícito punir quando fizesse antepor a existência de uma lei que caracterizasse o crime e fixasse os limites de uma pena.³²⁹

A característica do Estado moderno, lembra RADBRUCH, é a subtração da vingança das mãos do ofendido. Assumindo essa prerrogativa, o Estado queria não só proteger a sociedade contra o crime, mas também o autor do delito contra a ira da vítima ou de seus familiares.³³⁰ Assim, o Direito penal ao mesmo tempo que pretende controlar a criminalidade, também está atento ao sujeito ativo do delito, bem como com seus direitos e prerrogativas atinentes à dignidade conferida a qualquer pessoa humana pelo Estado constitucional. Daí surge a conhecida expressão de Franz VON LISZT, segundo a qual o Código Penal seria a *Magna Charta* do criminoso, salvaguardando o arguido contra a arbitrariedade e o erro judicial. A previsibilidade atinente ao princípio da legalidade penal garante a punição somente a condutas previamente previstas na norma, de forma clara e estrita.³³¹

Na esfera processual penal, BECCARIA consignava a necessidade de frear um curso demasiado livre de um poder mal orientado, o qual permitiria, à luz das opiniões dos magistrados, a arbitrariedade de juízos pessoais e subjetivos. NEGRI aponta aqui uma vertente pouco nítida na interpretação mais apressada do pensador iluminista. A premissa para sua correta interpretação decorreria da compreensão da “*unidade do sistema penal além das suas particularidades disciplinares*”,³³² considerando a dinâmica do sistema em seu global funcionamento.

³²⁸ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2014, p. 68.

³²⁹ FEUERBACH, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., p. 55, § 20. Sobre a posição de FEUERBACH, cf. GRECO, Luís. Dos formas de hacer dogmática jurídico-penal. *Discusiones*, v. 8, 2008, p. 179.

³³⁰ RADBRUCH, Gustav. *Introdução à Ciência do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 120.

³³¹ RADBRUCH, *Introdução à Ciência do Direito*, op. cit., p. 121

³³² NEGRI, Daniele. Do procedimento criminal: parte da legislação tão importante e tão descuidada. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 149, nov/2018, p. 145.

A legalidade imporia aos agentes públicos o dever de intervir em todos os casos penais passíveis de análise judicial, desde que se esteja frente a um arcabouço indiciário apto a ensejar a abertura de um Processo penal, independente de qualquer intenção inicial de punir, interesse ou pessoalidade na sua participação no Processo. A legalidade processual, portanto, prescreve à jurisdição o exato caminho a seguir para o fiel cumprimento da legalidade penal, isto é, a aplicação da pena onde haja sido provada a culpa.³³³

Segue a mesma sorte da legalidade penal, a qual prevê graves sanções quando da ofensa aos bens jurídicos legalmente protegidos ao destinatário da lei. O Processo é, até agora assim se procede na realidade pátria, o único meio apto para que possa aplicar uma pena, desde o momento em que o Estado assumiu o monopólio do *ius puniendi*. Outrossim, é o espaço no qual se tem o controle sobre a observâncias dos direitos e garantias reconhecidos aos acusados. E isso também vale ao próprio Estado, que se autolimita ao selecionar os interesses mais relevantes para proteção por meio do Direito penal, excluindo uma série de outros bens pelos quais a proteção não é merecedora de tutela penal.³³⁴ Tais valores são relacionados à integridade física e psíquica do arguido, bem como ao impedir que os servidores públicos atuem indiscriminadamente por critérios arbitrários ou de conveniência, infringindo com isso princípios como o da isonomia e da impessoalidade.

Historicamente, e isso não é tão perceptível à primeira vista, BINDER chama a atenção para o fato de a legalidade processual assentar suas raízes em um modelo inquisitorial de Processo, justamente em função deste monopólio da violência legítima por parte do Estado. Expressão desse paradigma de *justiça absoluta*,³³⁵ a ideia da obrigatoriedade estaria essencialmente ligada à concepção de pena como retribuição, pois demandaria sua aplicação como necessária em todos os casos concretos a fim de fazê-la valer como fim em si mesma, sem qualquer efeito utilitário.³³⁶

Ainda, segundo BINDER, haveria a substituição do conflito primário entre a vítima e o agressor, por um conflito secundário entre o agressor e a autoridade.³³⁷ O avanço da estatização da justiça penal e o fortalecimento da capacidade técnica do Estado, panorama próprio do século XIX, impôs um projeto de constante afastamento da experiência arbitrária de outrora rumo à diminuição das margens de discricionariedade dos agentes públicos.³³⁸ A título de exemplo, o

³³³ RADBRUCH, *Introdução à Ciência do Direito*, op. cit., p. 121.

³³⁴ Nesse sentido JARDIM, *Ação penal pública*, op. cit., p. 49.

³³⁵ CAEIRO, *Legalidade e oportunidade*, op. cit., p. 43.

³³⁶ MAIER, Julio. *Derecho procesal penal*. Tomo I: Fundamentos. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004, p. 830-831.

³³⁷ BINDER, *O sentido do princípio da oportunidade*, op. cit., p. 154.

³³⁸ BINDER, *O sentido do princípio da oportunidade*, op. cit., p. 152.

próprio FEUERBACH, ao desenhar os primeiros contornos da legalidade penal, teve como horizonte a impossibilidade de os magistrados aplicarem penas não previstas em lei, de forma a garantir sua eficácia enquanto mecanismo de coação psicológica.³³⁹

Nessa quadra histórica, o caráter exaustivo da persecução, decorrência da legalidade, e atrelada ao monopólio do exercício da ação penal pelo Estado, vai se consolidando nas entranhas dos sistemas inquisitivo, até que adquire no Código de Instrução Criminal francês de 1808 seu ponto fulcral.³⁴⁰ Como expressão processual do modelo de *justiça absoluta*, descrito acima, o Estado passa a se encarregar de todo caso penal, por sua gravidade ou potencial de desobediência, mas não pelo fato em si. Com a exceção de que, ao invés de servir aos interesses de uma minoria detentora do poder, a força pública deva servir a todos os cidadãos.³⁴¹ A atuação do Ministério Público, cujo nascimento está intimamente relacionado à ideia de legalidade processual, deve se guiar pela persecução obrigatória, o que garantiria a igualdade perante o Estado.³⁴²

Deste modo, do princípio processual da legalidade decorrem, nos termos aduzidos por CAEIRO, dois deveres fundamentais atribuíveis ao Ministério Público: a) o dever de abrir um inquérito, quando haja notícia de um crime (nos moldes do art. 5, II do CPP); e b) o dever de aduzir uma acusação, quando na hipótese houver indícios mínimos de autoria e materialidade de um delito. Como antítese lógica de tais corolários aparece o princípio da oportunidade, operando nas situações em que o Ministério Público, mesmo tendo notícia de um crime, ainda possa decidir sobre a abertura de uma investigação, ou ainda, na hipótese de estarem presentes os indícios de autoria e materialidade, possa decidir sobre eventual acusação.³⁴³ Entende-se, assim, por oportunidade como: “*uma liberdade de apreciação do MP relativamente ao se da decisão de investigar ou de acusar apesar de estarem reunidos os pressupostos legais (gerais) dos ditos deveres*”.³⁴⁴

No tocante ao conteúdo da legalidade processual, MAIER aponta que o princípio provavelmente encontraria amparo na concepção material de tipicidade objetiva. Isso porque, presente os indícios de tipicidade, decorreria daí o dever de atuação do Ministério Público, devendo toda e qualquer causa de exclusão dos pressupostos de punibilidade do crime (justificação, exculpação, erro, impunibilidade etc), ser provada no curso do procedimento

³³⁹ De forma esclarecedora sobre a vocação da dogmática alemã para a resolução de problemas práticos, vide: GRECO, *Dos formas de hacer dogmática jurídico-penal*, op. cit., p. 179.

³⁴⁰ BINDER, *O sentido do princípio da oportunidade*, op. cit., p. 155.

³⁴¹ BINDER, *O sentido do princípio da oportunidade*, op. cit., p. 155-156.

³⁴² BINDER, *O sentido do princípio da oportunidade*, op. cit., p. 156.

³⁴³ CAEIRO, *Legalidade e oportunidade*, op. cit., p. 46.

³⁴⁴ CAEIRO, *Legalidade e oportunidade*, op. cit., p. 46.

penal e não fora dele.³⁴⁵ O ordenamento processual penal brasileiro parece seguir essa lógica quando de suas normas extrai-se que, para a propositura da ação penal bastam, entre outros, a tipicidade aparente e a possibilidade do fato ser punível concretamente.³⁴⁶

A própria consideração do juízo sobre a tipicidade, seja como condição da ação, seja como matéria de mérito, depende do grau de cognição do magistrado que avalia os fatos, segundo a teoria da asserção. Para o recebimento da denúncia, basta um juízo indiciário e probabilístico da tipicidade de sua parte. A ausência de tipicidade impele, nesse primeiro momento, a rejeição da ação por ausência de uma de suas condições.³⁴⁷ Ademais, as discussões sobre causas de exclusão da ilicitude, culpabilidade ou punibilidade, manifestamente comprovadas, constituem matéria de mérito a serem avaliadas após a apresentação de resposta à acusação por parte do réu, na sistemática processual (art. 397 do Código de Processo penal), pois, em regra, constituirão coisa julgada material.³⁴⁸

Em certo sentido, a legalidade está adstrita a toda função pública (art. 37, *caput*, CF), e não seria diferente com o Ministério Público. Nesse contexto, há uma certa confusão em associar o princípio da legalidade em relação a promoção processual com uma ideia de obrigatoriedade da ação penal pública, fruto de extenso debate doutrinário que não nos cabe aqui reproduzir.³⁴⁹ Para BINDER inclusive, a denominação “*princípio da legalidade*” para designar funções tão diferentes gera mais confusão do que ganho prático, devendo ser abandonado.³⁵⁰

Como assevera COUTINHO, é de praxe tratá-lo como legalidade, por representar um dever do órgão público de acusação.³⁵¹ Afrânio Silva JARDIM enaltece o fato de a obrigatoriedade estar vinculada ao dever funcional do Ministério Público exercitar a ação penal, em decorrência do próprio princípio da legalidade que, em última análise, conformaria a atuação de todo órgão público em um Estado Democrático.³⁵² Além disso, em nenhum

³⁴⁵ MAIER, *Derecho procesal penal. Tomo I*, op. cit., p. 829.

³⁴⁶ Sobre as condições da ação no Processo penal brasileiro, vide, BADARÓ, Gustavo. *Processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 179. Por sua vez, LOPES JR entende que a condição da ação abarcaria também a ilicitude, pressupondo que o art. 397, III, ao se referir a crime também abarca não só o tipo, como a ilicitude. Cf. LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 374. No entanto, como o próprio artigo se refere, pressupõe o tratamento de matéria de mérito, não de admissão da acusação.

³⁴⁷ BADARÓ, *Processo penal*, op. cit., p. 182.

³⁴⁸ BADARÓ, *Processo penal*, op. cit., p. 183-186.

³⁴⁹ Sobre os contornos do uso do termo obrigatoriedade em relação à promoção da ação penal pública, vide o recente trabalho de SOUZA, Bruno Cunha. *Obrigatoriedade da ação penal pública*. Curitiba: PUCPR, 2020, pp. 129 e ss.

³⁵⁰ BINDER, *O sentido do princípio da oportunidade*, op. cit., p. 152.

³⁵¹ COUTINHO, Jacinto. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, n. 30, 1998, p. 183.

³⁵² JARDIM, *Ação penal pública*, op. cit., p. 48.

momento a lei se refere ao termo obrigatoriedade.³⁵³ A discussão se cinge, em última análise, como se vê, ao controle do exercício do direito de ação.³⁵⁴

De fato, dentro daquilo que se pode provisoriamente concluir, decorre a circunstância que nem na época na qual foi delineada entre os pensadores iluministas e aqueles empenhados em guarnecer a estrutura centralizada de Estado, nem na atualidade, o princípio da legalidade conseguiu assegurar que sua exaustividade realmente funcionasse. E isso é decorrência de um apela à própria realidade: o Estado não tem condições de se encarregar de tudo,³⁵⁵ inclusive ante a escassez de recursos públicos à sua disposição. No entanto, como aponta BINDER, isso não decorre exclusivamente de uma incapacidade de fato de cumprir as promessas da legalidade. Antes disso, deve-se ter em mente sua conformação estrutural. O princípio da legalidade se liga a uma Política criminal estatista e a impossibilidade fática não diz respeito apenas a uma incapacidade material, mas sim a própria seletividade ínsita à persecução estatal.³⁵⁶

O princípio da legalidade, em grande medida, esconde uma visão autoritária do exercício do poder punitivo estatal, impedindo, quando em si considerado e em certa medida, novos modelos de administração da justiça criminal, bem como o desenvolvimento de formas eficientes de colaboração e cooperação entre Estado e sociedade para a resolução de conflitos. Por esse motivo, como sustenta BINDER, a legalidade, em um paradigma futuro, não tão distante de justiça criminal, não pode ser entendida como regra geral. Qualquer proposta de reforma penal deve passar necessariamente pela crítica do princípio da legalidade processual.³⁵⁷

Com o afastamento das teorias absolutas da pena e o predomínio das teorias utilitárias para legitimá-la, o princípio da legalidade teria perdido seu fundamento ideológico, na visão de MAIER. Como este autor sustenta, é justamente em função da utilidade como fundamento e finalidade da pena que se abre espaço para o princípio da oportunidade no Processo penal.³⁵⁸ Ademais, deve-se ter em conta que tanto a legalidade, quanto a oportunidade, deveriam desempenhar um papel de garantia frente ao poder estatal: a legalidade como sinônimo de que a lei (idealmente) não se aplicará de forma desigual conforme desigualdades sociais, raciais, religiosas etc.; e a oportunidade, por liberar o investigado da persecução, não submetendo-o ao poder punitivo. A legalidade seria uma máxima do sistema na medida em que os critérios de

³⁵³ À exceção do Código de Processo Penal militar, que em seu art. 30 afirma que “a denúncia deve ser apresentada sempre que houver: a) prova do fato que, em tese, constitua crime; b) indícios de autoria”.

³⁵⁴ COUTINHO, *Introdução aos princípios*, op. cit., p. 184.

³⁵⁵ BINDER, *O sentido do princípio da oportunidade*, op. cit., p. 156.

³⁵⁶ BINDER, *O sentido do princípio da oportunidade*, op. cit., p. 157.

³⁵⁷ BINDER, *O sentido do princípio da oportunidade*, op. cit., p. 157-158.

³⁵⁸ MAIER, *Derecho procesal penal. Tomo I*, op. cit., p. 829.

oportunidade deveriam ser determinados legislativamente, como autorização para que os agentes públicos dispensem o procedimento penal nos casos definidos em lei.³⁵⁹

Recorrendo a constatações criminológicas, BINDER afirma não haver qualquer argumento válido para que se considere a legalidade como regra geral em um contexto estrutural. A legalidade teria pretendido, sem sucesso, diminuir e controlar a violência social.³⁶⁰ No entanto, a realidade apenas evidenciou seu caráter seletivo, agravando as desigualdades e contribuindo para a expansão punitiva.³⁶¹

3.1.2. Princípio da oportunidade: funções e fundamentos

Anunciada como solução para a crise do princípio da obrigatoriedade, a adoção da oportunidade não pode ser vista como panaceia de todos os males do sistema de justiça criminal. Na linha do defendido por ARMENTA DEU, pode ser apontada como bom ou melhor remédio, mas não exclui a necessidade de se pensar uma melhoria geral da administração da justiça penal em meios pessoais e humanos, a descriminalização de determinadas condutas, e com ela a eliminação do processo para sua persecução etc.³⁶² Assim sendo, continua a autora, o princípio da oportunidade surge frente à incapacidade da administração da justiça em cumprir seus objetivos. Da mesma forma que a pena, sua introdução no sistema deve ser entendida como um mal necessário, ou, em suas próprias palavras, utilizada quando não exista outro remédio melhor.³⁶³

Não se pode pretender, com a oportunidade, ter como única finalidade a aceleração da resposta jurisdicional ou a eficiência em sua prestação. Os princípios e garantias fundamentais atinentes ao Processo também devem ter peso na equação. Isso importa, para ARMENTA DEU, que as tendências de Política criminal e as finalidades do próprio Direito penal sejam observados como pontos de referência obrigatórios que apontem quais pontos específicos da obrigatoriedade cederão espaço ante à oportunidade.³⁶⁴ Se de um lado a obrigatoriedade tem

³⁵⁹ MAIER, *Derecho procesal penal. Tomo I*, op. cit., p. 832.

³⁶⁰ BINDER, *O sentido do princípio da oportunidade*, op. cit., p. 159.

³⁶¹ BINDER, *O sentido do princípio da oportunidade*, op. cit., p. 159. Com posição semelhante: MAIER, *Derecho procesal penal. Tomo I*, op. cit., p. 832.

³⁶² ARMENTA DEU, Teresa. Justicia restaurativa y principio de oportunidad: ¿mediación en el Proceso penal? *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, n. 45, jan-jun/2017, p. 113.

³⁶³ ARMENTA DEU, *Justicia restaurativa y principio de oportunidad*, op. cit., p. 114.

³⁶⁴ ARMENTA DEU, *Justicia restaurativa y principio de oportunidad*, op. cit., p. 114.

como pressuposto a igualdade perante a lei, a desigualdade inaugurada pela oportunidade deve de toda forma ser racionalmente fundamentada e constitucionalmente legítima.³⁶⁵

Para os defensores da utilidade do princípio da oportunidade, este é apontado como justificável para o enfrentamento de delitos nos quais haja escassa lesão social e que apontem a falta de um interesse público na persecução em geral, de modo a estimular a célere reparação da vítima e evitar os efeitos criminógenos do cárcere, favorecendo a ressocialização do acusado.³⁶⁶

Certo é que a obrigatoriedade, como comumente nomeada pela doutrina nacional, na linha de como atualmente se coloca no sistema processual, não pode ser concebida de forma absoluta pelo sistema, submetendo-se às questões peremptórias, como a prévia existência das condições da ação e dos pressupostos processuais.³⁶⁷ Ao se admitir a necessidade de abandonar a persecução de certas condutas qualificadas como delitivas, concordamos com BINDER para quem torna-se indispensável a elaboração de uma “*política de intervenção da justiça penal na complexidade social*”,³⁶⁸ fixando de modo claro seus critérios de seleção e, com isso, a divisão de tarefas frente as diversas formas de solução de conflitos.³⁶⁹

Seria possível pensar uma diferenciação entre a legalidade, como dever funcional do MP de um lado; e de outro a obrigatoriedade, como hipóteses nas quais caberia certo poder de formular juízos por parte do órgão acusador.³⁷⁰ Partindo dessa perspectiva, VASCONCELLOS contrapõe a ideia de oportunidade à de obrigatoriedade, mas não à de legalidade. Enquanto esta pressupõe a atuação de agentes públicos em conformidade com a lei, entende-se obrigatoriedade como o dever das instituições estatais de perseguirem todo indício de infração penal. De maneira que a oportunidade estaria ligada ao não oferecimento de denúncia nas hipóteses de fundada suspeita do delito.³⁷¹ Nesse último caso, se permitiria ao *parquet*, a análise concreta sobre aduzir a acusação quando esta pudesse causar maior dano que vantagem ao interesse público, dada a pequena gravidade de uma lesão, excessivo volume de trabalho do judiciário ou escassa finalidade preventiva da pena.³⁷²

³⁶⁵ ARMENTA DEU, *Justicia restaurativa y principio de oportunidad*, op. cit., p. 115.

³⁶⁶ ARMENTA DEU, *Justicia restaurativa y principio de oportunidad*, op. cit., p. 116.

³⁶⁷ COUTINHO, *Introdução aos princípios*, op. cit., p. 185.

³⁶⁸ BINDER, *O sentido do princípio da oportunidade*, op. cit., p. 159.

³⁶⁹ BINDER, *O sentido do princípio da oportunidade*, op. cit., p. 159.

³⁷⁰ COUTINHO, *Introdução aos princípios*, op. cit., p. 185. Nesse sentido CAEIRO, *Legalidade e oportunidade*, op. cit., p. 48.

³⁷¹ VASCONCELLOS, *Barganha e justiça criminal negocial*, op. cit., p. 46-47.

³⁷² COUTINHO, *Introdução aos princípios*, op. cit., p. 185; Cf. também DIAS, *Direito processual penal*, op. cit., p. 131.

Ao exercer sua função legislativa, o Estado pode prever situações nas quais determinados crimes, ainda que tipificados, possam ser perseguidos e castigados a depender do interesse de quem assim o deseje. Nessa perspectiva, o legislador delimita a esfera de seu poder discricionário, fazendo política criminal, e afetando, no âmbito do processo penal, a regulação da oportunidade.³⁷³ Note-se que tal discricionariedade não pode ser confundida com arbitrariedade, mas concessão de uma faculdade legal na direção de certa finalidade.³⁷⁴ Assim, VASCONCELLOS reconhece a possibilidade de o órgão acusador se abster de dar ensejo à persecução, seja por fundamentos econômicos, utilitários ou político-criminais, nos exatos limites em que a lei lhe permite. Ao passo em que se falaria em uma “*oportunidade legalmente regulada*”.³⁷⁵

Isso não se confunde, é imperioso esclarecer, com as situações nas quais não haja dever de atuar por parte do Ministério Público, classificado erroneamente por parte da doutrina como legalidade mitigada. Tais são as hipóteses do arquivamento do inquérito, da representação nos delitos de ação penal pública condicionada ou da queixa nas ações penais de iniciativa privada, por exemplo. Em tais circunstâncias, como aponta JARDIM, não há propriamente um dever de agir por parte do órgão ministerial, justamente pelo fato de tal dever pressupor a existência de indícios de autoria e materialidade aptos a embasar o caso penal.³⁷⁶ De fato, quando a ação penal é condicionada pela vontade de uma das partes, não se trata especificamente de uma manifestação do princípio da oportunidade, mas sim do reconhecimento do princípio dispositivo que, tal qual rege o Processo civil, também é dotado de certa expressividade no Processo penal.³⁷⁷

(a) A partir dessas situações limítrofes, ARMENTA DEU propõe uma classificação da oportunidade em duas frentes diversas.³⁷⁸ Uma primeira, *sua expressão mais ampla*, é aquela a qual se refere Afrânio Silva JARDIM, para quem a previsão da discricionariedade, outorgada pelo legislador ao Ministério Público em casos específicos, não afasta nem nega vigência ao princípio da obrigatoriedade no Processo penal. A obrigatoriedade continuaria a operar em sua plenitude de vigência.³⁷⁹ Não é considerado como mitigação da legalidade, mas sim se está

³⁷³ GIACOMOLLI, *Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal*, op. cit., p. 65.

³⁷⁴ COUTINHO, *Introdução aos princípios*, op. cit., p. 185.

³⁷⁵ VASCONCELLOS, *Barganha e justiça criminal negocial*, op. cit., p. 51. No mesmo sentido, ANDRÉS IBAÑEZ, Perfecto. Por un Ministério Público ‘dentro de la legalidad’. In. *Justicia penal, derechos y garantías*. Lima: Palestra Editores, 2007, p. 71.

³⁷⁶ JARDIM, *Ação penal pública*, op. cit., p. 53.

³⁷⁷ ARMENTA DEU, *Princípio de legalidade y principio de oportunidad*, op. cit., p. 453 e ss. Reproduzindo-a, DE-LORENZI, 2021, p. 57.

³⁷⁸ ARMENTA DEU, *Princípio de legalidade y principio de oportunidad*, op. cit., p. 453 e ss.

³⁷⁹ Nesse sentido, ARMENTA DEU se refere a oportunidade regrada, vide: ARMENTA DEU, *Princípio de legalidade y principio de oportunidad*, op. cit., p. 453 e ss.

frente a uma permissão legal para hipóteses de sua não-incidência, a depender da relevância e gravidade da hipótese concreta. O exercício da ação penal é temperado por uma determinada política de justiça ou de recursos necessários a fazê-la efetiva, por meio da exclusão da persecução quando presentes determinadas circunstâncias objetivas e subjetivas.³⁸⁰ Nesse contexto se incluiriam os acordos de não persecução penal.

O dever de exercer a ação penal surge quando se estiver diante de uma situação fática ensejadora de sua obrigatoriedade, isto é, quando os elementos informativos do inquérito permitam concluir pela possível ocorrência de um crime. De outra sorte, não pode prever a norma, concomitantemente, um dever legal de atuar de um lado e um poder discricionário de outro. Seria, pois, uma contradição em seus próprios termos.³⁸¹ Por isso a importância de a própria lei prever as hipóteses de incidência da permissão. Por essa razão que a oportunidade deve sempre manter um vínculo com a legalidade por meio da previsão de pressupostos de sua autorização. Uma discricionariedade completamente desvinculada de parâmetros legais, ao livre critério do membro do Ministério Público, é suscetível de corromper as finalidades do Processo e prejudicar a defesa dos direitos e garantias fundamentais do imputado.³⁸²

(b) Sob uma perspectiva inversa, poder-se-ia falar em uma *oportunidade em sentido estrito*, segundo a qual seria invocada em determinadas casos, quando a ação penal estivesse sob a discricionariedade quase ilimitada do membro do Ministério Público, aos moldes do que sucede com os modelos de *plea bargaining* norte-americano. Nesses casos, segundo ARMENTA DEU, a oportunidade é a regra por não vigorar o princípio da legalidade.³⁸³ Em um sistema como o brasileiro, a universalização desse pressuposto encontraria alguns problemas de execução, de um lado, ante à oficialidade do exercício da ação penal por parte do órgão ministerial (art. 42 do CPP³⁸⁴), e de outro, pela ausência de regulamentação legal dos acordos sobre a sentença.³⁸⁵

Em relação à necessidade de previsão legal para a implementação dos acordos sobre a sentença, SCHÜNEMANN chama a atenção para seu funcionamento no sistema processual alemão. Tais mecanismos passaram a ser admitidos pela prática forense, independente de uma previsão legal, a partir da década de 1970.³⁸⁶ Isso se deu ante a necessidade de uma resposta ao

³⁸⁰ ARMENTA DEU, *Princípio de legalidade y principio de oportunidad*, op. cit., p. 453 e ss.

³⁸¹ JARDIM, *Ação penal pública*, op. cit., p. 53.

³⁸² ARMENTA DEU, *Princípio de legalidade y principio de oportunidad*, op. cit., p. 453 e ss.

³⁸³ ARMENTA DEU, *Princípio de legalidade y principio de oportunidad*, op. cit., p. 453 e ss. No mesmo sentido, ANDRÉS IBAÑEZ, *Por un Ministerio Público 'dentro de la legalidad'*, op. cit., p. 70.

³⁸⁴ Art. 42. *O Ministério Público não poderá desistir da ação penal.*

³⁸⁵ Sobre uma perspectiva limitada de admissão de acordos sobre a sentença, vide: DE-LORENZI, *Justiça negociada e fundamentos do direito penal*, op. cit., p. 57 e ss.

³⁸⁶ SCHÜNEMANN, Bernd. *La reforma del proceso penal*. Madrid: Dykinson, 2005, p. 100.

aumento da complexidade das provas exigidas para delitos igualmente complexos, sobretudo diante da expansão das normas penais e do próprio direito de defesa e toda a estrutura recursal a ele atinente.³⁸⁷ É indispensável fixar os limites de admissibilidade dos acordos sobre a sentença, a fim de se evitar abusos em uma sistemática sem regras.³⁸⁸ Isso porque há princípios indisponíveis em jogo no sistema de justiça criminal, em especial, o da culpabilidade, da presunção de inocência, da imparcialidade, e do devido processo como um todo.³⁸⁹

No Brasil, *mutatis mutandis*, similar complicador foi um dos principais argumentos de ilegitimidade quando da edição da Resolução 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público, ao instituir a possibilidade do oferecimento de acordos de não persecução penal por meio de uma norma administrativa, quando do início do processo expansivo da justiça penal negocial. Na ocasião, tentou-se reconhecer a instituição como agente de Política criminal do Estado, tendo competência normativa para orientação de seus membros, nos termos do art. 130-A, §2º, I da Constituição Federal. Recorrendo à decisão do STF na ADC 12 MC, tentou-se justificar a possibilidade de editar normas cogentes de Política criminal pelo fato de, como as resoluções do CNJ possuíam um caráter normativo primário, as do CNMP também deveriam ter, por analogia.³⁹⁰ Ainda na tentativa de suplantar seu déficit de legitimidade legal, afirmou-se ter natureza jurídica de “*arquivamento condicionado ao cumprimento de obrigações não penais*”, fundado no então art. 28 do Código de Processo penal.³⁹¹ Verdade é que as discussões apenas foram apaziguadas com a edição do art. 28-A do CPP, pela Lei 13.964/2019.

Em contrapartida, note-se que o legislador brasileiro já tentou, em diferentes circunstâncias, introduzir os acordos sobre a pena na legislação processual. Assim o foi com a proposta do art. 395-A do chamado “*projeto anticrime*”, segundo o qual o Ministério Público ou o querelante e o próprio acusado, após o recebimento da denúncia ou da queixa e até o início da instrução, poderiam requerer mediante acordo penal a aplicação imediata das penas, desde

³⁸⁷ O tema foi levado à análise ao Tribunal Constitucional alemão (*Bundesverfassungsgericht – BverfG*), que julgou constitucional os acordos sob certas condições (*BvR 1133/86*), bem como ao Tribunal Federal de Justiça (BGH), que o julgou admissível ante uma aplicação analógica do dispositivo da suspensão do processo sob condições (§156a StPO), em 1997. Essa decisão foi reafirmada em 2005 pelo Grande Senado Criminal do BHG. Os requisitos jurisprudenciais apenas foram transformados em lei positiva em 2009, com a introdução do §257c no Código de Processo penal alemão (*StPO*). Sobre a história da incorporação dos acordos no ordenamento processual alemão, vide: DE-LORENZI, *Justiça negociada e fundamentos do direito penal*, op. cit., p. 95-98.

³⁸⁸ SCHÜNEMANN, *La reforma del proceso penal*, op. cit., p. 100.

³⁸⁹ Como fixou a decisão de 2013 do Tribunal Constitucional alemão ao julgar reclamações constitucionais sobre acordos firmados com fundamento no § 257c do StPO. Vide: DE-LORENZI, *Justiça negociada e fundamentos do direito penal*, op. cit., p. 98. Vide, outrossim, BRANDÃO, *Acordos sobre a sentença penal*, op. cit., p. 171-173.

³⁹⁰ CABRAL, *Manual do acordo de não persecução penal*, op. cit., p. 30.

³⁹¹ ARAS, Vladimir. *Acordos penais no Brasil: uma análise à luz do Direito comparado*. In: CUNHA, Rogério et. al. (org.). *Acordo de não persecução penal*. Salvador: JusPodivm, 2020.p. 322.

que assistido por seu defensor.³⁹² Hipótese semelhante já havia sido aventada pelo projeto de novo Código de Processo penal, em trâmite perante a Câmara dos Deputados, que em seu art. 283 prevê, sob a rubrica de procedimento sumário, a possibilidade de aplicação imediata da pena, com efeitos de sentença condenatória (§ 8º).³⁹³

Não se pode concordar, no entanto, com parcela da doutrina que enxerga sempre malefícios em um certo grau de discricionariedade atribuído ao Ministério Público para exercitar a ação penal.³⁹⁴ O não exercício da ação penal quando presentes seus requisitos deve ser sempre exceção, sujeita a requisitos previamente determinados e atender necessariamente a uma certa Política criminal com pretensão de racionalização do sistema punitivo. Caso contrário, aí sim, será uma afronta infundada ao princípio da legalidade e da impessoalidade na administração da justiça.

O próprio Figueiredo DIAS, recentemente alterou seu posicionamento. Em seu curso de Direito Processual penal de 1984 chegou a afirmar que o princípio da oportunidade estaria ligado, ao mais das vezes, a experiências totalitárias, revelando-se sua aceitação com enorme perigo para realidades democráticas, quando submete o exercício da função punitiva do Estado a tentações de parcialidade e arbítrio.³⁹⁵ Entretanto, em uma conferência proferida em 2010 perante à Ordem dos Advogados de Portugal, posteriormente publicada em forma de livro, sustentou uma nova roupagem do Processo penal democrático, devendo este assumir um incremento das estruturas de consenso em detrimento das formas de conflito entre os sujeitos processuais.³⁹⁶ Isso para tentar contornar a crise de credibilidade que passa a justiça criminal, permitindo, com isso, uma assim denominada “*eficiência funcionalmente orientada*”, indispensável para fornecer respostas à sobrecarga do Judiciário, mas sem deixar de lado os princípios constitucionais de um Estado Democrático de Direito.³⁹⁷

Ao sistematizar as posições até aqui apresentadas, pode-se concluir que há pouco ganho prático em se definir a oportunidade como mera negação do princípio da legalidade (obrigatoriedade), ou ainda como hipótese intermediária na forma de legalidade ou oportunidade mitigada ou regrada. É perfeitamente possível, e aí se concorda com BINDER,

³⁹² MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Projeto de Lei Anticrime. Disponível em <https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1549284631.06/projeto-de-lei-anticrime.pdf>. Acesso em maio de 2021.

³⁹³ CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de novo Código de Processo Penal. Disponível em https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node014q6v31psxslld1uq28eoswx63b4423563.node0?codteor=1638152&filename=PL+8045/2010. Acesso em maio de 2021.

³⁹⁴ Sobretudo JARDIM, *Ação penal pública*, op. cit., p. 57.

³⁹⁵ DIAS, *Direito processual penal*, op. cit., p. 129-130.

³⁹⁶ DIAS, *Acordos sobre a sentença em Processo penal*, op. cit., p. 16. No mesmo sentido, BRANDÃO, *Acordo sobre a sentença penal*, op. cit., p. 161 e ss.

³⁹⁷ DIAS, *Acordos sobre a sentença em Processo penal*, op. cit., p. 16.

discutir a oportunidade sem se recorrer à legalidade. E isso pode ser feito a partir de duas perspectivas: (1) a primeira, em uma dimensão ligada à Política criminal; e a (2) segunda sob o panorama da administração da justiça penal, como uma organização com recursos limitados.³⁹⁸

(1) Em relação ao primeiro horizonte de análise, como já se antecipou, a oportunidade está diretamente relacionada ao princípio da intervenção mínima. É preciso que tal princípio seja analisado com maior transcendência, do que mera advertência moral ao legislador, tendo em vista sua liberdade para editar quantas leis lhe aprouver,³⁹⁹ de forma a dar satisfação às suas bases eleitorais. De fato, deve-se sustentar sua irradiação a todo o sistema de justiça criminal. E a partir dessa constatação é possível fundar o princípio da oportunidade sobre o princípio da *ultima ratio*, sem a necessidade de se recorrer a uma oposição à legalidade.⁴⁰⁰

Assaz paradigmático, portanto, sustentar a incidência de certa margem de discricionariedade no exercício da ação penal, como forma de racionalizar o sistema punitivo e garantir a reserva de jurisdição para casos condizentes a situações legítimas de criminalização. Em outros termos, efetiva-se o princípio da intervenção mínima por meio do Processo penal, ao reconhecê-lo como regulador de uma Política criminal de base democrática.⁴⁰¹ Não é demais rememorar, o legislador penal rende-se facilmente a discursos populistas e midiáticos no momento de criminalizar condutas. A pauta punitiva representa um capital político altamente

³⁹⁸ BINDER, *O sentido do princípio da oportunidade*, op. cit., p. 160.

³⁹⁹ BINDER, *O sentido do princípio da oportunidade*, op. cit., p. 160.

⁴⁰⁰ Assim, BINDER, *O sentido do princípio da oportunidade*, op. cit., p. 161.

⁴⁰¹ Sobre as hipóteses legítimas de criminalização, não é possível, justamente pelos contornos do objeto do presente trabalho, avançar em relação à teoria do bem jurídico ou às hipóteses constitucionais sob as quais se assentam os princípios da necessidade e da subsidiariedade. Quando se designa sobre a legitimidade da criminalização refere-se, sobretudo, àquelas situações atinentes ao Direito penal nuclear onde haja um bem jurídico identificável e que a lesão ou perigo de lesão para tal bem jurídico correspondam a um dano social intolerável. Situações de ínfimo dano social, abarcadas pelo princípio da insignificância, ou aquelas nas quais o dano seja de pequena ou média monta poderiam ser facilmente resolvidas por vias alternativas. Sobre a teoria do bem jurídico vide: BECHARA, Ana Elisa. *Bem jurídico-penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. Ainda BADARÓ, Tatiana. *Bem jurídico penal supraindividual*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. Sobre a necessidade de se repensar o sistema de sanções à luz da grau de lesividades dos delitos previstos na legislação, a reforma penal de 1984 iniciou a discussão ao assentar a possibilidade de medidas alternativas às penas privativas de liberdade a partir do *quantum* da pena, permitindo sua substituição por penas restritivas de direitos naqueles crimes cuja pena concretamente aplicada não ultrapassasse 4 anos e que o crime não tivesse sido cometido com violência ou grave ameaça à pessoa (art. 44 do CP). Seguiu-se a isso a incorporação dos institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo, pela Lei 9.099/95, nos quais, os limites seriam o máximo de 2 anos da pena abstratamente cominada (*Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa*) e o mínimo de 1 ano de pena abstratamente cominada (art. 89), respectivamente. Nos acordos de não persecução penal, por sua vez, o legislador estipulou como baliza a pena mínima não superior a 4 anos, abstratamente considerada, e quando o crime não seja praticado com violência ou grave ameaça (art. 28-A, *caput*, CPP). Foge aos propósitos desse trabalho construir uma tipologia geral de classificação da criminalidade em pequena, média ou grave, que ainda pende de discussão na doutrina brasileira. Em que pese as balizas fixadas pelo legislador sejam mais intuitivas que racionais, satisfazem para o raciocínio aqui construído.

lucrativo, tanto em vertentes ideológicas à direita quanto à esquerda.⁴⁰² Inegável que a legislação penal e a processual seguem lógicas diversas, em especial pelas respostas almejadas à sociedade. Isso gera um descompasso em relação ao sistema penal como um todo, a ser resolvido, sem dúvida, pelas agências penais de controle.

Por isso mesmo, a fim de esclarecer os contornos do princípio da *ultima ratio*, deve-se buscar seu fundamento a partir de dois critérios: de um lado como limite externo à Política criminal, fundado na ideia da racionalização da violência e na balizamento das ações do Estado no controle da criminalidade; e de outro, como padrão de eficiência, ao se definir como limite interno da Política criminal, recorrendo a critérios como utilidade do uso da violência e do respaldo da ineficácia de outros meios a lhe darem suporte.⁴⁰³

(2) No tocante à segunda perspectiva de análise, vem à tona a questão sobre a efetividade do Processo penal, diretamente relacionada a quantidade de casos colocados à apreciação diária do Poder Judiciário. Há muito se destaca a grave realidade da administração da justiça criminal, sobretudo a brasileira. A busca de soluções para destravar o sistema penal deve passar por todas as suas esferas de atuação: da legislação às agências penais de controle; do Direito material ao Direito processual. A própria credibilidade do sistema punitivo se coloca em xeque quando não apresenta soluções satisfatórias para a grave criminalidade, refletindo uma sensação social de insegurança e impunidade.⁴⁰⁴

Sem embargo, não se pode esperar muito do legislador penal em concretizar os princípios liberais aptos a limitar o exercício do poder punitivo. A efetivação do princípio da lesividade no âmbito exclusivo do Direito penal, como sustentam alguns autores,⁴⁰⁵ parece uma realidade distante quando se fala em descriminalização, por exemplo. Veja-se, apenas a nível de elucidação, que a pauta conservadora do Congresso nacional empurrou ao Supremo Tribunal Federal questões como a permissão do aborto de fetos anencefálicos (ADPF 54/DF) e a descriminalização do porte de substâncias entorpecentes (art. 28 da Lei 11.343/2006),⁴⁰⁶ apenas para citar casos mais representativos.

⁴⁰² Vide, sobretudo, o estudo de KARAM, Maria Lúcia. A esquerda punitiva. *Discursos sediciosos*, ano 1, n. 1, 1996, p. 79 e ss.

⁴⁰³ Proposta de BINDER, *O sentido do princípio da oportunidade*, op. cit., p. 162.

⁴⁰⁴ JARDIM, *Ação penal pública*, op. cit., p. 59.

⁴⁰⁵ JARDIM, *Ação penal pública*, op. cit., p. 59. Fernando da Costa Tourinho Filho afirma que nos casos de infrações insignificantes, cumpre ao legislador excluir a persecução sobre tais crimes, devendo ser vedado aos órgãos persecutórios deixar de investigar ou exercer a ação penal nesses casos. Cf. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*, 8 ed. São Paulo: Saraiva, p. 39. Ora, considerar ser a efetivação da insignificância um papel adstrito somente ao legislador é cair no erro interpretativo segundo o qual o Direito penal não pode ser corrigido por padrões de política criminal que não estejam previstos em lei, mesmo quando for possível sua aplicação em benefício do acusado.

⁴⁰⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Recurso Extraordinário n. 635.629/SP*. Relator Min. Gilmar Mendes.

De todo modo, sob qualquer pretexto teórico sob o qual se pleiteie a justificação da adoção do princípio da oportunidade no Processo penal, a ponto crucial a ser apontado como constante é o da especial margem de discricionariedade que se abre ao membro do Ministério Público na análise da persecução concreta de um caso penal. O papel da crítica parece o de apontar os limites estritos sob os quais essa discricionariedade será exercida no tocante ao exercício da ação penal, identificando os critérios específicos e rígidos quanto a sua aplicabilidade, e outro ao controle interno e externo do próprio órgão ministerial, mas também do Judiciário.

Como aponta SCHÜNEMANN, ao comentar a introdução dos acordos penais na Alemanha, os verdadeiros problemas atinentes ao alargamento das hipóteses de oportunidade não se encontram em seus fundamentos, mas em seu controle e em seus limites. O Ministério Público passa de titular da ação penal àquele que decide sobre a vida ou a morte da persecução penal. Com o aumento do poder inerente ao seu âmbito de atribuições, via de consequência deve haver um aumento de seu controle e fiscalização.⁴⁰⁷ No caso do acordo de não persecução penal, parte do problema é solucionado com o requisito da homologação judicial, que não deve se limitar, de todo modo, a seus aspectos formais, mas também em relação aos seus efeitos preventivos e retributivos.⁴⁰⁸ O mesmo não sucede de forma tão simples nos acordos sobre a sentença, mas esse já é objeto de outro trabalho.⁴⁰⁹

O controle se justifica exatamente pela necessidade de se evitar aquilo que no Processo penal americano se denomina por *overcharging*. Isto é, na estratégia do Ministério Público em inflar a acusação, imputando ao investigado um crime cuja punição possa ser maior do que aquela em decorrência do fato que efetivamente tenha cometido, na esperança de, ao risco de ser condenado à uma pena muito maior do que a merecida, induzir o processado a renúncia de seu direito ao processo e, conseqüentemente, confessar ou assumir a culpabilidade em troca de

⁴⁰⁷ SCHÜNEMANN, *La reforma del proceso penal*, op. cit., p. 105.

⁴⁰⁸ Na sistemática portuguesa, ao dissertar sobre uma possível adaptação do sistema de acordos alemão em sua própria realidade, BRANDÃO recorre ao que define como “*jurisprudência de cautelas*”. Sobre ela, continua: “*de forma a diminuir o risco de punição de um inocente, impõe-se, a nosso ver, que o juiz verifique se o processo se encontra instruído com meios de prova que apontem claramente para a responsabilidade penal do arguido e ainda que este, mais do que declarar presencialmente diante do juiz a sua disponibilidade para aceitar uma pena privativa da sua liberdade, faça acompanhar essa sua concordância de uma confissão credível dos factos [sic] que lhe são imputados na proposta sancionatória do Ministério Público*”, cf. BRANDÃO, *Acordos sobre a sentença penal*, op. cit., p. 175.

⁴⁰⁹ Imperioso verificar as conclusões de DE-LORENZI sobre os acordos sobre a sentença. Cf. DE-LORENZI, *Justiça negociada e fundamentos do direito penal*, op. cit., *passim*.

uma sanção diminuída.⁴¹⁰ O efeito da medida é sentido na prática, ao se constar que 95% dos casos criminais nos EUA são resolvidos por meio de *plea bargaining*.⁴¹¹

Interessante notar que, em relação do Processo penal americano, o próprio *Federal Rules of Criminal Procedure* (FRCP) prevê a necessidade de controle judicial da voluntariedade e base factual do acordo em seus itens 11 (b)(2) e (3), nos quais submete a aceitação do *guilty plea* ou do *nolo contendere*, à sessão pública de apreciação judicial.⁴¹² *Mutatis mutandis*, também deve ser esse o papel da homologação judicial prevista no §4º do art. 28-A do CPP. Face da mesma moeda, também se torna indispensável a transparência em relação aos elementos de informação contidos no inquérito,⁴¹³ a fim de permitir aos defensores o conhecimento prévio dos exatos termos da possível acusação, a fim de sopesar os benefícios ou prejuízos da aceitação de uma sanção negociada.⁴¹⁴ Nesse ponto, vislumbra-se, de forma indiscutível, o importante papel do advogado para a efetivação do acordo dentro dos limites da legalidade.

3.2. OPORTUNIDADE, DISCRICIONARIEDADE E CONSENSO: UMA APROXIMAÇÃO SEMÂNTICA E PRAGMÁTICA

Como anteriormente demonstrado, o que se entende por oportunidade legalmente regrada não passa de aplicação de previsões legais a partir de certa discricionariedade valorativa por parte do Ministério Público, ante a concorrência de determinadas hipóteses de fato previstas na lei. O que, de todo modo, não nega vigência ao princípio da obrigatoriedade. Em qualquer caso, sempre deve ser uma atuação assentada no Direito positivo e submetida a controle judicial.⁴¹⁵ A partir de outra perspectiva, análoga, porém com outras finalidades, encontram-se

⁴¹⁰ HUSAK, *Sobrecriminalización*, op. cit., p. 65.

⁴¹¹ HUSAK, *Sobrecriminalización*, op. cit., p. 65. Sobre o instituto do *guilty plea*, HEUMANN esclarece que, em um incremento vertiginoso a partir da segunda metade do século XX, estima-se representar uma porcentagem de 85 a 90% das condenações criminais nos Estados Unidos. Cf. HEUMANN, Milton. *Plea bargaining*. Chicago: The University of Chicago Press, 1978, p. 24.

⁴¹² “*Before accepting a plea of guilty or nolo contendere, the court must address the defendant personally in open court and determine that the plea is voluntary and did not result from force, threats, or promises (other than promises in a plea agreement)*”. *Federal Rules of Criminal Procedure*. Disponível em https://www.law.cornell.edu/rules/frcrmp/rule_11. Acesso em 18 de junho de 2021.

⁴¹³ Sobretudo diante da Súmula vinculante n. 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*”.

⁴¹⁴ No tocante à reforma processual chilena, vide: QUILODRÁN, Alejandro Vera. *Transparencia y Reforma Procesal Penal en Chile*. Biblioteca Virtual CEJA. Disponível em: <http://biblioteca.cejamericas.org/handle/2015/3962?show=full>. Acesso em 18 de junho de 2021.

