



UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS – UFAL  
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS  
MESTRADO EM DIREITO

CRISTOVÃO DE SOUZA BRITO

ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E PERSPECTIVAS CRÍTICAS À  
EFETIVAÇÃO DO JUSTO PROCESSO

MACEIÓ

2024



UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS – UFAL  
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS  
MESTRADO EM DIREITO

CRISTOVÃO DE SOUZA BRITO

ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E PERSPECTIVAS CRÍTICAS À  
EFETIVAÇÃO DO JUSTO PROCESSO

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Alagoas, como requisito parcial para obtenção do grau de mestre em direito.

Orientador: Prof. Dr. Welton Roberto

MACEIÓ

2024



UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS – UFAL  
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS  
MESTRADO EM DIREITO

CRISTOVÃO DE SOUZA BRITO

ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E PERSPECTIVAS CRÍTICAS À  
EFETIVAÇÃO DO JUSTO PROCESSO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Alagoas, como requisito parcial para obtenção do grau de mestre em direito.

Linha de pesquisa: 4. Crimes, punições e direitos violados: das normas penais e processuais às políticas criminais.

Orientador: Prof. Dr. Welton Roberto

MACEIÓ

2024



UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS – UFAL  
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS  
MESTRADO EM DIREITO

FOLHA DE APROVAÇÃO

CRISTOVÃO DE SOUZA BRITO

ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E PERSPECTIVAS CRÍTICAS À  
EFETIVAÇÃO DO JUSTO PROCESSO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Alagoas, como requisito parcial para obtenção do grau de mestre em direito.

Linha de pesquisa: 4. Crimes, punições e direitos violados: das normas penais e processuais às políticas criminais.

Orientador: Prof. Dr. Welton Roberto

BANCA EXAMINADORA:

---

Orientador

---

Examinador

---

Examinador

MACEIÓ

2024

Dedico o presente trabalho à minha família, Jacqueline, Thiago Lucas e Maria Beatriz, por terem suportado por inúmeros dias a minha ausência. *In memoriam*, à minha mãe Josefa Pereira de Souza Brito. Espero que receba este fruto resultante de muito esforço e dedicação, tal como me ensinou.

## AGRADECIMENTOS

Agradecimentos são sempre delicados, tendo em vista o perigo do esquecimento de quem tenha participado de seu processo evolutivo. Mas alguns personagens merecem lembrança.

Agradeço em gênese a DEUS, ser onipotente, o qual se insere entre nós como centelha contínua de esperança e dedicação.

Aos meus pais Josefa Pereira de Souza Brito (*in memorian*) e Edilson Soares de Brito pelos ensinamentos. As limitações não foram motivo ou desculpa para que eu me acomodasse.

Ao meu amigo e parceiro de caminhada docente, José Marques de Vasconcelos Filho, o qual me convidou para este mundo maravilhoso da docência.

Aos meus alunos da FASVIPA – Faculdade São Vicente de Pão de Açúcar, pois com eles mais aprendo do que ensino. Sem dúvidas, os debates acadêmicos foram fundamentais para o ingresso na UFAL.

Aos amigos professores Ivandro Menezes e André Vieira pelas conversas nos corredores da FASVIPA, essenciais para o aperfeiçoamento do projeto de pesquisa que hoje aflora como trabalho.

Aos professores da UFAL, em especial aos professores Rosmar Rodrigues Alencar, Hugo Leonardo Santos, Elaine Pimentel, Beclaute Oliveira e Marcos Bernardes de Mello. Todos me trouxeram saberes profundos que pude agregar a este caminho de pesquisa.

Aos amigos de caminhada discente, Pollielly Florêncio e Mario Ferreira, a quem pude dividir opiniões e saberes.

Por fim, não menos importante, ao professor Welton Roberto, meu orientador e que trouxe já nas primeiras aulas as ideias fecundas do Justo Processo, as quais poderiam germinar e se inserir no acordo de não persecução penal.

A ignorância política tem a capacidade de se autoperpetuar, e uma corda feita de ignorância e inação vem a calhar quando a voz da democracia corre o perigo de ser sufocada ou ter suas mãos atadas.

Precisamos da educação ao longo da vida para termos escolha. Mas precisamos dela ainda mais para preservar as condições que tornam essa escolha possível e a colocam ao nosso alcance.

(Zygmunt Bauman)

## RESUMO

Este trabalho buscou analisar criticamente a efetivação do justo processo no acordo de não persecução penal. Identificou-se que a investigação criminal atual não comporta o exercício pleno e efetivo de postulados fundamentais como o contraditório, ampla defesa e paridade de armas, logo o imputado poderia ser um mero aderente ao ANPP. Inicialmente, para solucionar o problema foi concebida a hipótese inicial de possibilidade da concretização do justo processo, desde que seja superado o conceito de processo extensível unicamente à fase judicial, e conseqüentemente, inaugure-se nova relação jurídica entre órgão acusatório, imputado/investigado e juiz (das garantias). O objetivo é trazer estudos sobre como acordante pode realizar um justo acordo desde o berço da investigação criminal. Os caminhos elencados foram analisar o contexto jurídico e (des) conformidade constitucional do ANPP, sob perspectiva lógico-formal, a fim de entender a natureza jurídica deste instituto consensual e qual o impacto ou consequência às prováveis soluções do problema. Após, procurou-se investigar a concepção de justo processo e seus pilares fundamentais, contraditório e paridade de armas, de forma extensiva à investigação criminal, caracterizada pelo sistema inquisitorial, e com a participação do juiz das garantias. Qualitativamente, buscou-se sedimentar a pesquisa através de acervo bibliográfico consistente em livros, artigos científicos e periódicos que pudessem fornecer as bases epistemológicas dedutivas para conceber o justo processo ao ANPP. Também se utilizou quantitativamente de dados e estudos de órgãos oficiais para compreender o cenário no qual se aprovou legislativamente o acordo de não persecução penal e como ele tem se apresentado. Os resultados da pesquisa revelaram a necessidade de superação do modelo tradicional de investigação criminal quanto à atuação das partes, especialmente o imputado. Esta superação foi vista como antecedente para a consecução do justo acordo, o conseqüente. Outros resultados igualmente importantes correspondem à necessidade de se incorporar postulados como imediação, oralidade, controle de admissibilidade da prova e nulidades ao cenário investigativo como forma de otimizar o justo acordo, além do aumento axiológico da densidade constitucional do contraditório e paridade de armas. Por sua vez, sobrevieram também novas perspectivas de atuação do imputado, as quais corroboraram com os primeiros resultados e necessidade de superação do modelo tradicional.

Palavras-chave: acordo de não persecução penal; justo processo; investigação criminal; contraditório; paridade de armas.



## ABSTRACT

This paper sought to critically analyze the implementation of due process in the non-prosecution agreement. It was identified that the current criminal investigation does not allow for the full and effective exercise of fundamental postulates such as adversarial proceedings, full defense and equality of arms, therefore the accused could be a mere adherent to the ANPP. Initially, to solve the problem, the initial hypothesis of the possibility of implementing due process was conceived, provided that the concept of a process extendable only to the judicial phase is overcome, and consequently, a new legal relationship is inaugurated between the prosecuting body, the accused/investigated and the judge (of guarantees). The objective is to bring studies on how the agreeing party can reach a fair agreement from the cradle of the criminal investigation. The paths listed were to analyze the legal context and constitutional (non)conformity of the ANPP, from a logical-formal perspective, in order to understand the legal nature of this consensual institute and what the impact or consequence is on the probable solutions to the problem. Afterwards, we sought to investigate the concept of due process and its fundamental pillars, adversarial system and equality of arms, extensively covering criminal investigations, characterized by the inquisitorial system, and with the participation of the judge of guarantees. Qualitatively, we sought to consolidate the research through a bibliographic collection consisting of books, scientific articles and periodicals that could provide the deductive epistemological bases for conceiving due process to the ANPP. We also used quantitative data and studies from official bodies to understand the scenario in which the non-prosecution agreement was legislatively approved and how it has been presented. The results of the research revealed the need to overcome the traditional model of criminal investigation regarding the actions of the parties, especially the accused. This overcoming was seen as a precedent for achieving a fair agreement, the consequent. Other equally important results correspond to the need to incorporate postulates such as immediacy, orality, control of admissibility of evidence and nullities into the investigative scenario as a way to optimize a fair agreement, in addition to the axiological increase in the constitutional density of the adversarial system and equality of arms. In turn, new perspectives for the defendant's actions also emerged, which corroborated the first results and the need to overcome the traditional model.

Keywords: non-prosecution agreement; fair process; criminal investigation; adversarial system; equality of arms.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>12</b>
<b>2 ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E (DES) CONFORMIDADE CONSTITUCIONAL.....</b>	<b>20</b>
2.1. Implementação legislativa e conformidade constitucional: entre a legalidade, obrigatoriedade e indisponibilidade da ação penal.....	20
2.2. Método lógico-formal.....	24
2.3. A lei nº 13.964/19 e a introdução do acordo de não persecução penal.....	32
2.4. Delimitação conceitual do acordo de não persecução penal (ANPP).....	33
2.5. Aplicação prática e o entendimento do Supremo Tribunal Federal.....	33
<b>3 ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E O JUSTO PROCESSO: RELAÇÕES INTRÍNSECAS ENTRE O DEVIDO E O JUSTO PROCESSO COMO MODELO IDEAL.....</b>	<b>38</b>
3.1. Natureza jurídica e o modelo processual brasileiro: a relação entre a introdução de mais uma barganha e o devido processo legal.....	38
3.2. Decorrências principiológicas e sistêmicas do devido processo legal no acordo de não persecução penal: a observância da dogmática processual penal garantista para além do processo judicial.....	42
3.2.1. A visão contemporânea do sistema SG na dimensão <i>Nulla probatio sine defensione</i> ou princípio do contraditório ou da defesa.....	46
3.3. A concepção do justo processo: breves ensaios sobre o modelo italiano e a importância do contraditório na formação da prova colhida na investigação preliminar.....	49
3.4. A paridade de armas como princípio reitor do efetivo contraditório no acordo de não persecução penal.....	56
3.5. Juiz das garantias, paridade de armas e o novo Código de Processo Penal.....	61
3.5.1. A decisão da Suprema Corte Brasileira acerca do Juiz das Garantias: análise comparativa com o direito estrangeiro.....	63
3.6. Aplicação prática e o estudo do Conselho Nacional de Justiça.....	69
<b>4 AS INTERCORRÊNCIAS E OS CÂNONES PARA A EFETIVAÇÃO DO JUSTO PROCESSO NO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL.....</b>	<b>71</b>
4.1. A baixa densidade constitucional sobre os direitos fundamentais do contraditório e paridade de armas: estamos seguindo o caminho oposto à busca pelo modelo processual ideal?.....	72

4.2. Aspectos processuais otimizadores dos direitos fundamentais ao contraditório e paridade de armas: imediação e oralidade.....	78
4.2.1. Imediação.....	78
4.2.2. Oralidade.....	84
4.3. Justo processo e modelo adversarial no ANPP. É possível assegurar paridade?.....	87
4.4. A entrada da vítima na investigação criminal.....	92
4.5. A confissão como requisito do acordo de não persecução penal: negou-se ao investigado o direito à prova e à investigação defensiva?.....	97
4.5.1. O Autoritarismo e a consequente redução do contraditório: entre o fato, a confissão e o poder punitivo.....	102
4.6. Justo processo investigatório e vedação de provas ilícitas no ANPP: a necessária extensão do instituto das nulidades à investigação criminal.....	105
4.6.1. A vaga e distante noção de prejuízo para reconhecimento da nulidade na investigação criminal: em busca da superação da dicotomia público <i>versus</i> privado.....	110
<b>5 CONCLUSÕES.....</b>	<b>116</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>122</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Geralmente, quando obras jurídicas surgem sobre justiça penal negociada, tem-se como usual e quase unânime a referência de que tal fenômeno é uma tendência em expansão no direito brasileiro<sup>1</sup>. Tendência nos reporta a inclinação, predisposição a determinado caminho, algo semelhante à dimensão normativa, axiológica e prática que tomaram os negócios penais<sup>2</sup> no Brasil.

A justiça penal negociada foi amplamente introduzida no direito positivo, através de ferramentas penais e processuais penais que se incorporaram, bem ou mal, ao sistema pátrio. A lei nº 9099/95 trouxe a transação penal, composição civil dos danos e a suspensão condicional do processo como exemplos de abreviação do processo clássico, sem, contudo, apartar-se da aplicação de sanções. Aqui, os adjetivos bem ou mal não indicam contradição no trabalho que se desenvolverá, mas indicativo de que a doutrina se dividiu a respeito das novidades.

Tem-se verificado nas últimas décadas um protagonismo cada vez mais constante do direito<sup>3</sup> enquanto instrumento de solução dos conflitos, paralelamente ao aumento populacional, atualmente 203.080.756 pessoas, conforme último censo do IBGE em 2022<sup>4</sup>.

Como consequência lógica, tivemos uma explosão de processos a serem solucionados. Por exemplo, longe de ser novidade, a justiça estadual possui a maior representatividade de litígios no Poder Judiciário, correspondendo a 68,4% (sessenta e oito virgula quatro por cento), aumentando para 91,4% (noventa e um virgula quatro por cento) na área criminal, de

---

<sup>1</sup> VASCONCELOS, Vinícios Gomes de. Colaboração premiada no processo penal (livro eletrônico). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 07.

<sup>2</sup> No presente trabalho, a fim de não fugir do caminho proposto, não adotaremos conceituações diversas quando tratarmos sobre negócios, acordos penais e consenso no processo penal, pois o foco não é tratar em si da barganha penal, mas do justo processo no acordo de não persecução penal. No entanto, no item 2.4. do capítulo 1, trataremos da conceituação de acordo, necessária à delimitação do estudo.

<sup>3</sup> Esse protagonismo tem se concentrado nas cortes superiores. Na obra “Efeito vinculante e concretização do direito”, Rosmar Rodrigues Alencar aborda a problemática da concretização do direito ante o surgimento do efeito vinculante. Inicialmente, partindo-se do pressuposto de que o efeito vinculante no Brasil traz alterações na forma de aplicação do direito, uma vez que antes se partia de enunciados legais, afirma como é importante compreendê-lo a partir da contextualização histórica, filosófica, ideológica e sociológica. No contexto histórico, a importação de institutos como o efeito vinculante da *common law*, torna-se ferramenta importante para se compreender a ideologia decisionista dos tribunais brasileiros, especialmente quanto aos acordos penais. In: ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Efeito vinculante e concretização do direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009, p. 10-16.

<sup>4</sup> IBGE. Censo atualizado até 27.10.2023. Disponível em [https://censo2022.ibge.gov.br/panorama/?utm\\_source=ibge&utm\\_medium=home&utm\\_campaign=portal](https://censo2022.ibge.gov.br/panorama/?utm_source=ibge&utm_medium=home&utm_campaign=portal). Acesso em 20.04.2024.

acordo com os dados fornecidos pelo Conselho Nacional de Justiça, através do Programa “JUSTIÇA EM NÚMEROS 2020: ano-base 2019”<sup>5</sup>.

O referido Programa aponta que em 2021, após retorno das atividades presenciais decorrente da restrição pandêmica (COVID-19), o patamar de 62 milhões de ações pendentes, próximos dos números de 2019<sup>6</sup>. O relatório afirma, ainda, que neste mesmo ano (2021), ingressaram 27,7 milhões de processos no Poder Judiciário, tendo sido baixados, em contrapartida, 26,9 milhões. Ou seja, um crescimento de 10,4% em casos novos e 11,1% solucionados<sup>7</sup>.

No entanto, considerando os efeitos da pandemia, no último relatório (2023), foi possível verificar que em 2022, ano-base do relatório, ingressaram, no Poder Judiciário, 3,1 milhões de novos processos criminais e foram iniciadas 585,8 mil (15,8%) execuções penais, totalizando 3,7 milhões. A par da representatividade geral da Justiça Estadual em 72,9%, a seara criminal continua crescendo com a sua em 94,2%. A variação de 3,7% em relação a 2022 fez com que os números de aproximassem aos de 2011 a 2014<sup>8</sup>. Em Alagoas, por exemplo, há uma variação de 18.988 a 22.670 habitantes para cada unidade judiciária estadual<sup>9</sup>.