⁴¹⁵ ANDRÉS IBÁÑEZ, *Por un Ministerio Público 'dentro de la legalidad'*, op. cit., p. 71.

as propostas de soluções céleres para o caso penal. Uma vez concluída a investigação, pretendem a negociação da pena e/ou a evitação do procedimento ordinário. Em outras palavras, doutrinariamente chamado de justiça negociada.⁴¹⁶

O risco desse alargamento de hipóteses de negociação no Processo penal é justamente o de se sobrevalorizar a idoneidade probatória dos materiais colhidos em fase pré-processual,⁴¹⁷ isto é, não amparadas pela garantia do contraditório. Isso sem falar que qualquer reforma legislativa na seara do Processo pode ser levada a cabo sem que se produzam resultados práticos imprevisíveis. Qualquer alteração legal que pretenda aumentar o âmbito de discricionariedade nas mãos de um sujeito processual abre, como adverte ANDRÉS IBAÑEZ, um espaço livre do Direito, sob o qual operam o jogo de forças das relações de poder, impondo sempre os interesses de um grupo sobre outro, o mais débil.⁴¹⁸ E nunca é demais ressaltar a vulnerabilidade natural do investigado na persecução penal.⁴¹⁹

Indiscutivelmente, o princípio da obrigatoriedade representa um “*tipo ideal*” de intervenção no que concerne à realização das funções do sistema penal, mas que, lamentavelmente, não consegue se consumir na prática.⁴²⁰ A solução não passa, no entanto, pela completa derrocada de tal princípio, mesmo não sendo exigido expressamente pela ordem constitucional,⁴²¹ tampouco pela inversão da lógica, ao admitir a oportunidade como regra. Não se pode negar que toda infração penal demande uma resposta adequada do Estado. Porém, na prática, a persecução pode ser mediada por decisões político-criminais do legislador.⁴²²

É possível procurar uma solução intermediária entre a necessidade de uma previsão legal e as atribuições do Ministério Público na seleção de casos penais. ROXIN adverte que decisões de oportunidade, propriamente ditas, não estariam abarcadas no Direito, ou seja, como a questão do “*se*” ou do “*como*” o acusado se fez merecedor de uma pena. A questão, por outro lado, recairia sobre o fato de se, na situação fática, é útil a persecução ou a aplicação de uma pena. Não se trata de uma celeuma técnica, pois não se teria uma orientação direcionada à

⁴¹⁶ BRANDÃO diferencia justiça negociada de justiça consensuada. Ao passo que a primeira representa verdadeira margem de liberdade na negociação entre as partes, a segunda caracteriza-se pelo fato de não caber ao investigado muita autonomia na apreciação, cabendo-lhe apenas dar ou não sua concordância à proposta condenatória já fechada pelo Ministério Público, sob a forma de “*pegar ou largar*”, cf. BRANDÃO, *Acordo sobre a sentença penal*, op. cit., p. 163.

⁴¹⁷ ANDRÉS IBAÑEZ, *Por un Ministerio Público ‘dentro de la legalidad’*, op. cit., p. 72.

⁴¹⁸ ANDRÉS IBAÑEZ, *Por un Ministerio Público ‘dentro de la legalidad’*, op. cit., p. 74.

⁴¹⁹ BRANDÃO, *Acordos sobre a sentença penal*, op. cit., p. 167.

⁴²⁰ ANDRÉS IBAÑEZ, *Por un Ministerio Público ‘dentro de la legalidad’*, op. cit., p. 79.

⁴²¹ Advertindo para a inexistência de previsão constitucional sobre, especificamente, a obrigatoriedade da ação penal pública, vide SOUZA, *Obrigatoriedade da ação penal pública*, op. cit., passim.

⁴²² ANDRÉS IBAÑEZ, *Por un Ministerio Público ‘dentro de la legalidad’*, op. cit., p. 79-80.

verdade e a objetividade. Antes disso, direcionar-se-ia à praticidade e à efetividade.⁴²³ Essa visão deve ser vista com reserva, ao passo em que o Ministério Público não tem autonomia para elaborar sua própria Política criminal, mas depende sempre de uma autorização legislativa.

Para FIGUEIREDO DIAS, qualquer solução eficaz para a alegada crise do sistema de justiça criminal deve passar necessariamente pelo reconhecimento, cada vez maior, do princípio da oportunidade na promoção processual. Todavia, devem ser observados os limites jurídico-constitucionais.⁴²⁴ Entre eles: a garantia da defesa, o respeito pelo juiz natural, ao monopólio judicial da jurisdição, ao princípio da publicidade e ao consenso esclarecido das partes.⁴²⁵ Pretende evitar uma dispendiosa e prescindível estigmatização decorrente da imposição de sanções supérfluas na função preventiva do sistema punitivo.⁴²⁶

Já se tentou expor, anteriormente, os fundamentos que justificam um alargamento das hipóteses de oportunidade no Processo penal pátrio e a necessidade de sua interpretação à luz de certos limites, de forma a não permitir uma mudança completa da lógica processual. Em realidade, não se prega a substituição da obrigatoriedade pela oportunidade, mas a ampliação de suas hipóteses de incidência. Paradoxal o fato de não haver convergência na doutrina em relação a forma assumida para viabilizar esse alargamento das hipóteses de oportunidade. Por vezes chamada de discricionariedade regulada, ou legalidade mitigada,⁴²⁷ tende-se a preferir o termo oportunidade legalmente regulada. Pendente de discussão, no entanto, está o debate de se esse alargamento das hipóteses de oportunidade, cujos limites deverão estar necessariamente fixados em lei, depende exclusivamente da discricionariedade do órgão do Ministério Público, ou se efetivamente pode ser implementado por meio de soluções negociadas no Processo penal.

Imperioso destacar que os termos “*discricionariedade*” e “*consensualidade*” são diametralmente opostos tanto em nível semântico, quanto em nível pragmático. No domínio dos significados, enquanto a discricionariedade pressupõe uma ação unilateral, o consenso demanda um acordo entre as partes em igualdade de condições. Recorrendo ao Direito administrativo, pode-se definir um ato discricionário como aquele em que a Administração o pratica com um certo grau de liberdade de avaliação ou decisão, de avaliação subjetiva, seguindo critérios de conveniência ou oportunidade por ela mesma formulados, ainda que

⁴²³ ROXIN, Claus. Posición jurídica y tareas futuras del Ministerio Público. In. MAIER, Julio B. J. (org.). *El Ministerio Público en el Proceso penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1993, p. 46.

⁴²⁴ DIAS, *Direito processual penal*, op. cit., p. 235.

⁴²⁵ DIAS, *Direito processual penal*, op. cit., p. 236. Ainda BRANDÃO, *Acordos sobre a sentença penal*, op. cit., p. 173.

⁴²⁶ GRINOVER, Ada; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES, Luiz Flávio. *Juizados especiais criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 239

⁴²⁷ GRINOVER et al, *Juizados especiais criminais*, op. cit., p. 240.

adstritas à lei limitadora de sua atuação.⁴²⁸ Por outro lado, consenso pressupõe uma concordância entre os implicados, uma aceitação recíproca por parte dos interessados quando, em igualdade de condições de comunicação e livres de coerção, expressam sua vontade de forma racional.⁴²⁹

Tradicionalmente, a doutrina define justiça penal consensual (ou negocial) como sendo aquele modelo assentado na aceitação de ambas as partes (acusação e defesa) de um acordo processual, no qual o acusado se afasta da posição de resistência e, via de regra, há o encerramento antecipado, abreviado ou supressão de parte do processo. O objetivo é o de impor uma sanção mais benéfica ao imputado, de natureza penal (ou não), como contraprestação em razão do seu auxílio na prestação jurisdicional, em troca de sua renúncia ao processo com todas as garantias a ele inerentes.⁴³⁰ Estariam incluídos nessa conceituação institutos tão diversos quanto a transação penal, a suspensão condicional do processo, o acordo de não persecução penal, os procedimentos abreviados na América Latina, o *plea bargaining* nos Estados Unidos, o *Absprachen* alemão, a *conformidad* espanhola, o *patteggiamento* italiano etc.⁴³¹

Para Flávio ANDRADE, a construção de soluções consensuais no Processo penal depende essencialmente da reação do acusado frente à pretensão acusatória. Quando o imputado não se opuser à pretensão acusatória, abrir-se-á o espaço para negociação e para o diálogo, a partir dos instrumentos próprios de cada sistema processual, de forma a permitir um acordo sobre medidas a serem cumpridas ou sobre a pena a que se submeterá o réu. Não havendo confluência de vontades, instalar-se-á o conflito, a disputa ou controvérsia sobre a verdade dos fatos, hipótese a demandar a intervenção do Estado para sua solução.⁴³² Via de regra, a doutrina se limita em abrir espaço ao consenso no âmbito da pequena e média criminalidade, deixando os crimes graves submetidos à jurisdição.⁴³³

Para ANDRADE, ambos os modelos podem coexistir e se complementar, permitindo resultados positivos a todos os interessados. Um Processo penal assentado em consensualidade absoluta não é uma perspectiva recomendada em um modelo estruturado em um procedimento

⁴²⁸ Pegando de empréstimo a definição de discricionariedade do ato administrativo, vide: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 203.

⁴²⁹ Em termos gerais, de um ponto de vista ideal e sem a pretensão de esgotar a discussão teórica, pode-se delimitar o consenso, de um ponto de vista habermasiano, como aquele âmbito de diálogo sem preconceitos, livre de dominação, fundado por argumentos racionalmente considerados de maneira a permitir, como resultado, obtenção de um critério de verdade. Cf. HABERMAS, Jürgen. *Problemas de legitimación en el capitalismo tardío*. BA: Amorrotu, 1975, p. 131.

⁴³⁰ Assim VASCONCELLOS, *Barganha e justiça criminal negocial*, op. cit., 50. De forma análoga, ressaltando o papel dos atores processuais: ANDRADE, *Justiça penal consensual*, op. cit., p. 57 e ss.

⁴³¹ VASCONCELLOS, *Barganha e justiça criminal negocial*, op. cit., p. 50-51.

⁴³² ANDRADE, *Justiça penal consensual*, op. cit., p. 30-31.

⁴³³ ANDRADE, *Consenso e oportunidade*, op. cit., p. 334-335.

formal como o brasileiro.⁴³⁴ Colocaria à prova toda a função de garantia inerente ao regramento procedimental para obtenção dos resultados almejados pelo sistema penal. Porém, a cooperação entre os atores processuais visando soluções mais céleres e eficientes, preservando a dignidade do acusado com acordos justos e proporcionais, permitiriam uma melhor resposta ao problema da criminalidade.⁴³⁵

Vai além Rosimeire LEITE ao apontar que alguns autores não vislumbram ganho prático em considerar justiça consensual e justiça negocial como sinônimas. Enquanto a justiça consensual definiria um modelo que atribui mais ou menos importância ao consentimento dos interessados, na forma de uma aceitação ou ausência de recusa; a justiça negociada designaria a hipótese em que haveria verdadeiro poder de discussão entre as partes no tocante às propostas que lhes forem feitas, podendo interferir em seu conteúdo.⁴³⁶ Para a autora, sob essa perspectiva, “a justiça consensual se assemelharia ao contrato de adesão, enquanto a justiça negociada ao contrato sinalagmático”.⁴³⁷ A diferença entre consenso e negociação dependeria do grau de autonomia atribuído às partes. Em outros termos, o consenso representaria uma expressão de um sentido amplo de oportunidade, enquanto a negociação, da oportunidade em sentido estrito.⁴³⁸

Em nível prático, na esfera processual penal, a diferença entre ambas perspectivas é capaz de acarretar consequências jurídicas diversas. Se, por exemplo, os acordos foram considerados como decorrência da discricionariedade própria da atividade do Ministério Público, não poderão ser considerados como direito subjetivo do investigado. Essa foi a conclusão do Ministro Alexandre de Moraes, a partir de um acórdão da primeira turma do Supremo Tribunal Federal, no Agravo Regimental no *Habeas Corpus* n. 191.124 de Rondônia. Para o magistrado, o acordo de não persecução penal é um novo instrumento de Política criminal para racionalizar a atuação do titular da ação penal, no marco de uma discricionariedade mitigada. Por esse motivo, há uma faculdade do órgão ministerial em optar pelo oferecimento do acordo quando preenchidos os requisitos legais. De igual forma, se entender que, no caso concreto, o acordo não se mostrar necessário e suficiente para prevenção

⁴³⁴ ANDRADE, *Justiça penal consensual*, op. cit., p. 57.

⁴³⁵ ANDRADE, *Justiça penal consensual*, op. cit., p. 60.

⁴³⁶ LEITE, Rosimeire. *Justiça consensual e efetividade do Processo penal*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2013, p. 22.

⁴³⁷ LEITE, *Justiça consensual e efetividade do Processo penal*, p. 23. Ponto em que converge BRANDÃO, *Acordo sobre a sentença penal*, op. cit., p. 163

⁴³⁸ Vide supra. Essa mesma diferenciação é apresentada por DE-LORENZI, para quem, baseando-se na espécie de acordo, pode-se dividi-los entre aqueles: de “(i.a) mera adesão do réu, por meio da aceitação ou não recusa de uma proposta e sem qualquer possibilidade de alterar o conteúdo do acordo, e (i.b) efetiva negociação (sinalagma), com a possibilidade de influenciar o conteúdo do acordo mediante diálogos e concessões recíprocas (propostas e contrapropostas)”. DE-LORENZI, *Justiça negociada e fundamentos do direito penal*, op. cit., p. 62.

e reprovação da infração, pode deixar de oferecê-lo. Concluiu-se, portanto, que os requisitos legais são condições necessárias para o acordo, porém não suficientes para impor seu oferecimento por parte do *parquet*.⁴³⁹

Tal decisão causa certa estranheza, principalmente diante da própria disposição do § 14 do art. 28-A do Código de Processo penal. Nesse, faculta-se ao investigado, no caso de recusa do oferecimento por parte do Ministério Público em propor o acordo de não persecução penal, a possibilidade de requerer a remessa dos autos a órgão superior, na forma do art. 28 daquele Código. Se efetivamente houvesse alguma margem de consenso, haveria a necessidade de facultar à parte contrária sua aceitação ou não, independente de qualquer apreciação subjetiva. Isto é, o oferecimento seria obrigatório sempre quando preenchidos seus requisitos legais.

A situação parece um tanto quanto diferente quando se discute a questão dos acordos sobre a sentença (*sentencing bargaining*), da forma como se propõe incluí-los no projeto de novo Código de Processo penal, isto é, como procedimento sumário (art. 283). Para aqueles crimes punidos, em abstrato, com pena máxima de até oito anos de reclusão e, preenchendo o réu os requisitos legais, o órgão acusador deverá oferecer o acordo no qual a pena aplicada seria a mínima abstratamente prevista. Diferindo do amplo poder discricionário do *plea bargaining* norte-americano, tal proposta supostamente limitaria a arbitrariedade na escolha das punições impostas.⁴⁴⁰ Naquele sistema, o Ministério Público tem plena liberdade de negociação na análise das barganhas por ele operadas.

O que se pode provisoriamente concluir dessa discussão é que o emprego dos termos “*oportunidade*”, “*consenso*” e “*discricionabilidade*” não designam a mesma realidade, seja como decorrência de uma suposta mitigação do princípio da legalidade no Processo penal, seja como novos paradigmas a influenciar o exercício da ação penal.

Partindo de uma visão crítica, OLIVEIRA acredita que os modelos de soluções negociais à disposição no Brasil não representam propriamente decorrências do princípio da oportunidade.⁴⁴¹ Para este autor, consenso e oportunidade não podem ser confundidos, já que uma proposta não tem ligação com a outra. De fato, não se permite às partes pactuarem sobre o objeto da acusação, apenas se modificando a forma pela qual interagem. Da mesma forma,

⁴³⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Agravo Regimental no *Habeas Corpus* n. 191124, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 08/04/2021, processo eletrônico DJe-069, divulgação em 12-04-2021, publicação em 13-04-2021.

⁴⁴⁰ Esta é a posição de SOUSA, Marllon. *Plea bargaining no Brasil*. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 181

⁴⁴¹ OLIVEIRA, Rafael Serra. *Consenso no Processo penal*. São Paulo: Almedina, 2015, p. 79.

não cria mecanismos de acelerar o processo em prejuízo de direitos e garantias fundamentais, sendo a rapidez apenas uma consequência da forma de solução do conflito.⁴⁴²

Nas hipóteses brasileiras, tanto as representadas pelas disposições da Lei 9.099/95, quanto aquelas pela introdução dos acordos de não persecução penal, não parece haver uma preocupação primordial com a constatação da culpabilidade do acusado, dado que a sanção decorrente não deflui de uma condenação criminal. A ideia de prevenção é conformada pela capacidade do sistema de justiça em resolver conflitos. E a intervenção do investigado na equação restringe-se, ao mais das vezes, à aceitação ou não da proposta, sob a ameaça latente de que, ao recusar o acordo, poderá ser processado criminalmente e ao final condenado, com todos os efeitos estigmatizantes que isso possa ensejar. A proposta é formulada pelo Ministério Público e ao arguido cabe apenas aceitá-la ou não.⁴⁴³

Por esse motivo que também se reluta em aceitar que tal solução também seja decorrência de uma aceitação do paradigma negocial no Processo penal. Fato é que, desde 1995, as soluções consensuais no Processo penal brasileiro constituem um tema de discussão permanente. Uma discussão filosófica sobre o consenso poderia levar a uma série de diversos entendimentos quanto a seu tratamento por diferentes autores da história do pensamento contemporâneo. No entanto, interessa aqui um ponto específico, como mecanismo de construção de um discurso para a resolução do caso penal, isto é, não tanto em relação a sua forma, mas sim no que concerne às suas consequências para a persecução penal.

A fim de delimitar o objeto de análise aqui proposto, de forma a não confundir as finalidades diversas de diferentes tipos de negócios processuais, e tendo em vista as premissas anteriormente assentadas, é possível identificar uma tipologia dos acordos, em relação ao momento processual no qual são encetados, bem como aos efeitos que produzem em relação à situação jurídica do acusado. Basicamente, e seguindo a proposta de DE-LORENZI, tais acordos podem ser de dois tipos: (1) sobre o processo, submetendo o acusado a condições, com o fim de evitar o processo e/ou extingui-lo quando cumpridas as condições acordadas; e (2) sobre a sentença, transigindo sobre a pena, do qual resulta uma decisão com natureza condenatória, além de imposição de todos seus efeitos. Poder-se-ia somar uma (3) terceira forma de justiça negocial assentada nas colaborações processuais que, entretanto, não tem o

⁴⁴² OLIVEIRA, *Consenso no Processo penal*, op. cit., p. 79.

⁴⁴³ Sob esses exatos termos: OLIVEIRA, *Consenso no Processo penal*, op. cit., p. 85-86.

condão de afastar, impedir ou antecipar a resolução de mérito. Por isso sua menção em apartado.⁴⁴⁴

(1) Os *acordos sobre o processo* são expressão da oportunidade em sentido amplo, nos quais, em grande medida, se restringem a uma aceitação ou recusa por parte do acusado de uma proposta, sem grandes margens para concessões recíprocas. Neles, há o desfecho do procedimento sem resolução do mérito, buscando evitar ou extinguir o processo sem a certeza sobre a existência da infração penal, com ou sem a imposição de medidas restritivas de direitos.⁴⁴⁵ GRINOVER et al., ao discorrerem sobre o instituto da transação penal, esclarecem que, nessas hipóteses, não se está a transigir diretamente sobre a pretensão punitiva do Estado, que permanece intacta. Pretende-se, isso sim, instituir uma “*via despenalizadora indireta ou processual*”,⁴⁴⁶ acarretando na extinção da punibilidade do acusado, após o cumprimento de certas condições em um determinado período de prova.⁴⁴⁷

Em última análise, justificam-se pela desnecessidade da imposição de uma pena de prisão, tendo em vista se tratar, na esmagadora maioria das hipóteses em que são admissíveis, de delitos de pequena e média gravidade.⁴⁴⁸ Em tais crimes, despender os escassos recursos estatais para se levantar responsabilidades acarreta em uma desproporcionalidade de esforços no que concerne à uma relação de custo-benefício equilibrada.⁴⁴⁹ Ao propor a suficiência de medidas restritivas, levanta a questão sobre a falência da função ressocializadora da pena privativa de liberdade para tais crimes, dado que estigmatizaria sem necessidade o acusado antes às “*cerimônias degradantes*” do sistema de justiça criminal, nos termos da expressão utilizada inicialmente por GARFINKEL.⁴⁵⁰ O acusado evitaria os efeitos nocivos do próprio Processo⁴⁵¹ e de eventual condenação, com todos seus efeitos negativos, em troca do

⁴⁴⁴ Classificação seguida, sobretudo, por DE-LORENZI, *Justiça negociada e fundamentos do direito penal*, op. cit., p. 62.

⁴⁴⁵ DE-LORENZI, *Justiça negociada e fundamentos do direito penal*, op. cit., p. 62-63.

⁴⁴⁶ GRINOVER et al, *Juizados especiais criminais*, op. cit., p. 235.

⁴⁴⁷ GRINOVER et al, *Juizados especiais criminais*, op. cit., p. 235.

⁴⁴⁸ DE-LORENZI, *Justiça negociada e fundamentos do direito penal*, op. cit., p. 62-63. Na mesma linha, ANDRADE, *Justiça penal consensual*, op. cit., p. 57.

⁴⁴⁹ DE-LORENZI, *Justiça negociada e fundamentos do direito penal*, op. cit., p. 63.

⁴⁵⁰ GRINOVER et al, *Juizados especiais criminais*, op. cit., p. 243. Também: DIAS; ANDRADE, *Criminologia*, op. cit., p. 350.

⁴⁵¹ Sobre o caráter estigmatizante do próprio Processo penal, vide a célebre passagem de CARNELUTTI: “*Es un hecho que este terrible mecanismo, imperfecto e imperfectible, expone a un pobre hombre a ser llevado ante el juez, investigado, no pocas veces arrestado, apartado de la familia y de los negocios, perjudicado por no decir arruinado ante la opinión pública, para después ni siquiera oír que se le dan las excusas por quien, aunque sea sin culpa, ha perturbado y en ocasiones ha destrozado su vida*”. Cf CARNELUTTI, Francesco. *Las misérias del Proceso penal*. Bogotá: Editorial Temis, 1999, p. 71 e ss.

cumprimento de algumas condições fixadas pelo Ministério Público. São exemplos: a transação penal, a suspensão condicional do processo e o acordo de não persecução penal.⁴⁵²

(2) De outro lado encontram-se os denominados *acordos sobre a sentença*,⁴⁵³ também denominado por DE-LORENZI, como “*alternativa à instrução*”,⁴⁵⁴ nos quais se busca uma resolução facilitada do mérito, através da supressão ou simplificação da fase de instrução, de forma a possibilitar a condenação e a imposição de uma sanção penal, com todos seus efeitos primários e secundários.⁴⁵⁵ Para além do alcance dos acordos sobre o processo, expande-se para os crimes de média e alta gravidade, inclusive os praticados mediante violência ou grave ameaça. Pressupõe a assunção da culpabilidade por parte do réu (o que vai além de mera confissão circunstanciada) e a aceitação de uma pena mais branda, em troca da renúncia de certos direitos fundamentais, como a ampla possibilidade de se produzir provas. A imposição da pena, validada por um magistrado, constitui decisão de mérito com todas suas consequências. Por um raciocínio utilitário, em prol da eficiência da prestação jurisdicional, minimizam-se o tempo e os custos da persecução, em troca de uma situação jurídica mais benéfica ao acusado, que pode abranger a capitulação legal, a pena, a execução e/ou os efeitos da condenação.⁴⁵⁶ Os exemplos paradigmáticos são o *plea bargaining* americano, o *patteggiamento* italiano e a *conformidad* espanhola.

(3) Não se entrará em maiores discussões acerca do enquadramento do instituto da colaboração premiada, dado que, em última análise, não se propõe a evitar o processo, muito menos negar a fase de instrução. Trata-se de um negócio jurídico processual, configurando-se como meio de obtenção de provas, nos termos do que dispõe o art. 3º-A da Lei 12850/2013. Sendo voluntária e efetiva, pode garantir ao acusado o perdão judicial, a redução da pena privativa de liberdade em até 2/3 (dois terços), ou sua substituição por restritiva de direito, quando permita: (a) a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; (b) a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; (c) a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; (d) a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; e/ou (e) a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.⁴⁵⁷ Indiscutivelmente, trata-se de

⁴⁵² DE-LORENZI, *Justiça negociada e fundamentos do direito penal*, op. cit., p. 63.

⁴⁵³ Conforme terminologia empregada na doutrina portuguesa: DIAS, *Acordos sobre a sentença em Processo penal*, op. cit., p. 24 e ss.

⁴⁵⁴ DE-LORENZI, *Justiça negociada e fundamentos do direito penal*, op. cit., p. 62.

⁴⁵⁵ DE-LORENZI, *Justiça negociada e fundamentos do direito penal*, op. cit. p. 62-63.

⁴⁵⁶ DE-LORENZI, *Justiça negociada e fundamentos do direito penal*, op. cit., p. 63-64.

⁴⁵⁷ Nos termos do art. 4º da Lei 12850/2013.

manifestação de justiça negocial, com finalidades eminentemente probatórias, ante às dificuldades de investigação fruto do complexo funcionamento de organizações criminosas, no qual o acusado tem a oportunidade de participar da persecução em troca de benefícios de cunho político-criminal.⁴⁵⁸ De igual forma, também não será objeto de considerações mais aprofundadas.⁴⁵⁹

3.3. EXCURSO ACERCA DOS ACORDOS SOBRE A SENTENÇA: *PLEA BARGAINING* E OS PROCEDIMENTOS SUMÁRIOS

O objeto primordial da análise deste trabalho circunscreve-se aos mencionados acordos sobre o processo. No entanto, um breve excursus sobre as manifestações concretas dos acordos sobre a sentença faz-se indispensável, principalmente porque a expansão da justiça negocial tende, uma hora ou outra, a admiti-los no ordenamento processual pátrio. Limitar-se-á à análise e crítica, ainda que de forma superficial, aos institutos do *plea bargaining* norte-americano e de alguns dos procedimentos abreviados previstos na legislação latino-americana. E a escolha não é aleatória. Em primeiro lugar, em função do instituto do *plea bargaining* ter sido pioneiro nessa forma de pacto sobre a sanção penal e de, muito em função do colonialismo intelectual que impera nos países subdesenvolvidos, ser visto como vanguarda plenamente adaptável à realidades socioculturais distintas.⁴⁶⁰ Em segundo, visto que as realidades latino-americanas em muito se aproximam à brasileira, motivo pelo qual se acredita terem parâmetros culturais mais próximos para a análise comparada.

Preliminarmente, deve-se entender o perímetro conceitual sobre o que se entende por *plea bargaining*. Compreende-se por esse instituto o gênero de acordos negociais entre o

⁴⁵⁸ DE-LORENZI, *Justiça negociada e fundamentos do direito penal*, op. cit., p. 64. Para SILVA JUNIOR, a premiação enaltece e incentiva a consciência do indivíduo quanto sua responsabilidade pela preservação da segurança pública. SILVA JÚNIOR, *Curso de Direito processual penal*, op. cit., p. 541. Sobre a impossibilidade do Direito penal ser instrumento de segurança pública, vide supra.

⁴⁵⁹ Sobre o instituto da colaboração premiada, remete-se aos elucidativos textos de: CALLEGARI, André Luís; LINHARES, Raúl. *Colaboração premiada: lições práticas e teóricas*. 3ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2021. SÁNCHEZ RIOS, Rodrigo. A colaboração premiada após a sentença condenatória: limites, possibilidades e consequências. In: GEBRAN NETO, João Pedro (org.). *Colaboração premiada: perspectivas teóricas e práticas*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2020, p. 149 e ss.

⁴⁶⁰ Sobre o fenômeno da americanização do processo penal continental e sua crítica, vide: SCHÜNEMANN, Bernd. Um olhar crítico sobre o modelo processual penal norte-americano. In: *Estudos de Direito penal, Processo penal e Filosofia do Direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 240 e ss. A respeito dos transplantes jurídicos de institutos estrangeiros, vide: LANGER, Maximo. From legal transplants to legal translations: the globalization of Plea bargaining and the Americanization thesis in criminal procedure. *Harvard International Law Journal*, v. 45, n.1, 2004.

equivalente ao Ministério Público e o acusado, pelos quais este se declara culpado em uma ofensa menor ou em um de múltiplas acusações em troca de alguma concessão do órgão acusador, seja uma pena mais leniente, seja por abrir mão de outras acusações.⁴⁶¹ Em geral, esta expressão é utilizada indistintamente para expressar as diversas formas de negociação no Processo penal americano. No entanto, sabe-se que não pode ser de todo simplificada, ante a necessidade de se entender seus diversos mecanismos de funcionamento e suas várias formas de manifestação em diferentes momentos da persecução. Portanto, algumas notas sobre o funcionamento desse ramo jurídico naquele país fazem-se necessárias.

Em sua estrutura de funcionamento, da leitura conjunta da quinta⁴⁶² e da sexta⁴⁶³ emenda da Constituição dos Estados Unidos, extrai-se o direito ao *devido processo legal*, o qual tem por conteúdo a necessidade de se apresentarem indícios suficientes de autoria e materialidade (*probable case*) para o acusado ser submetido ao *grand jury*, submetendo-o, assim, ao indiciamento e levando-o a julgamento.⁴⁶⁴ No entanto, devido ao aumento da complexidade das regras sob as quais a instituição do júri passou a se edificar, este procedimento se tornou insustentável como forma exclusiva de resposta à criminalidade grave, e mecanismos para descongestionar a prestação jurisdicional passaram a ser pensadas.⁴⁶⁵

Ao se apresentar a acusação, designa-se uma audiência e o acusado se apresenta perante o juiz.⁴⁶⁶ A regra (11) do *Federal Rules of Criminal Procedure* estabelece que o acusado, ao se defender, pode se declarar (*plea*) de três diferentes formas: “*guilty*” (culpado), “*not guilty*” (inocente), ou simplesmente “*nolo contendere*” (não contestar).⁴⁶⁷ Sua declaração de

⁴⁶¹ *Black’s law dictionary*, op. cit., p. 1190.

⁴⁶² “*Amendment V (1791): No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation*”. *Constitution of the United States*. Disponível em https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm#amendments. Acesso em 25 de junho de 2021.

⁴⁶³ “*In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the State and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the Assistance of Counsel for his defence*”. Disponível em https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm#amendments. Acesso em 25 de junho de 2021.

⁴⁶⁴ Sobre a estrutura do processo penal americano, vide: RAMOS, João Gualberto Garcez. *Curso de Processo penal norte-americano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 35 e ss.

⁴⁶⁵ LANGBEIN, John. Compreendendo a curta história do *plea bargaining*. In. GLOECKNER, Ricardo (org.). *Plea bargaining*. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 119.

⁴⁶⁶ Estrutura básica apresentada por ANDRADE, *Justiça penal consensual*, op. cit., p. 120-121.

⁴⁶⁷ *Federal Rules of Criminal Procedure*. Disponível em https://www.law.cornell.edu/rules/frcrmp/rule_11. Acesso em 18 de junho de 2021. BRANDALISE esclarece que “*as negociações americanas de sentença criminal podem acontecer pela declaração de culpa do acusado (guilty plea, mote do plea bargaining) ou pela declaração de que não haverá a contestação da acusação (nolo contendere). A nota distintiva entre elas reside na*

culpabilidade pode ser voluntária; estruturalmente induzida, sob o receito de se receber uma pena mais grave (*structurally induced plea*); ou negociada (*negotiated plea*). Está última, uma peculiaridade do sistema americano, diante da possibilidade de o acusado admitir a responsabilidade sem julgamento, permite uma negociação entre acusação e defesa quanto aos termos da acusação ou sua pena, é uma das mais claras manifestações do *plea bargaining*.⁴⁶⁸

As formas negociais de evitação do júri, desse modo, funcionam como verdadeiras válvulas de escape do sistema de justiça criminal, para racionalizar seus custos de funcionamento e permitir a resolução dos casos criminais.⁴⁶⁹ Em realidade, como lembrado por LANGBEIN, a Suprema Corte dos Estados Unidos considerou o *plea bargaining* como um componente essencial na administração da justiça, devido à sua eficiência (*Santobello v. New York, 404 U.S. 257, 260, 1971*).⁴⁷⁰ De forma a solucionar o maior número de casos possível ao menor custo, na maior deles os Promotores incentivam o *guilty plea*, oferecendo ao acusado uma redução de pena ou uma acusação mais favorável em contraprestação.

De fato, a barganha, da forma como colocada, não é pensada para acelerar o procedimento penal, mas para verdadeiramente eliminá-lo.⁴⁷¹ Na prática jurisdicional continental, a maioria dos sistemas processuais comparados admite a confissão como causa de facilitação e encurtamento do julgamento, mesmo diante da necessidade de corroboração⁴⁷² e, quando muito, como uma forma de atenuação de pena como no Brasil (art. 65, III, d, CP). Mesmo assim, em nenhuma dessas hipóteses isso elide a necessidade de julgamento. E é justamente esse o ponto de inflexão do *plea bargaining*. Nas palavras de SCHÜNEMANN, “*a audiência de instrução e julgamento fora simplesmente abolida e substituída por um guilty plea do acusado*”.⁴⁷³

Inegável a influência de institutos do direito anglo-americano nos sistemas continentais que, desde há muito, vem sendo apontada pela doutrina. Ela está incluída na chamada marcha expansiva do procedimento penal norte-americano, para usar as palavras de

consequência de que a primeira produzirá efeitos no juízo cível, enquanto que a segunda, não, porque se limita a não contestar a ação (em assumir a responsabilização mas sem realização de confissão pelos fatos)”, cf. BRANDALISE, Rodrigo. *Justiça penal negociada*, Curitiba: Juruá, 2016, p. 65.

⁴⁶⁸ ANDADRE, *Justiça penal consensual*, op. cit., p. 121.

⁴⁶⁹ Esclarece HEUMANN, “*only the guilty plea system has enabled the courts to process their caseloads with seriously inadequate resources. The invisible hand of Adam Smith is at work. Growing concessions to guilty plea defendants have almost matched the growing need to avoid the burdensome business to trying cases*”. Sobre o funcionamento concreto dos instrumentos de barganha nos EUA vide: HEUMANN, *Plea bargaining*, op. cit., p. 24 e ss.

⁴⁷⁰ LANGBEIN, *Compreendendo a curta história do plea bargaining*, op. cit., p. 116.

⁴⁷¹ HEUMANN, *Plea bargaining*, op. cit., p. 25. Assim também, SCHÜNEMANN, *Um olhar crítico sobre o modelo processual penal norte-americano*, op. cit., p. 251.

⁴⁷² LANGBEIN, *Compreendendo a curta história do plea bargaining*, op. cit., p. 122.

⁴⁷³ SCHÜNEMANN, *Um olhar crítico sobre o modelo processual penal norte-americano*, op. cit., p. 251.

SCHÜNEMANN.⁴⁷⁴ Tem por justificativa dotar a justiça criminal de maior eficiência, tendo em vista os diversos entraves encontrados na persecução do crime organizado e de seus delitos conexos, ao permitir, por meio de benefícios, a cooperação entre acusação e acusado para esclarecer fatos, fornecer meios de prova, facilitar a recuperação do produto e dos proveitos do crime, etc. Por esse motivo, alguns autores tendem a vislumbrar a adoção dos institutos como o *plea bargaining* como inevitável.⁴⁷⁵

É indiscutível que países como Alemanha, Itália, Espanha, França e Argentina tenham se valido do instituto do *plea bargaining* para introduzir em seus ordenamentos jurídicos institutos próximos ao americano, com as devidas adaptações que cada país julgou necessárias ante seus próprios sistemas jurídicos. Certo é que, nenhum deles, na linha da crítica apresentada por LANGER, apresentou uma verdadeira americanização de seu Processo penal, ante a não modificação de seu sistema processual para conformá-lo a um processo de partes, mas sim, simplesmente adaptando-o ao já pré-existente modelo inquisitorial que lhes informava.⁴⁷⁶

No entanto, a contínua incorporação destes instrumentos negociais, como o *guilty plea* e o *plea bargaining*, tende a importar, como apontado por SCHÜNEMANN, no contrário da eficiência pretendida, isto é, em uma subversão dos princípios liberais do Direito e do Processo Penal, dentre os quais a garantia de um julgamento justo, a presunção de inocência e a busca da verdade material.⁴⁷⁷ Comentadores do direito americano, em textos clássicos sobre o tema, advertem a alta taxa de condenação de pessoas inocentes. ALSCHULER chega a afirmar que “condenar acusados que seriam absolvidos em um julgamento é um dos principais objetivos do *plea bargaining*”.⁴⁷⁸ Mesmo diante da admissão da culpa, indispensável haver uma base factual a sustentá-la.⁴⁷⁹

⁴⁷⁴ SCHÜNEMANN, Bernd. *¿Crisis del procedimiento penal? – Marcha triunfal del procedimiento penal americano em el mundo?* In. *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milênio*. Madrid: Tecnos, 2002, pp. 288 e ss.

⁴⁷⁵ Como é o caso de FEELEY, Malcolm. *Plea bargaining e a estrutura do processo criminal*. In. GLOECKNER, Ricardo (org.). *Plea bargaining*. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 43. Sobre a predominância do *plea bargaining* no sistema de justiça americano, à luz da suposta eficiência de seu funcionamento, vide a crítica de FISCHER, *Plea bargaining's triumph*, op. cit., p. 178 e ss.

⁴⁷⁶ LANGER, *From legal transplants to legal translations*, op. cit., p. 3. Referindo-se à realidade europeia FIGUEIREDO DIAS, afirma que se “não trata aqui de uma pura transposição para o processo penal europeu continental do procedimento típico do instituto anglo-americano do *plea bargaining*”. Cf. DIAS, *Acordos sobre a sentença em Processo penal*, op. cit., p. 22.

⁴⁷⁷ Cf. SCHÜNEMANN, Bernd. *¿Crisis del procedimiento penal? – Marcha triunfal del procedimiento penal americano em el mundo?*, op. cit., p. 293.

⁴⁷⁸ ALSCHULER, Albert. Um sistema quase perfeito para condenar os inocentes. In. GLOECKNER, Ricardo (org.). *Plea bargaining*. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 127. Afirma ainda ALSCHULER que aqueles que negam a possibilidade de se condenar inocentes por meio de acordos penais ou são ingênuos ou totalmente cínicos. Cf. ALSCHULER, Albert. The changing plea bargaining debate. *California Law Review*, n. 69, 1981, p. 715.

⁴⁷⁹ Como se extrai da regra (11) do *Federal Rules of Criminal Procedure*.

Em outra ponta, também deve ser salientada a necessidade de reestruturação do papel da própria dogmática jurídico-penal, em sua função precípua de, a partir da garantia da previsibilidade e da segurança jurídica, estabelecer de forma rigorosa os pressupostos indispensáveis para a punição de uma conduta proibida.⁴⁸⁰ Quanto mais delitos se eliminem do processo de persecução, menor será o papel da jurisdição para o controle dos pressupostos de punibilidade.⁴⁸¹ Para SCHÜNEMANN, submeter a pena à vontade das partes, colocando à sua disposição o objeto do Processo, destruiria o nexo de legitimidade existente na relação simbiótica entre Processo e Direito material.⁴⁸² FACCINI NETO conclui que um modelo de sistema penal assentado nos acordos, oriundo de um modelo negocial orientado às consequências, faz ruir as bases sobre as quais se assentam a teoria do crime.⁴⁸³

Segundo SCHÜNEMANN, os acordos entre as partes teriam aparentemente nobre objetivo de substituição da ideia de retribuição por um conceito racional de prevenção, orientando às soluções pela economia processual e pelo consenso. Tal perspectiva consensual permitiria o fortalecimento das normas e da dinâmica de ressocialização.⁴⁸⁴ No entanto, tal ângulo desnaturaliza a essência do Processo Penal tradicional. Além de tornar o objeto do processo disponível, vulnera princípios centrais como o da busca da verdade material e do dever judicial de esclarecimento dos fatos, a partir da consideração de que objetiva, principalmente, abreviar o processo substituindo a instrução pela confissão formal não qualificada, isto é, sem apresentar outros elementos de fato do caso penal, de modo a corroborar seu conteúdo verdadeiro.⁴⁸⁵

A primeira conclusão preliminar que se faz necessária antecipar é a de que os acordos de não persecução penal não serem sinônimo do instituto do processo penal americano do *plea bargaining*. No entanto, seus fundamentos não são de todo distintos. Em síntese, as críticas afirmam que a confissão do acusado em troca da redução em sua pena – ou no caso brasileiro, da imposição de condições com a natureza similar a das sanções restritivas de direito –, sendo ela aplicada após a confissão homologada em juízo, possui problemas estruturais e sistêmicos que prejudicam não apenas o devido processo legal, mas também os valores fundamentais do

⁴⁸⁰ Sobre o papel da dogmática jurídico-penal, vide: GIMBERNAT ORDEIG, *¿Tiene futuro la dogmática jurídico-penal?*, op. cit., p. 27.

⁴⁸¹ HASSEMER, Winfried. La persecución penal: legalidad y oportunidad. *Jueces para la democracia*, 1988, págs. 8-11, disponível em <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2530062>, acesso em 17 de março de 2020.

⁴⁸² SCHÜNEMANN, *Um olhar crítico sobre o modelo processual penal norte-americano*, op. cit., p. 251.

⁴⁸³ FACCINI NETO, *Plea bargain*, op. cit., p. 455.

⁴⁸⁴ SCHÜNEMANN, Bernd. *¿Crisis del procedimiento penal? – Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?* In. *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milénio*. Madrid: Tecnos, 2002, p. 294

⁴⁸⁵ SCHÜNEMANN, Bernd. *¿Crisis del procedimiento penal?* op. cit., 2002, p. 297.

sistema criminal, na tutela da liberdade e da contenção do exercício arbitrário do poder.⁴⁸⁶ Qualquer pretensão séria de legitimar os acordos de não persecução penal deve passar necessariamente pelos limites da confissão no processo judicial de homologação do acordo.

Por esse motivo, além dos outros aduzidos ou a serem discutidos em concreto a seguir, impõe a reflexão de que a adaptação de institutos negociais e a expansão do princípio da oportunidade nos Processos penais continentais nunca pode estar imune a críticas. Um dado digno de ser pontuado é o de que, nos Estados Unidos, no ano de 2015, cerca de 44% das absolvições envolveram indivíduos que tiveram penas impostas por algum tipo de acordo e em relação aos quais foi constatado, posteriormente, que eram inocentes dos crimes a eles imputados pelo Ministério Público, principalmente porque baseado em falsas confissões.⁴⁸⁷ A comunidade acadêmica norte-americana busca incessantemente alternativas ao sistema de *plea bargaining* e aos acordos penais, como, por exemplo, a modificação de determinados aspectos do procedimento no Processo penal e a garantia da instrução processual a todos os cidadãos.⁴⁸⁸

A seu turno, as reformas processuais penais na América Latina, sobretudo a partir do advento do séc. XXI, propiciaram um espaço de ampla aceitação de procedimentos abreviados para a imposição de pena, assemelhando-se, não sem as devidas adaptações, a um modelo negocial de inspiração americana.⁴⁸⁹ Em abreviada síntese, ante à presença de determinados requisitos, como a natureza da infração ou o máximo da pena cominada, o Ministério Público pode acordar com o acusado e seu defensor a viabilidade de não leva-lo à julgamento, impondo-lhe uma pena não superior àquela previamente solicitada pelo órgão acusatório, desde que haja a admissão do fato narrado na acusação.⁴⁹⁰

Tal qual o já apontado projeto de reforma global do Código de Processo penal brasileiro, pretendendo incluir uma forma de procedimento sumário em seu art. 283, na última versão

⁴⁸⁶ SCHULHOFER, Stephen J. *Plea Bargaining as Disaster*. *The Yale Law Journal*. New Haven, v. 101, n. 8, p. 1979-2009, jun., 1992, p. 1979. Sobre a finalidade restritiva do Direito penal vide: BOBBIO, Norberto. *Prefácio*. In. FERRAJOLI, *Direito e Razão*, op. cit., p. 7.

⁴⁸⁷ UNIVERSITY OF MICHIGAN LAW SCHOOL. *The National Registry of Exonerations: Exonerations in 2015*. Michigan, fev. 2016. Disponível em: <https://www.law.umich.edu>. Acesso em 05 mar. 2020.

⁴⁸⁸ ALSCHULER, Albert. *Implementing the Criminal Defendant's Right to Trial: Alternatives to the Plea Bargaining System* *University of Chicago Law Review*. Chicago, v. 50, n. 3, pp. 931-1050, jun. 1983, p. 1048.

⁴⁸⁹ Sobre a adaptação do Sistema negocial americano em países de matriz processual inquisitorial, vide LANGER, *From legal transplants to legal translations*, op. cit., p. 3 e ss.

⁴⁹⁰ AMBOS, Kai. As reformas processuais penais na América Latina. In. AMBOS, Kai; CHOUKR, Fauzi. *A reforma do Processo penal no Brasil e na América Latina*. São Paulo: Editora Método, 2001, p. 265-266. Vide sobretudo o Código Modelo de Processo penal para a Ibero-América, cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. O código modelo de Processo penal para a Ibero-américa, 10 anos depois. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 30, abril-jun/2000. Ainda: LANGER, Máximo. Revolution in Latin American Criminal Procedure: Diffusion of Legal Ideas from the Periphery. *American Journal of Comparative Law*. v. 55, 2007, p. 617-676. No Brasil: ANDRADE, *Justiça penal consensual*, op. cit., p. 88-89.

apresentada à Comissão,⁴⁹¹ a diferença do *plea bargaining* americano das formas de procedimentos abreviados e sumário, reside justamente no fato de que, nesses casos, a possibilidade de aplicação imediata da pena está regulada como espécie de procedimento.⁴⁹² Por esse mesmo motivo não se trata de negar o julgamento, mas de enquadrá-lo à conformação do sistema processual de cada país.

À par das demais críticas, impossível não concordar com SCHÜNEMANN de que há uma marcha expansiva dos meios de soluções negociais de influência americana no Direito processual penal continental. Resta, contudo, saber qual deve ser o posicionamento diante de tal panorama: completa negação; aceitação e assimilação da forma como se apresenta; crítica, pura e simplesmente; ou adaptação rumo a um sistema híbrido que congregue procedimento comum e formas negociais, de maneira limitada e congruente com o ordenamento constitucional. Essa última parece ser a posição mais realista e ponderada.

3.4. OS ACORDOS COMO CAMINHO INEXORÁVEL RUMO AO SISTEMA ACUSATÓRIO?

Ainda na lógica dos fundamentos processuais dos acordos, um especial destaque merece a alocação dos mecanismos negociais à luz da discussão dos sistemas processuais. A controvérsia se deve em grande medida à identificação do Processo penal anglo-americano como adversarial, eminentemente gerido pelas partes.⁴⁹³ Herança do Direito inglês, o Processo penal clássico do *Common law* é fundado eminentemente pela passividade do juiz sobre a colheita da prova e pelo contraditório pleno, sob o qual o órgão acusador se interessa pela persecução e a defesa pela absolvição.⁴⁹⁴ Além do que, nessa realidade, o objeto do processo é

⁴⁹¹ CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de novo Código de Processo Penal. Disponível em https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node014q6v31psxslld1uq28eoswx63b4423563.node0?codteor=1638152&filename=PL+8045/2010. Acesso em 10 de maio de 2021.

⁴⁹² Vide, PRADO, Geraldo. Campo jurídico e capital científico: o acordo sobre a pena e o modelo acusatório no Brasil. In. *Decisão judicial: a cultura jurídica brasileira na transição para a democracia*. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 54.

⁴⁹³ Para FIGUEIREDO DIAS, “é sabido como este paradigma – acusatório e, logo nesta medida ‘adversarial’ – domina há mais de um século, de forma extremada, o processo penal dos Estados Unidos da América e da Grã-Bretanha, sem prejuízo de nestes países a regra da democracia enformar, de forma incensurável, toda a vida pública e institucional”. DIAS, *Acordos sobre a sentença em processo penal*, op. cit., p. 16-17.

⁴⁹⁴ Para LANGER, “The first pair of models for comparison are the model of the dispute (a feature of the adversarial system) and the model of the official investigation (a feature of the inquisitorial system). According to the first model, the criminal procedure is understood as a dispute or a contest between two parties, prosecution and defense, before a passive decision-maker. The dispute centers around the prosecution’s attempt to prove beyond a reasonable doubt that the defendant committed the offense of which he or she has been accused. If the prosecution succeeds, then the prosecution wins; if it fails, the defendant wins”. LANGER, *From legal transplants*

amplamente disponível pelas partes: tanto a acusação pode retirar a denúncia, quanto a defesa pode confessar a culpa e aceitar a pena.⁴⁹⁵ Por esse motivo, pretende-se estabelecer um silogismo segundo o qual sendo os acordos fortemente influenciados pelo sistema anglo-americano, sua implementação nos ordenamentos continentais garantiria o incremento do processo adversarial, de partes ou acusatório.⁴⁹⁶ O raciocínio não nos parece assim tão simples.

Com efeito, nem mesmo no próprio sistema processual americano há consenso de que os acordos representem verdadeiramente uma expressão de seu processo de partes. Pelo contrário, há quem afirme que a supressão da justiça combativa, representada pelo seu modelo de júri, enfraquece o processo adversarial em prol de práticas cooperativas não contrapostas.⁴⁹⁷ FEELEY, por sua vez, acredita no contrário. Para ele, o *plea bargaining* pode ser visto como expressão típica do processo de partes americano. Isso porque, ante à extrema formalização do procedimento do júri, em decorrência do aumento de requisitos do devido processo e da possibilidade de recursos, somada à expansão dos meios de investigação e ao incremento do papel da defesa, tem-se oportunizado maior autonomia às partes para escolher tanto pelo confronto quanto pela negociação.⁴⁹⁸

to legal translations, op. cit., p. 20-21. PRADO, por sua vez, duvida da estrutura acusatória do sistema penal americano. Para ele “a vigorosa tradição do processo adversary não impediu por bastante tempo o desenvolvimento de processos penais em sigilo, com violação do juiz natural, restrições ou supressões do direito de defesa e do contraditório, e perpetuação de detenções ‘provisórias’ sem acusação formal. Sem falar na tolerância com as provas obtidas por meios ilícitos”. Isso seria verificável, sobretudo, a partir da violenta reação ao terrorismo depois de 11 de setembro. Cf. PRADO, *Campo jurídico e capital científico*, op. cit., p. 50.

⁴⁹⁵ DIAS, *Direito processual penal*, op. cit., p. 247-248. Ainda, COUTINHO, *Introdução aos princípios*, op. cit., p. 166.

⁴⁹⁶ Sobre os acordos no sistema adversarial americano, afirma LANGER, “*Guilty pleas at into this model because the defense, as the other party to the dispute, may concede that the other party is correct and thus resolve the dispute; the determination of guilt or innocence ends⁷⁴ and the case passes to the sentencing stage*”. LANGER, *From legal transplants to legal translations*, op. cit., p. 21. Ainda, ARMENTA DEU, Teresa. *Sistemas procesales penales*. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 128. TORRÃO, *A relevância político-criminal da suspensão provisória do processo*, op. cit., p. 71. Para os fins aqui pretendidos, trata-se a ideia adversarial como traço distintivo de um sistema acusatório, ainda que se reconheça a distinção entre ambas as perspectivas.

⁴⁹⁷ Principalmente LANGBEIN, John; LERNER, Renée; SMITH, Bruce. *History of the Common Law: the development of anglo-american legal institutions*. Aspen, 2009, p. 709 e ss. Vide ainda: FEELEY, *Plea bargaining e a estrutura do processo criminal*, op. cit., p. 43. E ainda FISCHER, *Plea bargaining’s triumph*, op. cit., passim. No Brasil, recorrendo ao histórico caso do julgamento das Bruxas de Salem, RIBEIRO e GUIMARÃES enaltecem a origem inquisitória do *plea bargaining*, ao localizá-la no incentivo à confissão para que as mulheres fossem poupadas da pena de morte por enforcamento, consequência que lhes aguardaria caso negassem a bruxaria, *verbis*, “se fosse invocar a dicotomia dos sistemas processuais penais, caberia dizer que, no julgamento das bruxas de Salem se evidenciou os primeiros sinais de *plea bargaining* como modelo processual muito mais voltado ao rótulo de ‘inquisitório’ do que de ‘acusatório’”, cf. RIBEIRO; GUIMARÃES, *O caso das bruxas de Salem e a origem do plea bargaining norte-americano*, op. cit., p. 860.

⁴⁹⁸ FEELEY, *Plea bargaining e a estrutura do processo criminal*, op. cit., p. 43-44. ARMENTA DEU aponta razões pragmáticas para a aceitação dos acordos, como a necessidade de baixar os níveis de litigiosidade criminal, o receio ante ao comportamento dos jurados, o incremento de táticas forenses e da complexidade e custos dos processos, a percepção de perda de tempo e recursos em um processo que não consegue caracterizar a culpabilidade do imputado etc. Cf. ARMENTA DEU, *Sistemas procesales penales*, op. cit., p. 129.

Tal visão das negociações no Processo penal poderia padecer de uma extrema idealização da paridade de armas dos sujeitos processuais, quando não suportar a alcunha de ingênua ante à necessidade de se legitimar a racionalização de recursos estatais na persecução penal, com argumentos pouco convincentes e, ademais, moralmente inadequados. Isso é ainda mais sintomático quando, no Processo penal continental, se tem claro que a definição do traço distintivo de um sistema processual passa, necessariamente, pela forma como se promove a *gestão da prova*.⁴⁹⁹

Em um processo eminentemente inquisitivo, a investigação da verdade dos fatos assenta suas bases exclusivamente nas mãos do julgador, muitas vezes se confundindo com a figura do acusador.⁵⁰⁰ Ao dissertar sobre a história dos sistemas, CORDERO assevera que a verdade histórica estaria com o imputado, independente se culpado ou não. Nesse sentido, seriam justificáveis, por exemplo, a utilização de métodos de tortura para obtê-la: não se alcançando uma confissão espontânea, é preciso estimulá-la.⁵⁰¹ E daí surge um dos estigmas mais rebatidos na teoria contemporânea do Processo penal: a aversão ao mito fundador da *verdade real*.⁵⁰² Muito pela confusão entre a finalidade e o meio para se alcançá-la. No acusatório ou dispositivo, por sua vez, o Processo surge como disputa entre as partes, reservando-se ao juiz a posição de árbitro e não de acusador ou investigador.⁵⁰³

O sistema processual brasileiro desde há muito vem sendo tachado, principalmente diante das bases de influência do Código de 1941, como regido pelo princípio inquisitivo, principalmente diante dos incisos I e II do art. 156 do CPP, que facultam ao juiz a produção de provas de ofício.⁵⁰⁴ A situação se alterou substancialmente diante da edição da Constituição de 1988, assegurando, essencialmente, direitos e garantias inerentes ao devido processo, à imparcialidade do julgador⁵⁰⁵ e à ampla defesa e ao contraditório, a demandar uma configuração mais acusatória da persecução. Frente à uma necessidade de justificação simbólica de coerência

⁴⁹⁹ COUTINHO, *Introdução aos princípios*, op. cit., p. 165.

⁵⁰⁰ DIAS, *Direito processual penal*, op. cit., p. 246.

⁵⁰¹ CORDERO, *Guida alla procedura penale*, op. cit., p. 49.

⁵⁰² Vide o item 3.6 infra.

⁵⁰³ COUTINHO, *Introdução aos princípios*, op. cit., p. 167.

⁵⁰⁴ Assim COUTINHO, *Introdução aos princípios*, op. cit., p. 167. Vide também LOPES JR., *Direito processual penal*, op. cit., p. 135.

⁵⁰⁵ Em que pese a intenção do Constituinte de 1988 fosse das melhores, ainda hoje o Brasil enfrenta um déficit de implementação de garantias fundamentais mais básicas na persecução penal. No “*World Justice Project Rule of Law Index*”, publicado em 2021, o Brasil aparece na posição 138 de 139 em relação à percepção de imparcialidade no sistema de justiça criminal. Tal dado é preocupante e reflete, em grande medida, a história recente do país. Serve para demonstrar, acima de tudo, a necessidade de incremento de mecanismos de contenção da subjetividade e da impossibilidade de perverter os meios para a consecução dos fins almejados, os mais louváveis que sejam. Vide *World Justice Project Rule of Law Index*. Disponível em <https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/factors/2021/Brazil/Criminal%20Justice/>. Acesso em 10 janeiro de 2022.

do ordenamento jurídico, o mesmo legislador que aprovou o acordo de não persecução penal como decorrência do pacote anticrime (Lei 13.964/2019), também incluiu o art. 3º-A no CPP, segundo o qual se professa a urgência de uma estrutura acusatória ao Processo penal brasileiro, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação. Todavia, o descompasso entre teoria e prática ainda parece destinar tal dispositivo ao rol das inúmeras petições de princípio elencadas pelo legislador.

Uma estrutura constitucionalmente adequada de justiça criminal passa, além da gestão da prova inerente às partes, pela garantia do devido processo penal (art. 5º, LIV, CF), nela incluída a necessidade de ser julgado por um juiz imparcial com competência fixada antes da prática do fato (art. 5º, XXXVII, CF). Assim, a estrutura adversarial deve ser consentânea à formalidade do procedimento, de forma a constituir limites ao poder punitivo estatal. Como há muito se adverte: no Processo penal, forma é garantia.⁵⁰⁶ E nesse rol de garantias há aquelas que podem ser consideradas como irrenunciáveis, constituindo um verdadeiro âmbito de indisponibilidade no Processo penal, principalmente diante do interesse público protegido,⁵⁰⁷ mas também no tocante ao objeto do Processo e da ação penal.⁵⁰⁸

Diante da já apontada crise da administração da justiça criminal, surge então a controvérsia acerca daquilo que Aury LOPES JR chama de crise existencial do Processo penal: ainda é o Processo penal necessário para se impor uma pena?⁵⁰⁹ É justamente nesse ponto em que aparece a justiça penal negocial. Ao se permitir a negociação sobre o objeto do processo ou sobre a pena em si se avança sobre o princípio da necessidade do Processo em relação à pena (*nulla poena sine iudicio*). Deve-se ponderar, de um lado, pela necessidade proteção dos direitos e garantias fundamentais, e de outro, para que o processo tramite em um prazo razoável,⁵¹⁰ ante o próprio mandamento constitucional da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, CF). O julgador deve compatibilizar o fim de se atingir a averiguação da verdade fática com a necessidade de prolatar sentenças em prazos razoáveis. Os acordos no Processo penal seriam um caso especial de discurso prático, com regras próprias.⁵¹¹

Isso porque, como aponta FIGUEIREDO DIAS, o incremento de estruturas negociais no sistema de justiça criminal, contrariamente à clássica estrutura combativa convencional, vem, antes de mais nada, para enfrentar a sobrecarga da administração da justiça, hipótese a

⁵⁰⁶ LOPES JR, Aury. *Fundamentos do Processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 82.

⁵⁰⁷ COUTINHO, Jacinto. O papel do pensamento economicista no Direito criminal hoje. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, v. 31, 1999, p. 47.

⁵⁰⁸ TORRÃO, *A relevância político-criminal da suspensão provisória do processo*, op. cit., p. 71.

⁵⁰⁹ LOPES JR, *Fundamentos do Processo penal*, op. cit., p. 85.

⁵¹⁰ LOPES JR, *Fundamentos do Processo penal*, op. cit., p. 86-87.

⁵¹¹ ANDRADE, *Consenso e oportunidade*, op. cit., p. 328-329, nota 17

demandar um modelo de *eficiência funcionalmente orientada*.⁵¹² No entanto, não podem estar alheias às finalidades básicas do sistema penal, bem como os princípios político-criminais que lhe são subjacentes.

De fato, quando se admite a possibilidade de haver espaços de negociação no Processo penal não se está a primar por uma consensualidade absoluta, até porque impraticável em um ordenamento processual como o nosso, no qual a coerção é imprescindível. Via de regra, a imposição de uma pena por meio do Processo independe de aceitação do condenado e querer submeter a decisão judicial uma realidade intercomunicativa, sem coerção, parece algo no mínimo utópico.⁵¹³ A ideia de coercibilidade é ínsita ao Processo penal contemporâneo e justamente por isso há a necessidade da salvaguarda da formalidade do procedimento e de sua realização como meio de obtenção da justiça material e da concretização das funções da pena: “o processo penal não pode prescindir da aplicação de sanções, contra ou sem o consenso do arguido”.⁵¹⁴ Aliás, o próprio HABERMAS afirma, inclusive, que o modelo processual penal não permite um diálogo isento de coerção e, com isso, não constitui um modelo ideal de comunicação.⁵¹⁵

Isso não impede, contudo, a introdução de mecanismos negociais ao lado do Processo tradicional, na linha de uma válvula de escape do sistema. Em função disso que ARMENTA DEU indica que o ponto de convergência dos sistemas processuais é sua tendência aos diferentes mecanismos para a aplicação da oportunidade.⁵¹⁶ Para a autora, as negociações no Processo penal não são características inerentes a nenhum dos diferentes sistemas processuais, senão constituiriam variantes da renúncia de garantias inerentes a qualquer paradigma.⁵¹⁷ Mesmo sob a conformação mista, convergindo aspectos do sistema inquisitivo na investigação e acusatório na fase processual, sob a regra da persecução pública, isso por si só não excluiria a possibilidade de aceitação dos espaços de negociação no Processo penal.

Outrossim, também não pode ser um traço distintivo de um sistema adversarial, no qual a disputa só surge quando o acusado não se declara culpado. Os sistemas acusatórios europeus, por outro lado, não percebem os modelos negociais como expressão de um modelo acusatório, pelo contrário: vislumbram um certo traço inquisitivo, ainda que confirmado pelo

⁵¹² DIAS, *Acordos sobre a sentença em processo penal*, op. cit., p. 16.

⁵¹³ TORRÃO, *A relevância político-criminal da suspensão provisória do processo*, op. cit., p. 72.

⁵¹⁴ DIAS, *Para uma nova justiça penal*, op. cit., p. 220.

⁵¹⁵ HABERMAS, *Teoria da ação comunicativa*, I, op. cit., nota 63.

⁵¹⁶ ARMENTA DEU, *Sistemas procesales penales*, op. cit., p. 128.

⁵¹⁷ ARMENTA DEU, *Sistemas procesales penales*, op. cit., p. 130.

consentimento do acusado.⁵¹⁸ Basta ver a posição de SCHÜNEMANN.⁵¹⁹ Ante a alegada crise do princípio da legalidade na impossibilidade de se perseguir todas as condutas taxadas como crime, a oportunidade começou a se desenvolver na maioria dos países continentais, principalmente após a Segunda Grande Guerra.⁵²⁰ Pelos motivos já expostos, deixaram-se de lado necessárias medidas como despenalização ou descriminalização em prol de soluções negociais de forma de descongestionar a administração da justiça criminal.⁵²¹ Como se viu, nos EUA os acordos passaram a ser vistos como indispensáveis para o correto funcionamento da justiça, ao se supor a renúncia ao à garantia do devido processo e à ampla defesa.⁵²²

E naquele sistema, como onde se adote modelos aproximados, o que efetivamente se observa na prática das negociações é uma alteração dos papéis dos atores da justiça criminal. Se uma das marcas distintivas dos sistemas acusatório e inquisitivo é a nítida separação entre as funções de acusar e julgar,⁵²³ há uma clara subversão dessa divisão quando se focaliza no fenômeno da justiça penal negocial. É possível perceber uma clara subordinação da justiça criminal aos interesses das partes, e não de um julgador equidistante. O Ministério Público se satisfaz com mais casos nos quais obtém uma resposta favorável a seus interesses persecutórios.⁵²⁴ A defesa sai com uma decisão mais favorável a seus assistidos e o juiz vê diminuída sua carga de trabalho ante à ausência de instrução.⁵²⁵ A popularização do fenômeno da barganha nos EUA começou efetivamente depois que os atores processuais passaram a ser contemplados com benefícios mútuos em suas atuações.⁵²⁶

Face da mesma moeda é a sobrevalorização da figura do acusador. As atribuições institucionais do Ministério Público passam de titular da ação penal pública, como instância de controle do delito por meio da instrumentalização da resposta estatal a verdadeiro aplicador da pena, usurpando funções institucionais da magistratura,⁵²⁷ ao ponto de HEUMANN afirmar que no sistema de barganha americano o promotor passar a exercer verdadeira função jurisdicional.⁵²⁸ Como aponta VASCONCELLOS, há uma verdadeira subversão dos princípios

⁵¹⁸ ARMENTA DEU, *Sistemas procesales penales*, op. cit., 129. Em sentido semelhante, RIBEIRO; GUIMARÃES, *O caso das bruxas de Salem e a origem do plea bargaining norte-americano*, op. cit., p. 860.

⁵¹⁹ SCHÜNEMANN, *¿Crisis del procedimiento penal?*, op. cit., p. 294.

⁵²⁰ ARMENTA DEU, *Sistemas procesales penales*, op. cit., p. 130.

⁵²¹ Cf. PRADO, *Campo jurídico e capital científico*, op. cit., p. 52.

⁵²² ARMENTA DEU, *Sistemas procesales penales*, op. cit., p. 131.

⁵²³ Por todos, LOPES JR, *Fundamentos do Processo penal*, op. cit., p. 177.

⁵²⁴ Sobre a atuação do Ministério Público ante o *plea bargaining* no sistema de justiça americano, vide ALSCHULER, Albert. The prosecutor's role in plea bargaining. *University of Chicago Law Review*, v. 36, 1968, p. 111.

⁵²⁵ VASCONCELLOS, *Barganha e justiça criminal negocial*, op. cit., p. 157.

⁵²⁶ FISCHER, *Plea bargaining's triumph*, op. cit., p. 129.

⁵²⁷ VASCONCELLOS, *Barganha e justiça criminal negocial*, op. cit., p. 175-176.

⁵²⁸ HEUMANN, *Plea bargaining*, op. cit., p. 94

do Processo e do próprio sistema acusatório que se pretende sustentar, dado que a decisão sobre a culpabilidade do acusado recai sobre as mãos do Ministério Público.⁵²⁹ O juiz, nesse caso, para a ter a necessária, porém insuficiente, função de controle da legalidade, regularidade e da voluntariedade dos acordos. Indicativo da desigualdade de condições na negociação dos acordos é a situação apontada por VASCONCELLOS, segundo a qual , ante a ineficiência estatal de produzir provas admissíveis acerca da culpabilidade do imputado, o acusador oferece benefícios para conseguir uma condenação consentida, demonstrando assim um completo desequilíbrio entre as partes, em sentido inverso da tão propalada paridade de armas do sistema acusatório.⁵³⁰

Sem embargo, a admissão de margens de negociação no Processo penal não é, nem pode ser, de todo modo inviável, exatamente pelo fato de que a realidade se antepõe à teoria. Aliás, alguns chegam a afirmar ser inevitável. De todo modo, a introdução de mecanismos consensuais no sistema penal brasileiro a partir da lei 9.099/95, tais como a transação penal e a suspensão condicional do processo, representou um verdadeiro ponto de inflexão na solução de casos penais, cuja tendência passa, cada vez mais, a ser expansiva, e não de retração. Resta indagar, nesse ínterim, os termos e limites desse influxo que corre em paralelo ao procedimento formal.

E é justamente nesse ponto em que surge a necessidade de limites aos processos de negociação. E isso passa, antes de tudo, pela análise do regramento de direitos e garantias fundamentais naquela seara onde os acordos, via de regra, se desenvolvem e se encerram, ou seja, na fase pré-processual. Muito por herança do Código de Instrução Criminal francês de 1808, a fase preliminar ainda se caracteriza por fortes traços inquisitórios: muitas das vezes secreta, não contraditória e escrita.⁵³¹ É sintomático e preocupante que as negociações ai ocorram, dado o déficit do direito de defesa acerca da colheita das provas indiciárias a embasarem futura justa causa para o exercício da ação penal. A dificuldade de acesso aos dados da investigação impede o correto conhecimento dos elementos a serem usados pelo Ministério Público em futura ação penal, obstaculizando assim o balanço dos custos e benefícios de eventual acordo, e favorecendo o fenômeno do *overcharging*.

Ao discutir a realidade do sistema de acordos penais no sistema americano, VASCONCELLOS chama atenção para a decisão do caso *Lafter v. Cooper* (2012). Por uma deficiência de acesso aos elementos da investigação, a defesa percebeu que o Ministério Público

⁵²⁹ VASCONCELLOS, *Barganha e justiça criminal negocial*, op. cit., p. 176.

⁵³⁰ VASCONCELLOS, *Barganha e justiça criminal negocial*, op. cit., p. 178.

⁵³¹ DIAS, *Direito processual penal*, op. cit., p. 269. Sobre o sistema processual penal brasileiro: LOPES JR., *Fundamentos do processo penal*, op. cit., p. 189.

não teria como comprovar o dolo do agente em futuro julgamento, instruindo-o a não aceitar o acordo. No julgamento, acabou recebendo uma pena maior do que aquela oferecida inicialmente. Por maioria de votos, a Suprema Corte dos Estados Unidos acabou entendendo que a deficiência de defesa terminou por prejudicar o acusado, tendo sido outro o resultado se a assistência técnica fosse efetiva. Possibilitou novamente o oferecimento do acordo, sendo, de todo modo, submetido a controle judicial.⁵³²

No caso dos acordos de não persecução penal, sabe-se estar frente a um mecanismo legal que não impõe sanções de natureza criminal, nem atribui os estigmatizantes efeitos da condenação. No entanto, deve-se, de toda forma, evitar aos que não tenham cometido um fato descrito como crime que respondam por reprimendas que não lhe sejam devidas, ou ainda, quando efetivamente necessárias, maiores do que receberiam após o Processo.⁵³³ Para tanto, e ante ao panorama apresentado sobre o posicionamento topográfico dos acordos dentro do sistema processual pátrio, alguns limites e garantias devem ser apontados, sob pena se estar frente a uma previsão intolerável do ponto de vista do direito de defesa. Os mesmos limites são devidos, de igual modo, quando da eventual expansão dos institutos negociais na forma do procedimento sumário, como já aventado.

(a) O primeiro desses limites, sem qualquer dúvida, é o da necessidade da presença ativa do defensor em todos os atos do inquérito e em todas as fases da celebração do acordo. Em relação à colaboração premiada, VASCONCELLOS aponta que a própria Lei 12.850/2012, alterada pela Lei Anticrime, incluiu no §1º de seu art. 3-C a necessidade de que qualquer tratativa de colaboração deve necessariamente ser realizada com a presença de advogado ou defensor público.⁵³⁴ Tal dispositivo se destina claramente a evitar a deficiência de defesa técnica por parte do acusado, de forma a impedir que eventual prejuízo acarrete algum tipo de nulidade ao negócio jurídico processual. Note-se que o mero fato de ter advogado constituído não garante a efetiva defesa técnica, cabendo ao Judiciário a revisão dos termos do acordo para garantir a voluntariedade imputado ante ao prévio conhecimento de todos os elementos de prova documentados.

⁵³² VASCONCELLOS, Vinicius. Justiça criminal negocial e direito de defesa: os acordos no Processo penal e seus limites necessários. *Boletim do IBCCRIM*, v. 344, jul/2021, versão online disponível em <https://ibccrim.org.br/publicacoes/edicoes/749/8570>. Acesso em 1 de julho de 2021.

⁵³³ Sobre os acordos sobre a sentença, assevera BRANDÃO: “*É este um dos perigos maiores dos acordos sobre a sentença, o da condenação de um inocente ou de um culpado, mas numa pena que exceda sua culpa*”, cf. BRANDÃO, *Acordos sobre a sentença penal*, op. cit., p. 167.

⁵³⁴ VASCONCELLOS, *Justiça criminal negocial e direito de defesa*, op. cit., versão online. Sobre o dispositivo citado do art. 3-C da Lei 12.850/2012: “*§ 1º Nenhuma tratativa sobre colaboração premiada deve ser realizada sem a presença de advogado constituído ou defensor público*”.

Dos parágrafos 3º e 4º do art. 28-A do CPP é possível extrair a necessidade da presença do defensor tanto no momento da assinatura do acordo quanto na audiência em que se verificará os requisitos indispensáveis para sua homologação. Porém a exigência da presença do defensor não pode se limitar apenas a esses momentos. Tal qual ocorre no caso dos acordos de colaboração, sua presença é devida em todas as fases da negociação. E isso é facilmente depreendido dos imperativos constitucionais da ampla defesa (art. 5º, LV, CF) e da indispensabilidade do advogado à administração da justiça (art. 133, CF) somado ao dispositivo do art. 7º, inciso XXI, do Estatuto da Ordem dos Advogados Brasil, pelo qual é prerrogativa do advogado assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente. E isso não se restringe ao interrogatório, mas diz respeito a todos os fatos documentados no inquérito.

(b) O segundo limite diz respeito justamente ao fato do direito atinente à defesa de acesso e conhecimento dos elementos de prova documentados no procedimento investigatório. Isso porque a aceitação do acordo depende do conhecimento da imputação e da aceitação ou não dos riscos de se submeter ao procedimento, de forma que o consentimento válido do imputado resulte da ausência de vícios que maculem sua voluntariedade.⁵³⁵ Um consentimento esclarecido depende do conhecimento da imputação e dos riscos de se submeter ao Processo, ao poder estar sujeito a uma pena muito mais ostensiva. Em última análise, nada mais é do que a efetivação da Súmula Vinculante n. 14, nas tratativas da celebração dos acordos. No tocante aos acordos de Colaboração premiada, o Ministério Público Federal, por meio da orientação conjunta n. 1/2018, disciplinou em seu item 8, a obrigação de seus membros de esclarecer ao interessado e à seu defensor as informações pertinentes bem como os benefícios possíveis do acordo de forma a viabilizar o consentimento livre e esclarecido.⁵³⁶ O mesmo é extensível às tratativas dos acordos em geral e, em especial, ao de não persecução penal, pois, indubitavelmente, trata-se de demanda inescusável ao amplo exercício do direito de defesa. Em última análise, significa verdadeira efetivação do princípio da culpabilidade, porquanto se garanta que as formas abreviadas de solução de casos penais não serão efetivadas às custas da

⁵³⁵ VASCONCELLOS, *Justiça criminal negocial e direito de defesa*, op. cit., versão online.

⁵³⁶ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Orientação conjunta n. 1/2018*. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/orientacoes/orientacao-conjunta-no-1-2018.pdf>>. Acesso em 5 de julho de 2021. Da mesma forma, em: VASCONCELLOS, *Justiça criminal negocial e direito de defesa*, op. cit., versão online.

verdade dos fatos.⁵³⁷ Aceitar uma sanção sem culpa é tão execrável quanto ser condenado injustamente.

(c) O terceiro limite passa pelo já citado controle efetivo do órgão acusatório. Lembra VASCONCELOS que mesmo diante do fato de, na grande maioria das vezes, os acordos não constituírem direito subjetivo do acusado, hipótese na qual poderiam ser outorgados de ofício pelo juízo, eles não estão isentos de controle jurisdicional.⁵³⁸ Não se trata de uma discricionariedade plena do Ministério Público, exatamente pela necessidade de contenção de acusações desproporcionais e tratamentos desiguais entre os imputados. Como bem apontado por CORDERO, discricionário não diz respeito a uma circunstância “*facultativa*”, antes disso sua origem advém de “*discretio*”, ou “*discernimento*”. Quando a norma contenha variáveis, cabe ao destinatário escolher a solução adequada a partir os cânones ditados pela própria regra.⁵³⁹ Diante da substancial alteração dos papéis dos sujeitos processuais, com o consecutivo aumento do âmbito de atribuições e poder de decisão do Ministério Público, deve-se reafirmar a necessidade do controle da legalidade da sua atuação por meio do Judiciário. Muito embora tenha o poder de eleição das hipóteses em que o acordo seja cabível, deve observar os limites que lhe são outorgados pela própria norma. E a fim de evitar a exacerbação de suas funções em direção a uma intolerável personalidade,⁵⁴⁰ cabe à jurisdição a filtragem de sua atuação.

Imperioso destacar, nesse ponto, o conteúdo do voto do Min. Gilmar Mendes no acórdão referente ao *Habeas Corpus* n. 176.785/DF, julgado pela segunda turma do STF em 17 de dezembro de 2019. Enaltece o Ministro a necessidade de controle sobre a legitimidade da persecução quando da homologação dos acordos penais, a fim de se impedir a validação da proposta em hipóteses de manifesta atipicidade, extinção da punibilidade ou inviabilidade da denúncia por ausência de justa causa.⁵⁴¹ Destaque-se, no entanto, que o juiz não substitui as partes, mas controla sua atuação.⁵⁴² Por força da lei 13.964/2019, tal papel, quando efetivado o acordo na seara da investigação preliminar, é atribuição do juiz de garantias,⁵⁴³ cujos efeitos ainda se encontra sobrestados ante à decisão em medida cautelar nas ADI’s 6298, 6299 e 6230.

⁵³⁷ BRANDÃO, *Acordos sobre a sentença penal*, op. cit., p. 173.

⁵³⁸ VASCONCELLOS, *Justiça criminal negocial e direito de defesa*, op. cit., versão online.

⁵³⁹ CORDERO, *Guida alla procedura penale*, op. cit., p. 14-15.

⁵⁴⁰ Parece ter demonstrado com suficiente clareza a necessária parcialidade do Ministério Público quando parte no Processo penal CARNELUTTI em *Las misérias del Proceso penal*, op. cit., p. 47 e ss. Aqui se fala em personalidade ante ao imperativo constitucional de impessoalidade do agente público (art. 37, *caput*, CF).

⁵⁴¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas Corpus* n. 176.785/DF. Relator Ministro Gilmar Mendes. Segunda Turma. Data de Julgamento 17 de dezembro de 2019. Data de Publicação 19 de maio de 2020.

⁵⁴² LOPES JR., *Fundamentos do Processo penal*, op. cit., p. 171-172.

⁵⁴³ “Art. 3º-B. O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário,

(d) Na intersecção entre as balizas internas e externas de atuação por parte do Ministério Público se encontra o quarto limite apontado por VASCONCELLOS: a faculdade de revisão e impugnação dos atos celebrados e o direito ao recurso aos termos negociados.⁵⁴⁴ O âmbito do controle interno parece ter sido traçado no § 14 do art. 28-A, quando prevê que “*No caso de recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo de não persecução penal, o investigado poderá requerer a remessa dos autos a órgão superior, na forma do art. 28 deste Código*”. De outro lado, no tocante ao controle externo, além é claro daquele atinente ao procedimento de homologação, também deve ser garantido ao acusado o direito ao recurso, principalmente diante do eventual alargamento das hipóteses de acordos para aqueles atinentes à sentença. O controle sobre o lastro probatório mínimo para a celebração dos acordos é condição imprescindível para sua legalidade, haja vista a impossibilidade de se consagrar um modelo no qual se abra mão da presunção de inocência, admitindo a imposição de sanções ante a mera confissão do acusado, sem elementos de corroboração.⁵⁴⁵ Aliás, isso vai de encontro ao regramento do sistema processual (art. 197 do CPP). A renúncia ao recurso pende sobre o Processo penal democrático o risco de tornar perene situações de injustiça.⁵⁴⁶

Semelhante conclusão chega o voto do citado HC n. 176.785/DF de relatoria do Min. Gilmar Mendes. Trazendo à baila os votos vencidos dos Min. Nefi Cordeiro e Rogério Schietti Cruz do *Habeas Corpus* que antecede à discussão no Superior Tribunal de Justiça, a Segunda Turma do STF definiu que a negociação em acordos penais, em especial no casos da transação ou suspensão processual no caso em discussão, não poderiam retirar do arguido o direito à impugnação em relação às condições da ação e pressupostos processuais. Desse modo, da aceitação do acordo não se pode presumir a presença das condições necessárias para a persecução. Constitui, assim, flagrante ilegalidade a celebração de acordo ante à ausência de interesse legítimo de agir no tocante à ação penal. Essa é uma conclusão lógica exatamente pelo motivo de que, no caso dos acordos, sejam eles a transação ou o ANPP, se condiciona a sua celebração a não ser o caso sujeito a arquivamento. E exatamente por esse motivo, a assinatura do acordo não afasta o interesse do acusado ao *Habeas Corpus*.⁵⁴⁷

competindo-lhe especialmente: (omissis) XVII - decidir sobre a homologação de acordo de não persecução penal ou os de colaboração premiada, quando formalizados durante a investigação; (...)”

⁵⁴⁴ VASCONCELLOS, *Justiça criminal negocial e direito de defesa*, op. cit., versão online.

⁵⁴⁵ VASCONCELLOS, *Justiça criminal negocial e direito de defesa*, op. cit., versão online.

⁵⁴⁶ DIAS, *Acordos sobre a sentença em processo penal*, op. cit., p. 97.

⁵⁴⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas Corpus n. 176.785/DF*. Relator Ministro Gilmar Mendes. Segunda Turma. Data de Julgamento 17 de dezembro de 2019. Data de Publicação 19 de maio de 2020.

3.5. A CRÍTICA DA CRÍTICA: OS ACORDOS COMO SOLUÇÃO DO PROBLEMA DE EFICIÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA CRIMINAL

Na linha da crítica de que os acordos não representam um caminho inexorável rumo ao sistema acusatório, por que em verdade poderia ser expressão de qualquer sistema processual, segue a crítica que os acordos não se direcionam a solucionar um problema processual propriamente dito, relacionado à apuração dos fatos e à realização da justiça, mas antes disso representa apenas uma outra forma de enfrentar a morosidade e a burocracia da administração da justiça penal. Para Geraldo PRADO, a justiça negocial não parte de categorias como oportunidade ou disponibilidade, estando assentada, antes de mais nada, em um conceito de eficiência punitiva.⁵⁴⁸ Para parte da doutrina, admitir a barganha como mecanismo para proporcionar maior efetividade ao sistema penal recairia em um paradoxo: querer se aperfeiçoar o Processo penal a partir de sua supressão.⁵⁴⁹

A pretensão de eficiência e a consequente desburocratização do Processo penal estaria ligada, para COUTINHO, a uma neoliberalização do sistema criminal. Para o autor, a tendência a menos burocracia ignora suas consequências em relação à manutenção ou não das regras de um instrumento de garantia do cidadão, que é o procedimento penal. Pode significar menos recursos, desnecessidade de exigência de certas provas, decisões pouco fundamentadas, condenações sem processo etc.⁵⁵⁰ Teme-se, em geral, que um certo tipo de funcionalização do Processo o direcione no sentido de supressão de garantias e formalidades próprias da persecução, e desvirtue sua estrutura precípua de procedimento em contraditório.⁵⁵¹ Isso acarretaria o risco, ademais, de submetê-lo a pautas político-ideológicas pouco controláveis.

Nessa mesma linha, outros autores afirmam que as consequências a serem produzidas pela introdução de acordos, sob o pretexto de finalidades políticas, cumpririam funções outras que não aquelas previamente estabelecidas como próprias do Processo penal. Em certa medida, a sobrecarga de trabalho no sistema de justiça criminal não deixa de ser uma preocupação válida, tendo apontado alguns autores como possíveis soluções: a) o incremento e valorização das carreiras da magistratura do Ministério Público⁵⁵²; b) a descriminalização de certos delitos;

⁵⁴⁸ PRADO, *Campo jurídico e capital científico*, op. cit., p. 52.

⁵⁴⁹ Por todos, cf. FREITAS, Jéssica. Crise da justiça criminal e admissão de espaços de oportunidade no processo penal brasileiro. In. BRODT, Luís Augusto; SIQUEIRA, Flávia (org.). *Limites ao poder punitivo*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016, p. 687.

⁵⁵⁰ COUTINHO, *O papel do pensamento economicista o Direito criminal hoje*, op. cit., p. 47.

⁵⁵¹ Posição de FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito processual*. Campinas: Bookseller, 2006, p. 118 e ss.

⁵⁵² Para BECKER: “*the more that is spent on policemen, court personnel, and specialized equipment, the easier it is to discover offenses and convict offenders*”. Vide BECKER, Gary. *Crime and punishment: an economic*

c) a ampliação da possibilidade de acordos penais para a baixa e média criminalidade.⁵⁵³ No entanto, as críticas apontam no sentido de serem medidas exclusivamente destinadas a desafogar a Administração da Justiça criminal, incrementando a seletividade do sistema ao permitir a escolha dos casos que deveriam ser destinados à jurisdição, e ainda neutralizando direitos e garantias fundamentais dos acusados.

Há, nessas críticas, um ponto em comum: um certo tipo de pensamento contrário ao consequencialismo em Processo penal. Isso ocorre, em grande medida, pela proliferação de discursos sobre a necessidade de eficiência na persecução e na análise do custo-benefício na elaboração de políticas públicas, em especial a criminal, e na justificação de decisões judiciais, sobretudo ante às contribuições da Análise Econômica do Direito.⁵⁵⁴ Assaz exemplificativo desse cenário foi a introdução, pela Emenda Constitucional n. 45/2004, do inciso LXXVIII no art. 5º da Constituição Federal, prevendo a exigência de uma “*razoável duração do processo*”, bem como a necessidade de implementar meios aptos a garantir a celeridade de sua tramitação.

Chamava atenção BECKER para o fato de a punição afetar não apenas os infratores, mas também os demais membros da comunidade como um todo. Isso diz respeito, substancialmente, aos custos da persecução, da aplicação e execução das penas, em especial, os gastos com a estrutura do Judiciário e do Ministério Público, as despesas relativas à Polícia e aos agentes penitenciários, à manutenção das prisões, suas edificações, alimentação, pessoal de apoio etc.⁵⁵⁵ De maneira que o custo social total da punição é o custo para os acusados somado ao custo ou ganho dos demais.⁵⁵⁶ Para BECKER, decisões “*ótimas*” seriam aquelas que minimizem a perda social para enfrentar os delitos.⁵⁵⁷ É opinião comum aquela segundo a qual a negociação é um mecanismo mais barato que o procedimento judicial para a resolução de controvérsias e, justamente em função da renúncia de algumas salvaguardas processuais, o acusado receberia uma compensação no grau de sua punição.⁵⁵⁸

Verdade é que o pensamento consequencialista sempre ocupou um espaço privilegiado nas discussões de Política criminal: desde a adoção de doutrinas de justificação como a “*ne peccetur*”, até teses como a de JAKOBS. Chama atenção SILVA SÁNCHEZ para o fato de

approach. In. BACKER, Garry; LANDES, Willian. *Essays in the Economics of Crime and Punishment*. NBER, 1974, p. 7.

⁵⁵³ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Acordo de não persecução: é uma boa opção político-criminal para o Brasil? In. CUNHA, Rogério Sanches et al. (org.). *Acordo de não persecução penal*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 378.

⁵⁵⁴ Vide, essencialmente: POSNER, Richard. *El analisis económico del Derecho*. México: FCE, 2007, p. 877 e ss.

⁵⁵⁵ BECKER, *Crime and punishment: an economic approach*, op. cit., p. 13.

⁵⁵⁶ BECKER, *Crime and punishment: an economic approach*, op. cit., p. 13.

⁵⁵⁷ BECKER, *Crime and punishment: an economic approach*, op. cit., p. 43.

⁵⁵⁸ POSNER, *El analisis económico del Derecho*, op. cit., p. 872-873.

BENTHAN, BECCARIA e FEUERBACH terem sustentado argumentos baseados em conteúdo econômico.⁵⁵⁹ A análise da eficiência no sistema penal passa não só pela alocação de recursos que consiga melhorar a situação de alguém sem piorar a dos demais (PARETO), mas antes pela análise da conduta cujos benefícios sociais globais superem seus custos (KALDOR-HICKS).⁵⁶⁰ A eficiência, assim, é um critério de avaliação do emprego de recursos para se atingir determinados fins previamente dados.⁵⁶¹

Por esse motivo, não se pode confundir eficiência com eficácia ou efetividade da norma penal, mesmo que ambas digam respeito, em última análise, a sua finalidade. Eficácia concerne, antes de mais nada, à produção de efeitos como decorrência da aplicação da norma ao caso concreto.⁵⁶² A imposição da norma pode produzir efeitos tanto a partir de uma ampla dilação probatória que resulte, ao final, em uma absolvição ou condenação; quanto diante dos acordos, que abreviem a duração do Processo e forneça uma resposta em menor tempo. A questão é saber, justamente, sobre a legitimidade dos discursos de eficiência para abreviar ou suprimir a sorte do Processo penal.

A discussão sobre efetividade *versus* garantias também não é nova no Direito processual penal brasileiro. Na Exposição de Motivos do Código de Processo penal de 1941, o então Ministro da Justiça Francisco Campos consignou que o extenso rol de garantias e “*favores*” previstos nas leis processuais deformariam a persecução, convertendo-a em “*defeituosa e retardatária*” e com isso, estimulando a reprodução da criminalidade. No mesmo documento afirmava a urgência de se abolir a primazia do indivíduo em prol da tutela social.⁵⁶³ Fato é que são nítidas as inspirações do original Código de Processo penal de 1941 no Código italiano, cujo mentor foi Alfredo Rocco, Ministro da Justiça do Estado fascista.

Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do HC 612.449/SP, de relatoria do Ministro Reynaldo Soares Da Fonseca, da Quinta Turma, salientou que o Acordo de Não Persecução Penal consiste em “*um negócio jurídico pré-processual entre o Ministério*

⁵⁵⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. Eficiencia y derecho penal. *Anuário de Derecho penal y ciencias penales*, tomo 49, v. 1, 1996, p. 94.

⁵⁶⁰ SILVA SÁNCHEZ, *Eficiencia y derecho penal*, op. cit., p. 96. Sob uma perspectiva parecida, no Brasil, CUNHA, *Obrigatoriedade da ação penal pública*, op. cit., p. 54 e ss.

⁵⁶¹ CUNHA, *Obrigatoriedade da ação penal pública*, op. cit., p. 56.

⁵⁶² Pegando de empréstimo as contribuições da teoria do fato jurídico de PONTES DE MIRANDA, há de se entender a eficácia como intermediação entre o suporte fático (mundos dos fatos) e a regra jurídica (mundo normativo). Eficácia, assim, é a capacidade do ato jurídico de produzir efeitos, criar direitos, deveres e pretensões. Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito privado*. Tomo V. Campinas: Bookseller, 2000, p. 41. No mesmo sentido, AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 527, para quem: “*eficácia é, portanto, a possibilidade de produzir os efeitos desejados no todo ou em parte*”.

⁵⁶³ CAMPOS, Francisco. Exposição de motivos do Código de Processo penal. *Revista forense: doutrina, legislação e jurisprudência*, v. 38, n. 88, p. 627–636, out./dez., 1941.

Público e o investigado, juntamente com seu defensor, como alternativa à propositura de ação penal para certos tipos de crimes, principalmente no momento presente, em que se faz necessária a otimização dos recursos públicos".⁵⁶⁴ A própria jurisprudência reconhece haver um forte apelo na implementação dos acordos em função da relação custo-benefício e nos recursos públicos economizados pelo Estado.

Essa nos parece, todavia, uma visão parcial da controvérsia. É certo que qualquer relação de poder, ainda mais o poder punitivo – maior expressão de força por parte do Estado, pode estar sujeita a degeneração e conversão em arbítrio. Não é por outra razão que emergiram no transcorrer da contemporaneidade as democracias constitucionais, como forma de limitar o exercício do poder político por meio das modernas cartas de direitos.

Também não há grandes dúvidas de que em uma sociedade de recursos limitados, na qual se deve prezar pela utilização racional de recursos públicos, a administração da justiça deve sopesar instrumentos para se lidar com o aumento expressivos de casos criminais, em especial ante à expansão da norma punitiva, mas também, ante à seletividade do sistema repressivo. O pensamento utilitário deve servir para despertar a sensibilidade dos custos sociais e benefícios da punição, mas não pode distrair a atenção para o problema da justiça material para o indivíduo acusado.⁵⁶⁵

O fenômeno da expansão da norma penal destacado acima, decorrência da adoção moderna Política criminal, opera, em grande medida, em um sentido contrário às consequências do Direito penal.⁵⁶⁶ Não tem seus objetivos na descriminalização e na atenuação de penas, mas sim em seu agravamento e em novas criminalizações. Há em geral, uma relativização dos fundamentais princípios do Direito penal: a redução dos pressupostos de punibilidade, a facilitação da imputação, a proliferação de delitos independentes de lesão etc.⁵⁶⁷

Tudo isso leva ao que HASSEMER denomina de “*déficit de execução*” do sistema de justiça criminal. Sob o pretexto da eficiência se pretende minimizar tal déficit com mais agravamentos de pena e com aumento de medidas meramente simbólicas. O legislador se preocupa em obter o ganho político de uma resposta célere antes as preocupações sociais, mas sem a garantia de que tais medidas gerarão algum tipo de efeito prático relevante.⁵⁶⁸

⁵⁶⁴ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. HC 612.449/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 22/09/2020, DJe 28/09/2020.

⁵⁶⁵ FLETCHER, George. *Rethinking criminal law*. New York: Oxford University Press, 2000, p. XIX.

⁵⁶⁶ HASSEMER, Winfried. *Crítica al derecho penal de hoy*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 54.

⁵⁶⁷ HASSEMER, *Crítica al derecho penal de hoy*, op. cit., p. 55.

⁵⁶⁸ HASSEMER, *Crítica al derecho penal de hoy*, op. cit., p. 56.

Em relação aos planos nos quais a Política criminal eficiente se manifesta, talvez seja na questão da administração da justiça aquele no qual mereça maior atenção. Poucos contestam o fato de que um sistema de justiça criminal incapaz de funcionamento adequado na estabilização das expectativas sociais seja uma grande ameaça a todos.⁵⁶⁹ Todavia, o ganho prático obtido deve ser sempre condizente com a proteção dos direitos e garantias fundamentais do acusado. A admissão de provas obtidas por meios ilícitos, desde que obtidas de boa-fé, na tentativa de facilitar uma condenação, como pretendido por alguns recentes projetos de lei, em nada favorece a eficiência do sistema de justiça. Pelo contrário, garante seu descrédito ante a desconfiança da opinião pública sobre a credibilidade das instituições.⁵⁷⁰

O modelo de Processo baseado na averiguação da verdade dos fatos por meio de um procedimento em contraditório, como aquele assentado nas bases do Código de Processo penal pátrio, realiza as exigências de um modelo de justiça criminal baseado na perspectiva preventiva geral do Direito penal. Tem como premissa o poder-dever de se condenar um autor declaradamente culpado, cuja constatação deve se assentar em provas constitucionalmente admitidas, com uma pena condizente e proporcional à tanto, ou liberar de pena a quem recaia a dúvida ou a certeza sobre a inocência.⁵⁷¹

As possibilidades de desformalização do procedimento, já anteriormente apontadas, surgem exatamente no ponto a partir do qual não se consegue mais por em prática essa regra, ao se considerar a quantidade de crimes na desenvolvida sociedade pós-industrial, sem se sobrecarregar o aparato de justiça penal.⁵⁷² Todavia, não se pode analisar tal fenômeno como se as alternativas se esgotassem em mera resposta instrumental. Tem um propósito específico de realizar os fins próprios do sistema penal. Trata-se, outrossim, de uma relação mediatizada que tem por finalidade não só garantir a eficiência da prestação jurisdicional, como também a garantia do princípio da intervenção mínima.

Nesse sentido, frente à uma necessidade de, ao mesmo tempo, satisfazer a capacidade de manejo racional dos casos colocados sob sua apreciação, bem como otimizar a aplicação de seus recursos para obter resultados aptos a garantir a prevenção efetiva de delitos, deve o

⁵⁶⁹ HASSEMER, *Crítica al derecho penal de hoy*, op. cit., p. 57. Ressalva se faz apenas às teorias que pleiteiam a abolição do sistema penal.

⁵⁷⁰ Sintomático é o já citado relatório do “*World Justice Project Rule of Law Index*”, publicado em 2021. Em termos de percepção da efetividade na capacidade do sistema de justiça criminal em reduzir a criminalidade, o Brasil aparece na preocupante posição 131 de 139. Em relação à efetividade e razoável duração do processo, em 133 de 139. E no que concerne à proteção de direitos e garantias fundamentais, em geral, em 119 de 139. Cf. *World Justice Project Rule of Law Index*. Disponível em <https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/factors/2021/Brazil/Criminal%20Justice/>. Acesso em 10 janeiro de 2022.

⁵⁷¹ SCHÜNEMANN, *La reforma del proceso penal*, op. cit., p. 104.

⁵⁷² SCHÜNEMANN, *La reforma del proceso penal*, op. cit., p. 104.

Ministério Público estar adstrito a certos princípios que orientem sua atividade persecutória.⁵⁷³ De fato, sob o pretexto da eficiência, não pode se valer de uma discricionariedade irrestrita, sob pena de ofender princípios constitucionais tão caros como a impessoalidade e a vinculação à lei no exercício da função pública. A partir desse contexto, surge um modelo de verificação e controle que a doutrina tem se referido como “*persecução penal estratégica*”,⁵⁷⁴ como método de manejo de casos no sistema de justiça criminal.

A ideia de persecução estratégica se perfaz a partir da necessidade de que cada caso tenha um marco de referência estratégico, ao se levar em conta os contextos nos quais se desenvolve, seja social, econômico, político etc., analisando os efeitos e consequências que produz em termos de controle da criminalidade e na concretização dos demais objetivos político-criminais do sistema penal.⁵⁷⁵ Assim, o trabalho do Ministério Público passa de reativo à proativo: o exercício da persecução em cada caso demandará ser previamente delimitado e planejado, levando em conta critérios e decisões político-criminais levados à prévio conhecimento dos interessados, por meio de protocolos de atuação.⁵⁷⁶ Isso passa por mecanismos como a eleição de casos em que não há a necessidade de persecução, bem como a eleição de medidas alternativas ao Processo. A prévia publicidade dos protocolos de atuação, assim como a necessidade de controle externo do órgão acusatório, de forma a evitar negligência, favorecimentos ou corrupção, perfazem os desafios de uma persecução estratégica efetiva.⁵⁷⁷

Um passo importante para as medidas alternativas ao Processo no Brasil foi, sem dúvida, o estabelecimento da transação penal e da suspensão do processo previstos na Lei de Juizados Especiais, assim como o acordo de não persecução penal inaugurado pela Lei Anticrime. Foram essas medidas previstas pelo legislador, mas que influenciam sobremaneira a atividade persecutória do Ministério Público, principalmente quanto à mudança de paradigma frente à obrigatoriedade da ação penal pública. De fato, como já demonstrado, tais mecanismos não dizem respeito à uma discricionariedade plena do órgão ministerial, mas sim de uma atuação

⁵⁷³ CENTRO DE ESTUDIOS DE JUSTICIA DE LAS AMÉRICAS. *Desafíos del Ministerio Público Fiscal en América Latina*. Santiago de Chile: CEJA, 2005, p. 73.