A análise quantitativa não pode ser desconsiderada na presente pesquisa. “Durante a tramitação dos projetos de lei que ensejaram a inclusão do art. 28-A no Código de Processo Penal, não foram poucas as referências à excessiva quantidade de processos e à lentidão da justiça...”<sup>10</sup>. O Ministro Alexandre de Moraes, ao presidir o projeto de lei respectivo, afirmou como objetivo “alcançar punição célere e eficaz em grande número de práticas delituosas, oferecendo alternativas ao encarceramento e buscando desafogar a justiça criminal”<sup>11</sup>. Nosso

<sup>5</sup> Justiça em Números 2020: ano-base 2019/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2020, p. 192. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/08/rel-justica-em-numeros2020.pdf>. Acesso em: 16.04.2024.

<sup>6</sup> Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Justiça em Números 2022 / Conselho Nacional de Justiça. – Brasília: CNJ, 2023, p. 32-33P. 104. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf>. Acesso em 16.04.2024.

<sup>7</sup> COUTO, Marco. Acordo de não persecução penal e plea bargaining norte-americana: comparar para compreender. Curitiba: Juruá, 2022, p. 105.

<sup>8</sup> Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Justiça em Números 2023 / Conselho Nacional de Justiça. – Brasília: CNJ, 2023, p. 224. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/08/justica-em-numeros-2023.pdf>. Acesso em 16.04.2024.

<sup>9</sup> Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Justiça em Números 2023 / Conselho Nacional de Justiça. – Brasília: CNJ, 2023, p. 32-33. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/08/justica-em-numeros-2023.pdf>. Acesso em 16.04.2024.

<sup>10</sup> COUTO, Marco. Acordo de não persecução penal e plea bargaining norte-americana: comparar para compreender. Curitiba: Juruá, 2022, p. 56.

<sup>11</sup> COUTO, Marco. Acordo de não persecução penal e plea bargaining norte-americana: comparar para compreender. Curitiba: Juruá, 2022, p. 86.

objetivo não se resume ao encarceramento propriamente dito, mas aos argumentos que levaram o Poder Legislativo a implementar este instrumento consensual.

A necessidade de mais acordos penais com o suposto infrator tem sido amplamente incentivada pelo Poder Judiciário em suas diversas esferas e as razões elencadas também podem ser variadas. Na mesma toada, o Executivo procurou implementar políticas criminais alternativas ao fomentar tais espécies de tratativas no Plano Nacional de Política Criminal<sup>12</sup>.

O utilitarismo como fundamento dos entusiastas dos negócios penais tem gerado redução de garantias penais e processuais fundamentais, especialmente o contraditório. A hipótese de concretização do justo processo no acordo de não persecução penal, e consequente justiça procedimental no acordo nele produzida, prescinde da análise e correlação com tais garantias, sob pena de esvaziamento de seu conteúdo, principalmente quando ainda não temos sua menção (justo processo) na Constituição Federal, muito embora dela decorra, especificamente da previsão do próprio contraditório disposto no art. 5º, LV.

Para os defensores dos métodos enxutos de solução dos conflitos, a estrutura judiciária não foi capaz de atender a todos, o que resultou em grande número de processos arquivados sem solução definitiva, a exemplo da prescrição da pretensão punitiva, podendo-se somar também alto índice de investigações mal conduzidas e não concluídas. Em suma, o campo foi se tornando fértil gradativamente à adoção de medidas penais e processuais penais céleres.

Até à chegada do acordo de não persecução penal, calha-nos lembrar que a dogmática processual penal sofreu fortes incursões estruturais que culminaram sensivelmente para a concepção de processo que hoje se apresenta. Decerto, avivar o plano jurídico que precede o ANPP é importante passo para entender ao final da presente dissertação se o instituto permite concretizar o justo processo, considerando-se que na investigação criminal, cenário no qual será construído o acordo<sup>13</sup>, os tribunais entendem pela natureza administrativa e inviável de se considerar obrigatória a ampla defesa, contraditório e paridade de armas. Trata-se, então, de problema relevante<sup>14</sup> que necessita de “uma máxima precisão”<sup>15</sup>.

---

<sup>12</sup>PLANO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL. Disponível em: [https://www.gov.br/depen/pt-br/composicao/cnppc/plano\\_nacional/plano-nacional-de-politica-criminal-e-penitenciaria-2020-2023.pdf](https://www.gov.br/depen/pt-br/composicao/cnppc/plano_nacional/plano-nacional-de-politica-criminal-e-penitenciaria-2020-2023.pdf). Acesso em 20.05.2023, p. 71.

<sup>13</sup> Quando aportamos à construção do acordo em sede de investigação criminal, é porque literalmente a transação firmada será de não dar prosseguimento com o oferecimento da denúncia.

<sup>14</sup>MOREIRA, Herivelto e MOREIRA, Luiz Gonzaga Caleffe. Metodologia da pesquisa para o professor pesquisador. 2. ed. Rio de Janeiro: Lamparina, 2008, p. 31. Os autores trazem a importância de se distinguir o relevante do irrelevante. Para nós, o tema é sensivelmente relevante, consoante o novo cenário que se apresenta com o ANPP.

<sup>15</sup> COUTINHO, Sergio. Metodologia para pesquisas jurídicas e sociais. Maceió: Viva Editora, 2013, p. 60.

A partir desta incógnita que nos causa inquietude e sensação de carência prejudicial ao funcionamento do contexto<sup>16</sup>, traçamos hipótese inicial pela possibilidade de efetivação do justo processo no ANPP, desde que se amplie a definição de processo, e por consequência, permita-se adentrar postulados fundamentais previstos no texto constitucional, ou seja, o contraditório (e ampla defesa) e paridade de armas<sup>17</sup>. Ou, se a resposta for negativa, possa-se identificar a causa e a consequente solução<sup>18</sup>.

A “experiência e a razão combinam-se entre si para evitar o círculo vicioso em que o conhecimento seja uma construção puramente racional, lógica e livre de contradições, ou a mera percepção sensorial do estado das coisas”<sup>19</sup>. O entendimento da prática judiciária brasileira prescinde do contato empírico, sem o qual o estudo proposto pode não atingir o desiderato acadêmico e social que se espera.

Aliás, a própria análise do contexto latino-americano se apresenta necessária. Não se descortina da averiguação estrangeira pertinente à Europa e aos Estados Unidos, entre o *continental law* e o *common law*. Porém, as vivências e o conhecimento de quem e de onde se produz o direito devem se tomar fundamentalmente como ponto de partida. Não por acaso, são inteiramente pertinentes as críticas de Máximo Langer sobre a compreensão do sistema adversarial americano e inquisitorial europeu ou latino-americano enquanto culturas diferentes<sup>20</sup>. Entender como se aplica o direito e onde se aplica são fatores determinantes para uma melhor abordagem.

Por sua vez, duas abordagens jurídicas exurgem: legitimadora e crítica. Na primeira, o passado serve como argumento de justificação do presente, enquanto na segunda a

---

<sup>16</sup> Geraldo Magela afirma que quando nos deparamos com um problema, podemos entendê-lo como “carência de algo”, o que pode ser um “objeto ou fenômeno da realidade”, de onde surge uma “sensação de estranhamento”. Ainda segundo o autor, a definição do problema requer, as vezes, sucessivas reformulações, mas necessárias porque decorrentes de uma “postura de reação de não aceitação passiva das coisas como elas são”, logo, a problematização deve ser compreendida como a “busca da causalidade, das inter-relações e das consequências dos fenômenos”, p. 50-51. In: FARIA, Geraldo Magela Gaudêncio. Iniciação à arte do plano de trabalho e do projeto de pesquisa. Maceió: EDUFAL, 2013. Essa sensação de estranhamento se inaugura como evidência quando inauguramos no ordenamento jurídico um instituto consensual penal, de características peculiares (abrangência de mais crimes, necessidade de confissão, possibilidade de conversação extrajudicial com o órgão acusatório) e em cujo cenário principal (investigação criminal), ainda não se fala em justo processo.

<sup>17</sup> FARIA, Geraldo Magela Gaudêncio. Iniciação à arte do plano de trabalho e do projeto de pesquisa. Maceió: EDUFAL, 2013, p. 80-81. A propósito, a hipótese pode ser considerada literalmente “tese fraca”, mas nem por isso deixa de ter fundamentação e plausibilidade, seja como resposta, seja como programa de ação.

<sup>18</sup> FARIA, Geraldo Magela Gaudêncio. Iniciação à arte do plano de trabalho e do projeto de pesquisa. Maceió: EDUFAL, 2013, p. 76. O autor lembra que “um tipo de ação não exclui o outro”, mas se complementam. Isto é, as hipóteses podem trazer, por exemplo, críticas aos modelos já existentes, sem que se oponham.

<sup>19</sup> PRADO, Geraldo. Transação penal. 2ª ed, rev e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris, 2006, p. 36.

<sup>20</sup> LANGER, Máximo. From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure. *in* Harvard International Law Journal · December 2004. Volume 45, Number 1, Winter 2004. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=707261](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=707261). Acesso em 10.07.2024, p-4.

alteridade do passado gera no intérprete a análise descontinuada face o presente<sup>21</sup>. Entendemos por seguir a segunda vertente. Embora discreta, a contribuição ao processualista e ao penalista pode ser efetiva<sup>22</sup>.

A natureza jurídica de um instrumento positivado se sobressai de uma coerente análise do sistema o qual se vincula, de maneira que a identificação do modelo processual atualmente vigente será antecedente necessário para se interligar o acordo de não persecução penal ao devido processo legal e ao justo processo. A unicidade e justaposição do estudo possibilitarão alcançar posteriormente uma visão epistêmico-processual necessária ao ANPP.

Metodologicamente, parte-se<sup>23</sup> de uma análise bibliográfica, entre livros, artigos e periódicos, a fim de que dedutivamente atinjamos nosso desiderato, sistematicamente e sem perder de vista o objeto<sup>24</sup>. A possibilidade e probabilidade<sup>25</sup> de se chegar ao objetivo nos indica o levantamento da bibliografia (abstrativamente falando) e ao levantamento de alguns dados estatísticos como eixo, numa tentativa de ter a ciência do direito devidamente contextualizada por um conhecimento jurídico que se reproduza na realidade<sup>26</sup>.

Sobre o marco teórico, esta pesquisa não centrará exclusivamente em um autor, muito embora tomemos com relevância a obra de Paolo Ferrua, a fim de se obter a concepção do *Giusto Processo*,

Impende destacar a importância da orientação e de cujo autor tomaremos aportes paralelos: “Paridade de armas no processo penal”, de Welton Roberto, é obra embrionária quanto ao debate sobre a paridade de armas no processo penal brasileiro, da qual não se afasta similar análise no acordo de não persecução penal. A quebra de paradigmas e novas reflexões que esperamos entregar ao leitor sobre o justo processo no ANPP serão permeadas pelos

<sup>21</sup> SONTAG, Ricardo. Para uma história da delação premiada no Brasil. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 5, n. 1, p. 441-468, jan./abr., 2019. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i1.220>. Acesso em 18.06.2023, p. 446.

<sup>22</sup> SONTAG, Ricardo. Para uma história da delação premiada no Brasil. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 5, n. 1, p. 441-468, jan./abr., 2019. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i1.220>. Acesso em 18.06.2023, p. 462.

<sup>23</sup> FARIA, Geraldo Magela Gaudêncio. Iniciação à arte do plano de trabalho e do projeto de pesquisa, op cit, p. 100. Conforme Magela, “os caminhos mais adequados para se chegar ao objetivo, de escolher o melhor deles, aquele que é o mais adequado face os recursos disponíveis”. É também nosso desafio, caro leitor, de desenvolver um caminho apto a atingir a solução do problema com os recursos até então disponíveis.

<sup>24</sup> ADEODATO, João Maurício. Bases para uma metodologia da pesquisa em direito. Disponível em: [http://www.planejamentotributario.ufc.br/artigo\\_Bases\\_Metodologia\\_Pesquisa\\_em\\_Direito.pdf](http://www.planejamentotributario.ufc.br/artigo_Bases_Metodologia_Pesquisa_em_Direito.pdf). Acesso em 15/05/2024.

<sup>25</sup> COUTINHO, Sergio. Metodologia para pesquisas jurídicas e sociais. Maceió: Viva Editora, 2013, p. 65.

<sup>26</sup> VERONESE, Alexandre; FILHO, Roberto Fragale. Ensinar direito o direito. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 300-308. A dicotomia entre o conhecimento jurídico e o técnico é realçado pelos autores. O que pretendemos neste trabalho é justamente não reproduzir “um amontoado de jurisprudência ou de doutrina” como próprio de um conhecimento científico.



autores anteriormente descritos, porém chegar à solução do problema prescinde em todo o seu caminho da obra do prof. Welton Roberto.

Tais implicações se acentuam quando se analisa criticamente a evolução da temática negocial, notadamente com a lei nº 12850/13, ao disciplinar a colaboração premiada como meio de obtenção de prova. A preocupação com a macrocriminalidade e expansão de organizações criminosas dispostas no diploma normativo deu aos juízes e aos legisladores mais um argumento para se repensar os fins do processo. Estes mesmos fins se coadunam com a celeridade processual versus a “superlotada estante” judicial de feitos criminais, bem como a inafastabilidade de jurisdição *versus* a prescrição punitiva e parcas conclusões judiciais dos conflitos sociais.

Logo, além das referências bibliográficas, os dados documentais e de campo, estes últimos, apoiados em estatísticas de órgãos superiores, julgados jurisdicionais, entidades e autores nacionais e internacionais, darão base para tratar das motivações e argumentos que levaram à introdução do ANPP mediante afastamento de acusação formal.

Todavia, a faceta unilateral dos princípios constitucionais da celeridade processual e inafastabilidade de jurisdição se demonstrou “moeda ilegal de troca”, haja vista descuidar-se uma da outra. Alguns doutrinadores e aplicadores do direito esqueceram ou dolosamente omitiram o fato de que a celeridade desarrazoada enfraquece, quando não mutila, postulados fundamentais básicos do processo penal democrático, tais como a legalidade, ampla defesa, contraditório e o devido processo legal como um todo.

A inafastabilidade de jurisdição, por sua vez, traz a clara percepção de que o exercício do direito de punir estatal não se perfaz somente em afastar injusta ameaça ou lesão a direito em favor da proteção social, mas, sobretudo, proteger o indivíduo contra os próprios excessos e arbítrios perpetrados pelo próprio Estado<sup>27</sup>. O instrumento hábil ao equilíbrio entre as duas faces é o processo.

Para Flávio Antônio da Cruz, ao discorrer sobre a função emancipatória do processo penal, tem-se “por escopo impedir que a liberdade de inocentes seja ceifada pela ambição inquisitorial subjacente ao exercício do poder; para aplicar penas, bastariam carrascos; para proteger os inocentes, há necessidade de juízes”<sup>28</sup>. De tal forma, se houve problema estrutural quanto ao fornecimento de tutela jurisdicional pelo Estado, o meio a se resolver foi, certamente, encontrar atalhos e paliativos.

---

<sup>27</sup>FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

<sup>28</sup> CRUZ, Flávio Antônio da. Plea Bargaining e delação premiada: algumas perplexidades. Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR, Edição 02 - Dezembro de 2016, p. 2.

Entretanto, propõe-se analisar as incursões fenomenológicas processuais mais profundamente ao ponto de não somente trazer neste trabalho o histórico legislativo. Pelo contrário, não chegamos aos acordos penais por acaso.

Se o presente trabalho tem como objetivo geral apresentar estudos acerca da efetivação do justo processo no acordo de não persecução penal em meio a uma investigação criminal, tem-se como específicos analisar o contexto jurídico e (des) conformidade constitucional no qual o ANPP é inserido, como necessário ao entendimento de sua natureza jurídica. Ainda, prescinde-se de análise a concepção do justo processo, paridade de armas e contraditório, especialmente estendida à investigação criminal, cenário onde se desenvolverá o acordo. A pesquisa sobre os atores processuais também se apresenta importante, para após investigar as causas e soluções à concretização da ideia de processo justo ao ANPP. Registre-se que um dos caminhos é construir a ideia de justo acordo, não limitado à justiça meritória (somente culpados devem fazer acordo), mas à justiça procedimental.