⁵⁷⁴ Assim RODRÍGUEZ, Alejandro. Persecución penal estratégica: una propuesta de política criminal. *Análisis político*, v. 2. Año 3, p. 84. e ss. Vide também CARRARA, Agustín. Persecución penal estratégica de la delincuencia económica: criterios de oportunidad y selección de casos. *En Letra*, ano IV, n. 7, 2007, p. 77 e ss.

⁵⁷⁵ BINDER, Alberto. La reforma de la justicia penal en América Latina como política de largo plazo. In. NIÑO, Catalina (coord.). *La reforma a la justicia en América Latina: las lecciones aprendidas*. Bogotá: Friedrich-Ebert-Stiftung, 2016, p. 96. Assim como, CARRARA, *Persecución penal estratégica de la delincuencia económica*, op. cit., p. 77.

⁵⁷⁶ CARRARA, *Persecución penal estratégica de la delincuencia económica*, op. cit., p. 83.

⁵⁷⁷ CENTRO DE ESTUDIOS DE JUSTICIA DE LAS AMÉRICAS. *Desafíos del Ministerio Público Fiscal en América Latina*, op. cit., p. 76.

limitada à legalidade do exercício de sua função pública. Um protocolo mais amplo demandaria regras de atuação frente a casos de insignificância, de desnecessidade ou desmerecimento de pena, e de hipóteses de extinção de punibilidade frente à ausência de dignidade penal e, conseqüentemente, pela dispensabilidade da persecução. Sem embargo, os desafios para sua implementação são inúmeros, passando desde o estabelecimento de poder normativo ao Ministério Público para a consecução de sua própria Política criminal, até mudanças subjetivas como conformação de uma nova cultura institucional e capacitação específica de seus membros. Nada obstante, os ganhos em transparência e eficiência, respeitando-se direitos e garantias fundamentais e diminuindo-se subjetivismos, seriam assaz compensadores.

3.6. BREVES APONTAMENTOS SOBRE O CONSENSO E A VERDADE NO PROCESSO PENAL

A problemática sobre a verdade no Processo penal poderia parecer superada ou ultrapassada, principalmente ante à enormidade da produção teórica sobre o assunto no Brasil nos últimos anos.⁵⁷⁸ Tal conclusão seria verdadeira se efetivamente tal discussão tivesse gerado um ganho prático condizente com a estatura e importância de tal tópico. Parece, no entanto, que nenhuma resposta definitiva ou, ao menos, capaz de fornecer uma solução razoável da controvérsia foi apresentada, motivo pelo qual se justifica tecer algumas considerações sobre a verdade no Processo, especialmente à luz da realidade imposta pela inserção dos acordos de não persecução penal.⁵⁷⁹

⁵⁷⁸ Vide a discussão, no Brasil, problematizada por COUTINHO, Jacinto. Glosas ao ‘Verdade, dúvida e certeza’, de Francesco Carnelutti, para os operadores do Direito. In. COUTINHO, Jacinto. *Observações sobre a propedêutica processual penal*. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2019, p. 161 e ss. Recentemente: KHALED JR., Salah. *A busca da verdade no Processo penal*. Belo Horizonte: Letramento, 2020; além de TAVARES, Juarez; CASARA, Rubens. *Prova e Verdade*. Florianópolis: Tirant Lo Blach, 2020.

⁵⁷⁹ Fato é que discorrer sobre verdade e justiça negocial seria objeto de um trabalho próprio, sendo arriscado tecer considerações sobre tema tão complexo em poucas páginas. Todavia, algumas considerações são relevantes para a verificação da hipótese desse trabalho. Em realidade, sendo os acordos mecanismos de Política criminal, referem-se à outra lógica que a da verdade como correspondência. Ainda assim, demandam um certo lastro para sua consecução, dado que acarretaria uma grande injustiça aceitar uma sanção sem ter qualquer responsabilidade para o fato. Nesse sentido, não é possível abrir mão de um certo lastro de verossimilhança das acusações, até como forma de garantir ao investigado um efetivo direito de defesa, como forma mesmo de perfazer um modelo principialista de Política criminal, como anteriormente pleiteamos. Especificamente sobre a temática das relações da verdade com a justiça negocial, vide o trabalho de SANTANA, Gabriel Andrade. *Verdade e Justiça negocial: o paradigma filosófico do novo realismo como limite à expansão dos espaços de consenso no campo jurídico-penal brasileiro*. Dissertação de Mestrado. Brasília: IDP, 2019, p. 92 e ss. Recentemente, com uma pretensão mais restrita, cf. KIRCHER, Luis Felipe Schneider. Justiça penal negocial e verdade: há algum tipo de conciliação possível? In. SALGADO, Daniel et. al (org.). *Justiça consensual: acordos criminais, cíveis e administrativos*. Salvador: Editora JusPodivm, 2022, p. 61 e ss.

Como lembra NEUMANN, a pretensão de verdade em Direito em geral, e no Processo penal em particular, está ligada necessariamente à ideia de legitimidade.⁵⁸⁰ Justamente por esse motivo, seu completo abandono na discussão sobre a finalidade Processo penal, partindo de críticas pautadas em raciocínios históricos anacrônicos, acarreta aparentemente um tipo de nihilismo metodológico quanto às funções que se pretendem obter do procedimento. Aliás, como se extrai das lições de FERRER BELTRÁN, apenas se o Processo penal cumprir a função sobre a determinação da verdade acerca das proposições aferidas sobre os fatos provados é que se poderá concluir sobre o êxito do Direito como mecanismo dirigente da conduta individual.⁵⁸¹ Onde não haja efetividade sobre a aplicação de sanções, ou pelo menos uma grande probabilidade de sua imposição, não há que se falar em validade das pretensão prescritivas sobre determinados comportamentos.

Nada obstante, com isso não se pretende afirmar que a única finalidade do Direito processual seja a incansável busca da verdade, ou que esse seja o único objetivo das partes no Processo. A finalidade que pretende atingir a Ciência nem sempre corresponde àquela dos cientistas. A delimitação de um fim, por óbvio, não exclui outros propósitos igualmente válidos que, inclusive, limitam e conformam aquele primeiro. Ao lado da busca da verdade como critério de legitimidade da ciência processual, encontram-se ladeados o desejo de celeridade na tomada de uma decisão resolutiva, a realização da justiça material, a proteção dos direitos e garantias individuais, a consecução dos princípios de Direito material, fins político-criminais etc.⁵⁸²

Exatamente pela dificuldade de vislumbrar essa distinção fundamental, aparenta-se haver uma má colocação do problema por parte de certa doutrina processual brasileira, que somada à uma insistência em determinadas temáticas parece ter levado a polêmica a uma circularidade insanável. Em termos formais, o respeito às regras do procedimento, por si só, não acarreta necessariamente uma conclusão correta e verdadeira. A coisa julgada ou o princípio do *in dubio pro reo* podem levar a decisões materialmente injustas ou não necessariamente correspondentes com a verdade dos fatos.⁵⁸³ Mesmo diante de uma situação ideal de respeito às regras do jogo, não se trata de um mero cálculo lógico-matemático.

É certo que, no âmbito da filosofia, é possível recobrar vários séculos nos quais pensadores das mais diversas filiações teóricas polemizaram sobre a questão da verdade.

⁵⁸⁰ NEUMANN, Ulfrid. *La pretensión de verdad en el Derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 13 e ss.

⁵⁸¹ FERRER-BELTRÁN, Jordi. *Valoração racional da prova*. Salvador: Editora JusPodivm, 2021, p. 45.

⁵⁸² FERRER-BELTRÁN, *Valoração racional da prova*, op. cit., p. 47.

⁵⁸³ DIAS, *Direito processual penal*, op. cit., p. 44.

Especialmente em sua interseção com as funções do Direito, quando a verdade, pelo menos no sistema continental, é apresentada como condição necessária para a justiça das decisões judiciais,⁵⁸⁴ já se pleiteou sua restrição a uma espécie de verdade formal (Processo civil) em contraposição à uma verdade material (Processo penal), no sentido de que nem as partes nem o juiz podem se valer de quaisquer meios para alcançá-la, tendo em vista as estritas regras de admissibilidade probatórias. Não pende dúvida sobre o fato de que qualquer verdade dependa de um contexto específico. Nada obstante, concordamos com TARUFFO, para quem as regras do sistema processual não podem ser vistas como obstáculos para a busca da verdade, nem para restringi-la a um aspecto meramente formal.⁵⁸⁵

Tal qual o método científico em geral, no qual há rígidas regras de procedimento para se verificar ou refutar uma hipótese, não o é diferente no Direito processual, em que as regras pretendem racionalizar a valoração dos fatos e evitar erros e má compreensões sobre as provas. Dessa maneira, a verdade pode tanto ser buscada no Processo como de fato é perseguida em diversas outras searas do conhecimento.⁵⁸⁶ As normas jurídicas definem o contexto da verdade no Processo, assim como a historiografia e suas teorias o fazem para as pesquisas históricas. Por conseguinte, tendo em vista não haver diferença epistemológica entre verdade judicial e não judicial é que se podem formular observações gerais em nível filosófico, subjacente à tais discussões.

Obviamente, para obter um ganho prático de tal discussão, deve-se rechaçar pontos de vistas ceticistas, desconstrutivistas ou niilistas, pelas quais se considera sem sentido uma busca científica pela verdade, ou ainda de teorias do conhecimento baseadas exclusivamente no sujeito ou em um ponto de vista solipsista ou idealista, que rechaçam a possibilidade de se falar, *a priori*, sobre uma concepção racional de verdade, em geral.⁵⁸⁷ Obviamente com isso não se tem a pretensão de construção de verdades absolutas, ideia vista com reserva até para ciências consideradas “*duras*”, como a Física ou a Matemática. A ideia de verdade, como aqui se sustenta, parte da premissa, tal qual apresenta TARUFFO, de ideal regulatório, ponto de referência teórico que orienta a busca do conhecimento na experiência real.⁵⁸⁸

Passando para o conteúdo do conceito de verdade, uma breve e sintética exposição não pode deixar de destacar as duas grandes teorias que concorrem para apresentar uma solução

⁵⁸⁴ Nesse sentido: TARUFFO, Michele. *La prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 23. No mesmo sentido DIAS, *Direito processual penal*, op. cit., p. 43.

⁵⁸⁵ TARUFFO, *La prueba*, op. cit., p. 24.

⁵⁸⁶ TARUFFO, *La prueba*, op. cit., p. 24-25.

⁵⁸⁷ TARUFFO, *La prueba*, op. cit., p. 25-26.

⁵⁸⁸ TARUFFO, *La prueba*, op. cit., p. 26.

satisfatória:⁵⁸⁹ (1) as teorias da coerência e (2) as teorias da correspondência. Do primeiro critério de verdade apresentado (1), tendo sido inicialmente formulado por BRADLEY, postula-se que a verdade consiste em relações coerentes estabelecidas entre um conjunto de crenças.⁵⁹⁰ A verdade de um enunciado depende de sua coerência em um contexto de vários enunciados.⁵⁹¹ Diversas críticas foram apresentadas a tal perspectiva, principalmente a de confundir verdade com coerência ou de que somente a coerência não assegura o caráter verdadeiro de uma afirmação.⁵⁹² No Processo judicial pode fazer sentido quando julga-se a fiabilidade de um enunciado ante sua coerência com o contexto de diálogos apresentados pelas testemunhas e demais provas. A coerência do relato apresenta um importante papel persuasivo, principalmente diante da escolha das provas que se apresentam, o que a torna muito favorável da perspectiva do advogado que quer provar seu ponto de vista. Deve-se, no entanto, ter em vista que o advogado nem sempre que obter a verdade dos fatos, mas antes disso fazer valer sua tese defensiva favorável a seu assistido. Narrativas coerentes e persuasivas nem sempre correspondem com a realidade.⁵⁹³

No segundo grupo de teorias (2), as quais remontam em certa medida à ARISTÓTELES,⁵⁹⁴ baseia-se na ideia de que o enunciado verdadeiro é aquele que se baseia, ou corresponde, à realidade, com o mundo empírico.⁵⁹⁵ À primeira vista tal ideia pode parecer tautológica. Contudo, considera como condição necessária e suficiente para a aplicação do direito substantivo que os fatos, colocados de forma adequada, sejam baseados em elementos de prova relevantes e admitidos: os fatos narrados devem corresponder às provas apresentadas. A função da prova é a de fornecer ao julgador os elementos empíricos necessários para formular racionalmente um enunciado ou juízo sobre a ocorrência dos fatos.⁵⁹⁶

O debate em torno da verdade no Processo penal, principalmente nas discussões teóricas brasileiras, está ligado essencialmente a um certo tipo de “*fundamento histórico*” do sistema inquisitivo. Recorrendo a uma ideia medieval, sobretudo ante os métodos de tortura para obtenção de confissões, o conceito de verdade ganhou o adjetivo de real: “*verdade real*” ou verdade material. O objetivo era de justificar a obtenção da verdade com a utilização de

⁵⁸⁹ Sobre a verdade enquanto uma das finalidades do processo penal vide DIAS, *Direito processual penal*, p. 40 e ss.; BAUMANN, Jürgen. *Derecho Procesal penal*; ROXIN, Claus. *Derecho Procesal penal*, op. cit., p. 4.

⁵⁹⁰ HAACK, Susan. *Filosofia das Lógicas*. São Paulo: Unesp. 2002. Ainda, cf. GUZMÁN, Nicolás. *La verdad en el Proceso penal: una contribución a la epistemología jurídica*. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2011, p. 52.

⁵⁹¹ TARUFFO, *La prueba*, op. cit., p. 26-27.

⁵⁹² GUZMÁN, *La verdad en el Proceso penal*, op. cit., p. 52.

⁵⁹³ TARUFFO, *La prueba*, op. cit., p. 27-28.

⁵⁹⁴ ARISTÓTELES, *Metafísica*, Livro IV, VII. Cf. GUZMÁN, *La verdad en el Proceso penal*, op. cit., p. 49.

⁵⁹⁵ TARUFFO, *La prueba*, op. cit., p. 27.

⁵⁹⁶ TARUFFO, *La prueba*, op. cit., p. 28-29.

qualquer meio para prová-la, sob pena de se estar diante de uma versão falsa dos fatos e com isso macular a função do Processo penal. A verdade estava com o acusado e para obtê-la poder-se-ia utilizar qualquer meio.⁵⁹⁷ Mas nem por isso se deve abandonar por completo o conceito. Além de se tratar de um pleonasma carente de conteúdo, os meios para a obtenção da verdade não podem ser confundidos com a verdade como objetivo em si, ou pelo menos uma das finalidades a serem alcançadas pelo Processo.

Um conceito de verdade, seja ele qual for, não se confunde com o método pelo qual se utiliza para alcançá-lo.⁵⁹⁸ A verdade não pode ser simplesmente uma narrativa livremente construída entre acusação e defesa, nem pode ser confundida com a facticidade histórica.⁵⁹⁹ Da mesma forma que renunciar à lógica inquisitiva não significa renunciar ao valor da verdade, caso contrário se perde um referencial de legitimidade para a aplicação de uma pena. Basta analisar o caminho inverso para se concluir que um sistema inquisitivo, baseado na tortura por exemplo, também não se logra atingir a verdade, visto que obterá, ao mais das vezes, confissões falsas.⁶⁰⁰ Por esse motivo, qualquer conceito de verdade que se queira pretender em Processo penal deve compatibilizar-se com a facticidade, condicionando-a e limitando-a às garantias e direitos do imputado face ao Estado, em especial ante às iniciativas e admissibilidades probatórias.⁶⁰¹

Indiscutível que os acordos representam uma mudança de paradigma ante ao papel da verdade no sistema penal. De fato, haverá situações em que não haja correspondência entre as afirmações do Ministério Público e o que efetivamente tenha sido praticado pelo acusado, no entanto, um acordo será estrategicamente mais favorável ao imputado, sob o risco de ser condenado em uma pena muito mais grave. Essa conclusão serve para pensar, inclusive, sobre os limites da renúncia de direitos fundamentais por parte do réu em troca de uma solução mais favorável: há limites para a substituição do devido processo? Certamente sim. E é exatamente nessa intersecção que se encontram os possíveis freios aos acordos sobre a sentença, ou pelo menos um chamado a reflexão quanto à modulação de seus efeitos. Afirmar ser a verdade uma, dentre tantas outras, das finalidades do procedimento é, antes de tudo, uma defesa do devido processo legal. Como se pretende demonstrar, não é essa lógica que segue a sistemática dos acordos.

⁵⁹⁷ CORDERO, *Guida alla procedura penale*, op. cit., p. 49. LANGBEIN, *Tortura e plea bargaining*, op. cit., passim.

⁵⁹⁸ HABERMAS, *Teorías de la verdad*, op. cit., p. 139. GUZMÁN, *La verdad en el Proceso penal*, op. cit., p. 41.

⁵⁹⁹ DIAS, *Acordos sobre a sentença em processo penal*, op. cit., p. 49.

⁶⁰⁰ GUZMÁN, *La verdad en el Proceso penal*, op. cit., p. 41.

⁶⁰¹ DIAS, *Acordos sobre a sentença em processo penal*, op. cit., p. 49.

Inevitável para se avançar na polêmica questão sobre a verdade no Processo penal, portanto, que se passe pelo conjunto de críticas que a ela é apresentado quando definida como finalidade da persecução. Ao se recorrer ao esclarecedor estudo de DE-LORENZI e CEOLIN, pode-se agrupá-las, e sistematizá-las, basicamente em três grupos: (1) críticas políticas; (2) críticas filosóficas; e (3) críticas pragmáticas.⁶⁰²

(1) Na esfera das críticas políticas encontra-se aquela principal sobre a suposta “*verdade real*” no Processo penal que, como se viu, antes de mais nada diz respeito a uma má-colocação do problema sobre a verdade. Baseiam-se primordialmente da utilização de tal artifício como mecanismo para legitimar abusos e violações de direitos e garantias fundamentais dos acusados, ao se alargar as situações em que o juiz tem iniciativa probatória, herança de um certo tipo de pensamento inquisitivo baseado em um maquiavelismo vulgar de que os fins justificam os meios.⁶⁰³ O problema deveria ser colocado de outra forma: a busca da verdade está atrelada ao princípio da investigação? Parece-nos que não. Busca da verdade não pode ser confundido com amplo rol de poderes instrutórios do juiz. Tanto não é um problema de sistema inquisitivo que o modelo adversarial americano, por sua vez, não rejeita a busca da verdade como fim do Processo, obviamente nas hipóteses em que o caso penal não seja resolvido por meio de acordos. O princípio da investigação diz respeito ao papel que se atribui a cada sujeito processual para atingir essa finalidade e, a seu turno, ao funcionamento das regras processuais. Toda Ciência tem princípios e limites para a busca da verdade, regras que não podem ser desconsiderados entre as variáveis para se atingir um resultado válido. E isso também sucede com o Direito, em geral, e o Processo, em particular, no qual os direitos e garantias fundamentais são limites explícitos à uma suposta busca incontrolável da verdade.⁶⁰⁴

(2) Em termos filosóficos, desde há muito se afirma a impossibilidade de se atingir o conceito de verdade. CARNELUTTI, recorrendo à HEIDEGGER, em seu texto de 1965 “*Verità, dubbio, certezza*”,⁶⁰⁵ já advertia para o fato de filosoficamente ser impossível se atingir a verdade, pois esta pressuporia uma ideia de totalidade inalcançável ao entendimento humano. Essa crítica, atrelada a um certo tipo de pensamento cético, pode satisfazer uma certa concepção

⁶⁰² DE-LORENZI, Felipe; CEOLIN, Guilherme. O processo penal busca a verdade, mas não a qualquer custo: os novos caminhos para uma antiga controvérsia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 177, mar/2021, versão online.

⁶⁰³ DE-LORENZI; CEOLIN, *O processo penal busca a verdade, mas não a qualquer custo*, op. cit., versão online, p. 3.

⁶⁰⁴ DE-LORENZI; CEOLIN, *O processo penal busca a verdade, mas não a qualquer custo*, op. cit., versão online, p. 5.

⁶⁰⁵ CARNELUTTI, Francesco. *Verità, dubbio, certezza*. *Rivista di Diritto Processuale*. Vol. XX, anno 1965, p. 4 e ss. Sobre as ideias de Carnelutti na doutrina brasileira vide: COUTINHO, Jacinto. Glosas ao ‘Verdade, dúvida e certeza’, de Francesco Carnelutti, para os operadores do Direito. In. COUTINHO, Jacinto. *Observações sobre a propedêutica processual penal*, op. cit., p. 161 e ss.

filosófica, mas não parece conduzir a uma solução convincente às exigências próprias do Processo penal, bem mais restritas.

A ideia da busca da verdade no Processo parece ser bem mais singela, como apontam DE-LORENZI e CEOLIN: significa que a decisão deve estar de acordo com critérios verossímeis de verdade, e não estar ligada a uma falsa versão dos fatos. Em última análise, significa dizer: o mais relevante é que se tenha uma vinculação objetiva entre a decisão e os fatos exteriores ao processo.⁶⁰⁶ A exigência da verdade, nesse caso, diz respeito inclusive à gravidade da consequência penal a ser aplicada. Aplicar uma pena injustamente a um inocente é atentar frontalmente com a ideia de busca da verdade.⁶⁰⁷ Outrossim, quando se fala em busca da verdade, não se trata de recuperar o fato tal qual tenha acontecido, o que de fato é impossível, mas sim de certa proposição sobre fatos ocorridos no passado, que podem ser verdadeiras ou falsas conforme se assentem ou não nas provas trazidas ao conhecimento do magistrado, no caso.

(3) Por fim, no âmbito de preocupações pragmáticas, encontra-se a crítica segundo a qual o Processo penal não seria instrumento idôneo a conhecer a verdade, pelos problemas na reconstrução dos fatos pretéritos que apresentaria. A ineficácia epistêmica das técnicas de prova iria desde a possibilidade de valorar falsas memórias, colocando-se em xeque a credibilidade de testemunhas, ou ainda admitir reconhecimentos pessoais amparados por ressentimentos pessoais ou racismo estrutural.⁶⁰⁸ Tal crítica também seria mal colocada, uma vez que se dirige aos métodos da busca da verdade, não à busca da verdade em si.

A busca da verdade, pelo contrário, serve para garantir meios para uma melhor reconstrução dos fatos, não ser um subterfúgio para aplicação de uma pena a qualquer custo. Sempre válido recordar que a busca da verdade não é e nem pode ser atrelada a uma busca cada vez maior de condenações. Pelo contrário, deve ser um meio de limitar o exercício da atividade

⁶⁰⁶ DE-LORENZI; CEOLIN, *O processo penal busca a verdade, mas não a qualquer custo*, op. cit., versão online, p. 7.

⁶⁰⁷ Em sentido similar: MATIDA, Janaina; NARDELLI, Marcella Mascarenhas; HERDY Rachel. *No processo penal, a verdade dos fatos é garantia*. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-jun-19/limite-penal-processo-penal-verdade-fatos-garantia>. Acesso em 19 de dezembro de 2021. Em síntese, as autoras sentenciam: “*Deve o processo penal perseguir a verdade? A resposta é afirmativa. A busca pela verdade pode ser resumida como a tentativa de fazer corresponder a premissa fática do raciocínio judicial com os fatos como efetivamente ocorreram. Não se quer apenas que a decisão seja válida do ponto de vista jurídico, mas também que ela seja justa – isto é, que atribua penalidade somente àqueles que as fazem por merecer. Logo, a preocupação com a relação entre processo penal e verdade consiste na preocupação com os erros judiciais que devemos evitar.*” Em resposta, com sentido diverso, e em grande parte repetindo o objeto da crítica apresentada: COUTINHO, Jacinto. *Quando se fala de verdade no processo penal, do que se fala?* Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-jun-26/limite-penal-quando-verdade-processo-penal>. Acesso em 19 de dezembro de 2021.

⁶⁰⁸ DE-LORENZI; CEOLIN, *O processo penal busca a verdade, mas não a qualquer custo*, op. cit., versão online, p. 8

cognitiva da jurisdição para valorar apenas os fatos verossímeis e evitar condenações injustas e sem um lastro probatório adequado para assegurar a imposição de uma sanção.

Em contraposição à tais posicionamentos críticos é possível sistematizar, também na linha de DE-LORENZI e CEOLIN, outros três argumentos em favor de se considerar a verdade como finalidade do Processo penal. São eles: (1) a busca da verdade pode ser considerada, na mesma linha a qual se filia FIGUEIREDO DIAS, como critério para a concretização da justiça material no caso concreto;⁶⁰⁹ (2) considerar a verdade como garantia real do acusado, ao fazer depender sua pena de uma prova robusta de sua culpabilidade; e (3) de um ponto de vista eminentemente prático, ao se aceitar a possibilidade de revisão criminal dos enunciados formulados na sentença, com força de coisa julgada, se abre espaço para criticar a prévia avaliação sobre os fatos, dado que não corresponderiam à realidade.

(1) O Processo penal deve buscar sempre uma solução justa, previsível e isonômica ao caso penal. Para que uma decisão contemple todos esses adjetivos, DE-LORENZI e CEOLIN apontam a necessidade de dois requisitos fundamentais: a) que seja resultado de um procedimento de acordo com regras e princípios constitucionais e processuais; e b) que seja baseada em fatos considerados verdadeiros.⁶¹⁰ A verdade é um dos requisitos necessários para uma solução justa, mas não o único: uma decisão baseada em uma versão falsa dos fatos será inevitavelmente injusta.

(2) No entanto, nem sempre as decisões judiciais estarão baseadas em fatos verdadeiros e a intuição de justiça é insuficiente para afirmar sua certeza. Há ainda a necessidade de se recorrer a argumentos racionais para justificar a busca da verdade no Processo penal. De um lado, a aplicação de uma consequência jurídica depende sempre da adequação da norma a um pressuposto fático, condição necessária para sua subsunção. Esse processo pressupõe que as variáveis do silogismo sejam verdadeiras, a fim de que não se cheguem a conclusões inválidas: um argumento somente é válido e correto quando suas premissas sejam verdadeiras.

De outro, a busca da verdade diz respeito exigência dos fins a que se destina o Direito penal: a reafirmação da norma de conduta depende da veracidade dos fatos para efetivar a tutela de bens jurídicos, assim como somente a verdade sobre a culpa do réu possibilita a aplicação de uma pena justa e proporcional. Apenas assim se concretiza o princípio da culpabilidade.⁶¹¹

⁶⁰⁹ DIAS, *Direito processual penal*, op. cit., p. 43.

⁶¹⁰ DE-LORENZI; CEOLIN, *O processo penal busca a verdade, mas não a qualquer custo*, op. cit., versão online, p. 9. No mesmo sentido: TAVARES; CASARA, *Prova e verdade*, op. cit., p. 15: “a verdade é não só uma condição inegociável à justiça da decisão como também um limite ao arbítrio estatal”.

⁶¹¹ DE-LORENZI; CEOLIN, *O processo penal busca a verdade, mas não a qualquer custo*, op. cit., versão online, p. 10.

Como bem lembram DE-LORENZI e CEOLIN, tais argumentos, antes de justificarem uma suposta busca da verdade real com quaisquer meios ilegítimos que esse propósito possa legitimar, reafirmam o papel da verdade como garantia do acusado.⁶¹²

(3) O terceiro argumento apontado pelos autores diz respeito ao instrumento processual da revisão criminal, fundado essencialmente na ideia de verdade e que opera sempre em favor do réu. Se a decisão penal fosse apenas um “*um ato de convencimento formado em contraditório e a partir do respeito às regras do devido processo*”,⁶¹³ sem a necessidade de uma vinculação epistemológica com os fatos em si considerados, não haveria razão para a desconstituição da coisa julgada, sempre quando todas as regras formais do procedimento fossem devidamente observadas.⁶¹⁴

Como uma terceira via ao problema da verdade no Processo penal, a doutrina tem apontado uma ideia de consenso como passível de embasar a justeza das decisões. O consenso, como visto anteriormente, pode ser uma forma de obtenção de um critério de verdade. Segundo HABERMAS, “*verdade é uma pretensão de validade que vinculamos a enunciados ao afirmá-los*”.⁶¹⁵ No entanto, foge à tradicional definição da verdade como correspondência, isto é, cuja pretensão de validade se dá pela correlação empírica a um fato real, ao modo como os objetos se mostram à nossa experiência e pela qual podemos fazer afirmações sobre eles.⁶¹⁶ Para o filósofo, a teoria consensual da verdade pretende explicar um discurso como resultado não de uma coação lógica ou de uma coação empírica, mas pela força do melhor argumento, isto é, por sua motivação racional.⁶¹⁷

Advogando a tese segundo a qual uma decisão baseada no consenso favorece a realização cooperada da justiça e com isso lhe garante mais dinamicidade, ANDRADE, seguindo a linha de HABERMAS, afirma que para a concretização desta possibilidade, emerge a necessidade de que, na construção do consenso, a relação intersubjetiva subjacente seja formada livremente, sem constrangimentos ou ameaças que maculem a manifestação de vontade do acusado.⁶¹⁸ Referindo-se especificamente ao fenômeno do *plea bargaining*, como expressão máxima da justiça negociada, FISCHER chega a afirmar que a decisão construída no

⁶¹² DE-LORENZI; CEOLIN, *O processo penal busca a verdade, mas não a qualquer custo*, op. cit., versão online, p. 10. Assim como MATIDA; NARDELLI; HERDY, *No processo penal, a verdade dos fatos é garantia*, op. cit., versão online.

⁶¹³ LOPES JR, *Direito processual penal*, op. cit., p. 371 e ss.

⁶¹⁴ DE-LORENZI; CEOLIN, *O processo penal busca a verdade, mas não a qualquer custo*, op. cit., versão online, p. 11.

⁶¹⁵ HABERMAS, *Teorias de la verdad*, op. cit., p. 114.

⁶¹⁶ HABERMAS, *Teorias de la verdad*, op. cit., p.118.

⁶¹⁷ HABERMAS, *Teorias de la verdad*, op. cit., p.140.

⁶¹⁸ ANDRADE, *Justiça penal consensual*, op. cit., p. 53.

processo de negociação ajuda inclusive a proteger a legitimidade do sistema penal, uma vez que ao reconhecerem as partes uma decisão como válida, tiram do Judiciário o peso do erro acerca de uma condenação errada, pautada em falsas premissas.⁶¹⁹

Sem a pretensão de avançar na discussão da verdade na seara Filosofia em geral, ou no Processo penal em particular, o que renderia um trabalho autônomo,⁶²⁰ a controvérsia assente na intersecção entre consenso e verdade seria a de se obter um enunciado verossímil não pelos fatos propriamente apresentados, mas pela negociação entre as partes envolvidas no caso penal. Dessa intersecção também surgem seus problemas. De um lado, ressaltando o ponto apresentado por ANDRADE, isto é, a ideia pela qual a decisão seria fruto de uma manifestação de vontade voluntária e livre de qualquer coação. De outro lado, visto que é difícil exigir do Poder Legislativo a descriminalização material de algumas condutas proibidas, recorre-se ao procedimento para um controle racional da distribuição de penas. Daí surge a possibilidade da desformalização do Processo, a fim de se imporem condições às condutas leve ou mediamente lesivas, na forma de sanções sem natureza criminal, de maneira a racionalizar a atribuição de encargos na administração da justiça criminal.

Para HASSEMER, por sua vez, a negociação no Processo penal implica nada menos que o abandono sistemático da busca da verdade como critério legitimador do procedimento. Isso porque, na maioria dos casos envolvendo a média e grave criminalidade há especiais dificuldades probatórias que tornam a busca da verdade complexa e laboriosa. A solução simplificada ou abreviada de casos é um dos principais instrumentos para se obter respostas: em troca da confissão se oferece uma especial atenuação da sanção.⁶²¹ A lógica dos acordos é a de, justamente, evitar a busca da verdade. Como ressalta LANGER, importa menos em saber como os fatos ocorreram e mais atribuir às partes o poder de decisão.⁶²² Em realidade, sequer é necessária tal busca, haja vista a aceitação da sanção, ou condição nos casos do ANPP, depender apenas do consentimento do acusado.⁶²³

⁶¹⁹ “To the extent a plea bargain delivers a verdict that onlookers acknowledge to be truthful, it protects the jury and the system that sponsors it from the risk of issuing the wrong verdict – or to be precise, a verdict the public will perceive to be wrong”, cf. FISCHER, *Plea bargaining's triumph*, op. cit., p. 178. A visão segundo a qual os acordos evitariam o erro parece, antes de tudo, parcial e errônea. De fato, desde há muito a própria doutrina americana vem levantando os riscos advindos do fenômeno do *overcharging*. Cf. ALSCHULER, *Um sistema quase perfeito para condenar os inocentes*, op. cit., p. 127 e ss.

⁶²⁰ Sobre a questão da verdade no processo, vide, por todos, TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. São Paulo: Marcial Pons, 2016.

⁶²¹ HASSEMER, Winfried. *Verdad y búsqueda de la verdad en el proceso penal*. Cidade do México: Ubijus, 2009, p. 20.

⁶²² LANGER, *From legal transplants to legal translations*, op. cit., p. 10.

⁶²³ HASSEMER, *Verdad y búsqueda de la verdad en el proceso penal*, op. cit., p. 22.

Em linha similar, SCHÜNEMANN afirma que nesse movimento de meios alternativos de resolução de casos penais deve-se recorrer a outro princípio legitimador, no lugar da averiguação da verdade material para a aplicação de uma consequência jurídica. A pressão das circunstâncias exercida sobre o imputado, principalmente a possibilidade futura de receber uma pena desvantajosa, impede que a aceitação do acordo seja interpretada como manifestação de puro consenso. Nada obstante, tal instituto pode ser perfeitamente legitimado ante aos interesses defensivos do acusado.⁶²⁴ E isso como medida eminentemente político-criminal.

Principalmente no tocante aos acordos de não persecução penal, a resolução do caso penal, haja vista a presença de indícios de autoria e materialidade de um fato descrito na lei como típico, a justificativa se adere ao fato de que não haverá um juízo de cognição por parte do magistrado acerca da culpabilidade do acusado. Além disso, as condições aceitas pelo acusado pelo fato cometido, cujo cumprido integralmente o acordo, acarretarão na extinção de sua punibilidade, não possuindo natureza de consequência penal.⁶²⁵

Em que pese o *caput* do art. 28-A estabeleça como pressuposto para a formalização do acordo a confissão formal e circunstancial do acusado, a sentença que avalia os requisitos do acordo tem natureza eminentemente homologatória, nos termos do §6º do mesmo artigo. Outro questionamento é o de se a confissão efetivamente corresponde à narrativa dos fatos apresentada pelos agentes penais, ou se apenas foi obtida como simulacro estratégico de defesa ante à possibilidade de consequências penais mais graves em caso de eventual condenação (*overcharging*, por exemplo). Por esse exato motivo se vê com ressalvas a possibilidade de se utilizar essa confissão com valor probatório em outros procedimentos, dado que obtida sem o controle judicial do contraditório, além da corroboração exigida pelo art. 197 do CPP.

Ante o exposto, outra conclusão não é possível chegar senão aquela de que aos acordos atendem muito mais a uma utilidade dos sujeitos processuais do que a satisfação de algum critério de verdade.⁶²⁶ Antes de tudo denota o caráter estratégico do discurso, na linha daquilo que aponta FOUCAULT em “*A verdade e as formas jurídicas*”.⁶²⁷ Os acordos de não persecução penal não se fundam propriamente em uma ideia de consenso, mas sim, de um lado, pelo poder-dever do Ministério Público de oferecer uma medida despenalizadora, por meio de uma faculdade atribuída e limitada a ele pela lei, como forma de caracterização de uma certa

⁶²⁴ SCHÜNEMANN, *La reforma del proceso penal*, op. cit., p. 104-105.

⁶²⁵ *Mutatis mutandis*, acerca do *Absprachen* alemão (§153 StPO), vide: SCHÜNEMANN, *La reforma del proceso penal*, op. cit., p. 105.

⁶²⁶ SCHÜNEMANN, *La reforma del proceso penal*, op. cit., p. 103.

⁶²⁷ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2003, p. 9. No mesmo sentido: PRADO, *Campo jurídico e capital científico*, op. cit., p. 61.

Política criminal.⁶²⁸ De outro lado, na ideia de estratégia processual de defesa, segundo a qual, diante do contexto dos indícios de provas apresentadas, o acusado quer obter uma resposta jurídica mais favorável a seu caso.

De toda forma, sob pena de se descerrar um acordo em um caso no qual fosse viável o arquivamento, por exemplo, o mínimo de verossimilhança é exigido em relação às provas colhidas no procedimento preliminar e a imputação atribuída pelo Ministério Público ao investigado. A verdade como coerência deve funcionar aqui como limite de garantia, e não, propriamente, como finalidade dos acordos. A sua homologação judicial passa, necessariamente, pela análise da justa causa exigida para o exercício da ação penal.

Por sua vez, o problema sobre a verdade no Processo penal é um pouco mais problemático quando se está a tratar dos acordos sobre a sentença, que efetivamente produzem efeitos penais. Em tais casos há a necessidade de se comprovar a culpabilidade do acusado, não sendo suficiente sua confissão ou mero consentimento. Ante ao risco de se impor uma pena a um inocente, parece ilegítima a força de um falso consenso para fundamentar consequências jurídicas tão graves. De tal deficiência padece o instituto do *guilty plea* americano, por exemplo. Tenta-se substituir a ideia de realização de justiça material pela “*justiça do procedimento*”, nas palavras de SCHÜNEMANN.⁶²⁹ Esse, no entanto, é um questionamento a ensejar outro trabalho.

⁶²⁸ Em sentido análogo, sustentam LUCCHESI e ARNS DE OLIVEIRA que “*não há qualquer discricionariedade ampla na atuação do Ministério Público, tratando-se a oferta de proposta de ANPP de um poder-dever, proporcional e compatível com a infração imputada*”. Cf. LUCCHESI, Guilherme; OLIVEIRA, Marlus. Sobre a discricionariedade do Ministério Público no ANPP e o seu controle jurisdicional: uma proposta pela legalidade. *Boletim do IBCCRIM*, v. 344, jul/2021, versão online.

⁶²⁹ SCHÜNEMANN, *La reforma del proceso penal*, op. cit., p. 106.

4. PANORAMA DOGMÁTICO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Apresentadas as premissas indispensáveis à discussão, é possível, agora em um segundo momento, derivar suas consequências a partir do objeto concreto do trabalho, qual seja, o acordo de não persecução penal. Não se trata de mero exercício teórico de dedução, o que de fato nem seria possível, visto que tais premissas funcionam de forma diversa ante diferentes objetos de análise. O que se pretende, isso sim, é demonstrar seu potencial de explicação a questões práticas, tidas por consequências de um fenômeno específico, dentre tantos outros albergados no marco da justiça penal negocial.

4.1. BALANÇO INTRODUTÓRIO: FINALIDADES DO PROCESSO E FINALIDADE DOS ACORDOS

Como normalmente repisado pela doutrina pátria, a finalidade precípua do Processo penal democrático é a de reconstruir um fato histórico por meio de provas legal e constitucionalmente admitidas.⁶³⁰ Atribui-se à GOLDSCHIMIDT a ideia segundo a qual o Processo deve se destinar a uma finalidade meramente intraprocessual, não se colocando à dependência do Direito material (objeto do processo), mas sim partindo de sua independência, funcionando como um influxo que se exerce sobre o Direito substantivo.⁶³¹ Para o autor, Processo constitui o procedimento pelo qual se almeja construir a coisa julgada, isto é, que uma pretensão seja judicialmente reconhecida como fundada ou não fundada.⁶³²

De forma crítica, acusa-se esse pensamento de um certo tipo de formalismo pelo qual se supervaloriza o peso da segurança jurídica sobre outros valores que também deveriam guiar o Processo penal. Ao lado da reconstrução histórica sobre a verdade dos fatos, FIGUEIREDO DIAS aponta como finalidade do Processo a abstrata ideia da realização da justiça.⁶³³ Tal ideia apenas se concretiza quando se delimita em torno do conceito justiça não só funções intrassistemáticas, de decisões tomadas por meio de procedimentos válidos e admissíveis, como

⁶³⁰ Para FIGUEIREDO DIAS, “o processo penal, longe de servir apenas o exercício de direitos assegurados pelo direito penal, visa a comprovação e realização, a definição e declaração do direito do caso concreto, *hic et nunc* válido e aplicável”, cf. DIAS, *Direito processual penal*, op. cit., p. 46.

⁶³¹ GOLDSCHIMIDT, James. Teoría general del proceso. In. *Derecho, Derecho penal y Proceso*. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 821

⁶³² GOLDSCHIMIDT, *Teoría general del proceso*, op. cit., p. 822.

⁶³³ DIAS, *Direito processual penal*, op. cit., p. 43.

também a necessidade dos vereditos serem justos conforme o Direito material, correspondendo aos fatos declarados, a fim de se tornarem seguras e estáveis pela força do direito declarado.⁶³⁴

Isso serve para demonstrar, primordialmente, não ter o Processo penal uma única finalidade, nem poder assim o sê-lo. A partir de um ponto de vista antipositivista, há muito se sabe que o conhecimento é histórico e socialmente determinado.⁶³⁵ E isso não é diferente na seara da persecução. A fim de elucidar o movimento de reforma do Processo penal na América Latina nos últimos trinta anos, SOZZO assevera ter a justiça criminal procurado efetivar diferentes programas ante às exigências do tempo e da sociedade.⁶³⁶ E cada um desses projetos procurou atingir distintos objetivos para uma nova justiça penal. O primeiro diz respeito à uma *justiça garantista*, pautada em uma maior capacidade de proteger e respeitar garantias e direitos não só dos acusados, mas também das vítimas do delito. O segundo, a uma *justiça transparente*, ao garantir amplo acesso às informações atinentes às instituições estatais, incremento de processo oral e abertura dos procedimentos para conhecimento e controle dos cidadãos. E por fim, um programa de *justiça eficiente*, demandando celeridade em seu funcionamento, incremento a eficácia e eficiência ao proporcionar soluções ao maior número de casos em menor tempo e menor gasto.⁶³⁷

No Brasil, especialmente no intervalo dos últimos 30 anos, não houve espaço para uma reforma global do Processo penal, em que pese haja desde 2010 um projeto de novo CPP tramitando no Congresso Nacional.⁶³⁸ Interessante notar, todavia, as várias reformas pontuais que não conseguiram implementar de forma concreta um tão almejado sistema acusatório, inobstante a Lei Anticrime tenha gastado em vão palavras para afirmar, em um art. 3-A do diploma processual, ter o Processo pátrio uma estrutura eminentemente acusatória. No entanto, nesse meio tempo, surgiram os Juizados Especiais Criminais, a reforma dos procedimentos, a edição de medidas cautelares alternativas à prisão preventiva, a sistematização do instituto da colaboração premiada e, o que aqui nos interessa, o incremento da justiça negocial por meio da introdução dos acordos de não persecução penal.

⁶³⁴ DIAS, *Direito processual penal*, op. cit., p. 49.

⁶³⁵ Sobre uma visão explanatória da sociologia do conhecimento, principalmente a partir do séc. XIX, vide: LÖWY, Michel. *Ideologia e ciência social*. São Paulo: Cortez, 2015, p. 22 e ss.

⁶³⁶ SOZZO, Máximo. Reforma de la justicia penal en América Latina: promesas, prácticas y efectos. A modo de introducción. In: SOZZO, Máximo (org.). *Reforma de la justicia penal en América Latina: promesas, prácticas y efectos*. Buenos Aires: Ediciones Didot, 2021, p. 9.

⁶³⁷ SOZZO, *Reforma de la justicia penal en América Latina*, op. cit., p. 9.

⁶³⁸ CAMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei 8045/2010*. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>. Acesso em 07 de julho de 2021.

Tal panorama serve para demonstrar o fato de, no Brasil, os diferentes programas para a implementação de uma nova justiça criminal, apontados por SOZZO, foram em grande medida, concorrentes e cumulativos, tendo coexistido com diversas combinações e balanços nas últimas décadas.⁶³⁹ Esses diferentes esquemas de reforma correspondem, com efeito, a diversos programas de Política criminal, a demonstrar que, de uma forma ou de outra, as finalidades do Processo penal sempre visaram atender fins político-criminais. Após a Constituição de 1988, com forte matriz acusatória, é possível afirmar uma prevalência de um programa garantista com o fim de compatibilizar o diploma processual de 1941 com as aspirações democráticas dos novos tempos. De outra sorte, desde o final dos anos 90, com a alegada crise da justiça burocrática e sua incapacidade de lidar com o alto volume de trabalho, o movimento parece ter se direcionado, com a maior expressividade, rumo a um propósito de eficiência, com tons marcadamente gerenciais.⁶⁴⁰

A justiça da decisão, a qual se refere FIGUEIREDO DIAS, também dependa de a prestação jurisdicional ser prolatada em prazo razoável. Isso sem se negar a paridade de armas, a ampla defesa, o contraditório, em suma, as garantias das partes para provarem suas alegações em juízo.⁶⁴¹ Não se deve deixar de lado a segurança jurídica em geral, e a segurança do Processo, em particular. A ideia de instrumentalidade constitucional, defendida por autores como Aury LOPES JR, passa por essa premissa: considerar o Processo penal como instrumento a serviço da máxima eficácia dos direitos e garantias do mais débil a ele submetido.⁶⁴² O Estado, como guardião da legalidade, não pode descumprir as regras do jogo democrático.

Isto posto, indiscutível o Processo penal dever se conformar à lógica constitucional, afinal é dela dependente, tanto em termos de validade formal, quanto material. Aliás, inegável a identificação do Direito processual penal, como faz ROXIN, como “*sismógrafo da Constituição*”:⁶⁴³ cada modificação no sistema político, reflete-se imediatamente nas transformações do Processo penal. Entre os diversos fins perseguidos pela persecução penal, podendo-se citar a apuração da responsabilidade de um sujeito culpável, a proteção de um inocente, a formalidade do procedimento contra arbitrariedades e a estabilidade jurídica das decisões, não há um caminho retilíneo a ser seguido, exatamente por tentar satisfazer pretensões opostas. Não se pode perder de vista, contudo, dever ter a administração da justiça penal no

⁶³⁹ SOZZO, *Reforma de la justicia penal en América Latina*, op. cit., p. 10.

⁶⁴⁰ De forma análoga à realidade argentina, cf. SOZZO, *Reforma de la justicia penal en América Latina*, op. cit., p. 10.

⁶⁴¹ LOPES JR, *Fundamentos do Processo penal*, op. cit., p. 44.

⁶⁴² LOPES JR, *Fundamentos do Processo penal*, op. cit., p. 47.

⁶⁴³ ROXIN, *Derecho procesal penal*, op. cit., p. 10.

Estado de Direito a capacidade de unir suas finalidades primordiais com salvaguarda dos princípios e garantias constitucionais.⁶⁴⁴

Ainda assim, mesmo a observação dos direitos e garantias fundamentais sendo indispensável e de especial importância, uma instrumentalidade direcionada apenas à eles correrá o risco de fornecer uma visão parcial do sistema penal, limitada a uma finalidade meramente intraprocessual do procedimento. Indispensável concluir, tal como faz BINDER, haver uma estreita relação entre Direito material e Direito processual penal, de forma que correspondem na configuração de Política criminal e fazem parte da mesma estrutura do sistema de justiça criminal.⁶⁴⁵ O penal só por meio do Processo pode se realizar. No entanto, não pode o Processo esgotar-se em servir ao exercício do Direito material.⁶⁴⁶ E, acima de tudo, ambos devem ser igualmente efetivos na satisfação da política estatal do controle da criminalidade.

Os acordos sobre o processo, e especialmente o acordo de não persecução penal, não cumprem as mesmas funções do procedimento penal em geral. Isso porque seu objetivo é evitar o próprio Processo. Por isso ser classificado como mecanismo de diversificação da pena privativa de liberdade. Isso não impede a verificação de pontos tangenciais inarredáveis. Mesmo não tendo por fim estabelecer a verdade dos fatos, até porque não há juízo sobre a culpabilidade do imputado, a verossimilhança das provas colhidas na investigação com a imputação é imperiosa para a aceitação de uma sanção, sob pena de acarretar uma insanável injustiça. As finalidades de ambos, contudo, não podem se afastar da harmonia almejada pelos objetivos do sistema penal como um todo. Os acordos de não persecução penal representam uma forma de racionalização do sistema penal em geral, e do Processo penal em particular, à luz das consequências político-criminais observáveis por todo o sistema de justiça criminal.

Essa ideia de diversificação é salientada pela própria estrutura normativa do acordo de não persecução penal. Tanto a doutrina quanto a jurisprudência normalmente identificam o ANPP como negócio jurídico pré-processual destinado a concretizar uma certa Política criminal por parte do Ministério Público.⁶⁴⁷ Isso se daria pela eleição de casos nos quais se verifique maior relevância para a persecução, estabelecendo uma alternativa à propositura da ação penal em certos crimes, de forma a racionalizar não só o emprego de recursos públicos, mas também a própria imposição de uma pena criminal.⁶⁴⁸ O art. 28-A do CPP encarta, sem margem para

⁶⁴⁴ ROXIN, *Derecho procesal penal*, op. cit., p. 4.

⁶⁴⁵ BINDER, Alberto. *Introducción al Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2009, p. 42.

⁶⁴⁶ DIAS, *Direito processual penal*, op. cit., p. 47.

⁶⁴⁷ Assim CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Manual do acordo de não persecução penal*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 82.

⁶⁴⁸ Assim também entendem os precedentes do Superior Tribunal de Justiça: “O acordo de não persecução penal, previsto no art. 28-A do Código de Processo Penal, consiste em um negócio jurídico pré-processual entre o

qualquer dúvida, uma norma de natureza mista, veiculando aspectos processuais, como também consequências penais ao prever que, uma vez cumpridos as condições negociadas, haverá a extinção da punibilidade em benefício do acusado (§13 do art. 28-A do CPP).⁶⁴⁹

A norma tem por finalidade, nesse sentido, conceder uma medida extrapenal mais benéfica para aquele que tenha cometido um delito com pena mínima inferior 4 anos, sob a condição de ter sido sem violência ou grave ameaça e, ao mesmo tempo, permitir uma solução processual abreviada com imposições de consequências sem efeitos penais. Simultaneamente, favorece a intervenção mínima, garantindo um mecanismo racional de eleição de casos a serem submetidos ao procedimento comum, e também limita o desperdício de recursos públicos, ao aumentar a capacidade de resolução de casos penais.⁶⁵⁰

Pareceria perfeito se, em sua forma de funcionamento, não escondesse os recorrentes problemas enfrentados por qualquer espécie de negociação: a) possibilidade de imposição de sanções a inocentes;⁶⁵¹ b) *overcharging* por parte do Ministério Público, com a inflação de acusações ou penas;⁶⁵² c) deficiências do Estado em relação à persecução penal e sua compensação por mecanismos de coação;⁶⁵³ d) a necessidade de uma confissão com efeitos ainda não bem delimitados sobre a culpabilidade do agente, com prejuízo à presunção de inocência, tendo em vista a sistematicidade do ordenamento processual; e) a renúncia de direitos fundamentais em geral⁶⁵⁴ etc. Por esse motivo, admitindo-se, por um lado, a utilidade dos acordos, de outro não é possível deixar de submetê-los a um exame crítico com a definição de limites para sua incidência, tendo em conta a necessidade de preservação dos direitos e

Ministério Público e o investigado, juntamente com seu defensor, como alternativa à propositura de ação penal para certos tipos de crimes, principalmente no momento presente, em que se faz necessária a otimização dos recursos públicos". SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Habeas Corpus* n. 612.449/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 22/09/2020, DJe 28/09/2020.

⁶⁴⁹ "Com efeito, o cumprimento integral do acordo de não persecução penal gera a extinção da punibilidade (art. 28-A, § 13do CPP), de modo que como norma de natureza mista e mais benéfica ao réu, deve retroagir em seu benefício em processos não transitados em julgado (art. 5º, XL, CF)". SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Agravo Regimental no Habeas Corpus* n. 575.395/RN. Rel. Min. Néfi Cordeiro, Sexta Turma, j. 8.9.2020, DJe 14.9.2020.

⁶⁵⁰ O instituto guarda semelhanças com aquele fenômeno que a doutrina denomina por administrativização da justiça penal, pela qual a solução aos casos penais é apresentada, majoritariamente, em procedimentos extrajudiciais Cf. LANGER, Maximo. Plea bargaining, trial-avoiding conviction mechanisms, and the global administrativization of criminal convictions. *Annual Review of Criminology*, 2019. p. 2. Concordamos com VASCONCELLOS, quando este afirma que "embora se concorde que os institutos consensuais brasileiros atuais não podem ser definidos como 'mecanismos de condenação sem processo', sustenta-se que se conformam a tais características, de modo a ocasionar o fenômeno de administrativização da justiça criminal em termos semelhantes". Cf. VASCONCELLOS, Vinicius. Colaboração premiada e negociação na justiça criminal brasileira: acordos para aplicação de sanção penal consentida pelo réu no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 166. ano 28, abril/2020, p. 264.

⁶⁵¹ ALSCHULER, *Um sistema quase perfeito para condenar os inocentes*, op. cit., p. 127 e ss.

⁶⁵² HUSAK, *Sobrecriminalización*, op. cit., p. 65 e ss.

⁶⁵³ VASCONCELOS, *Barganha e justiça criminal negocial*, op. cit., p. 161 e ss.

⁶⁵⁴ VASCONCELOS, *Barganha e justiça criminal negocial*, op. cit., p. 179 e ss.

garantias fundamentais dos imputados. Mesmo que o Processo penal não esteja balizado por uma finalidade exclusivamente intraprocessual, ainda deve estar submetido à supremacia da Constituição, por um imperativo lógico-sistemático da ordem jurídica.

Poder-se-ia pensar assim, em uma funcionalização constitucionalmente orientada do Processo penal como exigência irrenunciável a um Estado Democrático de Direito.⁶⁵⁵ Na linha assentada por FIGUEIREDO DIAS, os acordos não se limitam apenas à uma ideia de eficiência e controle de gastos públicos por parte do Estado. Antes disso, congregam a realização dos interesses da sociedade e do Estado não só na administração da justiça, mas também na defesa dos interesses, liberdades, direitos e garantias dos implicados no Processo.⁶⁵⁶ Submetendo os órgãos de persecução a certas exigências como transparência das investigações e garantia do pleno direito de defesa, aumenta-se a efetividade dos negócios processuais ao se permitir ao investigado uma tomada de decisão da forma mais voluntária e esclarecida possível.⁶⁵⁷

Vencida a apresentação dos pressupostos metodológicos dessa afirmação, cabe passar à análise dogmática de referidos acordos para se analisar, a partir de sua estruturação interna, a forma pela qual se realiza, seus méritos e debilidades e as adequações doutrinárias e jurisprudenciais quanto a sua aplicação. Essas devem ser as bases para a fundamentação da crítica que possa vir a ser oferecida quanto a sua fundamentação teórica e funcionamento prático.

4.2. ANTECEDENTES E CONTROVÉRSIAS

O processo de introdução do acordo de não persecução penal no Brasil não é tão novo quanto o pacote anticrime, que o elevou a categoria de dispositivo legal. O início da discussão remonta à 2015, com o julgamento do Recurso Extraordinário no 593.727,⁶⁵⁸ no qual o Supremo

⁶⁵⁵ Salientando as exigências constitucionais de uma tutela jurisdicional efetiva e do princípio da economia processual, vide DIAS, *Acordos sobre a sentença em Processo penal*, op. cit., p. 37 e ss.

⁶⁵⁶ DIAS, *Acordos sobre a sentença em Processo penal*, op. cit., p. 17.

⁶⁵⁷ Parecem defender essa posição 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 389: “O instituto da barganha, se bem delineado, não parece veicular ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa, uma vez que o investigado, com assistência técnica de advogado, pode ou não concordar com os termos da proposta ofertada pela acusação, ou seja, há voluntariedade e possibilidade de argumentar quanto à proposta apresentada, bem como a possibilidade de recusá-la”

⁶⁵⁸ “(...) ‘O Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os Advogados (Lei 8.906/94, artigo 7º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem

Tribunal Federal reconheceu a constitucionalidade da investigação criminal promovida pelo Ministério Público. A partir desse precedente, o Conselho Nacional do Ministério instituiu grupos de trabalhos dos quais resultou a edição da Resolução n. 181/2017, que dispôs sobre a instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do órgão acusatório. Recordam ANDRADE e BRANDALISE que a comissão de estudos responsável pela elaboração da Resolução apresentou projeto para inserção de um instituto que não guardava, aparentemente, relação com o procedimento investigatório,⁶⁵⁹ possibilitando ao Ministério Público o não oferecimento da ação penal, quando no fim da investigação o arguido aceitasse se submeter a algumas condições ao realizar um acordo.⁶⁶⁰ Aí surgiu o *acordo de não persecução penal*, na forma de uma resolução administrativa, portanto, infralegal.

É nítida sua inspiração no Direito comparado. ANDRADE e BRANDALISE⁶⁶¹ apontam sua origem no Direito alemão, ambiente no qual a experiência prática e jurisprudencial havia instituído um procedimento voltado à negociação entre as partes, mesmo diante da ausência de previsão legal que o validasse até 2009. Naquele ano teve lugar a edição do § 257c do Código de Processo Penal alemão (StPO), o qual dispõe sobre os acordos negociais.⁶⁶² Nada obstante

prejuízo da possibilidade – sempre presente no Estado democrático de Direito – do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Súmula Vinculante 14), praticados pelos membros dessa instituição’ (...)”. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Recurso Extraordinário n. 593.727*, Relator(a): Cezar Peluso, Relator(a) p/ Acórdão: Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 14/05/2015, divulgação em 04-09-2015, publicado em 08/09/2015.

⁶⁵⁹ Vide o item 4.6.1 *infra*.

⁶⁶⁰ ANDRADE, Mauro Fonseca; BRANDALISE, Rodrigo da Silva. Observações preliminares sobre o acordo de não persecução penal: da inconstitucionalidade à inconsistência argumentativa. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 37, dez. 2017, p. 242.

⁶⁶¹ ANDRADE, BRANDALISE, *Observações preliminares sobre o acordo de não persecução penal: da inconstitucionalidade à inconsistência argumentativa*, op. cit., p. 244-245.

⁶⁶² Sobre o artigo 257c do StPO, cf. *German Code of Criminal Procedure (Strafprozeßordnung – StPO)*. Disponível. Em https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stpo/englisch_stpo.html#p1827. Acesso em 14 de julho de 2021. Preceitua o dispositivo: “*Negotiated agreement. (1) In suitable cases, the court may reach an agreement with the parties on the further course and outcome of the proceedings in accordance with the following subsections. Section 244 (2) shall remain unaffected. (2) The subject matter of this agreement may only comprise the legal consequences which could be the content of the judgment and of the associated court orders, other procedural measures relating to the course of the underlying adjudication proceedings and the conduct of the parties during the proceedings. A confession shall be an integral part of any negotiated agreement. The verdict of guilty and measures of reform and prevention may not be the subject of a negotiated agreement. (3) The court shall announce what the content of the negotiated agreement could be. It may, on free evaluation of all the circumstances of the case and general sentencing considerations, also indicate an upper and lower sentence limit. The parties shall be given the opportunity to make submissions. The negotiated agreement shall come into existence if the defendant and the public prosecution office agree to the court’s proposal. (4) The court shall cease to be bound by a negotiated agreement if legally or factually relevant circumstances have been overlooked or have arisen and the court is therefore then convinced that the prospective sentencing range is no longer appropriate to the severity of the offence or the degree of guilt. The same shall apply if the defendant’s further conduct in the proceedings does not correspond to that upon which the court’s prediction was based. The defendant’s confession may not be used in such cases. The court shall give notification of any deviation without delay. (5) The defendant shall be instructed as to the conditions for and consequences of the court deviating from the prospective outcome pursuant to subsection (4).*”

a referência alemã pelos autores, o instituto também possui conformações muito próximas aos mecanismos dos “*deferred prosecution agreements*” e dos “*non-persecution agreements*” previstos no *Foreign Corrupt Practice Act* do Departamento de Justiça dos Estados Unidos.⁶⁶³

Aliás, essa semelhança não é deixada de lado por ARAS. Analisando os institutos provenientes do *Common law*, conceitua os *non-persecution agreements* como acordos pré-processuais (*petrial diversion*) celebrados entre o Departamento de Justiça ou órgãos de acusação estaduais e uma pessoa física ou jurídica para a não propositura de uma ação penal, tendo como contraprestação uma reparação ou outro comportamento positivo. Em que pese não dependam de homologação judicial, faz-se necessária aprovação hierárquica, observado o atendimento ao interesse público.⁶⁶⁴ O *deferred prosecution agreements* também constitui uma forma de resolução extrajudicial do caso, mas difere-se do *non-persecution agreements* pelo fato de exigir mais formalidades, como a descrição detalhada dos fatos ilícitos e a confissão do investigado.⁶⁶⁵

Obviamente, como já lembrado à luz das manifestações de LANGER, a conclusão é também extensível aos acordos de não persecução penal. Não se trata de uma cópia direta dos institutos estrangeiros para a realidade nacional, antes disso, passou por um processo de adaptação que levou em conta as características do nosso sistema jurídico.⁶⁶⁶ De fato, assiste razão à LANGER na mudança de perspectiva entre o transplante legal e a tradução legal (*legal translation*).⁶⁶⁷ Variando entre uma tradução na qual se adapta o instituto à nossa própria língua e uma tradução criativa, na qual o objetivo é apresentar um texto atrelado mais à realidade de destino do que a ideia original,⁶⁶⁸ o acordo de não persecução penal foi adaptado à realidade nacional ante nossas próprias necessidades.

O fato é que a edição de tal norma trouxe uma série de controvérsias quanto a legitimidade do órgão acusatório para instituir uma Política criminal própria. Não foi por outro

⁶⁶³ Cf. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act*. Disponível em <https://www.sec.gov/spotlight/fcpa/fcpa-resource-guide.pdf>. Acesso em 14 de julho de 2021.

⁶⁶⁴ ARAS, *Acordos penais no Brasil: uma análise à luz do Direito comparado*, op. cit., p. 320-321.

⁶⁶⁵ ARAS, *Acordos penais no Brasil: uma análise à luz do Direito comparado*, op. cit., p. 321.

⁶⁶⁶ Referindo-se à realidade comparada afirma que “*The German, Italian, Argentine, and French plea bargains differ substantially amongst themselves because of decisions by legal reformers in each of these countries, the differing ways in which the practice has been introduced, and the resistance it has generated*”. Cf. LANGER, *From Legal Transplants to Legal Translations*, op. cit., p. 4 e ss.

⁶⁶⁷ “*With respect to legal systems, the translation metaphor distinguishes the source language or legal system—where the legal idea or institution comes from—from the target one—into which the legal idea or institution is translated. The translation metaphor also allows a distinction to be made between the original “text”—the legal idea or institution as developed in the source legal system—and the translated text*”. Cf. LANGER, *From Legal Transplants to Legal Translations*, op. cit., p. 33.

⁶⁶⁸ LANGER, *From Legal Transplants to Legal Translations*, op. cit., p. 33.

motivo que o instituto enfrentou inicial resistência dentro do próprio *Parquet*.⁶⁶⁹ ANDRADE e BRANDALISE recordam que nos Estados do Rio de Janeiro e de Minas Gerais houve recomendação para os membros se absterem de celebrar tais acordos até deliberação conclusiva pelos órgãos superiores. No Distrito Federal orientou-se pela não aplicação até a resolução na Questão de Ordem n. 06/2017 e posterior regulamentação do procedimento investigatório criminal por parte do Conselho Superior.⁶⁷⁰

Ao defender uma postura ativa do Ministério Público na configuração de uma Política criminal institucional, BUSATO afirmou que o órgão ministerial não pode se abster a uma postura de mero aplicador cego da lei ou de “*despachante criminal*”, na expressão que utiliza. Ao ter em conta que a atividade legislativa sempre se encontra atrasada em função da evolução social e tecnológica, pugna pela necessidade de Ministério Público tomar frente pela responsabilidade da Política criminal, estabelecendo escolhas adequadas ao tempo e alterando seu posicionamento quanto a aplicação sistemática da lei.⁶⁷¹ Em linha similar, ARAS afirma que a implementação dos instrumentos negociais no ordenamento processual penal pátrio reconheceu a maturidade do Ministério Público em exercitar a Política criminal do Estado, não só como sua executora, mas também como planejadora.⁶⁷² Submetendo-se o órgão acusatório aos princípios do regime jurídico-administrativo, seus atos seriam dotados de discricionariedade para escolher a melhor solução que atenda ao interesse público, sujeito à controle judicial.⁶⁷³

No entanto, isso esbarra na discussão sobre a legitimidade do Ministério Público em estabelecer autonomamente uma Política criminal própria. Pelo mesmo fato de, como agente público, estar sujeito ao regime jurídico-administrativo, deve se submeter à legalidade, estando sempre na dependência de uma atividade positiva prévia do legislador. O sistema normativo chileno, por exemplo, prevê na Lei Orgânica Constitucional do Ministério Público (LOCMP), em seu art. 17, que o Fiscal Nacional, equiparável ao Procurador Geral, tenha poder normativo, isto é, a faculdade de produzir instrumentos de regulação com efeitos vinculantes, dentro de

⁶⁶⁹ Sobre o debate acerca da inconstitucionalidade do instituto do acordo de não persecução penal instituído pela Resolução n. 181/2017 do CNMP, vide COSTA, RIBEIRO, *Acordo de não persecução penal*, op. cit., passim. Pleiteando a constitucionalidade, cf. CABRAL, *Um panorama sobre o acordo de não persecução penal (art. 18 da Resolução n. 181/2017-CNMP...)*, op. cit., p. 30 e ss.

⁶⁷⁰ ANDRADE, BRANDALISE, *Observações preliminares sobre o acordo de não persecução penal: da inconstitucionalidade à inconsistência argumentativa*, op. cit., p. 243.

⁶⁷¹ BUSATO, Paulo. O papel do Ministério Público no futuro do Direito penal brasileiro. In. *Reflexões sobre o Direito penal do nosso tempo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 67-69.

⁶⁷² ARAS, *Acordos penais no Brasil: uma análise à luz do Direito comparado*, op. cit., p. 308.

⁶⁷³ ARAS, *Acordos penais no Brasil: uma análise à luz do Direito comparado*, op. cit., p. 309-310.

certas margens de competência.⁶⁷⁴ Em outras palavras, o Ministério Público teria força e prerrogativa para ditar certas propostas de Política criminal. O mesmo não sucede no ordenamento jurídico brasileiro.

Esse foi um dos motivos que ensejaram a suspeita sobre a constitucionalidade da Resolução 181/2017 do CNMP, tendo em vista inclusive a previsão constitucional de que a competência para legislar em matéria penal e processual penal compete privativamente à União (art. 22, I, CF). Mesmo que o Supremo Tribunal Federal tenha reconhecido, na medida cautelar da ADC 12 de 2016, competência normativa ao Conselho Nacional de Justiça, isso não é plenamente extensível ao Conselho Nacional do Ministério Público. Nesse caso, o reconheceu exclusivamente ante à disciplina de feições meramente administrativas e financeiras do Poder Judiciário, e em atenção aos dispositivos constitucionais que o limitava. De outra sorte, o STF jamais chancelou a intenção de se legislar em matéria processual por meio de atos de natureza administrativa.⁶⁷⁵ Esse déficit de legitimidade só foi suprido com a edição da Lei 13.964/2019, com a reprodução da quase totalidade dos termos contidos no art.18 da resolução no art. 28-A do Código de Processo penal.

4.3. CONSTITUI O ACORDO UM DIREITO SUBJETIVO DO IMPUTADO?

Ao proceder a uma análise comparativa entre os demais institutos negociais previstos no ordenamento, facilmente se pode concluir pela falta de coesão acerca do alcance de sua aplicabilidade na doutrina e nos precedentes dos tribunais pátrios. Uma questão a levantar uma acirrada disputa diz respeito à natureza jurídica desses mecanismos. Como negócios jurídicos processuais, constituem-se ou não como direito público subjetivo do investigado? Seriam, outrossim, apenas uma faculdade à disposição do Ministério Público para manejar critérios próprios de oportunidade?

Sobre a natureza jurídica da transação penal, por exemplo, há uma divergência doutrinária em tratá-la como (1) direito subjetivo ao acusado; ou como (2) poder-dever por parte do Ministério Público. Poder-se-ia questionar, em um primeiro momento, estar-se diante de um verdadeiro direito público subjetivo do acusado. Assim, em se recusando o Ministério

⁶⁷⁴ Vide NAVARRO DOLMESTCH, Roberto. *Criterios de actuación jurídica del Ministerio Público: analisis dogmático y compendio*. Santiago: Editorial Librotecnia, 2017, capítulo 1.

⁶⁷⁵ ANDRADE, BRANDALISE, *Observações preliminares sobre o acordo de não persecução penal: da inconstitucionalidade à inconsistência argumentativa*, op. cit., p. 252.

Público o oferecimento da transação penal, poderia o Magistrado fazer suas vezes, dado se tratar teoricamente de matéria de ordem pública, e propô-la ao arguido. Esta é a posição defendida por TOURINHO FILHO.⁶⁷⁶ Isso poderia acarretar, na prática, uma confusão entre os sujeitos processuais: as partes (parciais) e o magistrado (imparcial).

Representando a segunda corrente, GRINOVER et al., chegam a afirmar, em seus comentários à Lei de Juizados especiais, que o termo “*poderá*” no art. 76 quando trata da transação, deveria ser entendido como verdadeiro poder-dever assumido pela acusação para propor a transação penal.⁶⁷⁷ Trata-se de corolário do princípio da isonomia: preenchidos os requisitos legais, só se impõe uma conclusão: a da possibilidade. A jurisprudência dos tribunais estaduais é vacilante, mas tente a considerar o instituto da transação penal como direito subjetivo do acusado, principalmente diante dos casos de ação penal privada.⁶⁷⁸ A mesma sorte não recebe o mecanismo da suspensão condicional do processo, para o qual o Superior Tribunal de Justiça direciona-se a aceitar posição semelhante a dos autores, isto é, considerá-lo como poder-dever da acusação.⁶⁷⁹ Nesse sentido, tem-se aplicado a solução sumulada pelo Supremo Tribunal Federal em sua Súmula 696: “*Reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, mas se recusando o promotor de justiça a propô-la, o juiz, dissentindo, remeterá a questão ao Procurador-Geral, aplicando-se por analogia o art. 28 do Código de Processo Penal*”.⁶⁸⁰

Por um raciocínio analógico, pareceria ser essa mesma linha metodológica adotada pelo legislador em relação à previsão legal dos acordos de não persecução penal. O *caput* do art. 28-

⁶⁷⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Comentários à Lei dos Juizados Especiais Criminais*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 125.

⁶⁷⁷ GRINOVER et al, *Juizados especiais criminais*, op. cit. p. 140.

⁶⁷⁸ “*Ausente nos autos prova de que o paciente possui maus antecedentes, com as certidões utilizadas para tal desiderato não constarem sentença com trânsito em julgado ou que já tenha sido proposta transação penal no lapso temporal inferior a 05 anos, necessário reconhecer a nulidade da audiência preliminar, para que o **Parquet realize a proposta de transação penal por ser um direito subjetivo do réu, de modo que, preenchidos os requisitos legais, deve ser lhe oportunizada***” (destaques acrescentados). Cf. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE GOIÁS. *Habeas Corpus* Nº 129341-34.2015.8.09.0000. Rel. Desembargador Nicomedes Borges, 1ª Câmara Criminal, julgado em 21/05/2015, DJe 29/07/2015.

⁶⁷⁹ Assim, “*A suspensão condicional do processo não é direito público subjetivo do acusado, mas sim um poder-dever do Ministério Público, titular da ação penal, a quem cabe, com exclusividade, analisar a possibilidade de aplicação ou não do referido instituto, desde que o faça de forma fundamentada*”. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Habeas Corpus* n. 218.785, Relator o Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, julgado em 4/9/2012). No mesmo sentido, “*Transação penal ou suspensão condicional do processo. Não oferecimento de proposta pelo parquet. Prerrogativa que deve ser acompanhada de fundamentação adequada. Recusa ministerial mediante considerações genéricas. Impossibilidade. Aplicação analógica do art. 28 do Código de Processo Penal*”. (STJ, HC 224.792/DF, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 15/08/2013, DJe 26/08/2013).

⁶⁸⁰ Também a jurisprudência do STF: “*A suspensão condicional do processo não é direito subjetivo do acusado; sua concessão é de competência exclusiva do Ministério Público, sempre de maneira fundamentada (Súmula 696). A inextensão do benefício ao codenunciado pelo crime de aborto não viola os princípios do devido processo legal e do contraditório, visto que se encontra devidamente motivada. Ordem denegada*” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas Corpus* n. 84.935, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJ 20.5.2005).

A utiliza a expressão “*poderá*” ao condicionar o oferecimento do acordo por parte do Ministério Público, desde que preenchidas as demais condições e requisitos exigidos pelo mesmo dispositivo legal. Nesse ponto, duas classes de argumentos são aventadas. A primeira, seguindo a linha adotada por GRINOVER et al. ao *sursis* processual tratar-se-ia de poder-dever do Ministério Público, consignando o legislador no § 14 do mesmo artigo que “*no caso de recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo de não persecução penal, o investigado poderá requerer a remessa dos autos a órgão superior, na forma do art. 28 deste Código*”. Uma segunda posição, sustentada por MENDES e LUCCHESI, afirma a ideia segundo a qual sempre que a lei penal ou processual veicule a expressão “*poderá*”, estar-se-á frente a um direito público e subjetivo do investigado ou acusado. Em outras palavras, não se trata de uma previsão compulsória, mas uma vez preenchidos seus requisitos, a implementação do benefício é obrigatória.⁶⁸¹

Como se vê, não há consenso quanto a esse entendimento. Inicialmente a doutrina sustentou tratar a norma que veiculou o acordo como eminentemente penal, por prever como sua principal consequência a extinção da punibilidade quando observadas as condições. Por esse motivo, tal qual poderia suceder com a transação penal, haja vista ambos estarem atrelados à pretensão acusatória, haveria um direito público subjetivo ao imputado de receber a proposta de acordo e analisá-la, a fim de sopesar suas vantagens e desvantagens. Seria uma escolha do arguido escolher se submeter ao Processo ou aceitar o acordo e suas condições.⁶⁸² A jurisprudência, todavia, direcionou-se em caminho inverso, isso tanto no Superior Tribunal de Justiça, quanto no Supremo Tribunal Federal.

Na esfera do STJ, a Quinta turma tem proferido decisões reiteradas sobre o tema, todas no sentido de que o “*acordo de persecução penal não constitui direito subjetivo do investigado*”, podendo ser proposto pelo Ministério Público à luz das peculiaridades do caso concreto e sempre quando tal órgão considerar o instituto como necessário e suficiente para a reprovação e a prevenção da infração penal. É nítida a intenção de promover um *distinguishing* quanto a seu entendimento relativamente a outros benefícios legais que, uma vez satisfeitas as exigências legais, constituíram direito subjetivo do réu, como aconteceria com a transação penal, por exemplo. Tal interpretação assenta-se na exegese da literalidade do art. 28-A do CPP,

⁶⁸¹ MENDES, Tiago Bunning; LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Lei anticrime: a (re)forma penal e sua aproximação de um sistema acusatório?* São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020, p. 74.

⁶⁸² MARTINELLI, João Paulo; SILVA. Mecanismos de justiça consensual e o acordo de não persecução penal, In. BEM, Leonardo; MARTINELLI, João (orgs.). *Acordo de não persecução penal*. São Paulo: D'Plácido, 2020, p. 70.

no qual se preceitua que o Ministério Público *poderá* e não *deverá* propor o acordo, na medida em que é o titular da ação penal pública.⁶⁸³

A Quinta Turma do STJ, em acórdão no *Habeas Corpus* n. 612.449/SP, de relatoria do Min. Reynaldo Soares da Fonseca entendeu que, sendo o ANPP uma alternativa à propositura de ação penal para certos tipos de crimes, sobretudo diante da necessária otimização na aplicação dos recursos públicos, inexistiria qualquer nulidade na recusa do ‘oferecimento’ de proposta de acordo de não persecução penal, na situação em que o Ministério Público constate, de maneira fundamentada, a ausência dos requisitos legais necessários para a celebração do acordo, de modo que este não atenderia aos critérios de necessidade e suficiência em face do caso concreto.⁶⁸⁴

Em decisão de 08 de abril de 2021, em acórdão do Agravo Regimental no *Habeas Corpus* n. 191.124 AgR/RO, seu relator, o Min. Alexandre de Moraes, acompanhado de forma unânime pela primeira turma do STF, consignou que: “*se estiverem presentes os requisitos descritos em lei, esse novo sistema acusatório de discricionariedade mitigada não obriga o Ministério Público ao oferecimento do acordo de não persecução penal, nem tampouco garante ao acusado verdadeiro direito subjetivo em realizá-lo*”. E tal conclusão chega o relator pelo fato de o art. 28-A consignar a expressão de que o Ministério Público *poderá* propor o acordo, desde que entenda ser demonstrado ser “*necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime*”.

Entendeu ainda a Primeira Turma do STF que o oferecimento do Acordo de Não Persecução Penal depende do preenchimento dos requisitos e condições descritos em lei, constituindo importante instrumento de Política criminal, dentro da perspectiva de um sistema pretensamente acusatório. Contudo, isso não obrigaria o Ministério Público, tampouco garantiria ao acusado verdadeiro direito subjetivo em realizá-lo. Aparentemente, o STF justificou uma maior discricionariedade na atividade do Ministério Público, ao facultar a apresentação do acordo com a estratégia de Política criminal adotada pela Instituição. Desde que devidamente fundamentada, o órgão acusador poderia optar entre a denúncia ou a realização do acordo.⁶⁸⁵

⁶⁸³ Sobretudo SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Agravo Regimental no Recurso ordinário em Habeas Corpus n. 130.587/SP*, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 17/11/2020, DJe 23/11/2020.

⁶⁸⁴ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Habeas Corpus n. 612.449/SP*, Rel. Ministro Reynaldo Soares Da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 22/09/2020, DJe 28/09/2020.

⁶⁸⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Agravo Regimental no Habeas Corpus n. 191124/RO*, Relator(a): Alexandre De Moraes, Primeira Turma, julgado em 08/04/2021, divulgação em 12/04/2021, publicação em 13/04/2021.

Como se pretendeu demonstrar, porém, a discricionariedade não pode tão amplamente encarada de modo a beirar o deslinde da arbitrariedade. Os membros do Ministério Público, enquanto agentes públicos sujeitos ao regime jurídico-administrativo, sujeitam-se ao princípio da legalidade, insculpido no art. 37 da Constituição. Por esse motivo, mesmo em seus atos considerados discricionários, são delimitados pela legalidade: os critérios de oportunidade devem ser previamente dispostos em lei reguladora de sua atividade. Há, em todo caso, margem de apreciação em função da avaliação do melhor interesse público, mas essa margem se perfaz sempre atenta aos requisitos legais.⁶⁸⁶

Como bem sintetiza BANDEIRA DE MELLO, “*discricionariedade é liberdade dentro da lei, nos limites da norma legal*”.⁶⁸⁷ Em realidade, jamais haverá completa liberdade ao agente público. O exercício do juízo de discricionariedade depende da ocorrência ou não de certos pressupostos que justifiquem certos comportamentos e certas opções, dentro dos limites legais.⁶⁸⁸ Outrossim, qualquer modelo de Política criminal que se adote para guiar a atividade ministerial parte, necessariamente e como anteriormente demonstrado, de determinados princípios e regras sem os quais suas ações se tornariam um mero conjunto de atos desordenados. A previsibilidade da atuação do órgão acusatório, nesse sentido, é um corolário do princípio fundamental da segurança jurídica, além de marca distintiva do princípio da impessoalidade do exercício do mister público.

Essa premissa, assentada nas bases jurídico-administrativas da atuação do Ministério Público, pode bem conformar o espaço de apreciação que o membro do órgão acusador possui para oferecer o acordo de não persecução penal. As margens de sua subjetividade incidem não em critérios aleatórios, mas na verificação do cumprimento dos requisitos objetivos do art. 28-A do CPP. Presentes as exigências legais, avaliará as melhores condições a serem impostas para a consecução das finalidades preventivas do instituto, hipótese na qual haverá alguma margem de negociação com o imputado. Como se pretende demonstrar, é absolutamente desproporcional considerar a necessidade e suficiência para reprovação e prevenção da infração (*caput* art. 28-A do CPP) como requisito para seu oferecimento.⁶⁸⁹ Da mesma forma que a pena

⁶⁸⁶ Por todos, vide MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, op. cit., p. 203.

⁶⁸⁷ MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, op. cit., p. 204.

⁶⁸⁸ MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, op. cit., p. 205.

⁶⁸⁹ Majoritariamente tanto a doutrina, quanto a jurisprudência entendem a “*necessidade e suficiência para reprovação e prevenção*” como requisito para a celebração do acordo, dotando o Ministério Público de maior margem de apreciação subjetiva. Assim, CABRAL, *Manual do acordo de não persecução penal*, p. 93 e ss. No âmbito do STJ, tal disposição legal também é entendida como requisito para celebração do ANPP: “*requisitos autorizadores da celebração do ANPP, os quais estão expressamente previstos no Código de Processo Penal: 1) confissão formal e circunstancial; 2) infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos; e 3) que a medida seja necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime*” (destaque acrescentado), cf. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Habeas Corpus n. 612.449/SP, Rel. Ministro

não é requisito do crime, mas sim sua consequência proporcionalmente calculada à luz da necessidade e suficiência para prevenção e reprovação do crime (art. 59, *caput*, do CP), tal previsão da norma processual deve se limitar ao estabelecimento das condições a serem impostas ao arguido como decorrência de seu acordo, visando a futura extinção da punibilidade. Assim, só cabe verificar tal necessidade e suficiência do acordo depois que os requisitos já tiverem sido analisados, de forma a ser critério de delimitação das condições a serem cumpridas pelo investigado.

Mesmo que não haja entendimento pacificado tanto na doutrina quanto na jurisprudência sobre ser ou não o acordo de não persecução um direito público subjetivo do acusado, algumas conclusões, do ponto de vista pragmático, são possíveis de serem extraídas do conjunto de argumentos apresentados: (a) é um direito do acusado ter os requisitos do acordo de não persecução penal avaliados no caso concreto, a fim de se verificar a viabilidade de sua aplicação, antes ou no momento da denúncia; (b) o juiz não pode substituir-se ao Ministério Público no oferecimento do acordo de não persecução penal, haja vista a própria lei ter atribuído a análise dos pressupostos do acordo ao titular da ação penal; (c) havendo recusa por parte do membro do Ministério Público no oferecimento do acordo, dever-se-á fazer uso do dispositivo do §14 do art. 28-A, requerendo o investigado a remessa dos autos a autoridade superior do Ministério Público, na forma do art. 28 do CPP.

4.4. FINALIDADE PENAL: REPROVAÇÃO E/OU PREVENÇÃO?

O princípio basilar do poder punitivo, que deve orientar político-criminalmente todo o sistema penal, é a *ultima ratio*. A pena só deve ser uma medida necessária naquelas situações nas quais outras consequências não possam ser empregadas ou efetivadas. Da mesma forma, a imposição de penas em nome de uma estrita exigência de retribuição ou expiação é absolutamente incompatível com a ideia de Estado Democrático de Direito, secularizado e pluralista.⁶⁹⁰ Sob a pretensão de tomar para si a persecução de toda a criminalidade existente

Reynaldo Soares Da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 22/09/2020, DJe 28/09/2020. Da mesma forma, já entendeu o Min. Alexandre de Moraes, no julgamento do Agravo regimental no *Habeas Corpus* n. 191.124/RO, por parte da primeira turma do STF, que “*poderá o Ministério Público entender que, na hipótese específica, o acordo de não persecução penal não se mostra necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime*”. Cf. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Agravo Regimental no Habeas Corpus n. 191124/RO*, Relator(a): Alexandre de Moraes, Primeira Turma, julgado em 08/04/2021, Processo Eletrônico Dje-069, divulgação 12/04/2021, publicação 13/04/2021.

⁶⁹⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal português: as consequências jurídicas do crime*. Lisboa: Aquitas, 1993, p. 61.

em nome da estrita legalidade, o Estado apenas demonstrou sua incapacidade em monopolizar a administração da justiça penal, por meio de reações centralizadas.

De fato, forçoso aceitar em termos práticos a ambição de exterminar a criminalidade. Mas mesmo a aspiração de mantê-la em níveis suportáveis torna-se difícil sem se pensar em outros mecanismos de enfrentamento do crime que não a mera punição,⁶⁹¹ sempre atrasada antes às exigências sociais de proteção. Um paradigma razoável e limitado de justiça penal, de forma a racionalizar o uso de recursos públicos com os resultados pretendidos, além de preservar o âmbito da liberdade individual, deve se centrar em mecanismos de descriminalização (penal) e diversificação (processual),⁶⁹² especialmente como forma de incrementar a intervenção mínima, mas também de perseguir, antes de tudo, a prevenção em razão da média e grave criminalidade.⁶⁹³

O acordo de não persecução penal é, pois, um desses instrumento dessa nova Política criminal, representando um mecanismo de diversificação processual da pena privativa de liberdade para a pequena e média criminalidade, com a substituição por consequências e obrigações destituídas de efeito penal. Amparado nas ideias de oportunidade e consenso, tem por objetivo, antes de tudo, favorecer a socialização e evitar a dessocialização daqueles submetidos à justiça penal, de forma a preservar o efeito estabilizador da norma penal.⁶⁹⁴ Exatamente por esse motivo não se pode deixar de notar que o art. 28-A do CPP⁶⁹⁵ tenha repetido, com estranha proximidade, a disposição do art. 59 do CP,⁶⁹⁶ segundo a qual as medidas a serem fixadas como condições do acordo devam ser necessárias e suficientes para reprovação e prevenção do crime. Parece haver certa imprecisão nessa definição de finalidades.

⁶⁹¹ DIAS, *Direito penal português*, op. cit., p. 62.

⁶⁹² Esclarece FIGUEIREDO DIAS entender por movimento de diversão ou desjudiciarização em Direito penal como “o conjunto de processos usados pelas instâncias formais ou informais de controlo com vista a alcançar uma solução de conflitos jurídico-penais fora do sistema formal de aplicação da justiça penal (pelo menos, **antes do momento jurídico-processual de determinação da culpabilidade e/ou sanção** ...), afastando correspondentemente as pessoas daquele sistema e do respectivo ‘corredor da delinquência’, ou de parte deles” (destaque acrescentado). Cf. DIAS, *Direito penal português*, op. cit., p. 67.

⁶⁹³ DIAS, *Direito penal português*, p. 64. Para ISASCA, “pretensão do Estado não deve, em primeira linha e muito menos exclusivamente a punição – esta deve ser entendida e empregue como *ultima ratio* e portanto onde outras medidas não sejam possíveis ou eficazes – mas antes a prevenção contra o crime e sobretudo a prevenção contra a reincidência, que é a prova mais dramática, da tentativa falhada de reintegração social do delinquente”. ISASCA, *Alteração substancial dos factos e sua relevância no Processo penal português*, op. cit., p. 235.

⁶⁹⁴ DIAS, *Direito penal português*, op. cit., p. 67-68.

⁶⁹⁵ “Art. 28-A. 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 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, **desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime**, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente: (...)” (destaque acrescentado).

⁶⁹⁶ “Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, **conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime**” (destaque acrescentado).

Isso porque, como não há juízo sobre a culpabilidade do imputado, torna-se forçoso se referir à retribuição.⁶⁹⁷

Tal previsão do dispositivo no diploma processual se justificaria, nos termos do que vem apontando a doutrina, sob dois vieses, um positivo e um negativo. Sob o ponto de vista positivo, funcionando as condições como equivalentes funcionais da pena, concretizando a ideia pela qual os acordos funcionam nas fronteiras entre Direito e Processo penal para dar solução aos casos penais. E como um requisito negativo: caso “*exista algum elemento que não recomende, desde uma perspectiva preventiva do delito, a celebração da avença, não deverá ser celebrado o acordo de não persecução penal*”.⁶⁹⁸

Dessa ordem de argumentos cabem dois grupos de questionamentos críticos fundamentais: em primeiro lugar, qual a natureza jurídica das condições tidas por consequências do acordo? Como poderia haver retribuição, por um equivalente funcional da pena, se não há juízo sobre a culpabilidade do acusado? Em segundo, mesmo que fosse tido por equivalente funcional, a imposição de condições não pode ser considerada como requisito do acordo, mas sim sua consequência. Assim, poderia haver discricionariedade do Ministério Público em não oferecer o acordo sob essa justificativa?

Ademais, ainda sustenta a doutrina que a simples dúvida sobre o caráter preventivo do acordo acarretaria a inviabilidade de seu oferecimento. Isso porque haveria uma interpretação analógica do art. 44, III do CP, segundo a qual, havendo dúvida quanto ao preenchimento dos requisitos da substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos, recomendar-se-ia sua não realização.⁶⁹⁹ Desta alegação caberia uma terceira interrogante: sendo o acordo um benefício penal para o acusado não se submeter ao processo, a dúvida não deveria beneficiá-lo, pela intervenção do princípio do “*in dubio pro reo*”? A premissa para o estabelecimento da analogia com os critérios de substituição das penas restritivas de direito também seria questionável, porquanto nessa situação tida por equivalente já houve juízo sobre a culpabilidade do acusado, constituindo elas, de forma imediata, uma medida político-criminal

⁶⁹⁷ Note-se que a Resolução 181/2017 do CNMP não incorreu na mesma controvérsia. Sua redação simplesmente se limitava a afirmar: “*Art. 18. Não sendo o caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor ao investigado acordo de não persecução penal quando, cominada pena mínima inferior a 4 (quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça a pessoa, o investigado tiver confessado formal e circunstanciadamente a sua prática, mediante as seguintes condições, ajustadas cumulativa ou alternativamente: (...)*”.

⁶⁹⁸ CABRAL, *Manual do acordo de não persecução penal*, op. cit., p. 93.

⁶⁹⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal: parte geral*. Volume I. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 682. Em exatos termos, CABRAL, *Manual do acordo de não persecução penal*, op. cit., p. 93.

alternativa para enfrentar o crescente fenômeno do superencarceramento,⁷⁰⁰ e não para evitar o Processo, como alternativa à propositura da ação penal.

Com efeito, ao se pretender levar em consideração, tal qual faz o art. 59 ou o art. 44 do CP, elementos como a culpabilidade e a reprovabilidade da conduta do agente como requisito para a celebração do ANPP, colocar-se-ia em xeque os princípios fundamentais da inafastabilidade da jurisdição (*nulla poena sine iudicio*) e o princípio da presunção não culpabilidade. Como bem lembra COSTA ANDRADE, a submissão às condições deve manter intacta a presunção de inocência. Desta forma, as regras de comportamento devem se orientar primordialmente, ou de forma exclusiva, para fins de prevenção, estando excluída a retribuição por ausência de seus pressupostos de justificação material.⁷⁰¹ A ideia de retribuição nos acordos pré-processuais constitui uma verdadeira *contradictio in adiecto*. Como é possível, ao mesmo tempo, não haver interesse na persecução e punição por parte do Ministério Público e se pretender, mesmo assim, aplicar uma medida relacionada à reprovação de um fato cometido?⁷⁰²

Um sistema penal baseado na ideia de prevenção diferencia-se de forma evidente de um orientado pela retribuição. Em relação à primeira hipótese, as medidas devem ser tomadas à luz da gravidade do fato, enquanto na segunda, estar atento, essencialmente, ao dano causado à vítima ou à terceiros em relação ao delito. Em atenção à gravidade do delito e à danosidade social, as condições devem atender às funções do Direito penal e aos critérios da necessidade e merecimento de pena.⁷⁰³ Essa distinção se faz indispensável principalmente ante àqueles delitos sem um dano concreto, uma vítima direta ou situados na fase da tentativa, nos quais eventualmente caiba o acordo. Ao realizar um comportamento pós-delitivo positivo, como a reparação do dano por exemplo, o autor do fato assume a responsabilidade dos seus atos, e garante um efeito ressocializador e preventivo geral, ao reconhecer o valor da norma de comportamento.⁷⁰⁴

A ideia subjacente à colocação do legislador talvez seja melhor representada como decorrência do princípio da proporcionalidade, isto é, da necessidade e adequação entre o fato praticado e a medida imposta à sua consequência, na medida em que seja dispensável o recurso ao Processo e a outros meios de prova, sem necessariamente o juízo de valor sobre a reprovabilidade do agente. Qualquer consequência jurídica prevista pelo legislador e imposta

⁷⁰⁰ DOTTI, *Bases e alternativas para o sistema de penas*, op. cit., p. 369 e ss.

⁷⁰¹ ANDRADE, *Consenso e oportunidade*, op. cit., p. 354. Em referência, GALAIN PALERMO, *Suspensão do processo e terceira via*, op. cit., p. 626.

⁷⁰² GALAIN PALERMO, *Suspensão do processo e terceira via*, op. cit., p. 627.

⁷⁰³ GALAIN PALERMO, *Suspensão do processo e terceira via*, op. cit., p. 628.

⁷⁰⁴ Referindo-se especificamente ao instituto da reparação do dano, vide GALAIN PALERMO, *Suspensão do processo e terceira via*, op. cit., p. 629-630.

pelas agências penais de controle, seja pena ou qualquer outra medida alternativa, deve atender a proporcionalidade como marco orientador do Direito penal em um Estado Democrático de Direito. Isso não importa concluir, em outros termos, ter a proporcionalidade sempre de vir acompanhada da determinação da pena. O problema, aqui, reside muito mais na dimensão da consequência jurídica do que nas formas e métodos para determinar sua aplicabilidade ao caso concreto.

4.5. CONDIÇÕES

4.5.1. Natureza jurídica: antecipação de pena ou estabelecimento de condições?

Desde a edição da Lei 9.099/95, com a previsão do instituto da transação penal, discute-se sobre a natureza jurídica das consequências impostas às medidas de diversificação, no Brasil. Em relação a este mecanismo processual, especialmente, o legislador, de forma um tanto ambígua, se referiu à possibilidade de “*aplicação imediata de pena restritiva de direito ou multas*” (art. 76 da Lei 9.099/95). Coube à doutrina e a jurisprudência esclarecer os exatos limites interpretativos dessa expressão, e de como não poderiam ser confundidas com a imposição de uma pena sem processo.⁷⁰⁵

Saliente-se que o momento da celebração da transação penal, tal qual previsto em lei, é o da fase administrativa, na qual ainda sequer há acusação formal, não tendo o procedimento jurisdicional iniciado, motivo pelo qual prevalece o princípio da presunção de inocência. GRINOVER et al. propuseram que tal dispositivo fosse interpretado de forma limitativa às penas restritivas de direito previstas no art. 5º, XLVI da CF, considerando, inicialmente, tratem-se de sanções sem efeitos penais, como da reincidência.⁷⁰⁶ NUCCI ainda acrescenta não haver problema algum em relação à constitucionalidade da norma, haja vista a previsão

⁷⁰⁵ Sintetiza MESSIAS, “*nas transações penais (assim como nos acordos de não persecução penal), o que se pactua são condições livremente assumidas pelos acordantes, e não penas – embora a lei, erroneamente, assim o denomine, o que mostra o quão vacilante a legislação criminal foi (e pode voltar a ser) ao versar sobre a taxonomia da Justiça consensual na área penal, que ainda é principiante*”. Cf. MESSIAS, Mauro. *Acordo de não persecução penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 31.