No capítulo 1, trataremos da estrutura legislativa na qual se introduziu o acordo de não persecução penal, dando conta de identificar (in) coerências sistemáticas com o texto constitucional. Ademais, lembremos que a presente dissertação foi desenvolvida no Curso de Mestrado do PPGD – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Alagoas, cuja ênfase são os direitos fundamentais. A análise de (des) conformidade constitucional é, pois, necessária. Após, analisar-se-á a delimitação conceitual do instituto e entendimento do Supremo Tribunal Federal como forma de se verificar aplicabilidade prática quanto à própria conformidade constitucional.

No capítulo 2, analisaremos a natureza jurídica do instituto, teceremos sobre ele os princípios e garantias constitucionais processuais penais, com especial relevo de associação ao devido processo legal. Este elo nos dará campo para introduzir o caminho ao justo processo, sua concepção, assim como os postulados fundamentais do contraditório e paridade de armas. Para tanto, precisaremos investigar o modelo italiano e a importância do contraditório na formação da prova, bem como sua dimensão nos acordos penais brasileiros, tendo-se em vista o modelo investigatório e processual vigente. Em seguida, nos apoiaremos na paridade de armas como princípio reitor do efetivo contraditório, alocando-a como condição de análise prática do ANPP com a implementação do Juiz das Garantias e do Novo Código de Processo Penal, apta ao justo processo. Ao final do capítulo, procura-se fazer enlace prático com o estudo empírico do Conselho Nacional de Justiça sobre a aplicabilidade do ANPP no país.

No capítulo 3, as intercorrências e respectivos cânones para concretização do justo processo no ANPP serão estudados, tais como a densidade constitucional e os aspectos otimizadores (imediação, oralidade e atuação das partes) dos princípios constitucionais do contraditório e paridade de armas, o modelo adversarial e entrada da vítima, bem como o desafio em garantir o equilíbrio. Por sua vez, a confissão como elemento mitigador do direito à prova e investigação defensiva como reflexos positivos ou negativos para a garantia da paridade ao imputado trazem a necessária análise da complexidade de efetivação do justo acordo. Ao final, investigaremos a relação entre o justo processo e a teoria da nulidade no ANPP como pilar para a garantia de direitos fundamentais.

Por fim, informamos ao leitor que, embora o acervo bibliográfico dos contextos acima seja denso, procuramos evitar na dissertação longas notas explicativas no rodapé, sob pena de incorrer em quebra de concentração quando da leitura fluente do texto principal. No entanto, maiores aprofundamentos não deixaram ser apontados em tais notas, bem como explicações correlatas e adicionais que não se encaixariam no texto principal, sob risco de fuga da linha traçada.

## **2 ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E (DES) CONFORMIDADE CONSTITUCIONAL**

Investigar como ocorreu a implementação legislativa do acordo de não persecução penal e sua conformação constitucional e infraconstitucional, torna-se ponto de partida para contextualizar os reflexos diretos e indiretos ao princípio do contraditório, como breve ensaio de introdução ao justo processo.

Ademais, aponta-se necessário entender se o ANPP encontra correspondência sistemática à Constituição Federal como condição de validade para toda e qualquer norma jurídica<sup>29</sup> e se essa mesma correspondência implica positivamente ou negativamente na formação de um processo justo ao imputado quando celebrar o acordo.

### **2.1. Implementação legislativa e conformidade constitucional: entre a legalidade, obrigatoriedade e indisponibilidade da ação penal**

Importante registrar que o ambiente penal e processual penal em torno dos acordos foi se desenhando de forma embrionária a partir das delações premiadas, as quais passaram a ser recebidas com entusiasmo por setores jurídicos institucionais, especialmente do Ministério Público, assim como parte da magistratura.

Assim, pode-se citar a lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986, a qual define os crimes contra o sistema financeiro nacional, entre outras providências, dispondo no art. 25, § 2º que “Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou co-autoria, o co-autor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços”<sup>30</sup>. A confissão trazida no texto em questão se aproxima dogmaticamente do previsto no Código Penal em seu art. 65, III, alínea d, quando atenua a pena ao agente confesso.

Posteriormente, outros textos de lei adotaram semelhantes bonanças à confissão ou delação, tais como a lei nº 8072/90, a qual acresceu ao art. 154 do Código Penal a redução de um a dois terços a pena do denunciante membro de quadrilha ou bando que facilitasse a descoberta do paradeiro do sequestrado. Ainda, as leis nº 8.137/90 (lei dos crimes contra a ordem tributária), 9034/95 (lei de combate ao crime organizado), 9613/98 (lei dos crimes de

---

<sup>29</sup> KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 6.

<sup>30</sup> BRASIL. Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986. Define os crimes contra o sistema financeiro nacional, e dá outras providências. Brasília, DF. Diário Oficial da União, 1986. Acesso em 18.06.2023.

lavagem de dinheiro), 9807/99 (lei de proteção às vítimas e testemunhas), lei 10409/02 (lei de tóxicos), lei 12.529/11 (lei antitruste), lei 12846/13 (lei anticorrupção) e lei 12.850/13 (lei de combate ao crime organizado).

No entanto, até o advento da lei 12.850/13, bem lembrado por Sontag, a lógica girava em torno de uma característica subjetiva quanto ao imputado, inexistindo ainda a ideia de acordo, com exceção do “famoso caso Banestado”. Mas, seria após 2013 que o termo acordo ganharia contornos legislativos próprios de uma negociação entre Ministério Público e acusado<sup>31</sup>. Entretanto, a partir de então, acaloram-se debates em torno da possibilidade legislativa de introdução de negócios penais no direito processual penal, ante os princípios da legalidade, obrigatoriedade e indisponibilidade da ação penal. Alargaram a oportunidade e permitiram espaços de consenso cada vez maiores.

Assim, entendemos importante enfrentar criticamente a introdução de negócios penais e sua conformidade constitucional. Para tanto, partiremos da obra “Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro”, autoria de Vinícius Gomes de Vasconcellos, fruto de sua dissertação de mestrado. O autor trouxe ao mundo jurídico uma peculiar visão sobre a legalidade, obrigatoriedade e oportunidade no processo penal a fim de fundamentar a possibilidade de inclusão de instrumentos negociais no direito pátrio, cuja menção a Bernd Schünemann, “deixa clara a marcha triunfal do modelo processual penal norte-americano sobre o mundo”<sup>32</sup>.

A nós, cabe investigar se a fundamentação trazida por Vasconcellos resolve de forma estrutural a conformação ou não conformação de negócios penais, e daí, logicamente, o acordo de não persecução penal, ora implementado pela lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, bem como sua incidência direta ou indireta quanto ao princípio do contraditório e paridade de armas, como princípios reitores do justo processo.

Vinícius Gomes de Vasconcellos parte da premissa de que a obrigatoriedade ou oportunidade de oferecimento da acusação pelo Ministério Público prescinde de uma análise ampla quanto à legalidade, a fim de que nela se amolde, notadamente porque este princípio deve ser verificado sob o ramo do direito público, e, conseqüentemente, obrigue o Estado a um filtro rigoroso quando da aplicação do direito penal substantivo, manifestado no brocardo

---

<sup>31</sup> SONTAG, Ricardo. Para uma história da delação premiada no Brasil. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 5, n. 1, p. 441-468, jan./abr., 2019. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i1.220>. Acesso em 18.06.2023, p. 457.

<sup>32</sup> VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. *Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. Monografia vencedora do 19º concurso de monografias de ciências criminais – IBCCRIM. São Paulo, 2015, p. 29.

*nullum crimen, nulla poene sine lege*. Logo, pretende evitar confusões na dicotomia levantada por alguns doutrinadores entre legalidade/oportunidade<sup>33</sup>.

Em termos mais resumidos, se somente há crime se previsto em lei, não havendo, também não deve o Ministério Público prosseguir com a acusação. Lado outro, por decorrência, na prática de conduta criminosa deve obrigatoriamente o órgão oferecer acusação. No entanto, poderia causar efeitos adversos como a proibição de desistência, retratação e perdão ao acusado. Em posição oposta está a oportunidade, onde para Montero Aroca, *apud* Vasconcelos, “seria o reconhecimento ao titular da ação penal da faculdade para dispor, conforme determinadas circunstâncias, de seu exercício, com independência de que se tenha acreditado na existência de um fato punível cometido por um autor determinado”. Alguns autores irão tratar como discricionariedade, permitindo-se “adotar vias, soluções e medidas admitidas em lei”<sup>34</sup>.

De plano, Vasconcellos apresenta o seguinte questionamento: “a definição em lei dos critérios para se deixar de acusar caracteriza um cenário de adoção do princípio da legalidade ou da oportunidade?”. No entanto, alerta para a abertura de interpretações e formulação de novos conceitos, tais como oportunidade ampla, restrita e regrada, esta última caracterizada pela possibilidade de se mitigar o princípio da obrigatoriedade, “somente nos casos previstos em lei e conforme critérios ali regulados”. No caso, não seria exceção, mas variação decorrente da própria legalidade. O autor afirma ser singela a classificação, pois acarretaria no entendimento de que havendo legalidade, o Ministério Público deve oferecer denúncia, mas em outros casos não, por força da oportunidade permitida em lei<sup>35</sup>.

Propõe, então, distinguir legalidade e obrigatoriedade. A primeira se ocupa em delimitar ou limitar as funções dos atores processuais, especialmente “daqueles que almejam impor o poder punitivo estatal”. Por outro lado, a obrigatoriedade poderá ser excepcionada dentro da legalidade. Para alguns, haveria a legalidade penal e a processual, esta última

---

<sup>33</sup> VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. Monografia vencedora do 19º concurso de monografias de ciências criminais – IBCCRIM. São Paulo, 2015, p. 34-35.

<sup>34</sup> VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. Monografia vencedora do 19º concurso de monografias de ciências criminais – IBCCRIM. São Paulo, 2015, p. 38.

<sup>35</sup> VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. Monografia vencedora do 19º concurso de monografias de ciências criminais – IBCCRIM. São Paulo, 2015, p. 41-43.

referente à obrigatoriedade. Vinícios Vasconcelos faz referência a Afrânio Silva Jardim, para quem a obrigatoriedade seria decorrência da legalidade em sentido amplo<sup>36</sup>.

Neste particular, importante fazer um adendo a fim de trazer uma lição básica de Afrânio quando trata da ação penal. Para o autor, é “um direito subjetivo público de invocar a prestação jurisdicional do Estado, em face de uma determinada pretensão, lastreada em norma penal ou processual penal”<sup>37</sup>. E mais, avança Jardim ao afirmar ser de natureza obrigatória, pois surge “da proibição de auto-aplicação do chamado *ius puniendi* do Estado, enquanto o dever de seu exercício surge do interesse público em sancionar os violadores das normas penais materiais, sem que a jurisdição seja prestada de ofício...”<sup>38</sup>. Trata-se de uma superação privada do conceito de ação, a qual se amolda ao sistema acusatório implementado pela Constituição Federal e mais adiante será fundamental para se entender a mitigação da obrigatoriedade pelo próprio texto constitucional.

Em seguida, Vasconcelos advoga que a oportunidade (ou não obrigatoriedade) não se opõe à legalidade, mas à obrigatoriedade, conforme hipóteses “taxativamente previstas em lei, seja por critérios utilitários, político-criminais, econômicos etc”. Este seria o critério mais adequado ao processo penal democrático, ao invés de deixar à discricionariedade do órgão acusador. Em suma, a oportunidade “abre exceções (legalmente reguladas e limitadas) à obrigatoriedade”, o que possibilitaria “a não persecução penal por critérios de oportunidade previstos em lei”<sup>39</sup>.

Bem, feitos os apontamentos, ainda que resumidamente e parcialmente, ousamos discordar de Vasconcelos, sem embargo de seu aprofundamento doutrinário, o qual se tornou perceptível e lhe deu aprovação com louvor. De igual modo, identificamos algumas aporias: 1) a oportunidade legalmente regulada não difere na prática da oportunidade regrada; 2) de onde nasce a legitimação de oportunidade na Constituição Federal, considerada a Lei Maior, e que dela, todas as demais devem manter congruência e obter validade? 3) assim estabelecidas tais premissas, os espaços de consenso podem adentrar ao ordenamento jurídico-processual por lei ordinária destoante do texto constitucional, incorrendo na prática um efeito embutido da oportunidade regrada, camuflada sob o manto da legalidade; e 4) Qual o impacto de expansão deste entendimento mitigatório à concretização do justo processo no ANPP?

<sup>36</sup> VASCONCELLOS, Vinícios Gomes de. Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. Monografia vencedora do 19º concurso de monografias de ciências criminais – IBCCRIM. São Paulo, 2015, p. 44.

<sup>37</sup> JARDIM, Afrânio Silva. Direito Processual Penal. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 137.

<sup>38</sup> JARDIM, Afrânio Silva. Direito Processual Penal. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 137.

<sup>39</sup> VASCONCELLOS, Vinícios Gomes de. Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. Monografia vencedora do 19º concurso de monografias de ciências criminais – IBCCRIM. São Paulo, 2015, p. 44-51.

Tentaremos solucionar estes problemas nas perspectivas metodológicas por vias lógico-formais.

## 2.2. Método lógico-formal

Geraldo Prado assevera que “método é a ferramenta conceitual de que se vale o estudioso para conhecer algo, o objeto de sua atenção científica”. Com razão, a seriedade no método acarreta na visão conceitual sobre o “processo penal como um todo e os fins do processo”, ressalta o autor <sup>40</sup>. Para os fins desta pesquisa, utilizaremos o método lógico-formal.

Na obra “Teoria geral do direito: o Constructivismo Lógico-Semântico”, Aurora Tomasini de Carvalho recorre a uma acepção moderada de sistema, o qual se apresenta mediante construção de uma totalidade, um conglomerado, devidamente organizado, composto por elementos que se relacionam entre si de forma estruturada e com um referencial em comum, assim como inclusivo do ser humano, pois não existe sistema sem linguagem<sup>41</sup>.

Ressalta que alguns autores trabalham com a concepção de que sistema seria somente aquele em que houvesse coerência interna dos elementos, o que resultaria na conclusão de que somente a Ciência do Direito poderia ser enquadrada como tal. No entanto, a autora segue posicionamento diverso, defendendo que os sistemas existem independentemente da harmonia, não devendo ser esta absoluta, pois é necessário admitir a existência de conflitos. A contradição só é percebida porque algum enlace existe entre os elementos investigados, porquanto conflitos inter-sistêmicos seriam ilógicos. Quanto à classificação dos sistemas, vale-se das operações lógicas a fim de conhecer o objeto investigado. A classe é tomada como gênero e por meio das diferenças específicas (De’) à classe espécie (E), a qual resulta na classe subespécie (E’), percorrendo até alcançar a linguagem do classificador. Então, temos a seguinte operação:  $(E = G + De)$ , também replicável para as subespécies:  $(E' = E + De')$ . A diferença específica é conceito devido a Stuart Mill. Seria um *plus* apto a individualizar a subespécie analisada. Por exemplo, na classe dos animais (G), ter glândulas mamárias é uma

---

<sup>40</sup> PRADO, Geraldo. Transação penal. 2ª ed, rev e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 33.

<sup>41</sup> CARVALHO, Aurora Tomasini. Teoria geral do direito: o Constructivismo Lógico-Semântico. Orientador: Paulo de Barros Carvalho, 2009, 623 páginas. Tese (doutorado em direito). Disponível em: <https://repositorio.pucsp.br/jspui/handle/handle/8649>. Acesso em 08.04.2023.



diferença específica (De), logo se chega aos mamíferos (E). Portanto,  $(E = G + De)$ . Por consequência, cria-se a classe e a contra-classe  $(X; - X)$ <sup>42</sup>.

Importante destacar não existir uma classe certa ou errada, mas útil ou não útil. Dessa forma, a autora parte da classificação de Marcelo Neves, assim resumida: os sistemas dividem-se em reais (empíricos e constituídos pelo mundo físico e social) e proposicionais. Estes se dividem, por sua vez, nomológicos e nomoempíricos, e estes últimos, em descritivos e prescritivos. O critério que separa os sistemas reais e proposicionais é a linguagem. Logo, na classificação de Marcelo Neves, o mundo empírico estaria nos sistemas reais, enquanto o relato em linguagem destes conjuntos formaria outro sistema, os proposicionais nomoempíricos descritivos. Mas não é a classificação seguida pela autora, a qual toma os conceitos de Paulo de Barros Carvalho, para quem o primeiro contato com elementos do mundo exterior faz gerar uma linguagem sobre o objeto, logo todos os sistemas seriam proposicionais<sup>43</sup>.

Paulo de Barros Carvalho compreende a “Lógica dos Predicados ou dos Termos como composição interna dos enunciados simples”, os quais abrangem o sujeito e o predicado, em suas dimensões apofântica e quantificadora. “O nome geral denota uma classe de objetos que apresentam o mesmo atributo”, e se todo nome, geral ou individual, cria uma classe, esta pode ser entendida como “extensão de um conceito geral ou universal”. Em seguida, dividem-se conforme suas semelhanças e os grupos formados podem ser entendidos como gêneros e espécies (nesta ordem de extensão)<sup>44</sup>.

Outra condição importante trazida por Barros Carvalho autor é que o número de classes pode ser infinito, assim como subclasses, desde que “conveniente aos seus propósitos”, muito embora o interprete deva estar atento para a “correção do processo de circunscrição”. As regras de divisão em classes devem obedecer a: 1) divisão proporcional, onde a extensão do termo divisível seja igual às extensões dos membros das divisões; 2)

---

<sup>42</sup> CARVALHO, Aurora Tomasini. Teoria geral do direito: o Constructivismo Lógico-Semântico. Orientador: Paulo de Barros Carvalho, 2009, 623 páginas. Tese (doutorado em direito). Disponível em: <https://repositorio.pucsp.br/jspui/handle/handle/8649>. Acesso em 08.04.2023, p. 105.

<sup>43</sup> CARVALHO, Aurora Tomasini. Teoria geral do direito: o Constructivismo Lógico-Semântico. Orientador: Paulo de Barros Carvalho, 2009, 623 páginas. Tese (doutorado em direito). Disponível em: <https://repositorio.pucsp.br/jspui/handle/handle/8649>. Acesso em 08.04.2023, p. 106. Não teria sentido manter a classe dos sistemas reais, em virtude da construção da linguagem entre investigador e objeto. em todos os sistemas há a linguagem, e, assim, esta não seria critério definidor.

<sup>44</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. Direito tributário, linguagem e método. 8ª ed, São Paulo: Noeses, 2021, p. 121-123.

devem pousar num único critério; 3) os membros da divisão devem excluir-se mutuamente; e 4) “deve fluir ininterruptamente evitando aquilo que se chama salto na divisão”<sup>45</sup>.

No entanto, num contexto de comunicação entre os elementos, utiliza-se como distinção, gerando os sistemas comunicacionais (religiosos, econômicos, políticos, científicos, etc) ou não-comunicacionais (ex: sistemas elétricos, hidráulicos). Outra ressalva apresentada pela autora quanto ao sistema proposto por Marcelo Neves corresponde ao fato de que os sistemas nomoempíricos não compreendem apenas os prescritivos e descritivos, mas também podem neles se encaixar os inquisitivos (conjuntos de perguntas estruturadas e vetores comuns, como vestibular, provas). Nesse diapasão, a proposta de sistema da autora consiste em sistemas comunicacionais e não comunicacionais. Os primeiros se dividem em nomológicos e nomoempíricos. Estes se subdividem em descritivos e não-descritivos, os quais se bipartem em prescritivos e não prescritivos<sup>46</sup>.

Nesta senda, a Ciência do Direito está inserida no sistema nomoempírico descritivo, tendo dois diferenciais a mais, quais sejam: cientificidade e juridicidade, e cuja função materializar elementos em forma de texto, inseridos num processo comunicacional (social), o direito positivo. Este último se caracteriza como sistema prescritivo, existindo também outros como a moral, religião, etc. Ao final, feitas as classificações, tem-se que o direito positivo é objeto da Ciência do Direito, isto é, ambos não se misturam, assim como também não se misturam com a realidade social, outro corpo de linguagem, mas os três podem interagir<sup>47</sup>.

Distinguir estes três planos da linguagem é importante para se compreender que um fato da realidade social (ser) somente se incorpora ao plano do direito positivo (dever-ser) quando enunciado na linguagem própria do direito, afirma Tomasini. Sob o magistério de Paulo de Barros Carvalho, apresenta a seguinte operação lógica:  $[(Ldp \wedge Lrs) \rightarrow Lfj]$ <sup>48</sup>. Utiliza-se, ainda, de algumas das categorias de Niklas Luhmann, notadamente para distinguir sistema e ambiente, este mais complexo e aberto. O que não ocorre no interior do sistema estaria presente no ambiente. Mas a autora utiliza este entendimento para ir além, advogando que esta distinção não se aplica somente à separação da sociedade dos sistemas não-

<sup>45</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. Direito tributário, linguagem e método. 8ª ed, São Paulo: Noeses, 2021, p. 124.

<sup>46</sup> CARVALHO, Aurora Tomasini. Teoria geral do direito: o Constructivismo Lógico-Semântico. Orientador: Paulo de Barros Carvalho, 2009, 623 páginas. Tese (doutorado em direito). Disponível em: <https://repositorio.pucsp.br/jspui/handle/handle/8649>. Acesso em 08.04.2023, p. 106 e ss.

<sup>47</sup> CARVALHO, Aurora Tomasini. Teoria geral do direito: o Constructivismo Lógico-Semântico. Orientador: Paulo de Barros Carvalho, 2009, 623 páginas. Tese (doutorado em direito). Disponível em: <https://repositorio.pucsp.br/jspui/handle/handle/8649>. Acesso em 08.04.2023, p. 109.

<sup>48</sup> Ldp: linguagem do direito positivo;

Lrs: linguagem da realidade social;

Lfj: linguagem da facticidade jurídica.

comunicativos, mas, sobretudo, ao interior do próprio sistema, em relação aos subsistemas. Isto é, o que não ocorre nestes subsistemas, estaria numa espécie de ambiente. A partir desta temática, introduz as determinações estruturais de código e programa ao sistema jurídico e direito positivo, em função de prescrever o lícito e o ilícito a incidirem na realidade social<sup>49</sup>.

Embora o direito positivo se valha de códigos, o que induz um sistema fechado, deixa aberturas semântica e pragmaticamente, mas tal abertura é somente do direito positivo, não atingindo a dogmática jurídica, pois se esta abre espaços de interferência de sistema diverso, será qualquer outro, menos o jurídico. Ainda assim, o direito positivo pode ter natureza sistêmica, mesmo que com antinomias, diferente do que alguns autores defendem, pois a coerência foi excluída dos critérios definidores pela autora<sup>50</sup>.

A ordem estrutural presente no sistema do direito positivo permite a descrição por outro sistema de linguagem, a Ciência do Direito, a qual toma aquela como objeto. A relação de independência entre tais sistemas é apontada na tese da autora em contramão ao definido por Kelsen. A diferença estaria, como aponta Paulo de Barros Carvalho, no fato de que mesmo os enunciados apresentam expressão linguística antes do trato hermenêutico. Logo, a Ciência do Direito não constrói o direito positivo, mas o descreve<sup>51</sup>.

Tomando-se como base tais noções de sistema, no caso dos princípios da legalidade e obrigatoriedade da ação penal, encontramos as seguintes correspondências na Constituição Federal: a legalidade se ampara no art. 5º, XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. A obrigatoriedade reside no art. 5º, LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente; LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos; LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; art. 129, I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei.

---

<sup>49</sup> CARVALHO, Aurora Tomasini. Teoria geral do direito: o Constructivismo Lógico-Semântico. Orientador: Paulo de Barros Carvalho, 2009, 623 páginas. Tese (doutorado em direito). Disponível em: <https://repositorio.pucsp.br/jspui/handle/handle/8649>. Acesso em 08.04.2023, p. 110-115.

<sup>50</sup> CARVALHO, Aurora Tomasini. Teoria geral do direito: o Constructivismo Lógico-Semântico. Orientador: Paulo de Barros Carvalho, 2009, 623 páginas. Tese (doutorado em direito). Disponível em: <https://repositorio.pucsp.br/jspui/handle/handle/8649>. Acesso em 08.04.2023, p. 118.

<sup>51</sup> CARVALHO, Aurora Tomasini. Teoria geral do direito: o Constructivismo Lógico-Semântico. Orientador: Paulo de Barros Carvalho, 2009, 623 páginas. Tese (doutorado em direito). Disponível em: <https://repositorio.pucsp.br/jspui/handle/handle/8649>. Acesso em 08.04.2023, p. 121.

Razão assiste a Afrânio Silva Jardim quando explica ser a obrigatoriedade decorrência da legalidade<sup>52</sup>, pois a primeira obriga o Estado a respeitar o devido processo legal, o contraditório, ampla defesa (com meios e recursos a ela inerentes), inadmissibilidade de provas ilícitas e presunção de não culpabilidade, sem os quais a liberdade ou bens de qualquer indivíduo não podem sofrer limitação, restrição ou qualquer perda.

Em artigo sobre a origem, criação e significados dos símbolos matemáticos, Sônia Aparecida Dal Moro Vockes e Marcos Lübeck centram no homem a produção do conhecimento, de maneira que a matemática e os seus símbolos nasceram para resolver problemas sociais, políticos, econômicos e enquanto representações constroem saberes<sup>53</sup>. Estes saberes se juntam em um todo coerente, o sistema lógico-formal.

Assim, com base na operação lógica ( $E = G + De$ ), verificamos que na classe Legalidade (E), ter características fundantes e protetoras das liberdades e dos bens dispostos nos incisos LIII, LIV, LV, LVI e LVII do art. 5º, CF/88, apresentam-se como características específicas (De), logo se chega à obrigatoriedade de ação penal pública (G). Em síntese, eis a representação:  $G$  (APP<sup>54</sup> obrigatória) =  $E$  (legalidade) +  $De$  (características específicas protetoras e fundantes), onde Subespécie processo é igual à Classe legalidade mais elementos fundantes e protetores.

Nesta senda, se a classe é tomada como gênero e por meio das diferenças específicas ( $De'$ ) à classe espécie (E), a qual resulta na classe subespécie ( $E'$ ), percorrendo até alcançar a linguagem do classificador, temos que a subespécie Processo é composta pela classe Legalidade mais os elementos fundantes e protetores acima representados, sem os quais a insurgência estatal é ilegal e arbitrária. A principal conclusão lógica desta operação é que qualquer subespécie a ser criada não pode ser outra, senão também fundante e protetora, exceto se o próprio texto constitucional assim o conceber. Então, teríamos as séries  $X'$ ,  $X''$ ,  $X'''$  etc.

A contra-classe somente pode ser obtida, como dito, se a Constituição Federal assim dispuser, gerando uma exceção de igual envergadura sistêmica, registre-se, não necessariamente uma antinomia. A única exceção observada se encontra no art. 98, I, ao determinar que a União, no Distrito Federal e Territórios, e o Estados criarão juizados

<sup>52</sup> JARDIM, Afrânio Silva. Direito processual penal. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 154.

<sup>53</sup> VOCKES, Sônia Aparecida Dal Moro; e LÜBECK, Marcos. SÍMBOLOS MATEMÁTICOS: origem, criação e significados. Disponível em: [http://www.diaadiaeducacao.pr.gov.br/portals/cadernos/pdebusca/producoes\\_pde/2014/2014\\_unioeste\\_mat\\_artigo\\_sonia\\_aparecida\\_dal\\_moro\\_vockes.pdf](http://www.diaadiaeducacao.pr.gov.br/portals/cadernos/pdebusca/producoes_pde/2014/2014_unioeste_mat_artigo_sonia_aparecida_dal_moro_vockes.pdf). Acesso em 27.06.2023.

<sup>54</sup> Ação Penal Pública.

especiais, os quais terão como competência “a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo...”.

Percebe-se que o texto previsto no artigo acima transcrito não abre margens para infrações de médio ou elevado potencial ofensivo, somente as de menor potencialidade<sup>55</sup>, “...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”. Alguns autores, como Marco Couto, entendem como fonte legal da obrigatoriedade o art. 24, caput, do Código de Processo Penal, o que possibilitaria qualquer mitigação por lei também infraconstitucional<sup>56</sup>. Entretanto, discordamos.

Em tese, a contra-classe assim se representa: -X, desde que prevista no texto constitucional. Induz, por consequência, não ser útil qualquer contra-classe prevista em ordenamento infraconstitucional, como também não será válida. Importante lembrar que “as normas jurídicas nunca existem isoladamente, mas sempre em um contexto de normas com relações particulares entre si...”, anota Norberto Bobbio<sup>57</sup>. Decerto, a relação entre classe e contra-classe consiste na relação entre normas jurídicas inseridas num dado sistema.

A análise crítica não passou despercebida por Bobbio. Os problemas jurídicos geralmente são resolvidos a partir da ótica inerente à norma jurídica, destoando-se do ordenamento. Entretanto, para se ter um ordenamento “coordenado”, necessário o enquadramento da norma como um todo, pois ela não existe em si mesma, a não ser por um ordenamento<sup>58</sup>. Os modais deônticos extraídos das classes de direitos fundamentais anteriormente descritas condicionam a produção de outras normas, limitando-as principalmente quando se tem a proibição. Mas, até mesmo a obrigação emanada pelo

---

55 JARDIM, Afrânio Silva; Souto Maior, Pierre. Primeiras impressões sobre a Lei 13.964/2019: aspectos processuais. Disponível em: <https://emporiiodireito.com.br/leitura/primeiras-impressoes-sobre-a-lei-n-13-964-19-aspectos-processuais>. Acesso em 22.04.2024. Os autores reforçam: “O que se tem no novo art. 28-A do CPP, na realidade, é uma ampliação do uso do instituto da transação penal, que é semelhante ao acordo penal anterior à denúncia em praticamente tudo, sendo certo que a Constituição Federal não permitiu tal modalidade de julgamento sumário para além da competência dos Juizados Especiais Criminais, conforme podemos perceber no art. 98, inc. I, da CF, conforme já alerta há algum tempo o professor José Carlos Porciúncula. Noutras palavras, por via indireta, escamoteada, o art. 28-A realizou, na verdade, uma ampliação da transação penal, para que seja utilizada por juízes criminais com competência diversa do que a Constituição Federal permite. O art. 98, inc. I, da CF, não deixa espaço para tergiversação: somente nos Juizados Especiais Criminais é permitida a transação penal. O acordo penal anterior à denúncia, embora com outro nome, trata, na verdade, da ampliação da transação penal para além da competência dos Juizados Especiais Criminais, algo não permitido constitucionalmente”.

<sup>56</sup> COUTO, Marco. Acordo de não persecução penal e plea bargaining norte-americana: comparar para compreender. Curitiba: Juruá, 2022, p. 95-96.

<sup>57</sup> BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. São Paulo: Polis; Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1989, p. 19.

<sup>58</sup> BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. São Paulo: Polis; Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1989, p. 20-30.

Constituinte, também se apresenta delimitada e específica, justamente porque necessita conviver com outras normas jurídicas de igual envergadura.

A criação de juizados especiais para solução das causas de menor complexidade é, por nós, vista como norma de estrutura na concepção de Bobbio, ao passo em que “regula também o modo pelo qual se devem produzir as regras”<sup>59</sup>. A previsão do art. 98, I, da Constituição Federal pode ser considerada como “norma imperativa de primeira instância” no sentido de impor a criação dos juizados especiais, como também o disposto no art. 129, I, possui a mesma condição ao impor ao Ministério Público a titularidade da ação penal. Esta titularidade e exercício respectivo não foram excluídos pela primeira.

A razão de ser encontra dois pontos convergentes: primeiro, a exclusão enfraqueceria demasiadamente os direitos fundamentais, núcleo rígido da CF/88, especialmente o devido processo legal, ampla defesa e contraditório. Segundo, o ordenamento pressupõe uma hierarquia normativa, tal como trouxe Kelsen, também adotada por Bobbio. Ou seja, uma lei ordinária jamais poderá se sobrepor à norma constitucional, logicamente por ter poder limitado em relação àquele<sup>60</sup>. A evolução deste ordenamento a nível sistemático tem como característica a coerência, a qual Bobbio se reporta ao próprio Kelsen quando da adoção dos conceitos estático e dinâmico.