⁷⁰⁶ GRINOVER et al., *Juizados especiais criminais*, p. 144. Da mesma forma: GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do Direito processual*. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 407.

expressa no art. 98, I da CF.⁷⁰⁷ Portanto, não é de se ignorar que, em não havendo processo nem condenação, inadequado tratar a consequência jurídica de tal dispositivo como pena.⁷⁰⁸

Há autores, no entanto, que reconhecem verdadeiras penas sem processo na hipótese de tal previsão legal. E tal conclusão pode ser facilmente extensível aos acordos de não persecução. Dessa forma, referindo à Resolução 181/2017 do CNMP, AMORIM atribui ao termo “condições”, o significado de verdadeiras sanções de natureza penal.⁷⁰⁹ Por outro lado, CABRAL afirma ser evidente não terem os acordos a finalidade de imposição de penas, mas sim de direitos e obrigações de natureza negocial. O investigado escolhe cumpri-las por sua própria vontade, ao contrário da coercibilidade ínsita à ideia da pena criminal. Caso não o faça, legitima o Ministério Público a apresentar a denúncia e dar ensejo à ação penal (§10 do art. 28-A do CPP).⁷¹⁰

Referindo-se ao instituto da reparação, a partir do equivalente português da suspensão do processo, GALAIN PALERMO afirma se tratar de uma condição ou obrigação imposta ao arguido, pela qual uma vez cumprida acarreta a extinção da punibilidade.⁷¹¹ *Mutatis mutandis*, o mesmo raciocínio pode ser emprestado à análise dos acordos de não persecução penal no Brasil. Continua o autor no sentido de afirmar que, em certos aspectos, tal condição poderia ocupar concretamente o lugar da pena, no sistema geral de consequências jurídicas do delito, representando verdadeiro “*equivalente funcional*” da sanção penal.⁷¹²

Com efeito, ao discorrer sobre soluções de conflito sem penas, JAKOBS salienta haver outras modalidades de reação, segundo as quais a pena pode ser substituída por seus *equivalentes funcionais*.⁷¹³ As reações de ordem civil podem ter lugar sob fundamento de uma declaração penal de culpabilidade, mas também ao invés de uma constatação da culpa. Por esse motivo, a indenização do dano, por exemplo, repara as consequências do delito e confirma a vigência da norma atingida, gerando um reconhecimento da vítima no caso concreto. Tal

⁷⁰⁷ “Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau (...)” Cf. NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. Volume II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 450.

⁷⁰⁸ MARTINELLI, SILVA, *Mecanismos de justiça consensual e o acordo de não persecução penal*, op. cit., p. 55. Assim, também, prevê o enunciado 25 do GNCCRIM, “O acordo de não persecução penal não impõe penas, mas somente estabelece direitos e obrigações de natureza negocial e as medidas acordadas voluntariamente pelas partes não produzirão quaisquer efeitos daí decorrentes, incluindo a reincidência”.

⁷⁰⁹ AMORIM, Pierre Souto Maior Observações sobre a Resolução n. 181/2017 do CNMP. In. JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual penal*. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 907,

⁷¹⁰ CABRAL, *Manual do acordo de não persecução penal*. Salvador, op. cit., p. 86.

⁷¹¹ GALAIN PALERMO, *Suspensão do processo e terceira via*, op. cit., p. 616.

⁷¹² GALAIN PALERMO, *Suspensão do processo e terceira via*, op. cit., p. 616.

⁷¹³ JAKOBS, Günther. *Derecho penal: parte general*. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 14.

conclusão, obviamente, não pode ser generalizada à luz da gravidade da infração: em uma tentativa de homicídio seu efeito reparador pode ser nulo. Porém, em alguns casos a reparação pode ser mais adequada para a vítima do que a pena.⁷¹⁴

De toda forma, é inegável terem tais condições um caráter normativo sancionador, representando a inflição de um mal como consequência de uma conduta fática do arguido tipificada como crime. A esse entendimento chegou COSTA ANDRADE em relação ao referido instituto português da suspensão do processo, ao afirmar que, recorrendo a uma via alternativa, se pretende obter a mesma realização do interesse público a ser satisfeito por meio da pena. Todavia, tal sanção não estaria ligada a uma ideia de reprovação ético-jurídica, muito menos corresponder à demonstração concreta da culpa.⁷¹⁵ Em realidade, o juízo de homologação do acordo não tece nem pode adentrar em julgamento sobre a culpabilidade do investigado. Essa ideia é aproveitada para os acordos de não persecução penal, como observa CABRAL, pelo fato de tais condições impostas pelo art. 28-A não serem dotadas de imperatividade, não podendo serem consideradas como penas ou quase-penas. Têm elas, outrossim, natureza negocial, sendo aventadas quando cumpridos os requisitos legais para tanto.⁷¹⁶

Em relação a essa ideia de equivalentes funcionais também é possível tecer algumas críticas em atenção à coerência do sistema. GALAIN PALERMO afirma ser difícil estabelecer uma equivalência na medida em que, sob um ponto de vista dogmático, as condições não têm relações com penas ou medidas de segurança e não dão respostas ao problema do merecimento de pena.⁷¹⁷ Dado que não são dotadas de coercibilidade e muito menos tecem nenhum juízo sobre a culpa do imputado, este mesmo autor conclui estarem as condições dependentes, de forma quase exclusiva, da liberalidade do arguido, com a clara intenção de desvencilhar-se do problema penal.⁷¹⁸

Delimitando a controvérsia sobre o instituto processual brasileiro, é possível concluir que as condições previstas no art. 28-A, todavia, possuem ao menos uma equivalência semântica com as penas restritivas de direito, constitucional e legalmente previstas. De fato, (a) reparação do dano, (b) renúncia aos bens direitos e valores provenientes do crime, (c) prestação de serviços à comunidade e (d) prestação pecuniária estão previstas, com certas adaptações, de um lado, como efeitos da condenação no art. 91, I e II, do CP ('a' e 'b', respectivamente) ou

⁷¹⁴ JAKOBS, *Derecho penal: parte general*, op. cit., p. 16-17.

⁷¹⁵ ANDRADE, *Consenso e oportunidade*, op. cit., p. 353.

⁷¹⁶ CABRAL, *Manual do acordo de não persecução penal*, op. cit., p. 88.

⁷¹⁷ GALAIN PALERMO, *Suspensão do processo e terceira via*, op. cit., p. 626.

⁷¹⁸ GALAIN PALERMO, *Suspensão do processo e terceira via*, op. cit., p. 626-627.

pena alternativa de perda de bens do art. 43, II, CP ('b') e, de outro, como penas restritivas de direito nos termos do art. 43, I e IV do CP ('d' e 'c', respectivamente).

É pelas características preventivo-reparadoras do instituto que se garante compensação do injusto pelo dano social provocado, ao se possibilitar a ampliação do âmbito de eleição dos casos penais sujeitos à persecução, por parte do Ministério Público, e a conseguinte extinção da punibilidade do sujeito ativo ao se cumprirem tais condições. Nesse sentido, e na exata medida que se encaminham ao perfazer as funções preventivas da pena, é que tais condições podem ser consideradas como verdadeiras equivalentes funcionais.⁷¹⁹

4.5.2. Condições previstas no *caput* do art. 28-A do CPP

As obrigações ou condições assumidas pelo imputado, uma vez cumpridas, acarretarão como consequência a extinção de sua punibilidade (§ 13 do art. 28-A do CPP).⁷²⁰ Contudo, por um problema de redação legislativa, a eleição de tais obrigações fica dificultada principalmente quando se queira concluir haver qualquer espaço para o consenso no ajuste dos termos segundo os quais o acordo é celebrado. Na prática, se o *caput* do art. 28-A do CPP afirma que as condições serão “*ajustadas cumulativa e alternativamente*”, qual é o espaço do investigado em contribuir para a escolha da melhor forma de reparar seu dano? Se, efetivamente, todas as condições devem ser impostas de forma cumulada, o ANPP se aproximaria muito mais de um contrato de adesão do que um verdadeiro espaço para se construir o consenso na realização da justiça criminal.

Justamente pelo fato de ter uma redação truncada, a doutrina não poupou esforços em tentar identificar o escopo da norma ao descrever tais condições. Na tentativa de desembaraçar a contradição em termos promovida pela lei, CABRAL chama a atenção para a própria redação dos incisos:⁷²¹

Art. 28-A. 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 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente:

I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo;

⁷¹⁹ GALAIN PALERMO, *Suspensão do processo e terceira via*, op. cit., p. 631.

⁷²⁰ “§ 13. Cumprido integralmente o acordo de não persecução penal, o juízo competente decretará a extinção de punibilidade”.

⁷²¹ CABRAL, *Manual do acordo de não persecução penal*. Salvador, op. cit., p. 124-125.

II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;

III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal);

IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; **ou**

V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada. (destaque acrescentado)

Para CABRAL, a melhor interpretação seria aquele segundo a qual as previsões dos incisos I, II e III seriam sempre de aplicação cumulativa, enquanto aquelas previstas nos incisos IV e V deveriam ser alternativas. Isso por força da partícula “ou” incluída na parte final do inciso IV.⁷²² Na prática, quer-nos parecer que o legislador, tal qual constava na Resolução 181/2017, alterada pela Resolução 183/2018, ambas do CNMP, quis encontrar uma alternativa para a expressão “ajustadas cumulativa **ou** alternativamente”, sem muito sucesso. A experiência tem demonstrado a prevalência da interpretação tida pela literalidade da resolução. Uma análise pormenorizada das condições, nessa sequência, é necessária para identificar seus objetivos declarados e se, de fato, precisam ser aplicadas de forma alternada ou cumulada para cumprir os fins almejados.

(a) *Reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo.*

O papel da vítima assume destaque no dispositivo concernente ao ANPP. Além dessa condição, que favorece a reintegração ao *status quo ante* da sua situação jurídica do lesado à prática da infração penal, o § 9º submete a necessidade de intimação da vítima acerca da homologação do acordo de não persecução penal e de seu eventual descumprimento.⁷²³ A reparação do dano, aliás, está intrinsecamente relacionada ao redescobrimto do papel da vítima em Direito

⁷²² CABRAL, *Manual do acordo de não persecução penal*, op. cit., p. 125.

⁷²³ Para MESSIAS, “parece fortemente recomendável ouvir a vítima previamente às tratativas. Afinal, (...), o acordo de não persecução penal possui objetividade negocial híbrida ou mista (protege tanto a vítima quanto a sociedade, por mesclar características da composição civil dos danos e da transação penal), o que confere grande legitimidade ao instrumento consensual. Portanto, para não faltar à sistemática do acordo a sua objetividade negocial híbrida e a legitimidade desejadas, é preciso conferir especial atenção aos interesses da vítima, ouvindo-a previamente à audiência extrajudicial de acordo, e não, após a celebração da tratativa”. Cf. MESSIAS, *Acordo de não persecução penal*, op. cit., p. 63. Em que pese haja, como se viu, uma forte tendência de justificar a função da pena em atenção à vítima, por meio de teorias comunicacionais, entende-se que sua oitiva anteriormente a celebração pode prejudicá-lo ante o próprio interesse parcial do ofendido. Não se nega a importância de uma resposta satisfativa ao lesionado, mas submeter a eficácia do acordo a sua ciência pode prejudicar inclusive a almejada eficiência do instrumento de diversificação em tela.

penal.⁷²⁴ De expropriada do conflito, passa a ter papel de destaque a partir das modernas tendências de reconciliação, ressocialização e resolução alternativa de controvérsias. Sobre a reparação ainda, insere-se no âmbito das (des)vantagens econômicas, sociais e políticas do crime, impondo novas reflexões sobre as diversas formas de reação ao delito, alternativas e com mais eficácia concreta em relação as penas privativas de liberdade.⁷²⁵ Isso é ressaltado por GALAIN PALERMO, ao apontar ser a finalidade da reparação a de descongestionar os tribunais, sem com isso importar em uma ausência ou diminuição do controle social promovido pelo Direito penal.⁷²⁶ Por esse motivo, ROXIN reconhece na reparação uma utilidade preventiva tendente à integração e a recomposição da paz atingida pelo delito.⁷²⁷

(b) *Renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime.* Diferentemente da pena alternativa de perda de bens (art. 43, II do CP), na qual inclusive os bens adquiridos licitamente pelo acusado podem ser confiscados em favor do Fundo Penitenciário Nacional,⁷²⁸ o dispositivo do art. 28-A do CPP limitou essa sanção para aqueles que sejam instrumentos, produto ou proveito do crime. Dessa forma aproxima-se mais a previsão do art. 91, II do Código Penal a qual dispõe, como efeito genérico da condenação, a *perda*, em favor da União, ressalvados os direitos de terceiros de boa-fé, dos instrumentos da infração, bem como do produto do ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito da prática do crime, auferido pelo agente. Aqui, como condição dos acordos, a disposição assume caráter voluntário pela forma de *renúncia*. Desnatura-se o caráter impositivo da consequência da condenação em prol de atividade positiva do imputado, em troca de benefícios penais. Obviamente, pressupõe a existência de instrumentos utilizados para prática do crime, cujo fabrico, a alienação, o uso, o porte ou a detenção configurem, por si só, constituam ato ilícito. No caso do efeito da condenação, não é qualquer instrumento que pode ser confiscado, mas somente aqueles que por si constituam infração,⁷²⁹ sem se considerar,

⁷²⁴ E assim confirma a Exposição de motivos da nova parte geral do Código penal de 1984. Ao tratar sobre o instituto do arrependimento posterior afirma: “*Essa inovação constitui providência de Política Criminal e é instituída menos em favor do agente do crime do que da vítima. Objetiva-se, com ela, instituir um estímulo à reparação do dano, nos crimes cometidos ‘sem violência ou grave ameaça à pessoa’*” (destaque acrescentado).

⁷²⁵ Sobre o instituto da reparação do dano, vide o profundo estudo de MACHADO, Allan. *Eficiência e direito penal: uma análise crítica do instituto da reparação do dano no sistema de consequências do delito*. Dissertação de mestrado. Curitiba: PUCPR, 2018, p. 21 e ss.

⁷²⁶ GALAIN PALERMO, Pablo. *La reparación del daño a la víctima del delito*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 29.

⁷²⁷ ROXIN, Claus. La reparación en el sistema de los fines de la pena. In: ESER, Albin; HIRSCH, Hans Joachim; ROXIN, Claus et al. (org.). *De los delictos y de las Víctimas*. Argentina: AD- HOC, 1992, p. 148.

⁷²⁸ BEM, Leonardo Schimitt de; MARTINELLI, João Paulo. *Direito penal: lições fundamentais*. Parte geral. Belo Horizonte: D’Plácido, 2020, p. 1182.

⁷²⁹ BEM, MARTINELLI, *Direito penal: lições fundamentais*, op. cit., p. 1180-1181.

obviamente, as hipóteses específicas do chamado confisco alargado.⁷³⁰ Não haveria por que considerar de forma diversa no caso dos acordos, visto a interpretação extensiva em matéria penal ser, via de regra, vedada.⁷³¹ Produtos do crime, por sua vez, são os objetos, bens e valores que diretamente representem proveito da infração, enquanto o proveito, *stricto sensu*, são aqueles obtidos indiretamente. Ora, para que haja a incidência dessa condição, indispensável haver instrumentos, produtos ou proveitos da infração, caso contrário se torna faticamente inviável aplicá-la. Pense-se nos delitos formais ou de mera conduta, por exemplo, dos quais não advém produtos ou proveitos imediatos. Aqui surge, portanto, um inafastável problema para sustentar a interpretação segundo a qual os três primeiros incisos seriam de aplicação cumulativa.

(c) *Prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Código Penal.* Nos termos desse artigo do diploma material, a prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas consiste na atribuição de tarefas gratuitas ao condenado (§1º), a qual dar-se-á em entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres, em programas comunitários ou estatais (§2º). As tarefas deverão ser atribuídas conforme as aptidões do condenado, sendo cumpridas à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação, fixadas de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho (§3º). Quanto à proporcionalidade da medida, CABRAL aponta alguns requisitos a serem observados em relação à sua individualização: (I) identificação da pena mínima do delito, levando-se em consideração as causas de aumento e de diminuição, aplicando-se no primeiro caso o percentual mínimo e, no segundo, o máximo; (II) aplicação do desconto pela celebração do acordo de 1/3 a 2/3, a depender da gravidade do delito e do grau de reprovabilidade do agente; por fim, a (III) indicação do local de cumprimento da medida fica excluída da negociação das partes, haja vista ter o legislador fixado como de competência do juízo de execução indicá-la.⁷³² Isso não impede, todavia, a possibilidade das partes de indicarem ou sugerirem ao magistrado o local que lhes pareça mais adequado ao seu cumprimento, desde que relacionadas à atividades relacionadas com o bem jurídico lesionado.

⁷³⁰ Sobre o tema vide: SÁNCHEZ RIOS, Rodrigo; COSTA, Victor. Confisco alargado: a ampliação do instituto do perdimento de bens na Lei 13.964/2019 (“Lei Anticrime”). In: TEIXEIRA, Adriano (org.). *Perda das vantagens do crime no Direito penal: confisco alargado e confisco sem condenação*. São Paulo: Marcial Pons, 2020, p. 17 e ss.

⁷³¹ A mesma conclusão chega CABRAL, *Manual do acordo de não persecução penal*, op. cit., p. 133.

⁷³² CABRAL, *Manual do acordo de não persecução penal*, op. cit., p. 135-136. Para CABRAL, “*quem abre mão da ação (o Ministério Público) e quem se compromete a cumprir a medida (o investigado) acabam sendo alijados de relevantíssimo aspecto da negociação, existindo interferência do Poder Judiciário nesse aspecto importante da celebração do negócio jurídico*”.

Evidentemente, tais parâmetros devem funcionar como balizas racionais ao Ministério Público, sempre sujeito, em tese, a contraproposta por parte da defesa do investigado.⁷³³

(d) *Pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Código Penal, a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito.* A fim de diferenciá-la da reparação do dano à vítima, prevista no inciso I, a prestação pecuniária aqui aventada se destina à entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo magistrado, não inferior a 1 (um) salário mínimo nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos (§1º do art. 45 do CP). Destinada, precipuamente, a ser uma condição de caráter preventivo do acordo, devem ser observadas para sua individualização a gravidade do injusto e a capacidade econômica do investigado, nos termos do também já decidido pelo STJ.⁷³⁴ Tal como a prestação de serviços à comunidade, a lei fixou ao juízo de execução a competência para indicar a entidade beneficiária, sem prejuízo das partes apontarem as que julgarem mais adequadas, sempre em atenção ao bem jurídico lesionado.

(e) *Cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.* Por fim, e logo após a ambígua conjunção alternativa “ou”, o legislador previu uma cláusula de abertura para outras condições a serem estabelecidas pelo Ministério Público, em atenção as peculiaridades do caso concreto. Como é de fácil conclusão, isso não importa necessariamente em uma completa discricionariedade do agente estatal, mas está limitada, ademais, (I) pelo prazo determinado, (II) pela proporcionalidade, na forma de necessidade e adequação da medida; e (III) pela compatibilidade com a infração imputada. Exemplos não faltam, como os citados por CABRAL: renúncia de cargo emprego ou função pública; compromisso de não se candidatar a cargo público; não exercer determinadas profissões; não frequentar determinados lugares; não dirigir veículo automotor etc.⁷³⁵

⁷³³ CABRAL, *Manual do acordo de não persecução penal*, op. cit., p. 136-137.

⁷³⁴ CABRAL, *Manual do acordo de não persecução penal*, op. cit., p. 140. Acerca da jurisprudência, decidiu a Quinta Turma do STJ: “a fixação da prestação pecuniária, pena restritiva de direito, embora não esteja vinculada aos mesmos critérios formadores da pena privativa de liberdade, não está dissociada de uma análise acerca da condição econômica do réu”, cf. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Agravo Regimental no Recurso Especial n. 176.044-6/PR*, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 27/11/2018, DJe 03/12/2018.

⁷³⁵ CABRAL, *Manual do acordo de não persecução penal*. op. cit., p. 141-144. Sobre os limites das outras condições a serem propostas pelo Ministério Público, SOUZA e DOWER aponta a impossibilidade da prestação ser proibida pelo ordenamento, de não atingir direitos de terceiros, de não violar valores sociais nem a dignidade da pessoa humana, seja resguardada a voluntariedade e o consenso e implique na recomposição social do dano. Cf. SOUZA, Renee; DOWER, Patrícia. Algumas respostas sobre o acordo de não persecução penal. In. CUNHA, Rogério et. al. (org.). *Acordo de não persecução penal*. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 162.

Ante a natureza das condições previstas no caput do art. 28-A do CPP, somada a própria natureza negocial do acordo de não persecução penal, evidente que a melhor interpretação a ser oferecida à expressão “*condições ajustadas cumulativa e alternativamente*” é aquela segundo a qual as condições deverão ser ajustados ao caso concreto e observadas suas circunstâncias e peculiaridades, de forma que haja espaço para ajustes e concordância entre as partes. Nem sempre haverá necessidade de imposição cumulativa de todas as sanções para se ter direito à alternativa penal. Se assim o fosse, o próprio objetivo do acordo, em ser uma medida mais benéfica e tendente a reduzir a litigiosidade da justiça criminal com o maior alcance possível, estaria prejudicado.⁷³⁶

4.6. REQUISITOS POSITIVOS

4.6.1. Indispensabilidade da investigação preliminar

Não é demais recordar a concepção tradicional de Processo penal segundo a qual se vislumbra como mecanismo indispensável à aplicação de uma sanção criminal, em atenção, sobretudo, ao princípio do devido processo legal. A realização do crime não importa de maneira instantânea na aplicação da pena, mas deve ser antecedida pelo preenchimento dos pressupostos de punibilidade a serem verificados no Processo, mediante o contraditório e a ampla defesa. Nesse sentido, serve o procedimento para a reconstrução de um fato histórico pretérito, caracterizado legalmente como crime, permitindo, com isso, comprovar ou negar a culpabilidade do sujeito ativo, por meio de provas juridicamente admitidas. Assim, o Processo é o instrumento para se concluir se o arguido será punido ou não. A expressão que retrata o fato a ser reconstruído é definida pela doutrina como caso penal. O caso penal é, portanto, o objeto do processo.⁷³⁷

⁷³⁶ De tal forma, nesse ponto concordamos com LOPES, Rodolfo Soares Ribeiro. A ampliação dos espaços de consenso no processo a partir da Lei n. 13.965/2019: os acordos de não persecução civil e penal. In: TAVARES, João Paulo (org.). *Pacote anticrime: Lei 13.964/2019 na visão dos Procuradores da República*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 140-141.

⁷³⁷ Para os fins aqui propostos, entende-se por objeto do processo “*o acontecimento histórico, o assunto ou o pedaço unitário de vida vertido na acusação e imputado, como crime, a um determinado sujeito e que durante a tramitação processual se pretende reconstruir o mais fielmente possível*”. ISASCA, Frederico. *Alteração substancial dos factos e sua relevância no Processo penal português*. Coimbra: Almedina, 1992, p. 240. No Brasil, posição semelhante assume COUTINHO, para quem “*para expressar essa reconstituição que se efetiva no processo penal – geralmente de forma conflitual, mas não sempre –, e tem importância prática já na primeira fase da persecução, o ideal seria uma expressão ainda não comprometida com outros significados relevantes: caso penal (...)*”. COUTINHO, Jacinto. *A lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba: Juruá, 1989, p. 135.

Com efeito, o membro do Ministério Público, ao ser confrontado com os autos da investigação preliminar, deverá, fundamentalmente: a) constatar se tratar de uma hipótese de arquivamento, por ausência de indícios mínimos de autoria e materialidade (art. 28 do CPP); b) verificar a possível incidência de algum mecanismo de diversificação processual, como a transação penal ou o acordo de não persecução penal (art. 28-A do CPP)⁷³⁸; ou ainda c) oferecer denúncia no prazo do art. 46 do CPP, a contar do recebimento da investigação preliminar, quando houver. Nas duas últimas hipóteses, deverão estar presentes, em qualquer caso, indícios razoáveis de autoria e materialidade, de forma a conformar a justa causa para o exercício da ação penal ou, em outras palavras, *não ser um caso para arquivamento*.⁷³⁹ Acertadamente, LOPES JR enaltece a justa causa como “*condição de garantia contra o uso abusivo do direito de acusar*”.⁷⁴⁰ Na hipótese de os elementos do inquérito serem insuficientes para justificar o transcorrer do Processo penal, inexistindo suporte probatório mínimo para o constrangimento promovido pela persecução, a consequência será o arquivamento ou a rejeição da acusação.⁷⁴¹

Por seu turno, LOPES JR ainda situa o controle processual do caráter fragmentário do Direito penal na justa causa para o exercício da ação penal. Para o autor, questões relativas à insignificância ou à bagatela devem acarretar a ausência de justa causa, de forma a evitar o oneroso custo do Processo à luz do princípio da proporcionalidade, na vertente da proibição de excesso de intervenção.⁷⁴² Ora, não passa longe a interpretação aqui proposta para os acordos de não persecução penal. É verdade que a insignificância configura uma reconhecida hipótese de atipicidade material.⁷⁴³ No entanto, admitindo uma ideia de antijuridicidade material, é possível promover gradações quanto à gravidade da lesão decorrente de uma conduta típica.⁷⁴⁴ Reconhecendo haver um espaço para a incidência do princípio da intervenção mínima entre os extremos casos da insignificância e da criminalidade grave, é possível aí posicionar uma

⁷³⁸ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Habeas Corpus* n. 612.449/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares Da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 22/09/2020, DJe 28/09/2020.

⁷³⁹ Como sintetiza DE BEM, “*a investigação preliminar se destina à formação da opinio delicti do órgão acusador. O interesse de atuação do Ministério Público decorre da existência de justa causa, isto é, uma das condições da ação penal que se consubstancia pelo ‘predomínio das razões positivas que afirmam a existência do delito e sua autoria’. Pelo contrário, se os elementos apurados forem insuficientes, a consequência será o arquivamento*”. Cf. BEM, Leonardo Schmitt de. Requisitos do acordo de não persecução penal. In: DE BEM, Leonardo Schmitt; MARTINELLI, João Paulo (Orgs.). *Acordo de não persecução penal*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2020, p. 173.

⁷⁴⁰ LOPES JR., *Direito processual penal*, op. cit., p. 379.

⁷⁴¹ LOPES JR., *Direito processual penal*, op. cit., p. 380.

⁷⁴² LOPES JR., *Direito processual penal*, op. cit., p. 380-381.

⁷⁴³ ROXIN, *Derecho penal: parte general*, op. cit., p. 296.

⁷⁴⁴ Para ROXIN, “*El contenido material del injusto tiene importancia tanto para el tipo (como tipo o classe de injusto) como para la antijuridicidad (la concreta afirmación o negación del injusto). En el aspecto valorativo del tipo el injusto material representa una lesión de bienes jurídicos que por regla general es necesario combatir con los medios del Derecho penal*”. ROXIN, *Derecho penal: parte general*, op. cit., § 14, p. 558-559.

terceira via entre o arquivamento e o oferecimento da denúncia pela via processual, isto é, os mecanismos de diversificação e oportunidade da ação penal. Precisamente nesse entroncamento se encontra um uso político-criminal do Processo penal, tendente a racionalizar a persecução.

Efetivamente, pretende-se evitar a realização de um acordo em casos nos quais seja plenamente possível o arquivamento ou que constituam, no mais das vezes, hipóteses de atipicidade da conduta. Porém, é possível haver casos nos quais haja justa causa para o exercício da ação penal, não configurem a hipótese de incidência do princípio da insignificância, e mesmo assim não mereçam ser submetidos ao estigmatizante rito do Processo penal pela sua pequena ou média gravidade. Isso só é possível, obviamente, como um benefício ante a presença de certos requisitos, constituindo uma medida alternativa de caráter não aflitivo e sem os efeitos penais da condenação, como no caso dos acordos de não persecução penal. Além de se evitar o desnecessário custo do processo, garante a finalidade preventiva da norma ao possibilitar uma sanção de caráter não penal.

Diferentemente do que ocorre com o sistema de acordos norte-americano, nosso ordenamento, até o momento, não admite que a confissão do arguido supra qualquer produção de prova adicional relativa ao fato.⁷⁴⁵ Ao se exigir a presença da procedimento administrativo da investigação preliminar como requisito para a celebração dos acordos em discussão se pretende, justamente, evitar: (a) um subterfúgio para debilidades da investigação; (b) a tentativa de substituir a investigação pela admissão da responsabilidade por parte do acusado;⁷⁴⁶ (c) a imposição de acordos ante hipóteses de ausência de justa causa; e (d) a aceitação de acordos ante a incidência de causas de atipicidade, justificação, de exculpação, ou extintivas da punibilidade.⁷⁴⁷ Aponta DEZEM a necessidade de se evitar a possibilidade de impor um acordo em um hipóteses típicas de arquivamento, na qual careça de indícios mínimos de autoria,

⁷⁴⁵ DIAS, *Para uma reforma global do processo penal português*, op. cit., p. 236.

⁷⁴⁶ De forma, inclusive, a evitar o retorno à medieval sistemática da prova tarifada, pela qual a confissão era considerada a *regina probationum*. Sustentando a exigência da investigação preliminar como forma de validação da confissão colhida, afirma GUARAGNI: “quando ocorre a confissão circunstanciada, os detalhes do fato emergem e permitem a confirmação do quanto recolhido no acervo probatório da investigação pré-processual. A partir daí, forja-se o esclarecimento do caso penal, calcado não só na confissão detalhada, mas na sua confirmação, com esteio no restante material de provas recolhido”. Cf. GUARAGNI, Fábio André. Acordo de não persecução penal: os contornos da confissão exigida pelo art. 28-A do CPP. In. BEM, Leonardo; MARTINELLI, João (orgs.). *Acordo de não persecução penal*. São Paulo: D’Plácido, 2020, p. 232.

⁷⁴⁷ Sem entrar em pormenores quanto a degeneração do processo decisório, agora trasladado ao Ministério Público. Sobre o exemplo mais paradigmático, explanado por CORDERO, quanto a formação da convicção antes da análise das provas, sob a conhecida expressão de “*quadro mental paranoico*”, vide CORDERO, Franco. *Guida ala procedura penale*, op. cit., p. 51.

materialidade ou tipicidade da conduta. Em não havendo provas para a apresentação de uma denúncia ou mesmo para eventual condenação, a propositura do acordo deve ser vedada.⁷⁴⁸

Inclusive, não parece ter sido outro o objetivo de incluí-la, inicialmente, na resolução que tratou do procedimento investigatório criminal por parte do Ministério Público (Resolução 181/2017 do CNMP). Somente um procedimento investigatório pode sanar as dúvidas quanto a ausência de justa causa ou a incidência de alguma causa de exclusão do crime, que de outra forma não poderia ser suprida pela mera confissão do investigado. O art. 28-A do CPP também contém, em sua parte inicial, a exigência de que não se esteja diante de uma hipótese de *arquivamento do inquérito*, sempre quando o *investigado* tenha confessado formal e circunstancialmente.

Poder-se-ia objetar quanto a essa exigência de investigação preliminar, as consequências práticas que isso acarretaria sobre a aceitação dos acordos para as infrações penais submetidas ao regime das ações privadas, por exemplo. Em que pese haja uma certa controvérsia quanto sua possibilidade,⁷⁴⁹ não se vislumbra qualquer vedação específica quanto a sua admissibilidade.⁷⁵⁰ E aqui é plenamente aceitável a analogia com o instituto da transação penal, para o qual caberia ao querelante apresentar a proposta.⁷⁵¹ Diante da recusa do ofendido, tanto LAI quanto LOPES JR, acreditam ser plenamente viável, o Ministério Público, enquanto *custus legis* (art. 257, II do CPP), se substituir a ele e apresentar a proposta,⁷⁵² desde que, sendo intimada a vítima para audiência de tratativas, esta não compareça ou se negue a oferecer o acordo.⁷⁵³ Contudo, em qualquer caso, deve haver um juízo cognitivo preliminar sobre as provas apresentadas pelo ofendido, de forma a evitar que uma queixa sem condições de prosperar enseje um acordo em um hipótese de arquivamento ou de absolvição sumária, por

⁷⁴⁸ DEZEM, Guilherme. Alterações no Código de Processo penal (art. 3º), na Lei de normas procedimentais perante o STF e o STJ (art. 16) e no Código de Processo penal militar (art. 18). In. DEZEM, Guilherme Madeira; SOUZA, Luciano Anderson de. *Comentários ao pacote anticrime: Lei 13.964/2019*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 104-105.

⁷⁴⁹ Em sentido contrário à admissibilidade, vide SILVA, Marcelo Oliveira da. O acordo de não persecução penal. *Revista EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 22, n. 3, Set-Dez /2020, p. 264-265.

⁷⁵⁰ Assim já sustentaram LOPES JR., Aury; JOSITA, Hygina. *Questões polêmicas do acordo de não persecução penal*. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-mar-06/limite-penal-questoes-polemicas-acordo-nao-persecucao-penal>. Acesso em 22 de julho de 2021. Da mesma forma, para LAI, “por ser um benefício legal, não resta dúvida quanto à sua extensão ao crime de ação penal privada”, cf. LAI, Sauvei. Primeiras impressões sobre o acordo de não persecução penal. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, n. 75, jan./mar. 2020, p. 182.

⁷⁵¹ “(...) II - A jurisprudência dos Tribunais Superiores admite a aplicação da transação penal às ações penais privadas. Nesse caso, a legitimidade para formular a proposta é do ofendido, e o silêncio do querelante não constitui óbice ao prosseguimento da ação penal”. Cf. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Ação Penal n. 634/RJ*, Rel. Ministro Felix Fischer, Corte Especial, julgado em 21/03/2012, DJe 03/04/2012.

⁷⁵² LAI, *Primeiras impressões sobre o acordo de não persecução penal*, op. cit., p. 183.

⁷⁵³ LOPES JR., JOSITA, *Questões polêmicas do acordo de não persecução penal*, op. cit., loc. cit.

exemplo. Aqui, em não havendo justa causa para o exercício da ação penal, deve o Ministério Público requerer seu arquivamento e não apresentar, em substituição, uma proposta de acordo.

4.6.2. Confissão formal e circunstanciada

A confissão formal e circunstanciada, a qual se refere o *caput* do art. 28-A do Código de Processo penal, está prevista como requisito formal para a aceitação dos acordos, a exemplo do que, com algumas poucas alterações na redação, exigia a Resolução 181/2017 do CNMP. Aliás, foi o primeiro instituto negocial a exigí-la, no ordenamento pátrio. A pretensão do legislador com a manutenção dessa exigência é de difícil apreensão: passa desde uma demonstração da voluntariedade da medida até uma tentativa de repreensão moral para o oferecimento do benefício. Resta saber, no entanto, os efeitos de tal confissão em relação ao restante do sistema processual. A confissão representaria admissão da culpa? Tal admissão da culpa poderia ser utilizada como prova caso as condições fixadas no acordo fossem descumpridas? Tal confissão teria efeitos no processo de reparação civil ou em eventual caso trabalhista ou administrativo?

Em primeiro lugar, ante a exigência de tal requisito, há de se entender o limite e alcance da confissão indispensável para a celebração do ANPP. Para GUARAGNI, o fato de a confissão ser formal não constitui, necessariamente um fim e si mesmo. Se liga, a dois argumentos fundamentais, relacionados essencialmente à segurança jurídica: o primeiro, demonstra a opção voluntária do investigado e sua defesa em se submeter ao acordo, ao preencher um de seus requisitos. Em segundo, garante uma resposta estatal satisfativa, como alternativa a uma sentença condenatória definitiva.⁷⁵⁴ A expressão “*circunstancialmente*”, a seu turno, diz respeito à extensão da confissão, dentro e segundo uma situação concreta. Diferente de “*circunstanciada*”, como previa a redação da Resolução 181/2017 do CNMP, que poderia ser lida como minuciosa, pormenorizada, detalhada, “*circunstancialmente*” seria mais ligada a uma ideia pontual, determinada.⁷⁵⁵ Talvez tenha sido colocada dessa forma ante a necessidade de

⁷⁵⁴ Para GUARAGNI, “*a formalidade está ligada à projeção de segurança jurídica em duas direções: (1) na perspectiva do imputado, assegura a demonstrabilidade do preenchimento de um dos requisitos para a lavratura do ANPP, enquanto opção de seu interesse no jogo das estratégias defensivas; (2) pela perspectiva estatal, cimenta a resolução do caso penal pela via distinta do processo, permitindo a positivação do delito, a solene confirmação dos papéis assumidos na sua dinâmica (agressor e agredido, sobretudo) e, pela via do cumprimento das cláusulas acordadas, a resposta estatal por via diversa da sentença condenatória definitiva.*” GUARAGNI, *Acordo de não persecução penal: os contornos da confissão exigida pelo art. 28-A do CPP*, op. cit., p. 231.

⁷⁵⁵ GUARAGNI, *Acordo de não persecução penal: os contornos da confissão exigida pelo art. 28-A do CPP*, op. cit., p. 231-233.

adequação à teleologia da jurisprudência do STJ, que garante inclusive a possibilidade de atenuação da pena diante da presença de confissão parcial, como recordam MENDES e LUCCHESI. Assim, a confissão parcial também poderia ser admitida como requisito do acordo.⁷⁵⁶

Em relação aos seus problemas, propriamente ditos, pode-se intuir que o legislador pretendia com sua exigência um sistema similar ao de *plea bargaining*, aos modos de uma assunção da culpa. No entanto, seus efeitos no Processo penal ainda são incertos, permitindo certo grau de margem para interpretação. Não se pode confundir, na esteira do pontuado por FIGUEIREDO DIAS, confissão circunstanciada com assunção da culpabilidade. Para o autor, as deliberações sobre os acordos não podem ter por objeto a questão processual da culpabilidade.⁷⁵⁷ Diferentemente do sistema americano, que consagra o princípio da ampla disponibilidade sobre o objeto do processo, os sistemas continentais exigem que tal margem de apreciação do órgão acusatório esteja sempre judicialmente submetida a controle.⁷⁵⁸ Nesse sentido, alguma razão teve a lei em estabelecer como requisito, propriamente, a confissão do arguido, e não sua admissão de culpabilidade. A diferença não é meramente linguística, mas decorrente da própria sistemática processual pátria, na qual não se admite a confissão isolada como prova suficiente da culpabilidade (art. 197 do CPP).

Indispensável, todavia, fazer referência ao clássico princípio do Processo penal segundo o qual não há culpa sem prévio Processo penal (*nulla culpa sine iudicio*).⁷⁵⁹ Recorrendo à classificação entre acordos sobre o processo e acordos sobre a sentença, Marcondes Pereira de OLIVEIRA afirma que, nesta última hipótese, na qual há juízo sobre a culpabilidade do imputado sem a fase de instrução, a confissão e a assunção da culpa são os pressupostos sob os quais se fundamenta o negócio processual. Para haver uma decisão com força de condenação há a necessidade de se enfrentar a culpabilidade do agente, devendo-se recorrer, sobretudo, à confissão, mas não só, dado que ante à sistemática processual sempre deve ser corroborada por outras provas obtidas lícitamente. Exemplo insigne é o *plea bargaining*, instituto ainda não recepcionado pelo Direito brasileiro. De outra sorte, estão os acordos sobre o processo, dentre os quais o ANPP. Nessa seara, já que não há julgamento do mérito, nem aplicação de uma pena

⁷⁵⁶ Nesse sentido, citam a decisão do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Habeas Corpus n. 362.375/RS*, de Relatoria do Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 13/12/2016, DJe 19/12/2016, segundo a qual “5. Nos termos do entendimento consolidado pelo Súmula/STJ 545, a atenuante da confissão espontânea deve ser reconhecida, ainda que tenha sido parcial ou qualificada, quando a manifestação do réu for utilizada para fundamentar a sua condenação, o que se infere na hipótese dos autos”. Cf. MENDES, LUCCHESI, *Lei anticrime*, op. cit., p. 59.

⁷⁵⁷ DIAS, *Acordos sobre a sentença em processo penal*, op. cit., p. 43.

⁷⁵⁸ DIAS, *Acordos sobre a sentença em processo penal*, op. cit., p. 44.

⁷⁵⁹ GRINOVER et al, *Juizados especiais criminais*, op. cit., p. 151.

criminal, o infrator terá como consequência apenas o estabelecimento de medidas extrapenais, tendo como efeito direto a não tramitação de uma ação penal e, conseqüentemente, uma vez cumpridas, a extinção de sua punibilidade. Por esse motivo conclui ser duvidosa a necessidade da confissão.⁷⁶⁰

Isso está diretamente relacionado à ideia de presunção de inocência, pela qual ninguém pode ser considerado culpado senão após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Aliás, a sentença que homologa o acordo de não persecução penal não pode ser classificada como condenatória. Por força do § 4º do art. 28-A, a homologação judicial tem por objeto, além da legalidade em geral, a voluntariedade do imputado, por meio de sua oitiva na presença de seu defensor. Nesse momento serão analisadas a existência de quaisquer coações, devendo a confissão ser validada ante aos demais elementos de investigação, colhidos anteriormente. Assim, deve-se impedir a celebração de acordo ante a constatação de fatos atípicos ou diante da inexistência de fortes indícios de autoria e materialidade de infração criminal. A coerência do quadro probatório indiciário com a confissão do arguido é o momento no qual se poderia falar em verdade na celebração dos acordos.⁷⁶¹ A verdade enquanto coerência, portanto, é uma condição para o acordo, não sua finalidade necessária.⁷⁶²

No entanto, ante a exigência da investigação preliminar como requisito do acordo, a confissão parece despicienda e até mesmo problemática. Se o objetivo do legislador era evitar que situações de arquivamento ou absolvição sumária ensejassem o acordo, o mero recurso aos indícios colhidos no inquérito já seria suficiente para dirimir as dúvidas iniciais. Aliás, nunca foi indispensável que o investigado confessasse na fase preliminar para que o Ministério Público pudesse apresentar uma denúncia. A propósito, essa sempre foi uma exceção.

Do ponto de vista da voluntariedade, em caso de ausência de liberdade da confissão, o Judiciário deverá invalidá-la, não podendo ter lugar o acordo.⁷⁶³ Esse poderia ser um argumento contrário às críticas de que a exigência da confissão afronte o princípio do *nemo tenetur se*

⁷⁶⁰ OLIVEIRA, Marcondes Pereira de. Os sentidos da confissão no acordo de não persecução penal. *Revista Eletrônica do Ministério Público do Estado do Piauí*, ano 01, n. 01, Jan/Jun 2021, p. 473-474.

⁷⁶¹ Para FIGUEIREDO DIAS, “nesta medida se cumprindo (...) os princípios da investigação e da verdade judiciais”, cf. DIAS, *Acordos sobre a sentença em processo penal*, op. cit., p. 44.

⁷⁶² De forma diversa, assevera GUARAGNI: “o fim da norma não é só garantir ao sujeito ativo de delito um caminho para a extinção da punibilidade; é também esclarecer o caso penal por via distinta do processo”. Cf. GUARAGNI, *Acordo de não persecução penal: os contornos da confissão exigida pelo art. 28-A do CPP*, op. cit., p. 233. Ora, se a finalidade fosse efetivamente esclarecer a verdade dos fatos, de forma a provar sua efetiva inocência, o acusado se submeteria ao processo. O objetivo de aceitar o acordo é, sobretudo, uma estratégia defensiva para evitar a carga de estigmatização promovida pela condição de réu no Processo penal.

⁷⁶³ Em que pese FIGUEIREDO DIAS faça referência aos acordos sobre a sentença, que possuem efeitos sobre a culpabilidade do acusado, suas reflexões, mudando aquilo que deva ser mudado, são também extensíveis aos acordos sobre o processo, cf. *Acordos sobre a sentença em processo penal*, op. cit., p. 47.

accusare. Nessa hipótese, o magistrado devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor, nos termos do §5º do art. 28-A do CPP. Ainda assim, a voluntariedade poderia ser auferida por meio de outros critérios. A própria aceitação das condições de forma não coercitiva e negociada já seria suficiente para garantir a espontaneidade da medida.

Em síntese, (a) aquele que negocia o acordo não ser submetido a uma pena, mas à condições (art. 28-A, *caput, in fine*, CPP);⁷⁶⁴ (b) não gera efeitos da condenação como lançar o nome no rol de culpados e reincidência (art. 28-A, § 12, CPP); (c) deve-se constatar a ausência de coerção nas condições do acordo, o que depende exclusivamente de sua aceitação pelo acusado, como medida político-criminal despenalizadora mais benéfica; além do que, nos termos elencados pela norma (d) a atividade do juiz é majoritariamente passiva, restringindo-se ao controle da voluntariedade e da legalidade (art. 28-A, § 4º, CPP).⁷⁶⁵ Exatamente por tais motivos é que não se pode deduzir qualquer juízo sobre a culpabilidade do acusado da celebração do acordo.

A doutrina, por outro lado, tem entendido a exigência da confissão como um requisito necessário para robustecer a justa causa que ensejaria eventual exercício da ação penal, em caso de descumprimento das condições ajustadas no acordo.⁷⁶⁶ CABRAL afirma que as vantagens da exigência da confissão se devem dois fatores. Um relativo à função de garantia, de que, ao celebrar o acordo, o Ministério Público não estaria cometendo nenhuma injustiça a um inocente. O segundo, de caráter pragmático-processual, pois, em caso de descumprimento do acordo e tendo ensejo a ação penal, o magistrado poderia se valer da confissão como (a) elemento de corroboração das provas produzidas em contraditório, (b) meio obtenção de novas provas e elementos probatórios; e (c) elemento de confronto com outras provas ou com o interrogatório judicial do acusado. Desse modo, haveria uma sanção adicional ao acusado em caso de descumprimento do acordo, consistente na utilização de sua confissão em prejuízo próprio.⁷⁶⁷

Tal argumento não convence nem em termos jurídicos, nem em termos utilitários. Em termos comparados, o próprio instituto que aparentemente parece ter inspirado os ANPP tem disposição expressa sobre a impossibilidade de utilização posterior da confissão em prejuízo do

⁷⁶⁴ Da mesma forma como sucede com a suspensão condicional do processo, cf. GRINOVER et al, *Juizados especiais criminais*, op. cit., p. 246.

⁷⁶⁵ Por analogia à sentença homologatória da transação penal, cf. GRINOVER et al, *Juizados especiais criminais*, op. cit., p. 153.

⁷⁶⁶ Assim CABRAL, Rodrigo. A confissão circunstanciada dos fatos como condição para a celebração do acordo de não persecução penal. In. BEM, Leonardo; MARTINELLI, João (orgs.). *Acordo de não persecução penal*. São Paulo: D'Plácido, 2020, p. 216 e ss.

⁷⁶⁷ CABRAL, *A confissão circunstanciada dos fatos como condição para a celebração do acordo de não persecução penal*, op. cit., p. 217-219.

acusado.⁷⁶⁸ Além do mais, na legislação brasileira, esse é um dos poucos institutos negociais previstos a exigir a confissão. Tanto a transação penal, como a suspensão condicional do processo, mecanismos mais próximos do ANPP, por serem acordos para evitar o processo, não exigem esse requisito. Isso porque em nenhum deles há juízo sobre a culpabilidade do arguido, dado que ocorrem, via de regra, antes ou logo após o recebimento da denúncia, não resultando em uma sentença penal condenatória. Nem o instituto da colaboração premiada, em sua disciplina na Lei 12.850/2013, prevê expressamente a confissão como pressuposto, apenas sendo possível extraí-la da interpretação indireta de um dos resultados a que se pretende obter: “*a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas*” (art. 4º, I). A identificação dos demais coautores depende também da implicação do colaborador. Além disso, em nível pragmático também não se justifica, haja vista que a possibilidade do órgão acusatório entrar com a ação penal já constitui sanção suficiente para aquele que descumprir as condições impostas no acordo.⁷⁶⁹

Mesmo diante de um cenário que continue a exigir a confissão como requisito do ANPP, um problema prático adicional surge na hipótese em que, tendo o acusado confessado, não seja possível celebrar o acordo diante da ausência de um ou outro requisito (§7º do art. 28-A do CPP). Diante dessa circunstância, indispensável a inquirição sobre os efeitos que possam produzir esta confissão em relação ao processo a ser instaurado diante da impossibilidade de homologação do acordo e, inclusive, diante das demais searas de intervenção do poder do Estado, em relação ao fato praticado, sejam elas cíveis e administrativas.