A conformação do sistema, anota Rosmar Rodrigues Alencar, é estática<sup>61</sup>, aqui entendida como o conteúdo da prescrição<sup>62</sup> exposta na Constituição Federal. A classe de direitos fundamentais deve ser elevada, enquanto a contra-classe, limitada. O caráter dinâmico também pode ser visualizado a partir da ótica de poder. O legislador ordinário não tem delegação de poder suficiente para ampliar conteúdos normativos não permitidos ou não obrigados pelo texto constitucional.

Portanto, a lógica de introdução do acordo de não persecução penal pela lei ordinária nº 13.964/19 cria uma contra-classe não útil e não válida frente ao texto constitucional, pois reducionista de direito fundamental, indo de encontro, inclusive, ao art. 60, § 4º, IV. Até mesmo a emenda constitucional, embora alguns constitucionalistas entendam permitir a flexibilização ou relativização de direitos fundamentais, sistematicamente também não seria

---

<sup>59</sup> BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. São Paulo: Polis; Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1989, p. 45-47.

<sup>60</sup> BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. São Paulo: Polis; Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1989, p. 53. Não é nosso objetivo aprofundar o escalonamento normativo de grau em grau até à norma fundamental, como analisa Bobbio (p. 63), mas somente fincar bases lógico-formais para a inserção de acordos penais no ordenamento brasileiro.

<sup>61</sup> ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Teoria da nulidade no processo penal. São Paulo: Noeses, 2016, p. 13.

<sup>62</sup> BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. São Paulo: Polis; Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1989, p. 73.

possível, pois reduziria todo o espectro de liberdade (incluindo-se os bens) do indivíduo, composto por todos aqueles incisos do art. 5º, anteriormente mencionados.

Conclui-se, nesse tópico, que toda abertura para introdução de instrumentos negociais penais no processo penal brasileiro acarreta lesão e fragmentação do texto constitucional, notadamente porque a única abertura permitida (contra-classe) foi quanto aos juizados especiais criminais, abrangentes dos crimes de menor potencial ofensivo, cuja transação penal a eles não poderiam exceder. Registre-se, ainda, não ter a Carta da República dispensado a obrigatoriedade de ação penal mesmo nos juizados. Pelo menos, nada consta nesse sentido.

Ao revés, o art. 98, I, obriga a criação do JECRIM para resolver-se os problemas penais de menor porte, incluindo o exercício da ação penal, mas na segunda parte do dispositivo, permite a transação penal. Tal raciocínio assim se perfaz, porquanto seria ilógico dispensar a acusação formal em face de todo e qualquer crime cuja ação penal seja pública, quando a própria CF dispôs em sentido contrário (art. 129, I).

A linguagem e seus contornos sintáticos, semânticos e pragmáticos<sup>63</sup>, trazidos no bojo da lei nº 9.099/95, deram ao ordenamento jurídico-processual um conjunto não harmônico e organizado de normas jurídicas, mas o suficiente para a introdução de novos meios de solução de conflitos penais, os quais culminaram com a colaboração (delação) premiada e recentemente o acordo de não persecução penal.

Por fim, seria possível validar a inclusão de contra-classe (ANPP) no ordenamento infraconstitucional? Bem, para não soar um paradoxo, somente a Constituição Federal poderia assim o fazer, e não havendo trabalhos legislativos neste sentido, surge outra pergunta: é possível manter o ANPP no ordenamento processual penal brasileiro sem que afete os direitos fundamentais da pessoa humana?

É de se considerar que neste tópico estamos trabalhando o plano do dever-ser. A balança somente seria equilibrada se o próprio legislador regulamentasse no texto constitucional e infraconstitucional o justo processo, inclusive na investigação criminal, o que exploraremos no capítulo 2 e especialmente no último, além da previsão dos acordos penais expressamente em texto constitucional.

Aqui finalizamos a argumentação lógico-formal.

---

<sup>63</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. Direito tributário, linguagem e método, op cit, p. 209-212. Para o autor, os planos sintáticos, semânticos e pragmáticos são indispensáveis ao “conhecimento de toda e qualquer manifestação da linguagem”. O sintático é formado pela relação que os “símbolos linguísticos mantêm entre si, sem qualquer alusão ao mundo exterior ao sistema”, o semântico consiste na ligação dos símbolos com os objetos significados. E o pragmático corresponde “às formas segundo as quais os utentes da linguagem a empregam na comunidade do discurso e na comunidade social para motivar comportamentos”. Quando tratarmos de pragmatismo nesta pesquisa, a essência será a definição trazida acima pelo autor.

### 2.3. A Lei 13.964/19 e a introdução do acordo de não persecução penal

Mesmo após décadas de alterações legislativas no diploma penal e processual penal e nas leis extravagantes, transformando em algo que não um código, inúmeras outras alterações foram sendo implementadas, algumas delas já citadas anteriormente sobre a confissão. Em 24 de dezembro de 2019, o denominado “Pacote Anticrime”, *nomen iuris* dado à lei nº 13.964, com período de *vacatio* de 30 dias, foi publicado. Encabeçada pelo então Ministro da Justiça Sérgio Moro, ex-juiz dos processos da Operação Lava Jato, em Curitiba-PR, tinha como mensagem no preâmbulo aperfeiçoar a legislação penal e processual penal.

A lei em comento surgiu do projeto de lei nº 10.372, de 06 de junho de 2018 e nº 882/2019, apresentado pelos deputados José Rocha – PR/PA, Marcelo Aro – PSH/MG, Wladimir Costa – SD/PA e Baleia Rossi – MDB/SP, e cuja ementa destacava os objetivos: “combate ao crime organizado, aos delitos de tráfico de drogas, tráfico de armas e milícia privada, aos crimes cometidos com violência ou grave ameaça e crimes hediondos, bem como para agilizar e modernizar a investigação criminal e a persecução penal”<sup>64</sup>. Percebe-se em evidência a utilização do direito penal e processual penal como instrumento de combate à criminalidade, em descompasso com os fundamentos trazidos no tópico anterior.

No tocante à seara processual, chamam a atenção os vocábulos “agilizar e modernizar”, típicas expressões do ambiente simbólico-eficientista que circunda o Parlamento Brasileiro na busca de justificar o trabalho frente a sociedade. Ou seja, a velocidade deve adentrar ao sistema jurídico como um raio atinge o solo, suficiente para mudar o sistema, se necessário. Não precisa ir muito longe. Do latim *modernus*, modernizar é mudar o modo, ou modelo, ou sistema<sup>65</sup>. E quanto à inspiração, bastava abraçar entusiastas do sistema americano do *common law*.

Não há sistema mais fascinante que o estadunidense, responsável por resolver mais de 90% (noventa por cento) dos casos judiciais através de acordos<sup>66</sup>, poupando-se gastos com a máquina judiciária e gerando eficiência em dados e estatísticas. O indivíduo só precisa assumir a culpa e confessar a prática delitiva.

<sup>64</sup> BRASIL. PROJETO DE LEI Nº 10372/18. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2178170>. Acesso em 29.06.2023.

<sup>65</sup> Moderno. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/moderno/>. Acesso em 29.06.2023.

<sup>66</sup> VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. Monografia vencedora do 19º concurso de monografias de ciências criminais – IBCCRIM. São Paulo, 2015, p. 28.



Mas esta condição não passaria despercebida pelo Congresso Brasileiro, o qual, repita-se, desejava modernizar o sistema processual e torná-lo mais ágil, mesmo que em sacrifício de direitos e garantias fundamentais sedimentadas na Constituição. Acrescenta-se, então, o art. 28-A ao Código de Processo Penal, possibilitando ao Ministério Público propor acordo de não persecução penal ao investigado, em crimes com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, e desde que haja a confissão formal e circunstanciada. Impende ressaltar ficar à mercê do órgão ministerial averiguar subjetivamente se a proposta é necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

Importante registrar que o Conselho Nacional do Ministério Público já tinha aprovado a Resolução nº 181, de 07 de agosto de 2017, momento em que regulamentou o acordo de não persecução penal, com algumas diferenças do texto aprovado pelo Congresso Nacional. Da leitura das razões expostas pelo órgão, percebe-se a preocupação com o excessivo número de processos, o que resultaria em maior disponibilidade de tempo para o Ministério Público atuar nos demais feitos<sup>67</sup>.

Por sua vez, quanto às condições do ajuste advindo da lei 13.964/19, serão elas aplicadas cumulativamente e alternativamente. Os incisos I a V dispõe sobre a reparação do dano ou restituição da coisa à vítima; renúncia voluntária de bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas; prestação pecuniária e cumprimento de outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração imputada. Ou seja, nota-se claramente que o dispositivo erigiu termos condicionantes ao possível acordo, os quais serão analisados quando da delimitação conceitual.

#### **2.4. Delimitação conceitual do acordo de não persecução penal (ANPP)**

Antes de se adentrar à temática processual sobre o acordo de não persecução penal, importante delimitar o conceito e definição do instituto. Conceito é “noção de natureza axiológica, valorativa, seletora de propriedades dos predicados (termos) que a ocorrência deve ter para fazer parte da descrição típica”<sup>68</sup>. Estabelecer um conceito de acordo no processo penal pode parecer estranho e contraditório, à primeira vista, uma vez que a prática de um

---

<sup>67</sup> CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. RESOLUÇÃO Nº 181, DE 07 DE AGOSTO DE 2017. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resoluo-181-1.pdf>. Acesso em 21.04.2024.

<sup>68</sup> ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Teoria da nulidade no processo penal. São Paulo: Noeses, 2016, p. 16.

crime reclama o exercício da pretensão estatal acusatória, com a qual seria incabível dispor e pactuar.

No entanto, torna-se perceptível o alargamento conceitual dado ao vocábulo acordo, recebido pelo legislador com aptidão à seara penal e processual penal. A nosso ver, inapropriadamente, já que, conforme visto anteriormente, os métodos de conformidade constitucional demonstraram inaptidão do acordo de não persecução penal frente à Constituição. Já definição é vocábulo que possibilita maior abertura e conotação<sup>69</sup>. Anota Carnelutti que a palavra acordo “provem de *corde* (coração): os corações dos homens se unem ou se separam”, sobressaindo-se duas facetas como a concórdia e a discórdia<sup>70</sup>. A divisão de classes se amolda como definição utilizada pelo criador da lei como alternativa para permitir às partes se unirem ou pactuarem para além de uma pretensão oposta.

Impor contornos processuais ao vocábulo acordo não é tarefa fácil. Aduz o próprio Carnelutti que o processo é um andar, proceder, um juízo, cujo destino é punir os culpados e absolver os inocentes. É uma máquina que ao final se refaz, seja com a condenação ou absolvição, consoante a certeza assinalada pelo juiz. Mas se esta última (absolvição) acontece, de nada adiantou o processo, pois se o réu assim o foi, é sinal de que o processo sequer deveria ter sido feito<sup>71</sup>. A questão reside em saber se a definição ampla de acordo que se incorpora ao processo penal e tem por fim resolver os problemas criminais pode resultar em alguma certeza ou possibilidade de refazimento.

A civilidade de andar conjuntamente, explica ainda o autor, é um modo de andar de acordo, ou seja, se há processo não há acordo e vice-versa. A dicotomia de Carnelutti causaria hoje inúmeros entraves para o objeto desta pesquisa, já que a proposta central é verificar se há como efetivar o justo processo no ANPP. E esta oposição se eleva quando o autor conceitua parte como “o resultado de uma divisão”, de forma que não havendo litígios, os homens não se dividem<sup>72</sup>. Logo, havendo acordos, unem-se. Novamente, insurge-se um ponto de crítica: é possível se formar uma unicidade no ANPP se ainda temos partes verticais e a sanção como instrumento de troca? E mais, em essência, pode-se falar em processo quando há acordo?

---

<sup>69</sup> O autor volta a tratar de conceito e definição quando se debruça sobre o direito processual penal como um todo, para além do tema nulidades. In: ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de direito processual penal em conformidade com a teoria do direito. São Paulo: Noeses, 2021, p. 77-81.

<sup>70</sup> CARNELUTTI, Francesco. Como se faz um processo. 2ª ed. São Paulo: Editora Minelli, 2004, p.16.

<sup>71</sup> CARNELUTTI, Francesco. Como se faz um processo. 2ª ed. São Paulo: Editora Minelli, 2004, p. 24-27. Tal expressão (punir os culpados e absolver os inocentes” é extraída também das lições do processualista Franco Cordero.

<sup>72</sup> CARNELUTTI, Francesco. Como se faz um processo. 2ª ed. São Paulo: Editora Minelli, 2004, p. 56-57. Posteriormente, importante salientar que Carnelutti mudou seu pensamento quanto à existência de lide no processo penal.

Problemas como este renasceram no processo penal a partir do padrão europeu criado com a teoria geral do processo e que aqui fincou raízes, lembra Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Esclarece, ainda, a necessidade de se ver o processo penal de acordo com as nossas características, atenta ao “SER”, longe de sinais patrimonialistas e mercantilistas daí advindos<sup>73</sup>.

A observação se faz importante, pois o processo penal se centraliza no núcleo liberdade, para o qual não há mediador, mas um juiz que exerce ou deve exercer uma atividade essencialmente cognitiva. O processo de conhecimento “não só hospeda a função processual, como agasalha, por excelência, a jurisdição, que atua para a formação do comando eliminador da lide”<sup>74</sup>. Em seguida, entendemos a crítica de Calamandrei ao discorrer sobre a pretensão estatal e citada anteriormente por Coutinho, sem se esquecer dos efeitos decorrentes de um possível acordo parcial, não contemplativo das questões que envolve o delito, autor e Estado<sup>75</sup>.

Se o acordo penal no processo brasileiro não pode se inserir numa teoria geral carneluttiana, seria ele uma espécie de negócio jurídico processual? Para Pedro Henrique Nogueira, este termo pode ser definido como “fato jurídico voluntário em cujo suporte fático esteja conferido ao respectivo sujeito o poder de escolher a categoria jurídica ou estabelecer, dentre dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais”<sup>76</sup>.

Em sentido amplo, pode o ANPP ser considerado espécie de negócio jurídico processual penal, quando inserido no âmbito da justiça penal negocial. Alexandre Morais da Rosa a define como o acordo entre o Estado e o investigado, em cujo ajuste “determinam os fatos e as sanções de modo consensual (ganha-ganha), com posterior homologação judicial”<sup>77</sup>.

---

<sup>73</sup> MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. A lide e o conteúdo do processo penal. Curitiba: Juruá, 1989, p. 18-31. O autor traz importante crítica de Calamandrei sobre a lide formulada por Carnelutti, notadamente por “ser indiferente à atuação jurisdicional qualquer atitude das partes no sentido de conciliação de interesses: com conflito ou sem ele – e isso parece ser elementar em uma análise prática – atua para decidir se aplica ou não a sanção penal”, p. 42.

<sup>74</sup> MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. A lide e o conteúdo do processo penal. Curitiba: Juruá, 1989, p. 33.

<sup>75</sup> MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. A lide e o conteúdo do processo penal. Curitiba: Juruá, 1989, p. 53. Assevera Coutinho que a crítica de Calamandrei parece enveredar para o conteúdo da lide através da petição acusatória, conteúdo este que poderia ser parcialmente desprezado se somente encampado no acordo entre as partes. Importante, ainda, registrar a menção do autor à crítica esboçada por Francesco Invrea quando aprofundamento sobre a relação entre lide e jurisdição, tomando-se como parâmetro o contraditório, bem como a pretensão do Estado e da vítima como sujeitos diferentes.

<sup>76</sup> NOGUEIRA, Pedro Henrique; CABRAL, Antônio de Passo. Negócios processuais. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015, p. 84

<sup>77</sup> ROSA, Alexandre Morais da. Guia do processo penal estratégico: de acordo com a teoria dos jogos e MCDA-A. Florianópolis: Emais, 2021, p. 637.

No entanto, em sentido estrito, há de se ater a vetores importantes para a necessária aplicação ou ajuste de sanção, tais como elementos estruturais, essenciais e acidentais<sup>78</sup>. Uma vez atendidos tais pressupostos e requisitos, seria possível haver pacto entre Estado e imputado sobre a sanção a ser aplicada<sup>79</sup>. Ocorre que dentre os elementos essenciais, identificamos o contraditório e a ampla defesa como fatores indispensáveis ao processo penal democrático e efetivação do justo processo, aprofundamento a ser feito no 2º e 3º capítulos.

Se, por um lado, tem-se no acordo o ajuste de sanção, por outro, o termo “não persecução penal” é sintaticamente contraditório, uma vez que ela já se iniciou com a investigação policial. A expressão existente no art. 28-A do CPP se refere à espécie existente com a fase judicial ao ser deflagrada com o oferecimento e recebimento da denúncia pelo Ministério Público. Não por acaso, está alocada no Título III – DA AÇÃO PENAL. Todavia, semanticamente a impropriedade estrutural acarreta consequências no sentido dado ao acordo.

Primeiro, se uma fase persecutória já se iniciou, ao imputado resta convergir com o órgão acusatório a fim dela não prosseguir para a fase judicial, o que denota desvantagem temporal ao investigado, havendo sério risco de se tornar uma mera adesão. Dificilmente, em concreto, existirá um acordo se quem propõe o faz com espírito solidário, não fraterno.

Ao partir das lições de Filippo Pizzolatto, Sandro Augusto dos Santos explica a confusão existente entre solidariedade e fraternidade. A primeira implica uma “atitude caridosa em relação aos indivíduos em condições de vulnerabilidade social”, numa relação estritamente verticalizada, enquanto a segunda pressupõe uma “relação entre iguais, os quais são colocados no mesmo patamar, numa relação de horizontalidade, em que cada um tem deveres em relação aos outros”<sup>80</sup>. Um dos grandes empecilhos de se efetivar a fraternidade processual é o poder conferido aos atores processuais, assim como a necessidade de mudança da mentalidade inquisitória<sup>81</sup>.

Por ora, resta-nos delimitar subjetivamente o instituto como acordo entre Estado e imputado com vistas ao não prosseguimento da persecução penal, mediante homologação do juiz. Objetivamente, os requisitos se encontram dispostos no art. 28-A, do CPP. A seguir, nos

---

<sup>78</sup> ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de direito processual penal em conformidade com a teoria do direito. São Paulo: Noeses, 2021, p. 252.

<sup>79</sup> A análise aqui desenvolvida considerada a atual permissão legislativa de aplicação do ANPP. Sem embargos, já expusemos a conformidade constitucional em tópicos anteriores.

<sup>80</sup> SANTOS, Sandro Augusto dos. Audiência de custódia no processo penal fraterno. São Paulo: Editora Dialética, 2023, p. 42.

<sup>81</sup> TRANSMONTANO, João Pedro Teixeira; CABRERA, Michelle Gironda. O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: PLEA BARGAINING À BRASILEIRA E A (IM) POSSIBILIDADE DO INSTITUTO EM UM PARADIGMA INQUISITÓRIO. Disponível em: <https://repositorio.animaeducacao.com.br/handle/ANIMA/13377>. Acesso em 27.06.2023.

ocuparemos da natureza jurídica do instituto, sua relação com o modelo processual brasileiro e o justo processo.

## 2.5. Aplicação prática e o entendimento do Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal já se manifestou sobre a constitucionalidade do acordo de não persecução penal. Logo após a publicação da lei nº 13.964/19, várias ações foram propostas em face de diversos dispositivos da referida lei, entre elas a ADI nº 6304, a qual atacava diretamente o art. 28-A do Código de Processo Penal.

Por relação íntima com os pedidos já realizados nas ADI nº 6298 e 6299, a Suprema Corte entendeu que “(b) O Acordo de Não Persecução Penal possibilita a solução negocial do litígio de natureza penal, mediante confissão circunstanciada dos fatos criminosos praticados pelo investigado, respeitadas as condições e requisitos legais estabelecidos na lei”<sup>82</sup>. Recentemente, a celeuma se deu quanto à retroatividade de sua aplicação, onde por maioria, no HC nº 185.913, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, permitiu-se a concessão do acordo a crimes praticados antes da vigência da lei 13.964/19, suspendendo-se, assim, os efeitos da sentença penal condenatória até análise de proposta pelo Ministério Público ao imputado. Resta somente estabelecer o limite da retroatividade.

A perspectiva de análise, a nosso ver, não engendrou profunda imersão sobre a inclusão deste instrumento negocial no sistema jurídico brasileiro, tal como se fez a partir da linha metodológica anteriormente traçada.

Preocupante perceber que o princípio “in dubio pro reo” esteja orientando entendimentos mais pragmáticos e utilitaristas pela Corte Suprema, em detrimento de garantias processuais penais basilares ainda não regulamentadas na Constituição Federal ou em leis infraconstitucionais, tais como a investigação defensiva, paridade de armas e relativização de nulidades absolutas.

A incompatibilidade material do instrumento negocial com a Constituição Federal é ponto que influencia negativamente na adequação e concretização do justo processo ao modelo investigatório atual, o que aprofundaremos a partir do próximo capítulo, ao discorrer sobre as bases epistemológicas do que pode ser concebido como processo justo.

---

<sup>82</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 6298. PLENO. REQTE (S): ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS E OUTRO (A / S. RELATOR: MIN. LUIZ FUX. DATA DE JULGAMENTO: 24/08/2023. DATA DE PUBLICAÇÃO: 19/12/2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15363755297&ext=.pdf>. Acesso em 22/03/2024.

### **3 ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E O JUSTO PROCESSO: RELAÇÕES INTRÍNSECAS ENTRE O DEVIDO E O JUSTO PROCESSO COMO MODELO IDEAL**

Sobre a participação na formação das provas, deve-se compreender inicialmente como o acordo de não persecução penal inserido no ordenamento jurídico brasileiro se adequa (ou se deve adequar), objeto da pesquisa, ao justo processo. Ao firmar bases sólidas sobre como o modelo negocial deve se apresentar, compreenderemos valorativamente como o processo pode, ainda, manter sua essência como instrumento democrático de solução dos conflitos penais, mesmo diante das inconsistências constitucionais estruturais vistas no primeiro capítulo.

#### **3.1. Natureza jurídica do acordo de não persecução penal (ANPP) e o modelo processual brasileiro: a relação entre a introdução de mais uma barganha e o devido processo legal**

Definir a natureza jurídica se apresenta igualmente importante para os estudos desta dissertação, e sua relação com os contornos conceituais trazidos no tópico anterior nos darão suporte para entender o modelo processual brasileiro e o devido processo legal.

O processo penal pátrio tem tomado direção instrumental para a política criminal<sup>83</sup>, a qual inegavelmente tem grande amplitude<sup>84</sup>, embora a “inversão de sinal” e consequente redução do sistema penal descrita por Nilo Batista não tenha se operado. Ao contrário, tanto o sistema penal como o processual penal adotam sanções penais e processuais em face do indivíduo.

A confusão na introdução de institutos penais em desarmonia com a dogmática penal e processual penal se apresenta no cenário jurídico. Ainda, inseridos num sistema de justiça criminal, também se vê clara e contundente influência da política criminal. Para Alberto Binder é preciso compreender que “não existe sociedade sem política, porque não existe sociedade sem poder e sem interesses”<sup>85</sup>. Resta entender quem produz e para quem se produz tal política. Não por acaso, direitos e garantias têm sido flexibilizados em atendimento a padrões de eficiência e estatística.

---

<sup>83</sup> ROBERTO, Welton. Paridade de armas no processo penal. 2 ed. Belo Horizonte, Forum, 2021, p. 37.

<sup>84</sup> BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao direito penal brasileiro. 12ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 34.

<sup>85</sup> BINDER, Alberto M. Iniciación al proceso penal acusatorio. Campomanes: Buenos Aires, 2000, p. 15.

O Superior Tribunal de Justiça tem defendido a natureza jurídica do ANPP como instrumento de política criminal a serviço do Estado na redução das demandas criminais, conforme afirmação do Ministro Rogério Shietti Cruz no Habeas Corpus nº 657.165/RJ. A Sexta Turma tem pacificado este entendimento.

No AgRg no HC 701443 / MS, a Ministra Laurita Vaz, mesmo destacando a distinção entre este e o outro o caso anteriormente citado, notadamente quanto à exigência da confissão, afirmou que “cabe ao Ministério Público avaliar, fundamentadamente, se é cabível, no caso concreto, propor o acordo de não persecução penal. Desse modo, o referido negócio jurídico pré-processual não constitui direito subjetivo do investigado”. Logo, se a percepção consiste em instrumento mais aproximado ao Ministério Público e conseqüentemente ao Estado enquanto órgão persecutório, a natureza mista não predominaria no ANPP.

Entretanto, é inegável que o ANPP possui reflexos penais no direito de punir, haja vista a extinção de punibilidade que dele decorre, se devidamente cumprido. Via de regra, todo e qualquer instituto inserido no ordenamento brasileiro, cuja finalidade seja a aplicação de sanção em sentido amplo e posterior eliminação do poder punitivo, revestir-se-á, também, de natureza penal. Assim, criticável o entendimento esposado pelo STJ. Sobre a mitigação da obrigatoriedade da ação penal, já tecemos análise anteriormente.

Por outro lado, no HC 822. 947 / GO, sob relatoria do Ministro Ribeiro Dantas, o STJ entendeu que a desclassificação do crime de tráfico de drogas na forma do caput para a privilegiada (causa de diminuição de pena, conforme art. 33, § 4º, da lei nº 11.343/06), implica a devolução dos autos ao Ministério Público para fins de avaliação de oferta da proposta.

No caso julgado, o ministro reforçou novamente que “não se trata de direito subjetivo do acusado, devendo existir, além da confluência dos requisitos exigidos pela lei, o interesse do órgão acusador em propor o acordo”. Porém, ao aplicar de forma similar a súmula n. 337 da Corte<sup>86</sup>, reconheceu que o réu foi vítima de excesso de acusação, ao não ter o enquadramento jurídico do tráfico privilegiado devidamente alocado na petição acusatória. A espera da sentença de desclassificação não seria idoneamente um meio adequado para se aplicar o instituto.

O interessante foi verificar na fundamentação do ministro relator, linhas antes do ANPP, trazer a necessidade de interpretação favorável ao réu quando o intérprete se depara com a lei penal. Ao tratar da desclassificação para tráfico privilegiado, precisou adentrar ao

---

<sup>86</sup> Súmula 337, STJ: “É cabível a suspensão condicional do processo na desclassificação do crime e procedência parcial da pretensão punitiva”.

requisito “dedicação à atividade criminosa”, uma das condicionantes previstas no parágrafo 4º do art. 33 da lei nº 11.343/06, sugerindo “a necessidade de uma interpretação restritiva, a fim de garantir a efetiva aplicação do tráfico privilegiado aos casos em que se verifique uma real incompatibilidade entre a conduta do agente e a penalidade prevista para o tráfico comum”<sup>87</sup>.

Embora ao final julgue não se reconhecer direito subjetivo do recorrente, a tendência de interpretação e aplicação da norma mais favorável ao réu no âmbito penal parece se estender à seara processual penal inevitavelmente. Talvez, a Corte tem buscado não violar o princípio do colegiado ao inadmitir o status de “direito subjetivo”, mesmo que em linha contrária à natureza mista da norma processual penal extraída do art. 28-A do CPP.

Em 2023, o Conselho Nacional de Justiça divulgou estudo sobre o acordo de não persecução penal, vindo a se debruçar sobre como o instituto vem sendo aplicado no Brasil. Sem se desincumbir dos dilemas e das críticas inerentes ao ANPP, o CNJ reconhece a necessidade de análise crítica em meio ao cenário fértil de introdução de instrumentos de negociação da sanção com aptidão à violação de direitos fundamentais. No entanto, ainda por não permitir transação sobre pena de prisão, classifica-o como alternativa penal, aproximando-se do entendimento manifestado pelo STJ<sup>88</sup>.

A doutrina favorável ao ANPP confirma o pensamento trazido pelos tribunais, ao defendê-lo como “acordo de deveres rígidos ao autor da infração penal, privando-o de pena privativa de liberdade, mas impondo exigências como forma de se reintegrar ao meio social”<sup>89</sup>. Importante registrar o distanciamento quanto à esfera de direitos fundamentais do indivíduo, especialmente a ampla defesa, o contraditório, paridade de armas e justo acordo. O poder conferido ao Ministério Público destoava significativamente do sistema acusatório implementado pela Constituição Federal, principalmente em virtude da dificuldade de se concretizar tais postulados na fase investigatória e pré-processual, quiçá sob sistema processual diverso.

Relacionar o acordo de não persecução penal e o modelo processual brasileiro, definido pela Constituição Federal em seu art. 129, I<sup>90</sup>, requer uma estruturação

---

<sup>87</sup> HC 822. 947 / GO.

<sup>88</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Fortalecendo vias para as alternativas penais [recurso eletrônico]: um levantamento nacional da aplicação do Acordo de não Persecução Penal no Brasil / Conselho Nacional de Justiça ... [et al.]; coordenação de Luís Geraldo Sant’Ana Lanfredi ... [et al.]. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2023, p. 15-17. Ainda nesse caminho, está a própria Resolução nº 288, de 25 de junho de 2019, emitida pelo CNJ, que “Define a política institucional do Poder Judiciário para a promoção da aplicação de alternativas penais, com enfoque restaurativo, em substituição à privação de liberdade”.

<sup>89</sup> CUNHA, Rogério Sanches et al. Acordo de não persecução penal. 3ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 63.

<sup>90</sup> Para Aury Lopes Jr, embora a Constituição Federal não tenha enunciado expressamente adotar o sistema acusatório, tal conclusão decorre da “interpretação sistemática da Constituição”, cujo “projeto democrático



principiológica do processo, a partir de um modelo com feições acusatórias e cuja compreensão não pode ser buscada sem a filtragem constitucional. Eugênio Pacelli de Oliveira afirma ser o processo penal brasileiro acusatório, embora admita haver problemas estruturantes quanto à construção de tal modelo, frente ao pensamento ainda inquisitorial reinante desde a implementação do CPP em 1941<sup>91</sup>.

A temática não passa despercebida por Aury Lopes Jr., especialmente sobre a problemática em definir o sistema processual brasileiro como misto segundo parte da doutrina. A definição não é suficiente, além do que se torna necessário buscar o “núcleo fundante” para se definir a preponderância deste ou daquele sistema, em atenção a critérios como a separação das funções, a imparcialidade e contraditório<sup>92</sup>. Soma-se a estes critérios a justiça consensual, hoje realidade. A separação de funções, imparcialidade e contraditório não são suficientes para definir o modelo processual preponderante na justiça penal negocial implementada em nosso ordenamento.

Os critérios acima elencados podem coexistir neste “mundo de acordos penais”, mas a definição do modelo processual reclama a análise do núcleo fundante, como alertou Aury, para além destes critérios. E este núcleo repousa em obstáculos criados pelo próprio Estado quando da apuração do fato criminoso. A resistência à participação do imputado de forma dialética se alia ao ego de titular da verdade que entende ter posse ou somente ele encontrar.

Ao particular é inconcebível contraditar em tempo real a prova colhida na investigação. Quando muito, será exercida posteriormente, isto é, em caráter diferido. Convocar testemunhas é poder conferido ao Estado, jamais ao indivíduo. A paridade, conforme veremos mais a frente, torna-se postulado ainda distante do investigado. A ampla defesa continua a ser aceita somente com a participação do advogado como coadjuvante. O devido processo legal sucumbe ao autoritarismo estatal. A investigação criminal defensiva é freada ou afastada quando determinante à solução do caso.

Não é nosso propósito trazer o contexto histórico do devido processo legal, notadamente desde a Magna Carta de 1215, mas apresentar a concepção e finalidade de tal instituto, necessário à compreensão de concretização do justo processo no ANPP. Para

---

constitucional impõe uma valorização do homem e do valor da dignidade da pessoa humana, pressupostos básicos do sistema acusatório. Recorde-se que a transição de um sistema político autoritário para o modelo democrático. Logo, a democracia e sistema acusatório compartilham uma mesma base epistemológica”. In: LOPES JR, Aury. Direito processual penal. 19 ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 99.

<sup>91</sup>OLIVEIRA, Eugenio Pacelli. Curso de Processo Penal. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 3.