Exatamente por não se tratar de um juízo sobre a culpabilidade do investigado, de as provas não terem sido colhidas em contraditório, do acordo constituir um benefício processual, das sanções pelo seu descumprimento já estarem previstas em lei, sobretudo quanto a possibilidade de oferecimento da denúncia, a conclusão que daí se extrai só pode ser pela inviabilidade de utilização da confissão como prova prejudicial ao acusado. Aliás, a confissão, quando admitida como prova, pode ser retratada e divisível, nos termos do art. 200 do CPP.⁷⁷⁰ Caso a defesa assim julgue necessário, pode instruir o acusado pela sua abjuração, desfazendo

⁷⁶⁸ “§ 257c do StPO. (...) (4) The court shall cease to be bound by a negotiated agreement if legally or factually relevant circumstances have been overlooked or have arisen and the court is therefore then convinced that the prospective sentencing range is no longer appropriate to the severity of the offence or the degree of guilt. The same shall apply if the defendant’s further conduct in the proceedings does not correspond to that upon which the court’s prediction was based. **The defendant’s confession may not be used in such cases.** The court shall give notification of any deviation without delay.” (destaque acrescentado). Cf. *German Code of Criminal Procedure (Strafprozeßordnung – StPO)*. Disponível. Em https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stpo/englisch_stpo.html#p1827. Acesso em 14 de julho de 2021.

⁷⁶⁹ BEM, *Requisitos do acordo de não persecução penal*, op. cit., p. 200.

⁷⁷⁰ “Art. 200. A confissão será divisível e retratável, sem prejuízo do livre convencimento do juiz, fundado no exame das provas em conjunto.”

o seu valor probatório. Quanto a sua vocação para atenuante, não há dúvidas quanto a sua utilidade.⁷⁷¹

De forma a evitar os riscos de coação por parte do órgão acusador, em relação a imposição à celebração de acordos em detrimento dos acusados, a ADI 6304, de iniciativa da Associação Brasileira de Advogados Criminalistas (ABRACRIM) e ainda pendente de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal, levantou o argumento de que a única forma de adequar os requisitos do acordo à Constituição, é o de considerar que a “*aceitação do referido acordo não implica em confissão da autoria de crime (ou seja, interpretação conforme ou constitucionalidade com redução ou supressão de texto)*”.⁷⁷² Portanto, ainda se aguarda manifestação definitiva por parte do STF quanto a constitucionalidade da exigência da confissão como requisito do ANPP.

4.6.3. Infração penal cometida sem violência ou grave ameaça

Outro requisito exigido pelo *caput* do art. 28-A é o de o delito ter sido cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa. Tal exigência se inscreve na ideia de que o ANPP é um benefício penal para crimes de pequena e média gravidade, e segue a lógica já estabelecida para a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, ao vedar a medida alternativa para os crimes violentos. Inegável, portanto, que tais injustos sejam mais reprováveis tendo em vista seu elevado desvalor na conduta perpetrada.⁷⁷³

Nesta seara surge importante discussão a respeito da controvérsia de se impedir a aplicação desse instrumento de diversificação aos crimes negligentes com resultado violento, a exemplo do homicídio culposo. Promovendo uma interpretação extensiva da expressão “*violência ou grave ameaça*” à pessoa, CABRAL entende que estariam abrangidas nessa modalidade crimes cuja violência seja real, imprópria ou presumida, decorrentes de condutas dolosas ou culposas. Segundo o autor, tal entendimento parte da conclusão segundo a qual o

⁷⁷¹ “*Se a confissão na fase inquisitorial, posteriormente retratada em juízo, alicerçou o decreto condenatório, é de ser reconhecido o benefício da atenuante do art. 65, III, alínea d, do CP (precedentes)*”. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Habeas Corpus n. 108.568*, rel. Min. Felix Fischer, Quinta turma, julgamento 21/08/2008, DJU 29/09/2008.

⁷⁷² ABRACRIM. *Petição inicial na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6304*. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751792146&prcID=5843708#>. Acesso em 12 de julho de 2021.

⁷⁷³ CABRAL, *Manual do acordo de não persecução penal*, op. cit., p. 91. Assim também BITENCOURT, *Tratado de Direito penal: parte geral*, op. cit., p. 678.

legislador não apresentou nenhuma restrição ao conceito de violência empregado no dispositivo em análise.⁷⁷⁴

Do ponto de vista legislativo, o parágrafo único do art. 18 do Código penal indicou uma restrita incidência do delito culposo, apenas sendo punível nos casos expressos em lei. Isso porque apenas terá relevância a negligência naquelas hipóteses em que haja lesividade penal ante a inobservância de um dever objetivo de cuidado. O resultado será decorrência de uma conduta negligente, não sendo ele desejado. Lembra TAVARES o fato de, desde WELZEL, entender-se como primordial no delito negligente o desvalor sobre a conduta típica, segundo sua forma de execução.⁷⁷⁵ O resultado ocorre sem que o agente o tivesse almejado. Assim, a relação volitiva no crime culposo incide sobre a realização da conduta, não sobre o resultado produzido: em um atropelamento, o motorista não objetiva a produção do resultado lesivo, mas dirige em desatenção às normas de trânsito que lhe são impostas.⁷⁷⁶

Ora, se o agente não quis o resultado, a violência não era por ele almejada, tendo ocorrido em virtude de alguma deficiência na observação das normas de cuidado que lhe eram impostas. Se a violência não estava abrangida pela vontade do agente, não há nenhuma justificativa preventiva ou repressiva em lhe negar um benefício penal por um critério político-criminal. Se outra fosse a conclusão, o legislador não teria facultado ao juiz deixar de aplicar a pena, como hipótese de extinção de punibilidade no homicídio culposo, quando as consequências da infração atingissem o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se tornasse despicienda, nos termos do § 5º do art. 121 do CP, em clara alusão à desnecessidade de pena.

E assim a doutrina tem entendido quanto a extensão dos ANPP aos crimes culposos com eventual resultado violento: a violência deve ser aquela decorrente de uma conduta dolosa, decorrente do conhecimento e vontade do sujeito ativo do delito.⁷⁷⁷ Para DE BEM, diferentemente do dolo, em que a execução ocorre nos exatos termos almejados pelo agente, na culpa haveria uma falha na execução, se conformando o sujeito na infração do preceito normativo. Na culpa, a realização do resultado é um desdobramento involuntário da conduta.⁷⁷⁸

⁷⁷⁴ CABRAL, *Manual do acordo de não persecução penal*, op. cit. p. 91-92.

⁷⁷⁵ TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 41.

⁷⁷⁶ TAVARES, *Teoria do crime culposo*, op. cit., p. 283.

⁷⁷⁷ “Em relação à natureza da infração penal (contravenção ou crime) sem violência ou grave ameaça, oportuno esclarecer que ela deve ter sido praticada imbuída de dolo. Admite-se a celebração do acordo na hipótese de eventual crime culposo com resultado violento, pois a conduta típica consiste na violação de um dever de cuidado objetivo, cujo resultado é involuntário e não desejado pelo agente.” Cf. MANDARINO, Renan Posella; SANTIN, Valter Foletto. A atuação do Ministério Público ante a expansão da justiça penal negociada no pacote anticrime. In. CAMBI, Eduardo; SILVA, Danni Sales; MARINELA, Fernanda (orgs). *Pacote anticrime*: volume I. Curitiba: Escola Superior do MPPR, 2020. p. 243.

⁷⁷⁸ BEM, *Requisitos do acordo de não persecução penal*, op. cit., p. 179.

Assim, sintetiza SANCHES CUNHA, “a violência que impede o ajuste é aquela presente na conduta, e não no resultado”.⁷⁷⁹ Frise-se ter sido esta a posição adotada tanto pelo Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos (CNPNG), quanto pelo Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM).⁷⁸⁰

Nada obstante, nem todos os crimes culposos admitem o oferecimento do acordo, mas por outros fundamentos. Mesmo sendo admitido para os crimes de trânsito em geral, a pena em abstrato do homicídio culposo praticado na direção de veículo automotor, quando o agente estiver influenciado por álcool ou outra substância psicoativa que determine dependência (art. 302, §3º da Lei 9503/1997) é superior ao máximo permitido, tendo em conta a pena mínima começar no patamar de 5 anos.⁷⁸¹

De igual sorte, o regramento do art. 28-A do CPP não vedou a possibilidade acordo para os crimes classificados como hediondos por força da Lei 8.072/90.⁷⁸² Nada obstante muitos dos crimes ali previstos não admitam o oferecimento do acordo por suas próprias estruturas típicas (acerca da pena maior que a permitida, violência como meio da prática do delito etc.), a negativa de proposta fundada exclusivamente no fato do delito ser classificado como hediondo não encontra justificativa idônea à luz dos requisitos do acordo, principalmente diante da interpretação analógica da súmula 718 do Supremo Tribunal Federal.⁷⁸³

4.6.4. Pena mínima inferior a 4 (quatro) anos

A constatação da forte expansão dos mecanismos negociais no sistema penal brasileiro extrai-se, principalmente, da verificação do alcance de incidência dos acordos de não persecução penal. Diferente do alcance restrito da transação penal (crimes cuja pena máxima

⁷⁷⁹ CUNHA, Rogério Sanches. *Pacote Anticrime*: Lei 13.964/19: Comentários às alterações no CP, CPP e LEP. Salvador: Editora Juspodivm, 2020, p. 135.

⁷⁸⁰ “É cabível o acordo de não persecução penal nos crimes culposos com resultado violento, uma vez que nos delitos desta natureza a conduta consiste na violação de um dever de cuidado objetivo por negligência, imperícia ou imprudência, cujo resultado é involuntário, não desejado e nem aceito pela agente, apesar de previsível”. GNCCRIM. *Enunciados interpretativos da Lei 13.964/2019*. Disponível em: http://www.mpgo.mp.br/portal/arquivos/2020/01/24/15_20_31_823_Enunciados_pacote_anticrime_GNCCRIM_CNPNG.pdf. Acesso em: 23 de julho de 2021. Ainda, MANDARINO, SANTIN, *A atuação do Ministério Público ante a expansão da justiça penal negociada no pacote anticrime*, op. cit., p. 243.

⁷⁸¹ BEM, *Requisitos do acordo de não persecução penal*, op. cit., p. 180.

⁷⁸² Em sentido contrário, o enunciado 22 do GNCCRIM afirma que: “Veda-se o acordo de não persecução penal (...) aos crimes hediondos e equiparados, pois em relação a estes o acordo não é suficiente para reprovação e prevenção do crime”. No entanto, com a devida vênia, sobre o alcance da expressão “necessidade e suficiência para reprovação e prevenção do crime” já nos manifestamos no item 4.4 supra.

⁷⁸³ “A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.”

em abstrato não ultrapasse 2 anos), e da suspensão condicional do processo (delitos cuja pena mínima em abstrato não seja superior a 1 ano), os acordos têm a sua aplicação para aqueles crimes cuja pena mínima não ultrapasse 4 anos.⁷⁸⁴ Em tese, atinge mais de 95% dos crimes tipificados pelo Código Penal, de acordo com o levantamento realizado pela *Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas* (ABRACRIM), quando da redação da petição inicial da *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6304*, que, entre outros, discute a constitucionalidade de dispositivos da Lei anticrime:

(...) como previsto no novo texto legal (**pena mínima cominada inferior a quatro anos**), tem uma abrangência absurda, repetindo, atinge mais de 95% (noventa cinco por cento) dos crimes tipificados no Código Penal, v. g., **os crimes contra a vida, suicídio e automutilação** (art. 122), *infanticídio* (123), *aborto* (arts. 124 a 126, parágrafo único), pois, todos esses crimes contra a vida (com exceção do homicídio doloso) têm pena mínima cominada inferior a 4 (quatro anos) de prisão. Ademais, dentre os **crimes contra a Administração Pública**, os mais graves deles, tais como, *peculato* (art. 312), *concussão* (art. 316), *corrupção passiva* (art. 317), *corrupção ativa* (art. 333), todas essas **infrações gravíssimas** têm a pena mínima cominada de 2 (dois) anos de prisão, embora todas elas tenham a pena máxima cominada em 12 (doze) anos de reclusão, ressalvada a *concussão*, cuja pena máxima cominada era de 8 (oito) anos, agora também elevada para 12 (doze).⁷⁸⁵
(destaques no original)

Para MENDES e LUCCHESI, ressaltando as hipóteses de exclusão quando de crimes cometidos com violência e grave ameaça, ressaltam o fato que apenas 20% dos crimes do Código penal não permitirão a incidência do acordo, por não preencherem seus requisitos objetivos. Se a análise se voltar para a legislação penal especial, esse número será ainda mais expressivo, sendo cabível, por exemplo, para os crimes de lavagem de capitais (Lei 9.613/98); organização criminosa (Lei 12.850/2013); crimes previstos no Estatuto do Desarmamento, exceto comércio ilegal e tráfico internacional (Lei 10.826/03) etc.⁷⁸⁶ A extensão desses acordos à grande maioria do ordenamento jurídico-penal pátrio impõe uma série de controvérsias, ademais diante do fato de se estar excluindo esses crimes da apreciação e julgamento por parte

⁷⁸⁴ Na petição inicial na *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6304*, BITTENCOURT sugere um “*erro de interpretação*” quanto ao alcance de citada norma. Na redação proposta pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública, haveria uma limitação de crimes cuja pena máxima não fosse superior a 4 anos. No entanto, prevaleceu a perspectiva já assentada tanto na Resolução 181/2017 do CNMP, quanto do projeto de iniciativa do Ministro Alexandre de Moraes (PL10.372/2018 da Câmara dos Deputados). Cf. BEM, *Requisitos do acordo de não persecução penal*, op. cit., p. 175.

⁷⁸⁵ ABRACRIM. *Petição inicial na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6304*. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751792146&prcID=5843708#>. Acesso em 12 de julho de 2021.

⁷⁸⁶ MENDES, LUCCHESI, *Lei anticrime*, op. cit., p. 58.

do Poder Judiciário. Os agentes do sistema de justiça criminal são chamados, a partir de agora, para uma tarefa para a qual não foram preparados: negociar.⁷⁸⁷

Dessa forma, surgem invariavelmente questionamentos sobre a segurança de direitos e garantias do acusado como o contraditório, a presunção de inocência e o devido processo legal, ao se permitir uma postura ativa do Ministério Público em transigir sobre mais de 90% dos crimes previstos na legislação, tendo em conta que apenas 17 crimes possuem pena mínima igual ou superior a 4 anos no diploma penal geral.⁷⁸⁸ Por outro lado, mesmo não se tratando de um combate pela absolvição, inegável se tratar de um benefício penal, a ser ofertado, negociado e aceito pelo investigado, como forma de evitar que se submeta aos efeitos estigmatizantes do Processo e, ainda, não tenha sobre si a carga negativa decorrente de uma sentença penal condenatória.

Ao largo dessa crítica inicial passam os problemas concretos atinentes à aplicação prática do instituto. Para as imputações nas quais haja apenas um crime atribuído ao investigado, esse requisito não encontra grandes questionamentos. As incertezas surgem quando haja concurso de crimes e nas hipóteses de incidência de causas de aumento de pena. Em relação ao concurso de infrações penais, a doutrina tende a promover uma interpretação analógica com o instituto da suspensão condicional do processo. Sobre ele aliás, dois entendimentos já foram aventados: (a) o primeiro sustentava haver similitude com o art. 119 do Código Penal, o qual dispõe que em caso de concurso de crimes, a extinção da punibilidade incidirá sobre a pena de cada um, isoladamente.⁷⁸⁹ Esse entendimento faz sentido na medida em que a consequência do cumprimento das condições da suspensão do processo acarretam, também, a extinção da punibilidade (§ 5º do art. 89 da Lei 9.099/95). Como o mesmo sucede com o ANPP, as premissas para a analogia estariam adequadas aos objetivos almejados.

No entanto, (b) um segundo entendimento prevaleceu no STJ, acarretando a edição da sua súmula 243, “*O benefício da suspensão do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de um (01) ano*”. A mesma posição foi ratificada pelo STF com a edição da súmula 723: “*Não se admite a suspensão condicional do processo por crime continuado, se a soma da pena*

⁷⁸⁷ Advertência que fazem MENDES, LUCCHESI, *Lei anticrime*, op. cit., p. 58.

⁷⁸⁸ Como se extrai das razões apresentadas pela ABRACRIM. *Petição inicial na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6304*, loc. cit., *passim*.

⁷⁸⁹ LOPES, *A ampliação dos espaços de consenso no processo a partir da Lei n. 13.965/2019*, op. cit., p. 141.

mínima da infração mais grave com o aumento mínimo de um sexto for superior a um ano”.⁷⁹⁰ A tendência é sua repetição à seara dos acordos.⁷⁹¹

No tocante às causas de aumento e de diminuição da pena, o próprio art. 28-A, §1º trouxe a solução: “*Para aferição da pena mínima cominada ao delito a que se refere o caput deste artigo, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto*”. Além disso, os precedentes do STJ também seguem no sentido de que devam ser consideradas no cômputo para ensejar o oferecimento do acordo. Aliás, em julgado sobre o tema, a Quinta Turma daquela Corte, por meio do acórdão lavrado pelo Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, no julgamento do Agravo Regimental no *Habeas Corpus* n. 622.527/SP, de 01 de março de 2021, entendeu que para a propositura do acordo, a prática de infração penal cometida sem violência ou grave ameaça deve ter pena mínima cominada inferior a quatro anos, consideradas eventuais causas de aumento e diminuição de pena.⁷⁹²

4.7. REQUISITOS NEGATIVOS: VEDAÇÕES

O § 2º do art. 28-A do CPP prevê algumas circunstâncias que impedem a propositura do ANPP. A maioria constitui situações objetivas como a precedência de oferta de transação penal, o oferecimento nos últimos 5 anos de algum outro benefício negocial, ou de constituir algum delito contra a mulher ou abrangido no âmbito de violência doméstica ou familiar. Em que pese a reincidência seja um instituto identificado por indicadores objetivos (art. 64 do CP), é classificado pela doutrina como requisito subjetivo negativo,⁷⁹³ juntamente com uma hipótese circunscrita em uma redação bastante controversa, quando o crime decorra de conduta habitual, reiterada ou profissional, exceto nas hipóteses de insignificância de situações pretéritas.

⁷⁹⁰ LOPES, *A ampliação dos espaços de consenso no processo a partir da Lei n. 13.965/2019*, op. cit., p. 141.

⁷⁹¹ O mesmo entendimento foi fixado pelo STJ para o oferecimento da transação penal: “6. *Vale destacar o entendimento de que, no caso de concurso de crimes, a pena considerada para fins de apresentação da proposta de transação penal (Lei no 9.099, art. 76), será o resultado da soma, no caso de concurso material, ou a exasperação, na hipótese de concurso formal ou crime continuado, das penas máximas cominadas ao delitos. Com efeito, se desse somatório resultar um período de apenamento superior a 2 (dois) anos, fica afastada a possibilidade de aplicação do benefício da transação penal.*” (destaque acrescentado) (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Habeas Corpus* n. 29.001/SC, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJ 24/11/03).

⁷⁹² SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Agravo Regimental no Habeas Corpus* n. 622.527/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 23/02/2021, DJe 01/03/2021. Reproduzindo a jurisprudência do STJ e do STF, vide o enunciado 29 do GNCCRIM: “*Para aferição da pena mínima cominada ao delito a que se refere o artigo 28-A, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto, na linha do que já dispõe os enunciados n. 243 e 723, respectivamente, do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal*”.

⁷⁹³ BEM, *Requisitos do acordo de não persecução penal*, op. cit., p. 192.

(a) *Cabimento de transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais.* A primeira vedação prevista em lei refere-se às hipóteses nas quais sejam cabíveis a transação penal, isto é, crimes de competência dos Juizados Especiais, cuja pena máxima em abstrato não ultrapasse 2 anos (art. 61 da Lei. 9.099/95). Pelo fato de o instituto do acordo de não persecução penal também ser cabível aos crimes de menor potencial ofensivo há, em tese, uma suposta sobreposição entre mecanismos de diversificação. Segundo DEZEM, o legislador estabeleceu aqui uma situação de precedência, e não de exclusão.⁷⁹⁴ A transação, via de regra, é mais benéfica ao acusado por não exigir o requisito da confissão.⁷⁹⁵ No entanto, mesmo se o autor recusar a proposta de transação, ainda assim será cabível a oferta do acordo.⁷⁹⁶

(b) *Reincidência ou elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas.* Essa vedação talvez seja a mais problemática e para melhor elucidá-la deve-se separar em dois momentos de análise: o da reincidência e o da conduta habitual, reiterada ou profissional. Em primeiro lugar, veda a aplicação do acordo para o acusado reincidente, isto é, que já possua condenação por crime anterior, já transitada em julgado, e no prazo de 5 anos (art. 63 e 64 do CP). As sequelas da punição anterior, como lembra DE BEM, operam em uma dupla via estigmatizante: impedindo o acordo, mas também servindo para incrementar a pena no caso de novo condenação.⁷⁹⁷ Por esse motivo essa vedação deve ser sempre interpretada restritivamente.⁷⁹⁸ Situações como a anterior condenação por contravenção penal ou a sentença concessiva de perdão judicial, não caracterizam reincidência penalmente relevante.⁷⁹⁹

Ainda mais problemática é a segunda situação, ao se referir a condutas criminosas habituais, reiteradas ou profissionais. Não constitui apenas um triste retorno aos pressupostos da Escola Positiva de LOMBROSO, FERRI e GAROFALO, ao considerar na equação das causas do crime, fatores individuais, orgânicos e psíquicos,⁸⁰⁰ mas representa também um

⁷⁹⁴ DEZEM, *Alterações no Código de Processo penal*, op. cit., p. 105. Assim como BEM, *Requisitos do acordo de não persecução penal*, op. cit., p. 183.

⁷⁹⁵ As hipóteses que vedam a transação são as seguintes: (i) não pode o agente ter sido condenado anteriormente com uma pena privativa de liberdade, pela prática de crime; (ii) ter sido beneficiado por outra transação penal nos últimos 5 anos (art. 76, §4º da Lei 9.099/95); e (iii) algumas circunstâncias judiciais demonstrarem ser a medida inadequada ao caso concreto.⁷⁹⁵ Em relação a esta última, como se afirmou acima, e consubstanciado no fato de suas consequências jurídicas não constituírem penas e sim condições, há uma certa reserva em aceitar a medida da culpabilidade como vedação ao acordo, mas sim apenas como critério de proporcionalidade em relação às condições a serem impostas. Cf. BEM, *Requisitos do acordo de não persecução penal*, op. cit., p. 183.

⁷⁹⁶ DEZEM, *Alterações no Código de Processo penal*, op. cit., p. 105. No mesmo sentido, MENDES, LUCCHESI, *Lei anticrime*, op. cit., p. 61.

⁷⁹⁷ BEM, *Requisitos do acordo de não persecução penal*, op. cit., p. 193.

⁷⁹⁸ MENDES, LUCCHESI, *Lei anticrime*, op. cit., p. 61.

⁷⁹⁹ BEM, *Requisitos do acordo de não persecução penal*, op. cit., p. 194.

⁸⁰⁰ Por todos, FERRI, *Princípios de Direito Criminal*, op. cit., p. 62-63.

retrocesso ao superado direito penal do autor, agora absorvido à teleologia dos acordos.⁸⁰¹ Tal ideia pressupõe uma eficácia quase nula às penas, principalmente por considerar que o “*homem delincente*” age por ímpeto, não estando em condições de refletir sobre as consequências de seus atos.⁸⁰² Foi uma inovação do legislador na Lei 13.964/2019, não encontrando qualquer correlação com a Resolução 181/2017 do CNMP. DE BEM identifica uma tentativa malsucedida de importação dos critérios do instituto italiano da “*applicazione della pena su richiesta delle parti*”, do art. 444, § 1-bis do Código de Processo penal italiano.⁸⁰³ Sem considerar as peculiaridades próprias daquele sistema legal, que ligam a figura da habitualidade (art. 102/103) e profissionalidade (art. 105, todos do Código penal italiano) aos reincidentes, pretendeu o legislador brasileiro aplicar esses parâmetros ao investigado primário.⁸⁰⁴ Dois argumentos básicos direcionam para única solução possível ser a negativa de validade a tal vedação: (i) o princípio constitucional da presunção de inocência, de sorte a não previamente incriminar um investigado não condenado ou com inquéritos abertos e ações penais em curso (Súmula /STJ 444);⁸⁰⁵ e (ii) o princípio constitucional da legalidade, ante a vagueza das expressões e a ausência de disciplina legal das figuras habitual/profissional no ordenamento jurídico pátrio.⁸⁰⁶

Em todo caso, em nenhuma dessas hipóteses deverá prevalecer a causa de impedimento quando a infração anterior seja considerada “*insignificante*”. A expressão utilizada na lei é amplamente criticada pela doutrina e pelos agentes de persecução. Isso porque é ambígua e não representa aquilo que objetiva.⁸⁰⁷ Se efetivamente prevalecesse a insignificância como critério de exclusão da tipicidade material, tal qual se conhece o instituto teoricamente, operaria como causa de absolvição por não constituir o fato infração penal (art. 386, III do CPP) e, obviamente, não serviria para macular a certidão de antecedentes do investigado. Na tentativa de resolver a controvérsia, o Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal editou o enunciado n. 21 em relação ao ANPP, querendo sugerir que a expressão “*insignificante*” fosse

⁸⁰¹ BEM, *Requisitos do acordo de não persecução penal*, op. cit., p. 193.

⁸⁰² FERRI, *Princípios de Direito Criminal*, op. cit., p. 65.

⁸⁰³ BEM, *Requisitos do acordo de não persecução penal*, op. cit., p. 196.

⁸⁰⁴ BEM, *Requisitos do acordo de não persecução penal*, op. cit., p. 196.

⁸⁰⁵ “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”.

⁸⁰⁶ MENDES, LUCCHESI, *Lei anticrime*, op. cit., p. 61. Diante da ausência de previsão da legislação sobre o alcance de tais conceitos, CABRAL ensaia uma definição: “(...) conduta habitual (*prática constante e costumeira de ilícitos, não bastando um crime anterior, devendo, portanto, essa prática criminosa fazer parte da forma de vida do agente – ainda que não necessariamente há longo período de tempo*); reiterada (*repetida, cometida mais de uma vez – aqui é suficiente uma única prática criminosa anterior – veja-se que não se exige número mínimo de infrações anteriores*) e profissional (*quando o agente comete o delito de forma organizada e aperfeiçoada – aqui não interessa o número de infrações praticadas, mas a forma profissional com que ela é cometida*)”. Cf. CABRAL, *Manual do acordo de não persecução penal*, op. cit., p. 109.

⁸⁰⁷ BEM, *Requisitos do acordo de não persecução penal*, op. cit., p. 194-195.

entendida como “*delitos de menor potencial ofensivo*”. Em que pese seja uma interpretação aparentemente favorável ao imputado, no sentido de que mesmo tendo sido condenado, se se tratar de uma infração de menor potencial poderá se beneficiar do acordo, cria ao mesmo tempo uma situação contraditória. Ora, crimes de menor gravidade estão sujeitos à possibilidade de transação penal e suspensão do processo. Logo, o agente que se beneficiou de anterior transação ou *sursis* processual não estaria apto a se valer do acordo, mas aquele que foi condenado poderia.⁸⁰⁸

(c) *Ter sido o agente beneficiado nos 5 anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo.* O mesmo impedimento encontra-se previsto para a hipótese de cabimento da transação penal, no art. 76, § 2º, II, Lei 9.099/95, quando comprovado ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de tal benefício. Para CABRAL, esta vedação constitui medida político-criminal para impedir a concessão da benesse legal para aqueles que já tenham sido beneficiados e voltaram a incidir em infrações penais.⁸⁰⁹ O termo *a quo*, de todo modo, é o da data de homologação do acordo ou da transação, e da data da suspensão do processo no último caso. Interessante destacar o fato de o próprio legislador ter previsto no §11 do art. 28-A do CPP que o descumprimento do acordo pelo investigado poderá ser utilizado pelo Ministério Público como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo. Impossível deixar de notar uma certa cumulação de sanções processuais entre uma hipótese e outra, pois o descumprimento do ANPP, por si só, já acarretaria a possibilidade de apresentação da denúncia.⁸¹⁰

(d) *Crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor.* Por fim, nas hipóteses de violência doméstica e contra a mulher, tal circunstância contempla lógica construída pela jurisprudência do STJ, inscrita em sua Súmula 536: “*A suspensão condicional do processo e a transação penal não se aplicam na hipótese de delitos sujeitos ao rito da Lei Maria da Penha*”. Se os benefícios da lei da Lei dos Juizados Especiais não se aplicam para os crimes afetos à Lei Maria da Penha, também não devem sê-lo aqueles institutos análogos previstos na lei processual. A violência aqui encartada supera aquela meramente corporal, abarcando condutas ofensivas ao âmbito psicológico e moral, atinentes ao gênero feminino. Além disso, o dispositivo é mais amplo: mesmo que o agressor não tenha qualquer relação

⁸⁰⁸ Situação que chama atenção BEM, *Requisitos do acordo de não persecução penal*, op. cit., p. 195.

⁸⁰⁹ CABRAL, *Manual do acordo de não persecução penal*, op. cit., p. 111.

⁸¹⁰ BEM, *Requisitos do acordo de não persecução penal*, op. cit., p. 185-186.

anterior com a vítima, mas o delito tenha sido motivado pelo menosprezo ou discriminação a condição de mulher, também deve se entender impedido o acordo.⁸¹¹

4.8. EXCURSO SOBRE A (IR)RETROATIVIDADE DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Anteriormente já se afirmou ser a norma encartada no art. 28-A do CPP uma norma de natureza mista. Ao mesmo tempo em que tem uma finalidade penal, ao garantir a extinção da punibilidade quando preenchidos seus requisitos e cumpridas suas condições, também tem natureza processual, ao ser um mecanismo de evitar a denúncia e garantir uma solução ao caso penal na fase final do procedimento investigativo. Assim, dado a relativa novidade do instituto, surge o importante questionamento acerca da sua aplicação no tempo, isto é, a possibilidade de sua eficácia para aqueles processos cuja a denúncia já tenha sido recebida, cuja a instrução já tenha sido realizada, quando a sentença já tenha sido publicada ou ainda na hipótese de já ter ocorrido o trânsito em julgado. Ao prevalecer sua natureza penal, a retroatividade é permitida por força do dispositivo constitucional do art. 5º, XL da CF. Se, por outro lado, fosse uma norma meramente processual, sua aplicação seria imediata, sem prejuízo da validade dos atos já praticados sob a vigência da lei anterior, nos termos do art. 2º do CPP.⁸¹²

Certo é que as agências penais de controle não chegaram a um consenso e os precedentes dos tribunais pátrios têm vacilado em posicionamentos muitas vezes contraditórios entre si. Até o momento não é possível identificar a jurisprudência dominante acerca do assunto. Isso implica, sobremaneira, na exigência de segurança jurídica, exigida por todos os intervenientes do sistema de justiça em geral. Indispensável a lição de LARENZ, para quem “*na grande generalidade dos casos, os tribunais seguem um precedente de um tribunal superior, não só para poupar tempo e trabalho, mas porque, caso contrário se perderia ‘a medida igual’ e a consequência seria a maior insegurança jurídica*”.⁸¹³ Uma expectativa de resolução da controvérsia encontra-se no pendente julgamento no Supremo Tribunal Federal, por meio do

⁸¹¹ BEM, *Requisitos do acordo de não persecução penal*, op. cit., p. 187. Em posição diversa, MENDES e LUCCHESI se filiam a posição “*daqueles que discordam destas proibições, sobretudo por não representarem maior proteção à mulher vítima de violência, pois apenas reproduzem maior inchaço ao sistema punitivo que acredita na função preventiva das penas. Contudo, a vedação está expressa e sem dúvida será reproduzida na prática sem maiores análises críticas*”. Cf. MENDES, LUCCHESI, *Lei anticrime*, op. cit., p. 62.

⁸¹² “Art. 2º. A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior”.

⁸¹³ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 297.

Habeas Corpus n. 185.913/DF, de relatoria do Min. Gilmar Mendes, que em decisão de 22 de setembro de 2020, afetou ao plenário a decisão sobre o tema, de modo a assegurar-se a segurança jurídica e a previsibilidade das situações jurídicas dos possivelmente beneficiários do instituto.

Fixando a questão como de interesse constitucional, a partir do art. 5º, XL da CF, o Min. Gilmar Mendes definiu as seguintes situações problema para elucidação da controvérsia: (a) “*O ANPP pode ser oferecido em processos já em curso quando do surgimento da Lei 13.964/19? Qual é a natureza da norma inserida no art. 28-A do CPP? É possível a sua aplicação retroativa em benefício do imputado?*”, e também, (b) “*É potencialmente cabível o oferecimento do ANPP mesmo em casos nos quais o imputado não tenha confessado anteriormente, durante a investigação ou o processo?*”⁸¹⁴

A controvérsia chegou ao Supremo Tribunal Federal para decisão final, ante a divergência jurisprudencial entre as instâncias inferiores. Sem falar os inúmeros tribunais de justiça e tribunais federais, o próprio Superior Tribunal de Justiça diverge entre suas duas turmas com competência criminal. A Quinta Turma, sistematicamente, tem entendido no sentido de que a possibilidade de retroatividade se limita ao momento processual do recebimento da denúncia, não podendo ser aventado na situação de, após o início da sua vigência, já haver condenação ou acórdão confirmatório por Tribunal de segundo grau.⁸¹⁵ O Min. Ribeiro Dantas sintetiza que a jurisprudência da Quinta Turma do STJ reconhece o caráter eminentemente processual da norma trazida no art. 28-A do CPP, motivo pelo qual “*vem decidindo pela sua aplicação somente aos processos em curso até o recebimento da denúncia*”.⁸¹⁶ Já a Sexta Turma daquela Corte Superior, muito por motivos político-criminais, vem entendendo que uma vez cumprido integralmente o acordo de não persecução penal, se possibilita a extinção da punibilidade do agente (art. 28-A, § 13, do CPP), a demonstrar sua natureza eminentemente penal. Por esse motivo, poder-se-ia haver a retroatividade do benefício para processos nos quais ainda não haja o trânsito em julgado, desde o início da vigência da lei que o instituiu.⁸¹⁷

⁸¹⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas Corpus* n. 185.913/DF, de relatoria do Min. Gilmar Mendes, decisão de 22 de setembro de 2020.

⁸¹⁵ Assim, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *EDcl no AgRg nos EDcl no AREsp 1.681.153/SP*, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 8/9/2020, DJe 14/9/2020.

⁸¹⁶ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *AgRg no HC 621.721/SC*, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 02/02/2021, DJe 08/02/2021.

⁸¹⁷ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *AgRg no HC 575.395/RN*, Rel. Min. Néfi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 8/9/2020, DJe 14/9/2020.

Em 8 de fevereiro de 2021 o Vice Procurador Geral da República, Humberto Jacques de Medeiros deu parecer no sentido de, em se tratando de um instrumento destinado a favorecer e facilitar o decurso do processo-crime, não faz sentido aplicar o acordo de não persecução penal nas hipóteses em que a sentença já tenha transitado em julgado.⁸¹⁸ Ao recorrer ao conteúdo da decisão do *Habeas Corpus* n. 74.305, de relatoria do Min. Moreira Alves,⁸¹⁹ estabeleceu uma analogia com o decidido em atenção ao instituto da suspensão condicional do processo. Naquela oportunidade, prevaleceu a tese segundo a qual a incidência do instituto é possível até o momento em que sua finalidade possa ser alcançada, isto é, a retroatividade seria viável desde que não tenha sido atingido o trânsito em julgado da decisão. De qualquer forma, a prevalecer a influência alemã do instituto (*Verständigung*), como anteriormente aduzida, melhor era não se ter estabelecido um termo *ad quem* para sua incidência, devendo a possibilidade de acordo ser levada tão longe quanto possível, até como forma de concretizar sua natureza diversificadora da pena criminal.⁸²⁰

Nada obstante ainda estar pendente de apreciação no Plenário o julgamento do *Habeas Corpus* n. 185.913/DF, de relatoria do Min. Gilmar Mendes, em 10 de novembro de 2020 a Primeira Turma do STF, no Agravo Regimental no *Habeas Corpus* n. 191.464/SC, o Min. Roberto Barroso fixou a tese no sentido de que o ANPP aplica-se a fatos ocorridos antes da Lei no 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia, filiando-se a proposta da Quinta turma do STJ. Esse entendimento partiu da constatação de que o ANPP se esgotaria na etapa pré-processual, motivo pelo qual a sua recusa, sua não homologação ou seu descumprimento ensejariam o oferecimento e de recebimento da denúncia. Por esse motivo, tendo em conta que o recebimento da denuncia encerra a fase pré-processual, devem ser considerados válidos os atos praticados à luz da lei até então vigente. A retroatividade penal benéfica incidiria, portanto,

⁸¹⁸ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Parecer no *Habeas Corpus* n. 185.913/DF, de relatoria do Min. Gilmar Mendes. Disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/mpf-retroatividade-anpp-nao-ocorre.pdf>. Acesso em 28 de julho de 2021.

⁸¹⁹ “‘HABEAS CORPUS’. *Suspensão condicional do processo penal (art. 89 da Lei 9.099/95). Lex mitior. Âmbito de aplicação retroativa. - Os limites da aplicação retroativa da ‘lex mitior’, vão além da mera impossibilidade material de sua aplicação ao passado, pois ocorrem, também, ou quando a lei posterior, malgrado retroativa, não tem mais como incidir, à falta de correspondência entre a anterior situação do fato e a hipótese normativa a que subordinada a sua aplicação, ou quando a situação de fato no momento em que essa lei entra em vigor não mais condiz com a natureza jurídica do instituto mais benéfico e, portanto, com a finalidade para a qual foi instituído. - Se já foi prolatada sentença condenatória, ainda que não transitada em julgado, antes da entrada em vigor da Lei 9.099/95, não pode ser essa transação processual aplicada retroativamente, porque a situação em que, nesse momento, se encontra o processo penal já não mais condiz com a finalidade para a qual o benefício foi instituído, benefício esse que, se aplicado retroativamente, nesse momento, teria, até, sua natureza jurídica modificada para a de verdadeira transação penal. ‘Habeas corpus’ indeferido.” (destaque acrescentado). Cf. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas Corpus* n. 74.305, Relator Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgado em 09/12/1996, DJ 05/05/2000.*

⁸²⁰ DIAS, *Acordos sobre a sentença em processo penal*, p. 72.

apenas para permitir que o ANPP seja viabilizado a fatos anteriores à Lei no 13.964/2019, nos casos em que não tenha sido recebida a denúncia.⁸²¹

Em que pese haja toda essa divergência jurisprudencial a partir de critérios colhidos ao acaso, ao se partir da premissa político-criminal na qual se assenta o instituto não há razões para impedir sua incidência até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Objetiva o mecanismo de diversificação, além de excluir do âmbito apreciação judicial aquelas infrações de pequena e média gravidade, incrementar a eficiência e a economia de recursos público na solução negociada de casos penais. Outrossim, todos os outros mecanismos negociais previstos na legislação têm aplicação ampla, seja a transação penal,⁸²² a suspensão do processo e a própria colaboração premiada,⁸²³ esta última possível inclusive após o trânsito em julgado.⁸²⁴

4.9. CONTROLE JUDICIAL: HOMOLOGAÇÃO

Inegável que o implemento de mecanismos como o ANPP atribuiu um papel de centralidade ao Ministério Público, ante ao oferecimento e estabelecimentos das condições para possibilitar a extinção da punibilidade de seu beneficiário. ALBRECHT aponta para uma forte tendência de deslocamento do papel da jurisdição em prol de soluções processuais nas mãos do órgão acusador. Nesse processo, continua o autor, há a caracterização daquilo que atribui o nome de “*informalização*” do Direito, isto é, quando o “*Executivo assume o controle sobre si mesmo*”.⁸²⁵ Esse desequilíbrio entre os papéis dos atores processuais acarreta consequências imprevisíveis para dos direitos e garantias fundamentais amparados no marco do Estado constitucional de Direito. A divisão fundamental entre os poderes de acusar e julgar é posta em xeque, e assim, também, o próprio sistema acusatório.⁸²⁶

Mesmo diante do fato de o acordo de não persecução não versar diretamente sobre a culpabilidade do investigado, ao promotor cabe verificar a presença de justa causa no acervo probatório colhido no inquérito, e decidir, de forma fundamentada, estar frente a uma hipótese de arquivamento, denúncia ou outro mecanismo substitutivo. Com o alargamento das hipóteses

⁸²¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Agravo Regimental no Habeas Corpus n. 191464*, Relator Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 11/11/2020, DJe-280 26/11/2020.

⁸²² Sobre a possibilidade de transação penal mesmo após o recebimento da denúncia, vide NUCCI, *Leis penais e processuais penais comentadas*, v. 2, op. cit., p. 450.

⁸²³ SÁNCHEZ RIOS, *A colaboração premiada após a sentença condenatória*, op. cit., p. 155-156.

⁸²⁴ VASCONCELLOS, Vinicius. *Colaboração premiada no Processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 244.

⁸²⁵ ALBRECHT, *Criminologia*, op. cit., p. 308-309.

⁸²⁶ VASCONCELLOS, *Barganha e justiça criminal negocial*, op. cit., p. 175-176.

de incidência de mecanismos de diversificação com o ANPP, o poder de barganha atribuído ao Ministério Público aumentou substancialmente a partir da edição da Lei 13.964/2019. Com eventual adesão do legislador aos mecanismos de abreviação do julgamento, na forma almejada pelo projeto de novo Código de Processo penal, com seus acordos sobre a sentença, a tendência é que aumente ainda mais.

Em relação ao controle exercido sobre a negociação dos acordos, a sistemática brasileira adotou uma posição intermediária, um pouco diversa daquela empregada nos institutos que a inspiraram, em especial o americano, o italiano e o alemão. No sistema do *plea bargaining*, CORDERO afirma que o juiz não passa de um *notário*.⁸²⁷ Sua atividade cognitiva se limita a ratificação do acordo, a partir de análise de elementos como *intelligence* (conhecimento) e *voluntariness* (voluntariedade) de assunção da culpabilidade por parte do acusado.⁸²⁸ Nos sistemas italiano (*patteggiamento*) e alemão (*Absprachen*), por sua vez, o papel do magistrado é mais ativo no controle da negociação. Nos termos do art. 444, § 2º do Código de Processo penal italiano,⁸²⁹ por exemplo, cabe ao juiz analisar: (a) não se tratar de hipótese de absolvição; (b) a voluntariedade (consenso); (c) o enquadramento típico dos fatos; (d) as circunstâncias negociadas entre as partes; e (e) a pena aplicada.⁸³⁰ CORDERO assevera não se tratar de mero juízo homologatório, mas de um verdadeiro acerto judicial na qual um pedido é julgado admissível ou não.⁸³¹

No sistema brasileiro, o controle exercido pelo Judiciário está colocado de um ponto de vista inerte ao processo de negociação e ao conteúdo do acordo, sob pena de se interferir na autonomia institucional do Ministério Público. Na atual disposição do diploma processual, a competência para homologação, quando realizado o acordo na fase investigatória até o recebimento da denúncia, cabe ao juiz de garantias (art. 3º-B, XVII, CPP).⁸³² Indispensável,

⁸²⁷ “*Gli accordi sulla pena non sono dei ‘plea bargaining’ davanti a cui il giudice funga da notaio (...)*”. Cf. CORDERO, Franco. *Procedura penale*. Milano: Giuffrè, 2006, p. 1043.

⁸²⁸ FRANCO, José Henrique Kaster. O papel do juiz no acordo de não persecução penal. In. BEM, Leonardo; MARTINELLI, João (orgs.). *Acordo de não persecução penal*. São Paulo: D’Plácido, 2020, p. 288.

⁸²⁹ “*Se vi è il consenso [b] anche della parte che non ha formulato la richiesta e non deve essere pronunciata sentenza di proscioglimento a norma dell’articolo 129 [a], il giudice, sulla base degli atti, se ritiene corrette la qualificazione giuridica del fatto [c], l’applicazione e la comparazione delle circostanze prospettate dalle parti [d], nonché congrua la pena indicata [e], ne dispone con sentenza l’applicazione enunciando nel dispositivo che vi è stata la richiesta delle parti. Se vi è costituzione di parte civile, il giudice non decide sulla relativa domanda; l’imputato è tuttavia condannato al pagamento delle spese sostenute dalla parte civile, salvo che ricorrano giusti motivi per la compensazione totale o parziale. Non si applica la disposizione dell’articolo 75, comma 3. Si applica l’articolo 537-bis*” (destaques acrescentados). *Codice di procedura penale (Itália)*. Disponível em <https://www.altalex.com/documents/news/2013/12/19/applicazione-della-pena-su-richiesta-delle-parti>. Acesso em 29 de julho de 2021.

⁸³⁰ FRANCO, *O papel do juiz no acordo de não persecução penal*, op. cit., p. 288.

⁸³¹ CORDERO, *Procedura penale*, op. cit., p. 1043.

⁸³² Os dispositivos atinentes ao juiz de garantias estão suspensos por força da decisão monocrática na Medida Cautelar na ADI 6305.

entretanto, caracterizar os limites de incidência de sua atuação para o controle da legalidade dos acordos realizados. Nenhum poder, no âmbito de um Estado de Direito, é ilimitado, estando sempre sujeito ao sistema de freios e contrapesos ditados pela ordem constitucional.⁸³³ A sistemática do art. 28-A do CPP define basicamente dois momentos em que a atividade positiva do juiz é exigida: (a) no momento da homologação ou recusa (§§ 4º e 7º); e (b) na devolução dos autos para órgão acusador para reformulação da proposta (§ 5º).

No tocante ao objeto de análise por parte do magistrado, a lei se limita a se referir à legalidade e à voluntariedade (§ 4º do art. 28-A do CPP). É preciso, no entanto, saber o alcance de tais expressões para se verificar os limites da cognição do juiz no sistema negocial brasileiro. Nesse contexto, FRANCO aponta três tarefas fundamentais ao juiz no momento de verificar a proposta de ANPP: (a) análise geral da constitucionalidade; (b) análise dos requisitos para o acordo; e (c) análise da substância do negócio processual. Em relação à sua primeira atitude (a), deve verificar a compatibilidade do acordo com os princípios constitucionais que conformam a atividade persecutória estatal, isto é, a presunção de inocência, o *in dubio pro reo*, a indisponibilidade da liberdade pessoal, a culpabilidade, a motivação das decisões e o devido processo legal, de modo a atestar a efetividade da defesa e a ausência de violação à garantias constitucionais do investigado.⁸³⁴ Em um segundo momento (b), passará para a verificação dos requisitos, objetivos e subjetivos, positivos e negativos, do acordo. Diferentemente do modelo alemão, no modelo brasileiro não há julgamento do mérito, servindo o acordo exatamente para evitar o processo.⁸³⁵ Assim, a análise do arcabouço probatório, colhido no inquérito, serve para garantir não se tratar de causa de arquivamento ou de absolvição, mas não lhe fazer um juízo sobre a culpabilidade, como anteriormente antecipado. Por fim (c), como o investigado não pode tomar a iniciativa das negociações ou de propor penas por si só, muito menos ser coagido para sua aceitação, o objeto da voluntariedade a ser avaliada pelo juiz diz respeito a sua

⁸³³ “(d) **Artigo 28-A, inciso III e IV, e §§§ 5º, 7º, 8º do Código de Processo Penal (Acordo de Não Persecução Penal)**(d1) A possibilidade de o juiz controlar a legalidade do acordo de não persecução penal prestigia o sistema de “freios e contrapesos” no processo penal e não interfere na autonomia do membro do Ministério Público (órgão acusador, por essência); (d2) O magistrado não pode intervir na redação final da proposta de acordo de não persecução penal de modo a estabelecer as suas cláusulas. Ao revés, o juiz poderá (a) não homologar o acordo ou (b) devolver os autos para que o parquet – de fato, o legitimado constitucional para a elaboração do acordo – apresente nova proposta ou analise a necessidade de complementar as investigações ou de oferecer denúncia, se for o caso; (...)” SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6298/DF*. Relator Min. Luiz Fux. Decisão monocrática. DJe 22/01/2020. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6298.pdf>. Acesso em 21 de julho de 2021.

⁸³⁴ FRANCO, *O papel do juiz no acordo de não persecução penal*, op. cit., p. 289. FERRAJOLI, por exemplo, chama atenção para o fato de que, nos acordos entre acusação e defesa, ocorre o oposto da defesa do contraditório, característica básica do modelo acusatório. Cf. FERRAJOLI, *Direito e razão*, op. cit., p. 690.

⁸³⁵ FRANCO, *O papel do juiz no acordo de não persecução penal*, op. cit., p. 291.

concordância ou não com os termos ajustados com o Ministério Público.⁸³⁶ Por força do dispositivo do § 4º do art. 28-A do CPP, essa verificação da “voluntariedade” será realizada em audiência específica para essa finalidade, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor.