<sup>92</sup>LOPES JR, Aury. Direito processual penal. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2022, p. 48-49.

Welton Roberto, trata-se de “garantia fundamental, porquanto protetora de direitos fundamentais”<sup>93</sup>. Segundo o autor, extraem-se duas dimensões: objetiva e subjetiva.

A primeira corresponde à previsão legislativa, enquanto a segunda diz respeito ao conteúdo. Estas acepções se desenvolvem através do processo, devidamente posto e concretizado para proteção de direitos enquanto cláusula pétrea<sup>94</sup>. No âmbito do ANPP, existe um problema quanto à positivação ser válida ou não, se pensarmos no conteúdo do devido processo legal.

É que o “estatuto de positivação válida”, inerente ao modelo brasileiro, foi se deteriorando pelo sistema de precedentes, constituindo-se em efeito inverso da garantia<sup>95</sup>. Este sistema de precedentes judiciais afasta a sensibilidade humana que se espera da individualidade e especificidade do caso concreto<sup>96</sup>, ao passo em que gera abstratividade e generalidade de aplicação de sanções judiciais. No ANPP, a celeuma se acentua porque o pensamento reinante é de que todos os casos nascem e podem terminar iguais, merecendo realização de acordo a ser formulado pela acusação.

A introdução de mais uma barganha exige uma conformação do sistema positivo quanto ao devido processo legal. O que é devido passa a ter nova coloração axiológica<sup>97</sup> na fase pré-processual: incluir o contraditório real, ampla defesa e investigação criminal defensiva como pilares para concretização do justo processo se torna mais evidente para uma justa decisão, ou no caso, um justo acordo.

### **3.2. Decorrências principiológicas e sistêmicas do devido processo legal no acordo de não persecução penal: a observância da dogmática processual penal garantista para além do processo judicial**

De acordo com Welton Roberto, a “proteção de direitos individuais e coletivos” representa a dicotomia da “aplicação da norma penal em um discurso bivalente de proteção de defesa social e de *status libertatis*”<sup>98</sup>. A dualidade apontada pelo autor é preponderante e

<sup>93</sup> ROBERTO, Welton. Paridade de armas no processo penal. 2 ed. Belo Horizonte, Forum, 2021, p. 48.

<sup>94</sup> ROBERTO, Welton. Paridade de armas no processo penal. 2 ed. Belo Horizonte, Forum, 2021, p. 49.

<sup>95</sup> ROBERTO, Welton. Paridade de armas no processo penal. 2 ed. Belo Horizonte, Forum, 2021, p. 52.

<sup>96</sup> ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Efeito vinculante e concretização do direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009, p. 17-23.

<sup>97</sup> JARDIM, Afrânio Silva. Direito processual penal. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 150. O autor assevera que “através do elemento axiológico, aspira o Direito os valores aceitos ou impostos em determinada sociedade para a norma jurídica”.

<sup>98</sup> ROBERTO, Welton. Paridade de armas no processo penal. 2 ed. Belo Horizonte, Forum, 2021, p. 61.

causa fortes tensões no direito brasileiro. A primazia pelos fins tem reduzido inserções de conteúdo protetivo.

Os dois pilares a serem adotados como base jurídica apta a dar equilíbrio a esta dualidade são o garantismo penal<sup>99</sup> e o justo processo objetivo<sup>100</sup>. Antes, faz-se necessário expandir o conceito de processo para abarcar o desenvolvimento válido dos postulados aqui tratados.

A relação processual se inicia tradicionalmente com o recebimento da denúncia ofertada pelo Ministério Público e consequente citação do réu<sup>101</sup>. A concepção de processo, entretanto, remonta desde o momento que o indivíduo se torna investigado de um fato delituoso. Uma das razões é de ordem axiológica, vez que a dignidade humana, qualidade do ser humano, somente se concretiza quando a autonomia individual, personalidade, lado social e igualdade são respeitados pelo Estado<sup>102</sup>. A lesão à dignidade surge desde a investigação, não necessitando de fase processual. A decisão sobre restrição de direitos, se justa ou não, acontecerá até antes mesmo de iniciada a relação processual tradicional, pois as sanções podem ser pactuadas sem acusação formal.

Nessa perspectiva, o garantismo como base processual deve se iniciar desde o berço da investigação. O convencionalismo penal, o qual se apresenta em duas facetas, formal ou legal, traz a necessidade estrita da lei em prever como a pena será aplicada<sup>103</sup>, espraiando-se às garantias processuais penais, as quais devem acompanhar todo e qualquer caminho que se procure aplicar uma sanção penal. Esta só pode ser “aplicada através da jurisdição – e deve sê-lo através do devido processo legal”, ressalta Jacinto M. Coutinho<sup>104</sup>.

O cognitivismo processual logicamente será efetivo se a “verificabilidade ou refutabilidade das hipóteses acusatórias” possam acontecer desde a investigação, notadamente quando vícios ocultos possam ocorrer e prejudicar o futuro caminho de persecução e averiguação fática, gerando o desvio punível<sup>105</sup>.

---

<sup>99</sup>FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

<sup>100</sup>ROBERTO, Welton. Paridade de armas no processo penal. 2 ed. Belo Horizonte, Forum, 2021, p. 67.

<sup>101</sup>JARDIM, Afrânio Silva. Direito Processual Penal. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 139. Importante registrar o posicionamento de Jardim quando indica que o processo não é relação jurídica, mas cria tal relação, de direito autônomo e independente.

<sup>102</sup> NICOLITT, André Luiz; WEHRS, Carlos Ribeiro. *Intervenções corporais no processo penal e a nova identificação criminal: Lei nº 12.654/2012*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 31-32.

<sup>103</sup> FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 30.

<sup>104</sup> MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. A lide e o conteúdo do processo penal. Curitiba: Juruá, 1989, p. 134.

<sup>105</sup> FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 31 e ss.

O “modelo penal garantista não se satisfaz com o plano legislativo, abrem-se no plano judicial espaços inevitáveis de discricionariedade dispositiva, que comprometem tanto o caráter cognitivo do juízo quanto sua sujeição exclusivamente à lei”<sup>106</sup>. A leitura se faz importante, uma vez que o próprio Ferrajoli adverte sobre a natureza prescritiva dos axiomas por ele proposto<sup>107</sup>. Decerto, o ser (ôntico) consiste na realidade de como o ANPP se apresenta após sua introdução legislativa: um suposto acordo entre acusação e defesa, onde a defesa dificilmente discute as cláusulas de forma eficaz em razão da carência de contraditório na formação da prova, conforme se verá adiante.

*Nulla probatio sine defensione* ou princípio do contraditório ou da defesa, ou da falseabilidade é o ponto de partida para se falar em justo processo no acordo de não persecução penal. Para tanto, o pano de fundo é epistemologia garantista e não inquisitiva<sup>108</sup>.

Ensina Ferrajoli que a unicidade do sistema depende dos princípios garantistas enquanto “esquema epistemológico de identificação do desvio penal, orientado a assegurar... o máximo grau de racionalidade e confiabilidade do juízo e, portanto, de limitação do poder punitivo e de tutela da pessoa contra a arbitrariedade”<sup>109</sup>. O primeiro elemento é a legalidade, do qual se sobressaem a liberdade e igualdade entre os indivíduos. O segundo é o cognitivismo processual e estrita jurisdiccionariedade, o qual se subdivide em: a) verificabilidade ou refutabilidade das hipóteses acusatórias; b) comprovação empírica<sup>110</sup>. “Não só a lei, senão também o juízo penal, careçam de caráter constitutivo e tenham caráter recognitivo das normas e cognitivo dos fatos por elas regulados”, defende o autor<sup>111</sup>.

Por tal razão, defendemos anteriormente a ampliação do conceito de processo<sup>112</sup>, pois nosso modelo tradicional só assim o concebe quando o juiz recebe a denúncia ou a queixa. A

<sup>106</sup> FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 34.

<sup>107</sup> FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 74.

<sup>108</sup> FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 28-37.

<sup>109</sup> FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 30.

<sup>110</sup> FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 32. Mais adiante o autor destaca que “As mesmas condições semânticas ou *garantias penais* da verificabilidade e da refutabilidade - se forem suficientes, além de necessárias para assegurar a *verificação* ou a *refutação jurídica*, que são fruto de deduções válidas conforme os significados das palavras empregadas - são, contudo, somente necessárias, mas não também suficientes para assegurar a *verificação* ou a *refutação fática*, as quais dependem de complexas *garantias processuais*, que vão muito além das simples regras até agora analisadas sobre a formação da linguagem penal” (p. 104). Estas complexas garantias processuais para Ferrajoli tem sido enfatizadas nesta pesquisa como necessárias à investigação criminal.

<sup>111</sup> FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 32.

<sup>112</sup> BINDER, Alberto M. Iniciación al proceso penal acusatorio. Campomanes: Buenos Aires, 2000, p. 33. Seria a investigação criminal o “nascimento do processo penal”.

hipótese acusatória está contida na petição inicial acusatória. No acordo de não persecução penal, por razão óbvia, não teremos a segunda fase da persecução, e assim, falar-se-ia em inexistência de hipótese.

Entretanto, a hipótese não deixa de existir, porquanto existe imputação de um suposto delito a alguém que, inocente ou não, poderá fazer um acordo ou deixar de fazê-lo<sup>113</sup>. Mas o ponto crítico não é esse. Está em como fazer o acordo se defendendo e refutando a imputação.

Não esqueçamos que sim, é possível fazer o acordo refutando a imputação. O clássico exemplo seria a refutação parcial do previsto no inciso II do art. 28-A, do Código de Processo Penal: “renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime”. Esta indicação nasce precipuamente do conteúdo da investigação preliminar, seja inquérito policial, PIC – procedimento investigatório criminal, CPI – comissão parlamentar de inquérito, entre outras modalidades.

Se a pactuação ocorre sem o debate e possibilidade de refutação, primeiro não teremos igualdade entre as partes como substrato da legalidade; segundo, não haverá o direito fundamental ao contraditório e paridade de armas; terceiro, não será acordo, mas adesão. Importante destacar a adequação dogmática quanto à proposição de Ferrajoli, qual seja a comprovação da prática delitativa. No contexto do ANPP, as partes não buscam esta premissa. Pois o contrário seria não aceitar o acordo e prosseguir com o processo.

A premissa é mais ampla, na medida em que envolve o exercício cognitivo da refutação às informações alegadas pelo órgão acusador quando da proposta de acordo e da consequente aceitação por quem se sentiu respeitado pelo Estado. Imprescindível compreender que no acordo de não persecução penal, quem assume a iniciativa da proposta é, em regra, o Ministério Público, a partir de elementos colhidos na investigação que julga pertinentes ou exaustivos, por exemplo.

Passa a existir um aumento de poder no órgão acusatório, movido de forma potestativa e não cognitiva<sup>114</sup>, reveladora de autoritarismo e menos jurisdicional. Embora seja o juiz o agente estatal a homologar e verificar a voluntariedade, na atual forma de investigar no direito

---

<sup>113</sup> JARDIM, Afrânio Silva; Souto Maior, Pierre. Primeiras impressões sobre a Lei 13.964/2019: aspectos processuais. Disponível em: <https://emporioidireito.com.br/leitura/primeiras-impressoes-sobre-a-lei-n-13-964-19-aspectos-processuais>. Acesso em 22.04.2024. como aduzem os autores, “para que o Ministério Público possa propor o acordo, faz-se necessário que o lastro probatório mínimo indique a existência de uma conduta típica, ilícita e culpável, indícios de autoria e que tenha legitimidade para tal, além de atribuição. Portanto, o Ministério Público, ao propor o acordo penal anterior à denúncia, faz uma verdadeira acusação, pretendendo a aplicação de uma pena restritiva de direitos. São esses os elementos componentes de uma acusação: narrativa de um fato criminoso, atribuição desse fato a alguém, classificação jurídica do fato e pedido de condenação”.

<sup>114</sup> FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 37.

brasileiro, o magistrado não conseguirá controlar a legalidade que se espera, mesmo com a implementação do juiz das garantias.

O campo de acordo penais será mais administrativo, “político”, caracterizado por “formas de discricionariedade que, ao afetar as liberdades individuais, inevitavelmente desembocam no abuso”<sup>115</sup>. O entendimento do sistema SG ao ANPP prescinde igualmente de solução de algumas aporias, a exemplo da verdade buscada por Ferrajoli, não inserida no nosso problema de pesquisa, bem como da atual sistêmica processual brasileira.

### **3.2.1. A visão contemporânea do sistema SG na dimensão *Nulla probatio sine defensione* ou princípio do contraditório ou da defesa**

O Sistema SG, lecionam Alexandre Morais da Rosa e Salah H. Khaled Jr., “é o produto mais acabado da construção teórica do Direito Penal moderno”<sup>116</sup>. Entretanto, embora Ferrajoli tenha inúmeras qualidades, apontadas pelos autores, há limites discursivos notadamente quanto “ao aspecto de legitimação/deslegitimação do poder punitivo”<sup>117</sup>. A manutenção do contrato social e da busca da verdade como pano de fundo democrático consiste em um deles<sup>118</sup>.

Para Morais e Khaled Jr., a hermenêutica do direito penal e processual pátrio ainda não se alinhou à Constituição Federal de 1988 e aos direitos humanos por ela incorporados. Entre os fatores, estariam: a) a baixa constitucionalidade; b) a necessária superação do aparente dilema entre sistemas acusatório e inquisitório; c) herança equivocada de uma imaginária Teoria Geral do Processo; d) difusão de modelo coletivo de Segurança Pública; e) expansionismo do Direito Penal e recrudescimento dos meios de controle social, a partir da lógica de diminuição dos custos estatais; e f) prevalência de teorias totalitárias, como Direito Penal do Inimigo. A análise crítica de tais fatores conduz ao confronto entre a realidade acadêmica e a realidade da prática forense<sup>119</sup>.

---

<sup>115</sup> FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 37.

<sup>116</sup> ROSA, Alexandre Morais da; KHALED JR, Salah H. In dubio pro hell 3: fascismo e poder punitivo. Santa Catarina: Emais, 2020, p. 35.

<sup>117</sup> ROSA, Alexandre Morais da; KHALED JR, Salah H. In dubio pro hell 3: fascismo e poder punitivo. Santa Catarina: Emais, 2020, p. 35.

<sup>118</sup> ROSA, Alexandre Morais da; KHALED JR, Salah H. In dubio pro hell 3: fascismo e poder punitivo. Santa Catarina: Emais, 2020, p. 35. No terceiro capítulo discutiremos de forma incisiva sobre a relação entre o ANPP e a busca da verdade processual, sem, contudo, pretensão de esgotamento do tema, o qual por si só já seria objeto de dissertação própria.

<sup>119</sup> ROSA, Alexandre Morais da; KHALED JR, Salah H. In dubio pro hell 3: fascismo e poder punitivo. Santa Catarina: Emais, 2020, p. 36-37.

Partindo da base teórica formulada por Ferrajoli, os autores identificam a importância de se distinguir os direitos fundamentais e patrimoniais, eis que a teoria geral do direito deve ser revisitada quando análise democrática da teoria garantista. Os direitos fundamentais são universais, enquanto os patrimoniais exclusivos. Os primeiros são “indisponíveis, inalienáveis, imprescritíveis, invioláveis, intransigíveis e personalíssimos”. Logo, não se pode trocar ou vender a liberdade, ao contrário dos bens patrimoniais. Os primeiros são verticais, enquanto os segundos horizontais, ou seja, os patrimoniais estão numa “relação de não lesão entre particulares”, já os primeiros têm ampla influência pelas “leis e decisões estatais”<sup>120</sup>.

Bem, traçadas as balizas do pensamento de Moraes e Khaled, percebemos a justaposição quanto ao ANPP, especialmente porque este instituto incide na investigação preliminar, geralmente calcada no inquérito policial, com exceção das CPI’S (comissão parlamentar de inquérito), PIC (procedimento investigatório criminal) realizado pelo Ministério Público e outras modalidades, mas que sobre eles também se aderem os argumentos a seguir expostos.