Na eventualidade de o juiz considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo de não persecução penal, não poderá se substituir ao órgão ministerial e interferir na redação da proposta, sob pena de usurpar funções previamente delimitadas em lei. Por força do § 5º do art. 28-A do CPP, deverão os autos serem remetidos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor. Recusada a homologação, por não cumprir os requisitos legais ou quando não realizadas as adequações necessárias exigidas pelo juízo (§7º), o juiz devolverá os autos ao órgão acusador para requerer complementação das investigações ou para o oferecimento da denúncia (§8º). Quando homologado, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para que inicie sua execução perante o juízo de execução penal (§6º). Descumpridas quaisquer das condições ajustadas, o *Parquet* comunicará ao juízo de execução, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia (§10). Por outro lado, cumpridas integralmente as condições ajustadas na proposta, ao magistrado competente caberá a declarar a extinção da punibilidade do investigado (§13). Apenas mediante o efetivo controle jurisdicional da proposta negociada é que se pode considerar fechado o ciclo da oportunidade legalmente regulada. A fiscalização da legalidade pelo Poder Judiciário é garantia da verificação não só da vontade das partes e da coerência do material fático constante dos autos, mas do respeito aos direitos e garantias constitucionais do investigado na negociação do acordo. O objetivo é, ademais, o de dissuadir e controlar possíveis dissimulações nas negociações, mirando o risco de tratativas escusas e garantir a legitimidade desse novo meio de diversificação processual.⁸³⁷

4.10. RECURSOS E MEIOS DE IMPUGNAÇÃO

A garantia de revisão dos atos do poder público, em geral, e jurisdicionais, em particular, é direito constitucionalmente assegurado ao jurisdicionado. Sem ter a pretensão de adentrar em

⁸³⁶ FRANCO, *O papel do juiz no acordo de não persecução penal*, op. cit., p. 295.

⁸³⁷ A despeito da analogia com os demais institutos negociais no ordenamento processual penal brasileiro, vide GRINOVER et al, *Juízados Especiais criminais*, op. cit., p. 152 e 239.

pormenores teóricos, pode-se concluir, com LOPES JR., ser o duplo grau de jurisdição garantido pela condição de norma materialmente constitucional pela recepção do disposto no art. 8.2, “h”, da Convenção Americana de Direitos Humanos, à luz do disposto no art. 5º, §3º da CF. Assim, é direito do imputado recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.⁸³⁸ Aliás, a possibilidade de recursos no sistema de justiça criminal negocial é uma das condições para sua compatibilidade com o ordenamento constitucional pátrio.

Em um primeiro momento, a própria lei submete a mecanismos de revisão interno por parte do próprio órgão acusatório. O § 14 do art. 28-A dispõe que, no caso de recusa em propor o acordo de não persecução penal, por parte do Ministério Público, ao investigado caberá recurso ao órgão hierarquicamente superior na instituição, na forma do art. 28 deste CPP. Nada obstante, isso não pode afastar a importância do controle jurisdicional de forma a evitar abusos e violações a direitos e garantias fundamentais.⁸³⁹ A lei processual previu o cabimento de recurso em sentido estrito, para o tribunal de segundo grau, na hipótese de o magistrado recusar homologação à proposta de acordo de não persecução penal (art. 581, XXV, CPP).

Questão problemática, todavia, é a concernente ao fato de o Ministério Público prever, como condição para celebração do acordo, a expressa renúncia ao direito ao recurso por parte do investigado. Será essa uma previsão juridicamente válida? Trata-se de um problema a ser enfrentado, ademais, pelo juiz, no momento da homologação da proposta. Deve-se ter em conta que a renúncia do recurso não constitui nenhum fator relevante para a medida das sanções, muito menos como exigência preventiva da medida. Em síntese, não há qualquer interesse legítimo subjacente à renúncia recursal, devendo ser tal cláusula declarada inválida pelo juiz no momento da homologação, sob pena de ferir os princípios básicos para um Processo penal adequado ao Estado de Direito.⁸⁴⁰

⁸³⁸ LOPES JR., *Direito processual penal*, op. cit., p. 1156.

⁸³⁹ VASCONCELLOS, *Justiça criminal negocial e direito de defesa*, op. cit., p. 9.

⁸⁴⁰ DIAS, *Acordos sobre a sentença em Processo penal*, op. cit., p. 95-97.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os acordos, sejam eles promovidos como forma de evitar o processo ou como forma de se abreviar o julgamento, podem ser verificados em qualquer sistema processual, acusatório, adversarial ou inquisitivo, isso é inegável. Cada realidade normativa os recepcionou em atenção às suas próprias peculiaridades e os conformou aos seus próprios ordenamentos, com os requisitos e consequências que melhor julgaram úteis às suas perspectivas sociais e culturais. Nos sistemas continentais, isso foi feito com alguns objetivos declarados, mas principalmente: desafogar a administração da justiça criminal ante à crise do sistema de persecução, além de permitir o desenvolvimento de um novo paradigma de oportunidade no exercício da ação penal, a ser trabalhado pelo Ministério Público.

O ordenamento jurídico brasileiro começou por admitir mecanismos de diversificação processual com a edição da Lei 9.099/95 e a conseqüente criação dos institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo. Em nenhum desses há, efetivamente, juízo sobre a culpabilidade do acusado, podendo ser caracterizados, pela classificação aqui proposta, como acordos para a evitação do processo. A mesma sorte sucedeu aos acordos de não persecução penal, incluídos em nosso sistema legal a partir da Lei 13.964/2019. Teve por finalidade aumentar o âmbito de incidência da possibilidade de negociação do Processo, em um movimento que pode ser caracterizada pela expansão da justiça criminal negocial no Brasil. Pelo panorama apresentado, e diante da necessidade de responder ao problema de se os acordos de não persecução penal efetivamente servem para satisfazer concretamente o princípio da intervenção mínima, algumas conclusões são possíveis de serem extraídas como resultados da tese:

1. É indispensável, para compreensão dos novos mecanismos de justiça penal negocial, uma visão integral do sistema de Direito penal. Não podem estar limitados a apenas resolver uma questão relativa à burocratização da justiça criminal, mas sim estar atentos aos princípios próprios do Direito material, tais como a culpabilidade e a mínima intervenção. Por esse motivo, e diante de uma perspectiva político-criminalmente orientada do delito, indispensável considerar os critérios de merecimento e necessidade de pena como filtros de legitimidade do sistema como um todo.

2. Assim, em atenção ao princípio da proteção subsidiária de bens jurídicos, finalidade precípua do Direito penal, repousam critérios aptos a racionalizar o sistema com sua pretensão de subsidiariedade, segundo a qual suas funções preventivas estariam satisfeitas

quando o fato injusto pudesse ser sancionado por meios menos gravosos que a pena privativa de liberdade.

3. Ao lado de institutos como da descriminalização, e diante de situações nas quais ainda se demande abstratamente uma ameaça pena para a proteção do bem jurídico, emergem filtros de racionalidade do sistema advindos do Processo penal, em especial aquele da diversificação. Diversão essa que não deixa de ser uma forma de realização concreta da subsidiariedade, ao indicar uma forma menos gravosa de resolução do caso penal, que não por meio de um Processo ou da imposição de uma pena.

4. Dessa forma, o Processo penal recepciona vocações político-criminais do sistema, realizando funções extraprocessuais, e racionalizando o exercício da pena privativa de liberdade. Um dos instrumentos que utiliza para perseguir tal finalidade encontra-se, ademais, no incremento das situações amparadas no âmbito do princípio da oportunidade, seja em sentido amplo, seja em sentido estrito. O acordo de não persecução penal encontra-se na primeira esfera.

5. O acordo de não persecução penal não se destina aos objetivos próprios do Processo, como o de reconstruir os fatos para retribuir a culpabilidade, com base em algum critério de verdade. No entanto, não deixa de ser um instrumento de defesa quando, na véspera do início do curso processual, permite sua substituição pela assunção de determinadas condições ajustadas com o Ministério Público. Condições essas tidas por substitutos funcionais da pena. No entanto, sem suas consequências aflitivas, assim como desvinculadas dos efeitos de uma condenação. Ao fim, quando cumpridas, permite a extinção da punibilidade.

6. Resta, pois, delimitar os limites aos quais tal acordo deve se submeter para poder ser celebrado, como forma, inclusive, de evitar o abuso do poder por parte do Ministério Público, além de outras degenerações já conhecidas do sistema americano do *plea bargaining*, como o *overcharging*, ou o risco da imposição de sanções a inocentes, por exemplo.

7. O mais importante deles certamente encontra-se no arcabouço fático necessário para viabilizar um acordo, isto é, apenas naquelas situações em que efetivamente haja justa causa para o exercício da ação penal. Não se trata da antecipação sobre o juízo de culpabilidade do arguido, não se exigindo uma prova robusta como aquela necessária para uma condenação. Entretanto, não pode se contentar apenas com a confissão do investigado, sendo que o próprio sistema processual a repele como prova única, de maneira a evitar a assunção de responsabilidade por um fato que não se tenha praticado. Dos indícios de autoria e materialidade colhidos na fase de investigação demanda-se, no mínimo, coerência com a confissão exigida

pelo art. 28-A do Código de Processo penal. Isso como limite, e não como finalidade dos acordos.

8. Outrossim, uma atividade positiva do magistrado também é especialmente relevante quando do momento da homologação. Isso envolve não apenas verificar o conjunto probatório, mas também a ausência de coações por parte do investigado em aceitar um acordo diante de um déficit de realização logístico-operacional da investigação preliminar. Diante da ausência de justa causa, ou sendo caso de eventual absolvição sumária, deve o juiz rejeitar o acordo.

9. Por fim, poder-se-ia objetar que o acordo de não persecução penal extrapolaria em muito o princípio da intervenção mínima, ao permitir a oportunidade em situações cuja pena mínima não ultrapasse 4 (quatro) anos, admitindo-se nesse rol crimes graves como a Corrupção, por exemplo. Tal crítica não merece prosperar, pois sua própria sistemática o repele de situações concernentes a um assim chamado Direito penal primário. Excetuam-se casos nos quais haja o emprego de violência ou grave ameaça à pessoa, bem como em situações de reincidência ou habitualidade. Diante de contextos de baixa reprovabilidade, em um juízo hipotético, o arguido já receberia uma pena muito próxima a do mínimo legal. Além disso, soma-se o fato de se permitir a reparação do dano à vítima e garantir a confiança da vigência da norma por vias alternativas à imposição da pena privativa de liberdade, mostrando-se sua racionalização evidente. Não se renuncia a qualquer tipo de sanção, mas se pretende alcançá-la por meios menos gravosos à liberdade do cidadão.

Ante à tendência de alargamento das hipóteses de acordo admitidas no Direito brasileiro, indispensável se pensar em mecanismos de controle racional dos institutos negociais, de forma a permitir um convívio harmônico com o restante da ordem constitucional e penal. No caso do acordo de não persecução penal, sua vocação político-criminal é inegável no sentido de tentar racionalizar o sistema de justiça criminal. Para funcionar como concreto instrumento de subsidiariedade, e não se degenerar em arbítrio, deve necessariamente se submeter a um sistema de freios e contrapesos, garantindo sempre a revisão dos atos do órgão acusatório por meio da jurisdição, de forma a não desequilibrar a atuação dos atores processuais na consecução dos objetivos do sistema penal como um todo. Apenas assim se poderá fazer válido o mandamento de MONTESQUIEU: “*para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder*”.⁸⁴¹

⁸⁴¹ MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. Baron de Brède et de. *O espírito das leis*. São Paulo: Abril Cultural, 1973, p. 156.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ADÉRITO, Carlos. *Princípio da Oportunidade*. Coimbra: Almedina, 2000.
- ALBRECHT, Peter-Alexis. *Criminologia: uma fundamentação para o direito penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos e Helena Schiessl Cardoso. Rio de Janeiro: Lumen Juris/ICPC, 2010.
- ALSCHULER, Albert. Implementing the Criminal Defendant's Right to Trial: Alternatives to the Plea-Bargaining System. *University of Chicago Law Review*. Chicago, v. 50, n. 3, pp. 931-1050, jun. 1983.
- ALSCHULER, Albert. The prosecutor's role in plea bargaining. *University of Chicago Law Review*, v. 36, 1968.
- ALSCHULER, Albert. Um sistema quase perfeito para condenar os inocentes. In. GLOECKNER, Ricardo (org.). *Plea bargaining*. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 127.
- AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- AMBOS, Kai. As reformas processuais penais na América Latina. In. AMBOS, Kai; CHOUKR, Fauzi. *A reforma do Processo penal no Brasil e na América Latina*. São Paulo: Editora Método, 2001.
- ANDRADE, Mauro Fonseca; BRANDALISE, Rodrigo da Silva. Observações preliminares sobre o acordo de não persecução penal: da inconstitucionalidade à inconsistência argumentativa. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 37, dez. 2017, p. 242.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- ANDRÉS IBAÑEZ, Perfecto. Por un Ministerio Público 'dentro de la legalidad'. In. *Justicia penal, derechos y garantías*. Lima: Palestra Editores, 2007.
- ANTUNES, Maria João. *Constituição, lei penal e controlo de constitucionalidade*. Coimbra: Almedina, 2020.
- ANTUNES, Maria João. *Direito processual penal*. Coimbra: Almedina, 2017.
- ARAS, Vladimir. *Acordos penais no Brasil: uma análise à luz do Direito comparado*. In. CUNHA, Rogério Sanches et al. (org.). *Acordo de não persecução penal*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.
- ARMENTA DEU, Teresa. Justicia restaurativa y principio de oportunidad: ¿mediación en el Proceso penal? *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, n. 45, jan-jun/2017.
- ARMENTA DEU, Teresa. Princípio de legalidade y principio de oportunidad: una ponderación necesaria. *Principios y garantías procesales: Liber Amicorum en homenaje a la profesora M^a. Victoria Berzosa Francos*. Barcelona: JM BOSCH, 2013.

- ARMENTA DEU, Teresa. *Sistemas procesales penales*. Madrid: Marcial Pons, 2012.
- BADARÓ, Gustavo. *Processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- BADARÓ, Tatiana. *Bem jurídico penal supraindividual*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.
- BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
- BATISTA, Nilo. *Mídia e sistema penal no capitalismo tardio*. Revista Brasileira de Ciências Criminas, “Revista Especial”, 8º Seminário Internacional, nº 42. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- BAUMANN, Jürgen. *Derecho Procesal penal*. Santiago: Ediciones Olejnik, 2019.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- BECHARA, Ana Elisa. *Bem jurídico-penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2015.
- BECHARA, Ana Elisa. Discursos de emergência e política criminal: o futuro do Direito Penal brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 103, p. 411 – 436, jan./dez. 2008.
- BECKER, Gary. Crime and punishment: an economic approach. In: BACKER, Garry; LANDES, Willian. *Essays in the Economics of Crime and Punishment*. NBER, 1974.
- BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo. *Direito penal: lições fundamentais*. Parte geral. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.
- BEM, Leonardo Schmitt de. Requisitos do acordo de não persecução penal. In: DE BEM, Leonardo Schmitt; MARTINELLI, João Paulo (Orgs.). *Acordo de não persecução penal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.
- BINDER, Alberto. *Introducción al Derecho penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2009.
- BINDER, Alberto. *Introducción al Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2009.
- BINDER, Alberto. *La implementación de la nueva justicia penal adversarial*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2012.
- BINDER, Alberto. La reforma de la justicia penal en América Latina como política de largo plazo. In: NIÑO, Catalina (coord.). *La reforma a la justicia en América Latina: las lecciones aprendidas*. Bogotá: Friedrich-Ebert-Stiftung, 2016.
- BINDER, Alberto. O sentido do princípio da oportunidade no contexto da reforma da justiça penal na América Latina. In: BINDER, Alberto. *Fundamentos para a reforma da justiça penal*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

BINDER, Alberto. Tensões político-criminais no Processo penal. In. BINDER, Alberto. *Fundamentos para a reforma da justiça penal*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

BINDING, Karl; HOCHÉ, Alfred. *La licencia para la aniquilación de la vida sin valor de vida*. Buenos Aires: EDIAR, 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal: parte geral*. Volume I. São Paulo: Saraiva, 2018,

BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral do Direito*. Trad. Denise Agostinetti. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

BRANDALISE, Rodrigo. *Justiça penal negociada*. Curitiba: Juruá, 2016.

BRANDÃO, Nuno. Acordos sobre a sentença penal: problemas e vias de solução. *Julgar*, Coimbra, n. 25, 2015.

BRUNO, Aníbal. *Direito Penal: parte geral*. Tomo 2. 3ª ed. São Paulo: Editora Forense, 1967.

BUSATO, Paulo. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2015.

BUSATO, Paulo. O papel do Ministério Público no futuro do Direito penal brasileiro. In. *Reflexões sobre o Direito penal do nosso tempo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Acordo de não persecução: é uma boa opção político-criminal para o Brasil? In. CUNHA, Rogério Sanches et al. (org.). *Acordo de não persecução penal*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Manual do acordo de não persecução penal*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

CABRAL, Rodrigo. A confissão circunstanciada dos fatos como condição para a celebração do acordo de não persecução penal. In. BEM, Leonardo; MARTINELLI, João (orgs.). *Acordo de não persecução penal*. São Paulo: D'Plácido, 2020.

CABRAL, Rodrigo. *Um panorama sobre o acordo de não persecução penal (art. 18 da Resolução n. 181/2017-CNMP ...)*. In. CUNHA, Rogério Sanches et al. (org.). *Acordo de não persecução penal*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

CAEIRO, Pedro. Legalidade e oportunidade: a perseguição penal entre o mito da “justiça absoluta” e o fetiche da “gestão eficiente” do sistema. In. *Legalidade versus oportunidade*. Lisboa: Editorial Minerva/Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, 2002.

CALLEGARI, André Luís; LINHARES, Raúl. *Colaboração premiada: lições práticas e teóricas*. 3ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2021.

CALLEGARI, André; WERMUTH, Maiquel. *Sistema penal e política criminal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

CAMPOS, Francisco. Exposição de motivos do Código de Processo penal. *Revista forense: doutrina, legislação e jurisprudência*, v. 38, n. 88, p. 627–636, out./dez., 1941.

CARNELUTTI, Francesco. *Las misérias del Proceso penal*. Bogotá: Editorial Temis, 1999.

CARNELUTTI, Francesco. *Lições sobre o Processo Penal*, v. 1. 1 ed. Campinas: Bookseller, 2004.

CARNELUTTI, Francesco. Verità, dubbio, certezza. *Rivista di Diritto Processuale*. Vol. XX, anno 1965.

CARRARA, Agustín. Persecución penal estratégica de la delincuencia económica: critérios de oportunidad y selección de casos. *En Letra*, ano IV, n. 7, 2007.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho. *Processo Penal e Constituição: Princípios constitucionais do Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2014.

CENTRO DE ESTUDIOS DE JUSTICIA DE LAS AMÉRICAS. *Desafíos del Ministerio Público Fiscal en América Latina*. Santiago de Chile: CEJA, 2005.

CERVINI, Raúl. *Os processos de descriminalização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

CHRISTIE, Nils. *Uma razoável quantidade de crime*. Rio de Janeiro: REVAN, 2017.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. Teoría del delito y proceso penal. In: PÉREZ MANZANO, M et. al (org.) *Estudios en homenaje a la profesora Susana Huerta Tocildo*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2020.

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

CORDERO, Franco. *Procedura penale*. Milano: Giuffrè, 2006.

COSTA ANDRADE, Manuel. Consenso e oportunidade. In: *Jornadas de Direito Processual Penal: O novo Código de Processo Penal*. Coimbra: Almedina, 1988.

COSTA, José de Faria. Diversão (desjudicialização) e mediação: que rumos? *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, v. XLI, 1985.

COSTA, Victor; RIBEIRO, Leo. Acordo de não persecução penal: um caso de direito penal das consequências levado às últimas consequências. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 161, nov/2019.

COSTA, Victor; RIBEIRO, Leo. Decisões penais nos tribunais brasileiros: um estranho caso de desprezo pela dogmática. *Revista Bonijuris*, n. 646, set/2017.

COSTA, Victor; SÁNCHEZ RIOS, Rodrigo. O Poder Judiciário e a efetivação de um sistema integral de Direito Penal. In: SOUZA NETTO, José Laurindo et al. (org.) *Direito, Educação e Cidadania: Estudos em homenagem ao Ministro Luiz Edson Fachin*. Curitiba: Editora Clássica, 2021.

COUTINHO, Jacinto. *A lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba: Juruá, 1989.

COUTINHO, Jacinto. Glosas ao ‘Verdade, dúvida e certeza’, de Francesco Carnelutti, para os operadores do Direito. In. COUTINHO, Jacinto. *Observações sobre a propedêutica processual penal*. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2019.

COUTINHO, Jacinto. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, n. 30, 1998.

COUTINHO, Jacinto. O papel do pensamento economicista no Direito criminal hoje. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, v. 31, 1999.

COUTINHO, Jacinto. *Quando se fala de verdade no processo penal, do que se fala?* Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-jun-26/limite-penal-quando-verdade-processo-penal>. Acesso em 19 de dezembro de 2021.

CUNHA, Rogério Sanches. *Pacote Anticrime: Lei 13.964/19: Comentários às alterações no CP, CPP e LEP*. Salvador: Editora Juspodivm, 2020.

DAHM, Georg; SCHAFFSTEIN, Friedrich. *¿Derecho penal liberal o derecho penal autoritário?* Buenos Aires: EDIAR, 2011.

DE-LORENZI, Felipe. O contributo da proposta de um sistema integral para a relação entre Direito penal e Processo penal: a transcendência dos critérios de merecimento e necessidade de pena. In. GIACOMOLLI, Nereu et al. (orgs.). *Processo penal contemporâneo em debate*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

DE-LORENZI, Felipe; CEOLIN, Guilherme. O processo penal busca a verdade, mas não a qualquer custo: os novos caminhos para uma antiga controvérsia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 177, mar/2021, versão online.

DE-LORENZI, Felipe *Justiça negociada e fundamentos do direito penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2021.

DEZEM, Guilherme. Alterações no Código de Processo penal (art. 3º), na Lei de normas procedimentais perante o STF e o STJ (art. 16) e no Código de Processo penal militar (art. 18). In. DEZEM, Guilherme Madeira; SOUZA, Luciano Anderson de. *Comentários ao pacote anticrime: Lei 13.964/2019*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel. *Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Acordos sobre a sentença em Processo penal*. Porto: Ordem dos Advogados Portugueses, 2011.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal português: as consequências jurídicas do crime*. Lisboa: Aequitas, 1993.

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

DIAS, Jorge de Figueiredo. *O sistema sancionatório português no contexto dos modelos de política criminal*. In. *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, 1984.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Para uma reforma global do processo penal português – da sua necessidade e de algumas orientações fundamentais. In. *Para uma nova justiça penal*. Coimbra: Almedina, 1980.

DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito penal: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

DOTTI, René. *Bases e alternativas para o sistema de penas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

DWOKIN, Ronald. *O império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

EISELE, Andreas. *Direito penal: teoria do delito*. Salvador: JusPodivm, 2018.

EISELE, Andreas; CRUZ, Rogério Schietti. *Insignificância penal*. Salvador: JusPodivm, 2021.

FACCINI NETO, Orlando. As razões do anacronismo da parte geral do Código Penal. In. *Coleção 80 anos do Código Penal*. Volume 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

FACCINI NETO, Orlando. *Plea bargaining: questões fundamentais*. In. PALMA, Maria Fernanda et al. *Livro em Memória do Professor Doutor João Curado Neves*. Lisboa: AAFDL, 2020.

FAGUNDES, Rafael. *A insignificância no Direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2019.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito processual*. Campinas: Bookseller, 2006.

FEELEY, Malcolm. *Plea bargaining e a estrutura do processo criminal*. In. GLOECKNER, Ricardo (org.). *Plea bargaining*. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019.

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

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: Teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FERRER-BELTRÁN, Jordi. *Valoração racional da prova*. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

FERRI, Enrico. *Princípios de Direito Criminal*. Trad. Paolo Capitanio. São Paulo: Bookseller, 1998.

FEUERBACH, Anselm Ritter von. *Tratado de Derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2007.

FISCHER, George. *Plea bargaining's triumph*. Palo Alto: Stanford University Press, 2004.

FLETCHER, George. *Conceptos básicos de Derecho penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1997.

FLETCHER, George. *Rethinking criminal law*. New York: Oxford University Press, 2000.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2003.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. Petrópolis: VOZES, 2006.

FRAGOSO, Heleno. *Lições de Direito penal*. Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

FRANCO, José Henrique Kaster. O papel do juiz no acordo de não persecução penal. In. BEM, Leonardo; MARTINELLI, João (orgs.). *Acordo de não persecução penal*. São Paulo: D'Plácido, 2020.

FREITAS, Jéssica. Breves considerações sobre o *proceso abreviado* e sua utilização no primeiro ano do novo Código de Processo penal uruguaio. In. PAULA, Leonardo de (coord.) *Reflexiones brasileñas sobre la reforma procesal penal en Uruguay*. Santiago/Curitiba: CEJA, 2019.

FREITAS, Jéssica. Crise da justiça criminal e admissão de espaços de oportunidade no processo penal brasileiro. In. BRODT, Luís Augusto; SIQUEIRA, Flávia (org.). *Limites ao poder punitivo*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

FREITAS, Jéssica. *Juicio abreviado* e eficiência punitiva: considerações críticas sobre a incorporação do *plea bargaining* no processo penal chileno. In. COUTINHO, Jacinto; PAULA, Leonardo de; SILVEIRA, Marco Aurélio (org.). *Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil*. Curitiba: Observatório da Mentalidade inquisitória, 2018.

FREUND, Georg. Sobre la función legitimadora de la idea de fin. In. In. WOLTER, Jürgen; FREUND, Georg (org.). *El sistema integral del Derecho penal: delito, determinación de la pena y proceso penal*. Madrid: Marcial Pons, 2004.

GALAIN PALERMO, Pablo. *La reparación del daño a la víctima del delito*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

GALAIN PALERMO, Pablo. Suspensão do processo e terceira via: avanços e retrocessos do sistema penal. In. MONTE, Mário Ferreira et. al. (orgs.). *Que futuro para o Direito Processual penal?*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

GALVÃO, Pedro. Introdução. In. KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Lisboa: Edições 70, 2019.

GARCÍA, Olga Lucia Gaitán. Direito penal contemporâneo: da tutela pena a uma lesão à proteção de riscos. In: *Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade*. Ano 7 n. 12. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

GARLAND, David. *A cultura do controle*. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

GIACOMOLLI, Nereu. *Legalidade, Oportunidade e Consenso no Processo Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

GIAMBERARDINO, André. O confisco do conflito na historiografia penal. *Revista Eletrônica Direito e Sociedade*, Canoas, v. 6, n. 2, set. 2018.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique *¿Tiene futuro la dogmática jurídico-penal?* Bogotá: Editorial Temis, 1983.

GOLDSCHIMIDT, James. Teoria general del processo. In. *Derecho, Derecho penal y Proceso*. Madrid: Marcial Pons, 2010.

GOMES, Luiz Flávio. *Penas e medidas alternativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da insignificância e outras excludentes da tipicidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

GRECO, Luís Comentários ao estudo de Schünemann “O Direito penal é a *ultima ratio* da proteção de bens jurídicos! – sobre os limites invioláveis do Direito penal em um Estado de Direito liberal. In. *IBCCRIM 25 anos*. Belo Horizonte, 2017.

GRECO, Luís. Breves reflexões sobre os princípios da proteção de bens jurídicos e da subsidiariedade em Direito penal. In. BRITO, Alexis Couto de; VANZOLINI, Patrícia. *Direito penal: aspectos jurídicos controvertidos*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

GRECO, Luís. *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach*. Madrid: Marcial Pons, 2015.

GRECO, Luís. *Modernização do Direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do Direito processual*. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O código modelo de processo penal para a Ibero-america, 10 anos depois. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 30, abril-jun/2000.

GRINOVER, Ada; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES, Luiz Flávio. *Juizados especiais criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

GUARAGNI, Fábio André. Acordo de não persecução penal: os contornos da confissão exigida pelo art. 28-A do CPP. In. BEM, Leonardo; MARTINELLI, João (orgs.). *Acordo de não persecução penal*. São Paulo: D`Plácido, 2020.

GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim; RIBEIRO, Sarah Golçalves. O caso das Bruxas de Salem e a origem do *plea bargaining* norte-americano: contrapondo o entendimento dicotômico dos sistemas processuais penais. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 6, n. 2, mai-ago/2020.

GUIMARÃES NETO, Silvio Leite. *Uma teoria da pena baseada na vítima: a busca da satisfação do indivíduo vitimado como finalidade da pena*. São Paulo: Marcial Pons, 2020.

GÜNTHER, Klaus. A culpabilidade no Direito Penal atual e no futuro. Tradução de Juarez Tavares. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, a.6, n.24, p.79-92, out/dez. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

GUZMÁN, Nicolás. *La verdad en el Proceso penal: una contribución a la epistemología jurídica*. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2011.

HAACK, Susan. *Filosofia das Lógicas*. São Paulo: Unesp, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro*. São Paulo: Editora Unesp, 2018.

HABERMAS, Jürgen. *Problemas de legitimación en el capitalismo tardío*. BA: Amorroutu, 1975.

HABERMAS, *Teorías de la verdade*. In. *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*. Madrid: Catedra, 1989.

HART, Herbert. *Derecho, libertad y moralidad*. Madrid: Dykinson, 2006.

HART, Herbert. *O Conceito de Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la Criminología y al Derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blach, 1989.

HASSEMER, Winfried. A preservação do ambiente através do Direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 22/1998, abr-jun/1998.

HASSEMER, Winfried. *Critica al derecho penal de hoy*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.

HASSEMER, Winfried. *Direito penal: Fundamentos, estrutura, política. Organização e revisão por Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos. Tradução de Adriana Beckman Meirelles (et al.)*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris ed., 2008.

HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del Derecho penal*. Barcelona: BOSCH, 1984.

HASSEMER, Winfried. La persecución penal: legalidad y oportunidad. *Jueces para la democracia*, 1988, págs. 8-11, disponível em <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2530062>, acesso em 17 de março de 2020.

HASSEMER, Winfried. Processo penal e direitos fundamentais. In. PALMA, Maria Fernanda. *Jornadas de Direito processual penal e Direitos fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2004.

HASSEMER, Winfried. *Verdad y búsqueda de la verdad en el proceso penal*. Cidade do México: Ubijus, 2009.

HEGEL, G. W. F. *Princípios de Filosofia do Direito*. Lisboa: Guimarães Editores, 1990.

- HEUMANN, Milton. *Plea bargaining*. Chicago: The University of Chicago Press, 1978.
- HÖRNLE, Tatjana. Teorias da pena. In. STOCO, Tatiana (org.). *Dois estudos: teorias da pena e culpabilidade*. São Paulo: Marcial Pons, 2020.
- HUSAK, Douglas. *Sobrecriminalización: los límites del derecho penal*. Trad. Rocío Lorca Ferreccio. Madrid: Marcial Pons, 2013.
- ISASCA, Frederico *Alteração substancial dos factos e sua relevância no Processo penal português*. Coimbra: Almedina, 1992.
- JAKOBS, Günther. *Derecho penal: parte general*. Madrid: Marcial Pons, 1997.
- JAKOBS, Günther. *El Derecho penal como disciplina científica*. Pamplona: Civitas, 2008.
- JARDIM, Afrânio. *Ação Penal Pública: Princípio da obrigatoriedade*. Rio de Janeiro: Forense, 1994.
- JIMENEZ DE ASÚA, Luís. *Corsi e recorsi: la vuelta de Von Liszt*. In. VON LISZT, Franz. *La idea de fin en Derecho penal*. Valparaíso: EDEVAL, 1984.
- JIMENEZ DE ASÚA, Luis. *Princípios de Derecho penal*. La Ley y el delito. Buenos Aires: Editorial Sudamericana, 1958.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Lisboa: Edições 70, 2019.
- KARAM, Maria Lúcia. *A esquerda punitiva*. Discursos sediciosos, ano 1, n. 1, 1996.
- KEHDI, André Pires; DIAS, Fernando Gardinali. É possível utilizar o processo penal como instrumento de implementação de políticas de segurança pública? In. PEREIRA, Claudio José Langroiva. *Segurança pública, instituições democráticas e seus elementos históricos, políticos e econômicos*. São Paulo: Quartier Latin, 2019.
- KHALED JR., Salah. *A busca da verdade no Processo penal*. Belo Horizonte: Letramento, 2020.
- KINDHÄUSER, Urs. *Dogmática penal no Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2020.
- KIRCHER, Luis Felipe Schneider. Justiça penal negocial e verdade: há algum tipo de conciliação possível? In. SALGADO, Daniel et. al (org.). *Justiça consensual: acordos criminais, cíveis e administrativos*. Salvador: JusPodivm, 2022.
- LAI, Sauvei. Primeiras impressões sobre o acordo de não persecução penal. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, n. 75, jan./mar. 2020.
- LANGBEIN, John; LERNER, Renée; SMITH, Bruce. *History of the Common Law: the development of anglo-american legal institutions*. Aspen, 2009.

LANGBEIN, John. Compreendendo a curta história do *plea bargaining*. In. GLOECKNER, Ricardo (org.). *Plea bargaining*. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019.

LANGBEIN, John. Tortura e *plea bargaining*. In. GLOCKNER, Ricardo (org.) *Sistemas processuais penais*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

LANGER, Maximo. From legal transplants to legal translations: the globalization of *Plea bargaining* and the Americanization thesis in criminal procedure. *Harvard International Law Journal*, v. 45, n.1, 2004.

LANGER, Maximo. *Plea bargaining, trial-avoiding conviction mechanisms, and the global administratization of criminal convictions*. *Annual Review of Criminology*, 2019.

LANGER, Máximo. Revolution in Latin American Criminal Procedure: Diffusion of Legal Ideas from the Periphery. *American Journal of Comparative Law*. v. 55, 2007.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

LEITE, Rosimeire. *Justiça consensual e efetividade do Processo penal*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2013.

LOPES JR, Aury. *Fundamentos do Processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2018.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOPES JR., Aury; JOSITA, Hygina. *Questões polêmicas do acordo de não persecução penal*. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-mar-06/limite-penal-questoes-polemicas-acordo-nao-persecucao-penal>. Acesso em 22 de julho de 2021.

LOPES, Rodolfo Soares Ribeiro. A ampliação dos espaços de consenso no processo a partir da Lei n. 13.965/2019: os acordos de não persecução civil e penal. In. TAVARES, João Paulo (org.). *Pacote anticrime: Lei 13.964/2019 na visão dos Procuradores da República*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

LÖWY, Michel. *Ideologia e ciência social*. São Paulo: Cortez, 2015.

LUCCHESI, Guilherme; OLIVEIRA, Marlus. Sobre a discricionariedade do Ministério Público no ANPP e o seu controle jurisdicional: uma proposta pela legalidade. *Boletim do IBCCRIM*, v. 344, jul/2021, versão online.

MACHADO, Allian. *Eficiência e direito penal: uma análise crítica do instituto da reparação do dano no sistema de consequências do delito*. Dissertação de mestrado. Curitiba: PUCPR, 2018.

MAIER, Julio. *Derecho procesal penal*. Tomo I: Fundamentos. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004.

MANDARINO, Renan Posella; SANTIN, Valter Foletto. A atuação do Ministério Público ante a expansão da justiça penal negociada no pacote anticrime. In. CAMBI, Eduardo; SILVA, Danni Sales; MARINELA, Fernanda (orgs). *Pacote anticrime: volume I*. Curitiba: Escola Superior do MPPR, 2020.

MARTINELLI, João Paulo; SILVA. Mecanismos de justiça consensual e o acordo de não persecução penal, In. BEM, Leonardo; MARTINELLI, João (orgs.). *Acordo de não persecução penal*. São Paulo: D'Plácido, 2020.

MARX, Karl. *O capital*. Livro I. São Paulo: Boitempo, 2013.

MATIDA, Janaina; NARDELLI, Marcella Mascarenhas; HERDY Rachel. *No processo penal, a verdade dos fatos é garantia*. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-jun-19/limite-penal-processo-penal-verdade-fatos-garantia>. Acesso em 19 de dezembro de 2021.

MECCARELLI, Massimo. La dimensión doctrinal del proceso desde una perspectiva de historia de la justicia criminal. In. CONTE, Emanuele; MADERO, Marta (org.) *Procesos, inquisiciones, pruebas*. Buenos Aires: Manantial, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1994.

MENDES, Tiago Bunning; LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Lei anticrime: a (re)forma penal e sua aproximação de um sistema acusatório?* São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020.

MESSIAS, Mauro. *Acordo de não persecução penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

MOCCIA, Sergio; CAVALIERE, Antônio (org.). *Il modello integrato di scienza penale di fronte alle nuove questioni social*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2016.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. Baron de Brède et de. *O espírito das leis*. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

MORAES, Maurício Zanoide de. Política criminal, Constituição e Processo penal: Razões da caminhada brasileira para a institucionalização do caos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 101, jan/dez 2006.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

MUÑOZ CONDE, Francisco. La relación entre sistema del derecho penal y política criminal: historia de una relación atormentada, *Lusíada*, n. 4/5, 2007.

NAUCKE, Wolfgang. *Derecho penal: una introducción*. Buenos Aires: Astrea, 2006.

NAVARRO DOLMESTCH, Roberto. *Criterios de actuación jurídica del Ministerio Público: análisis dogmático y compendio*. Santiago: Editorial Librotecnia, 2017.

NEGRI, Daniele. Do procedimento criminal: parte da legislação tão importante e tão descurada. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 149, nov/2018.

NEUMANN, Ulfrid. *La pretensión de verdade en el Derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010.

NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito*, Coimbra, Almedina, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. Volume II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

OLIVEIRA, Marcondes Pereira de. Os sentidos da confissão no acordo de não persecução penal. *Revista Eletrônica do Ministério Público do Estado do Piauí*, ano 01, n. 01, Jan/Jun 2021.

OLIVEIRA, Rafael Serra. *Consenso no Processo penal*. São Paulo: Almedina, 2015.

PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. *Manual de Direito penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2018.

PALMA, Maria Fernanda. O problema penal do Processo Penal. In. PALMA, Maria Fernanda (coord.). *Jornadas de Direito processual penal e Direitos fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2004.

PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. *La estructura de la teoria del delito en el ámbito jurídico del "Common Law"*. Granada: Comares, 2002.

PIRES, Ariosvaldo Campos; SALLES, Sheila Jorge Selim de. Alguns movimentos político-criminais da atualidade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 42/2003, p. 295 – 306, jan-mar/2003 (versão online).

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito privado*. Tomo V. Campinas: Bookseller, 2000.

POSNER, Richard. *El analisis económico del Derecho*. México: FCE, 2007.

PRADO, Geraldo. Campo jurídico e capital científico: o acordo sobre a pena e o modelo acusatório no Brasil. In. *Decisão judicial: a cultura jurídica brasileira na transição para a democracia*. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

PUPPE, Ingeborg. Ciência do Direito penal e jurisprudência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 58, 2006.

QUILODRÁN, Alejandro Vera. *Transparencia y Reforma Procesal Penal en Chile*. Biblioteca Virtual CEJA. Disponível em: <http://biblioteca.cejamericas.org/handle/2015/3962?show=full>. Acesso em 18 de junho de 2021.

RADBRUCH, Gustav. *Introdução à Ciência do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

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

RIVACOBÁ, Manuel de. *Franz von Liszt y el 'Programa de Marburgo'* In. *La ideia de fin en Derecho penal*.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Gabriela (org.) *Resolución alternativa de conflictos penales: mediación de conflicto, pena y consenso*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000.

RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo. *Derecho penal: parte general*. Madrid: Civitas, 1978.

RODRÍGUEZ, Alejandro. Persecución penal estratégica: una propuesta de política criminal. *Análisis político*, v. 2. Año 3.

ROSS, Alf. *Colpa, responsabilità e pena*. Milão: Giuffrè, 1972.

ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Madrid: Civitas, 2006.

ROXIN, Claus. *Derecho Procesal penal*. Buenos Aires: Ediciones del Puerto, 2000.

ROXIN, Claus. Franz von Liszt e a concepção político-criminal do projeto alternativo. In. *Problemas fundamentais do Direito penal*. Lisboa: VEGA, 1986.

ROXIN, Claus. La reparación en el sistema de los fines de la pena. In: ESER, Albin; HIRSCH, Hans Joachim; ROXIN, Claus et al. (org.). *De los delictos y de las Víctimas*. Argentina: AD-HOC, 1992.

ROXIN, Claus. O bem jurídico como critério crítico ao legislador em xeque. In. *Novos estudos de Direito penal*. São Paulo: Marcial Pons.

ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ROXIN, Claus. Posición jurídica y tareas futuras del Ministerio Público. In. MAIER, Julio B. J. (org.). *El Ministerio Público en el Proceso penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1993.

ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de Direito penal*. Madrid: Civitas, 1978.

SÁNCHEZ RIOS, Rodrigo. A colaboração premiada após a sentença condenatória: limites, possibilidades e consequências. In. GEBRAN NETO, João Pedro (org.). *Colaboração premiada: perspectivas teóricas e práticas*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2020.

SÁNCHEZ RIOS, Rodrigo; COSTA, Victor. Confisco alargado: a ampliação do instituto do perdimento de bens na Lei 13.964/2019 (“Lei Anticrime”). In. TEIXEIRA, Adriano (org.). *Perda das vantagens do crime no Direito penal: confisco alargado e confisco sem condenação*. São Paulo: Marcial Pons, 2020.

SÁNCHEZ RIOS, Rodrigo. *Das causas de extinção da punibilidade nos delitos econômicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo. *Fundamentos de política criminal: un retorno a los principios*. Madrid: Marcial Pons, 2012.

SANTANA, Gabriel Andrade. *Verdade e Justiça negocial: o paradigma filosófico do novo realismo como limite à expansão dos espaços de consenso no campo jurídico-penal brasileiro*. Dissertação de Mestrado. Brasília: IDP, 2019.

SANTOS, Juarez Cirino. *Direito penal: parte geral*. Curitiba: ICPC, 2014.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Teoria de Pena: fundamentos políticos e aplicação judicial*. Curitiba: Editoras ICPC/Lumen Juris, 2005.

SBRICCOLI, Mario. Beccaria ou o advento da ordem. O filósofo, os juristas e a emersão do problema penal. In. DAL RI JR, Arno; NUNES, Diego; SONTAG, Ricardo. *História do Direito penal*. Florianópolis: Habitus Editora, 2020.

SBRICCOLI, Mario. Giustizia negoziata, giustizia egemonica. In. BELABARBA; SCHWERHOFF (org). *Criminalità e giustizia in Germania e in Italia*. Bologna: Il mulino, 2001.

SBRICCOLI, Mario. Justiça criminal. *Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade*, ano 15, n. 17/18, 2010.

SCHMITT, Carl. *O conceito do Político*. Trad. Alexandre Franco de Sá. Coimbra: Almedina, 2015.

SCHULHOFER, Stephen J. *Plea Bargaining as Disaster*. *The Yale Law Journal*. New Haven, v. 101, n. 8, p. 1979-2009, jun., 1992.

SCHÜNEMANN, Bernd. Audiência de instrução e julgamento: modelo inquisitorial ou adversarial? In. *Estudos de direito penal, processo penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SCHÜNEMANN, Bernd. ¿Crisis del procedimiento penal? – Marcha triunfal del procedimiento penal americano em el mundo? In. *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milênio*. Madrid: Tecnos, 2002.

SCHÜNEMANN, Bernd. *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, t. 49, Fasc/Mes 1, 1996. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=46492>. Acesso em 2 de maio de 2021.

SCHÜNEMANN, Bernd. *Direito penal, racionalidade e dogmática*. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

SCHÜNEMANN, Bernd. La politica criminal y el sistema de Derecho penal. In. *Anuário de Derecho penal y Ciencias Penales*. Madrid, 1991.

SCHÜNEMANN, Bernd. *La reforma del processo penal*. Madrid: Dykinson, 2005.

SCHÜNEMANN, Bernd. Um olhar crítico sobre o modelo processual penal norte-americano. In. *Estudos de direito penal, processo penal e filosofia do Direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Curso de Direito processual penal: teoria (constitucional) do processo penal*. Natal: OWL Editora Jurídica, 2015.

SILVA SÁNCHEZ, Jesus-Maria. *A expansão do Direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SILVA SÁNCHEZ, Jesus-Maria. Eficiencia y derecho penal. *Anuário de Derecho penal y ciências penales*, tomo 49, v. 1, 1996.

SILVA SÁNCHEZ, Jesus-Maria. Introducción: dimensiones de la sistematicidad de la teoría del delito. In. WOLTER, Jürgen; FREUND, Georg (org.). *El sistema integral del Derecho penal: delito, determinación de la pena y proceso penal*. Madrid: Marcial Pons, 2004.

SILVA, Marcelo Oliveira da. O acordo de não persecução penal. *Revista EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 22, n. 3, Set-Dez /2020.

SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. *Por uma teoria da ação processual penal*. Curitiba: Observatório da mentalidade inquisitória, 2018.

SILVEIRA, Renato de Melo. *Direito penal empresarial*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

SOUZA, Bruno Cunha. *Obrigatoriedade da ação penal pública*. Dissertação de mestrado. Curitiba: PUCPR, 2020.

SOUZA, Renee; DOWER, Patrícia. Algumas respostas sobre o acordo de não persecução penal. In. CUNHA, Rogério et. al. (org.). *Acordo de não persecução penal*. Salvador: JusPodivm, 2020.

SOZZO, Máximo. Reforma de la justicia penal en América Latina: promesas, prácticas y efectos. A modo de introducción. In. SOZZO, Máximo (org.). *Reforma de la justicia penal en América Latina: promesas, prácticas y efectos*. Buenos Aires: Ediciones Didot, 2021.

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. *La prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2008.

TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. São Paulo: Marcial Pons, 2016.

TAVARES, Juarez; CASARA, Rubens. *Prova e Verdade*. Florianópolis: Tirant Lo Blach, 2020.

TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. Florianópolis: Tirant Lo Blach, 2018.

TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

TEIXEIRA, Adriano. *Teoria da aplicação da pena*. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

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

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Comentários à Lei dos Juizados Especiais Criminais*. São Paulo: Saraiva, 2011.

TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do Direito Processual Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

UNIVERSITY OF MICHIGAN LAW SCHOOL. *The National Registry of Exonerations: Exonerations in 2015*. Michigan, fev. 2016. Disponível em: <https://www.law.umich.edu>. Acesso em 05 mar. 2020.

VASCONCELLOS, Vinicius. *Barganha e justiça criminal negocial*. 2 ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

VASCONCELLOS, Vinicius. Colaboração premiada e negociação na justiça criminal brasileira: acordos para aplicação de sanção penal consentida pelo réu no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 166. ano 28, abril/2020.

VASCONCELLOS, Vinicius. *Colaboração premiada no Processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

VASCONCELLOS, Vinicius. Justiça criminal negocial e direito de defesa: os acordos no Processo penal e seus limites necessários. *Boletim do IBCCRIM*, v. 344, jul/2021, versão online disponível em <https://ibccrim.org.br/publicacoes/edicoes/749/8570>. Acesso em 1 de julho de 2021.

VON KIRCHMANN, Julius. *La jurisprudencia no es ciência*. Lima: Instituto Pacífico, 1999.

VON LISZT, Franz. *La idea de fin en Derecho penal*. Valparaíso: EDEVAL, 1984.

WEBER, *Política como vocação*. In. *Ciência e Política: Duas vocações*. São Paulo: Cultrix, 2011.

WOLTER, Jürgen; FRUEND, Georg (eds.). *El sistema integral del Derecho penal: delito, determinación de la pena y proceso penal*. Madrid: Marcial Pons, 2004.

WOLTER, Jürgen. Estudio sobre la dogmática y la ordenación de las causas materiales de exclusión del sobreseimiento del proceso, de la renuncia a la pena y de la atenuación de la misma. Estructuras de um sistema integral que abarque el delito, el proceso penal y la determinación de la pena. In. WOLTER, Jürgen; FREUND, Georg (org.). *El sistema integral del Derecho penal: delito, determinación de la pena y proceso penal*. Madrid: Marcial Pons, 2004.

WOLTER, Jürgen. Las causas constitucionales de exclusión del tipo, del injusto y de la punibilidad como cuestión central de la teoría del delito em la actualidad. In. LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel; MIR-PUIG, Santiago (org.). *Cuestiones actuales de la teoría del delito*. Madrid: McGrawHill, 1999.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Derecho Penal: parte general*. Buenos Aires: EDIAR, 2002.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo. *Direito penal brasileiro – I*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.