Primeiro, o pensamento autoritário consistente em pensar que só o Estado detém os meios eficazes de investigar ainda arrasta a superação do dilema entre sistema acusatório e inquisitório. A baixa constitucionalidade (conceito trazido acima por Moraes e Khaled Jr) tanto impede ver o indivíduo plenamente como sujeito de direitos, como apto a constituir um advogado para contraditar as alegações produzidas pela polícia judiciária, e mais, investigar paralelamente o suposto fato delituoso, juntando elementos no inquérito policial que julgue pertinentes. A “neutralização do imputado, em face do poder acusatório do Estado, a submissão do réu às necessidades do Estado e às necessidades do poder acusatório, persecutório e punitivo” ainda são marcas inquisitoriais, lembra Nereu J. Giacomolli<sup>121</sup>.

Segundo, como consequência do primeiro argumento, a investigação oficial do Estado se apresenta no cotidiano forense como instrumento de segurança pública, à disposição do Estado, portanto, sem conhecimento de limites quanto ao próprio poder punitivo. Para Marcos Eugênio Vieira Melo, o processo penal acaba sendo um “mero instrumento” para o direito de punir do Estado, de modo a ser considerado, inclusive, empecilho no combate à impunidade quando idealizado de forma garantista<sup>122</sup>.

---

<sup>120</sup> ROSA, Alexandre Moraes da; KHALED JR, Salah H. In dubio pro hell 3: fascismo e poder punitivo. Santa Catarina: Emais, 2020, p. 41-41.

<sup>121</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. Algumas marcas inquisitoriais do Código de Processo Penal brasileiro e a resistência às reformas. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, p. 143-165, 2015. <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.8>.

<sup>122</sup> MELO, Marcos Eugênio Vieira. Cultura da Oralidade como técnica de efetivação do procedimento em contraditório e superação da tradição inquisitória. Dissertação (Mestrado). 229 fls. Programa de Pós Graduação

Terceiro, a fundamentação axiológica remonta à teoria geral do processo, porque a sociedade (coletivo) é vista e tratada ainda como bem jurídico primário na persecução penal, especialmente na investigação preliminar. Assim, o pano de fundo está mantido e posto para a introdução de mecanismos de controle social imediatistas.

A visão romântica da teoria garantista é subjacente à tradição encarada e vivida por Ferrajoli em sua nação e contexto histórico. No Brasil, o que o jurista italiano não esperaria é que sua teoria fosse minimizada pelo Direito Penal Máximo, cuja introdução de tipos penais mais duros, relativização de garantias, ou até suprimimento em alguns casos, levasse a uma visão peculiar do garantismo. Importante destacar que não se descortina do garantismo como base teórica para a implementação e concretização do justo processo. No entanto, o que se propõe debater no âmbito nacional, apoiado nas ideias acima levantadas por Morais e Khaled Jr., consiste no traço autoritário de um país colonizado e ainda praticante das violências de classes, gênero, raça, cor e religião nos cenários processuais<sup>123</sup>.

Por exemplo, na investigação criminal o elemento probatório juntado aos autos deve respeitar a cadeia de custódia da prova, conforme preceitua o ar. 158-A a F do Código de Processo Penal. Mas, corriqueiramente a autoridade policial junta o elemento que corrobora com a prática delitiva por ela desenhada em narrativa exclusiva, desprezando, inclusive, outras linhas investigativas. Ressalte-se, também, que as provas<sup>124</sup> juntadas geralmente são manipuladas com edições, cortes do contexto geral delituoso, os quais poderiam levar futuramente a uma tese de legítima defesa ou outra excludente, gerando enorme prejuízo ao investigado. Se há a crítica, qual o argumento do Estado? Responde-se coibir o crime e proteger a sociedade.

Nesse contexto, dificilmente o contraditório contemporâneo assumirá posição de relevo e como protagonista que deve ser, um autêntico “defraudador de expectativas”, acentua Marcos Eugênio Vieira Melo<sup>125</sup>.

Essas são algumas das dificuldades enfrentadas pelo imputado na investigação criminal, as quais causarão um engessamento volitivo quando estiver frente a frente com o

---

em Ciências Criminais (PUCRS). Porto Alegre, 2019. Disponível em: <https://tede2.pucrs.br/tede2/handle/tede/8609>, p. 38.

<sup>123</sup> ROSA, Alexandre Morais da; KHALED JR, Salah H. In dubio pro hell 3: fascismo e poder punitivo. Santa Catarina: Emais, 2020, p. 47.

<sup>124</sup> Aqui trazemos o vocábulo prova em sentido amplo, abrangendo tanto os elementos informativos quanto as provas cautelares, antecipadas e irrepetíveis.

<sup>125</sup> MELO, Marcos Eugênio Vieira. Cultura da Oralidade como técnica de efetivação do procedimento em contraditório e superação da tradição inquisitória. Dissertação (Mestrado). 229 fls. Programa de Pós Graduação em Ciências Criminais (PUCRS). Porto Alegre, 2019. Disponível em: <https://tede2.pucrs.br/tede2/handle/tede/8609>, p. 48.



Ministério Público para iniciar as tratativas de confecção do acordo. O investigado comparecerá frágil, acanhado, sem perspectiva alguma de debater as cláusulas, uma vez que o MP considera o caderno investigativo conclusivo e exaustivo para fins de proposta, bem como ele, indiciado, não teve condições de participar da formação das provas.

### **3.3. A concepção do justo processo: breves ensaios sobre o modelo italiano e a importância do contraditório na formação da prova colhida na investigação preliminar**

O *giusto processo* ou processo justo, na concepção de Paolo Ferrua, trata-se de “um modelo ideal de processo, independentemente das suas realizações históricas, quanto as descrições que caracterizam o processo dentro dos sistemas...”<sup>126</sup>. Inicialmente, o autor traz o contexto histórico<sup>127</sup> e revolucionário da mudança procedimental na Itália a partir do Código de Processo Penal em 1988 quanto ao contraditório, o qual deixa de ser sobre a prova e passa a ser para a prova, ou seja, exercido de forma real na formação do elemento probatório. “Há a separação clara entre a investigação preliminar, onde a acusação e a defesa realizam unilateralmente a busca de fontes de prova, e o *dibattimento*, no qual as provas se formam em contraditório diante do juiz com a contribuição direta das partes”<sup>128</sup>.

Não é objetivo do presente ensaio trazer todo o contexto italiano, mas destacar a importância da alteração legislativa na Constituição Italiana, embora tenham ocorrido alguns obstáculos e reviravoltas pela jurisprudência em 1992. O contraditório sempre foi objeto de resistência quanto à busca da verdade no processo penal, notadamente na investigação preliminar ou como técnica de *acertamento*<sup>129</sup>.

“Accertamento é expressão utilizada para determinar a finalidade do processo, como uma averiguação do caso penal, uma reconstrução histórica dos fatos ou a busca da verdade,

<sup>126</sup> FERRUA, P. (2017). Gênese da reforma constitucional do “giusto processo” na Itália. *Revista Brasileira De Direito Processual Penal*, 3(2), 661–688. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i2.61>. Acesso em 09.06.23.

<sup>127</sup> Sobre o contexto histórico, In: COMOGLIO, Luigi Paolo. IL "GIUSTO PROCESSO" CIVILE NELLA DIMENSIONE COMPARATISTICA *Revista de Processo* | vol. 108/2002 | p. 133 - 183 | Out - Dez / 2002 DTR/2002/830. Disponível em:

[https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/7878318/mod\\_resource/content/1/COMOGLIO%20-%20GIUSTO%20PROCESSO%20-%20DISCIPLINA%20COMPARATISTICA.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/7878318/mod_resource/content/1/COMOGLIO%20-%20GIUSTO%20PROCESSO%20-%20DISCIPLINA%20COMPARATISTICA.pdf). Acesso em 21.04.2024.

<sup>128</sup> FERRUA, P. (2017). Gênese da reforma constitucional do “giusto processo” na Itália. *Revista Brasileira De Direito Processual Penal*, 3(2), 661–688. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i2.61>. Acesso em 09.06.23, p. 665.

<sup>129</sup> FERRUA, P. (2017). Gênese da reforma constitucional do “giusto processo” na Itália. *Revista Brasileira De Direito Processual Penal*, 3(2), 661–688. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i2.61>. Acesso em 09.06.23, p 667. Os juízes da Consulta entendem pela inconstitucionalidade e em 1992 “demolem os pilares do edifício acusatório” nas sentenças n. 24, 254 e 255, afirma Ferrua.

dependendo das premissas teóricas adotadas”<sup>130</sup>. Ou ainda, a própria forma de se fazer jurisdição, tendo no processo o instrumento hábil<sup>131</sup>.

Com a declaração de inconstitucionalidade do art. 195, 4º, do CPP Italiano e consequente proibição de testemunho indireto da polícia judiciária na sentença n. 24-1992, houve uma inserção demasiada dos depoimentos dos policiais no *dibbatimento*, o que desvirtuou e alterou significativamente a formação da prova e logicamente o contraditório sobre elas<sup>132</sup>. No Brasil, esta situação ocorre diariamente por ocasião do modelo de investigação oficializado, sem participação material da defesa, mas do Estado.

Os inquéritos brasileiros são finalizados essencialmente com os depoimentos policiais, já que boa parte se inicia por força de prisão em flagrante. A presunção de veracidade do funcionário público investido na função de policial ultrapassa a investigação preliminar e chega às audiências de instrução como mera repetição do depoimento prestado perante a polícia investigativa, sendo utilizado por vários promotores como caderno de leitura e confirmação frente ao juiz<sup>133</sup>.

Essa cultura enraizada no modo de investigar e produzir a prova tendente a condenar ou absolver, embora sirva mais para condenar, aplica-se inevitavelmente a todo e qualquer instituto que adentre ao ordenamento jurídico brasileiro, pois o contraditório não é incluído como técnica de busca da verdade ou de reconstrução fática mais aproximada da realidade ocorrida no passado.

“Infelizmente, o reconhecimento do valor epistêmico do contraditório é frequentemente inexistente entre os próprios defensores do processo acusatório”, assevera Ferrua<sup>134</sup>. Inteira razão assiste ao jurista italiano, pois mesmo estes defensores do acusatório não entendem a importância fundamental de tal postulado até que dele precise. No acordo de não persecução penal, torna-se mais difícil o contraditório real e efetivo, uma vez que a defesa do imputado não é intimada para acompanhar a formação do elemento probatório, tal como

---

<sup>130</sup> FERRUA, P. (2017). Gênese da reforma constitucional do “giusto processo” na Itália. *Revista Brasileira De Direito Processual Penal*, 3(2), 661–688. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i2.61>. Acesso em 09.06.23, p. 667.

<sup>131</sup> MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. A lide e o conteúdo do processo penal. Curitiba: Juruá, 1989, p. 134.

<sup>132</sup> FERRUA, P. (2017). Gênese da reforma constitucional do “giusto processo” na Itália. *Revista Brasileira De Direito Processual Penal*, 3(2), 661–688. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i2.61>. Acesso em 09.06.23, p. 667-673.

<sup>133</sup> Souza, David Tarciso Queiroz de A permeabilidade inquisitória do processo penal em relação aos atos de investigação preliminar. Dissertação (Mestrado). 147 fls. Orientador: Prof. Dr. Aury Lopes Júnior. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul / Faculdade de Direito / Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, Porto Alegre, 2016, p. 101-102.

<sup>134</sup> FERRUA, P. (2017). Gênese da reforma constitucional do “giusto processo” na Itália. *Revista Brasileira De Direito Processual Penal*, 3(2), 661–688. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i2.61>. Acesso em 09.06.23, p. 674.

oitiva de testemunhas, reconhecimentos pessoais, medidas cautelares de busca e apreensão, entre outras.

Frise-se, ainda, não ter a investigação defensiva regulamento legal infraconstitucional, apenas presente em caderno normativo da Ordem dos Advogados do Brasil, nos termos do Provimento nº 188, de 11 de dezembro de 2018, oriundo do Conselho Federal. Há uma “...limitação legal à atividade defensiva, haja vista que o advogado não tem, no exercício da investigação, o poder coercitivo para obrigar terceiros a fornecer documentos, filmagens ou outros elementos...”, afirma Alexandre Cesar dos Santos<sup>135</sup>. Em suma, na prática forense os elementos colhidos pela defesa em sede investigativa própria dificilmente serão considerados pelo delegado quando do relatório do inquérito policial.

Se o delegado não considera, raro será o promotor também considerar, porquanto se apoiará frequentemente no fato de não ter sido relatado no IP. Logicamente, existirão exceções, se por exemplo, a defesa do imputado reiterar e juntar documentos hábeis a macular a narrativa policial.

No entanto, considerando os aspectos econômicos da sociedade brasileira e a diferença de classes, os imputados em sua grande maioria não possuem condições de pagar advogado e são remetidos à Defensoria Pública, a qual já abarrotada de assistidos, vê-se incapaz de atender eficazmente a individualidade de cada caso concreto, no sentido de se fazer presente, indicar diligências, procurar testemunhas e ouvi-las ou juntar documentos que não sejam necessariamente trazidos pelo próprio assistido<sup>136</sup>.

Na Itália, “a inserção da justiça entre os temas dados à Comissão Bicameral para as reformas constitucionais, instituída com a lei constitucional de 24 de janeiro de 1997” tem forte resistência pela magistratura, havendo o insucesso em 1998 com a sentença n. 361, mas o conteúdo ali proposto seria reconstruído com o novo art. 111 da Constituição Italiana, logicamente, não com mesmo teor da proposta.

Luigi Paolo Comoglio reafirma, após os esforços da Comissão Bicameral, o duro embate entre as forças políticas, a magistratura e a opinião pública, de modo que o delicado tema de utilização das provas em processos penais reaviva a restauração do modelo acusatório como garantia constitucional<sup>137</sup>. Aceitar a concepção de justo processo é bem lembrada pelo

---

<sup>135</sup> SANTOS, Alexandre Cesar dos. Investigação criminal defensiva. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022, p. 189.

<sup>136</sup> SANTOS, Alexandre Cesar dos. Investigação criminal defensiva. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022, p. 189. O autor indica, de forma interessante, a “possível criação de Departamentos de Investigação Defensiva com um quadro de servidores próprios de carreira e ou cedidos de outros órgãos da administração, da mesma forma do Grupo de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado (GAECO) do Ministério Público”.

<sup>137</sup> COMOGLIO, Luigi Paolo. Il “giusto processo” civile in Italia e in Europa. In: Revista de Processo, Ano 29, n. 116, julho-agosto de 2004. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. ISSN 0100-1981, p. 105-106.

autor como reconhecer que até então os processos julgados eram injustos, seja pela degeneração do ordenamento jurídico, seja pelo desgaste do próprio modelo acusatório<sup>138</sup>. A obviedade axiológica do termo era, ainda, de forte resistência até a alteração legislativa.

“A jurisdição é implementada através do devido processo regulamentado por lei. Cada processo ocorre no contraditório entre as partes, em condições de paridade, perante um terceiro e imparcial juiz. A lei assegura a sua duração razoável”, assim dispõe o art. 111 em sua primeira parte<sup>139</sup>. A alteração que também trouxe a garantia do contraditório na formação da prova deve ser comparativamente analisada em nossa Constituição de 1988, à luz do art. 5º, LV: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Renzo Orlandi destaca a importância do estudo da história do processo italiano, sobretudo as idas e vindas do estudioso do direito ao passado e presente naquele país, lembrando das crises por que passou o sistema de justiça criminal para consecução do direito de liberdade, especialmente no século XX<sup>140</sup>. O autor subdivide a reforma em três momentos: a) queda do fascismo até 1950; b) início da década de 60 até a reforma de 1980; e c) o caminho atual. As perspectivas se baseiam respectivamente na situação político-social, na doutrina e nas reformas introduzidas, defende Orlandi, além da superação do modelo processual misto, buscando-se o adversarial<sup>141</sup>.

Após o conflito entre judiciário e advogados na experiência Mani Pulite, reaviva-se o valor do julgamento justo, fortalecendo-se a posição da defesa na investigação preliminar. Contudo, somente foi possível com a derrocada de “elementos autoritários típicos do regime

<sup>138</sup> COMOGLIO, Luigi Paolo. Il “giusto processo” civile in Italia e in Europa. In: Revista de Processo, Ano 29, n. 116, julho-agosto de 2004. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. ISSN 0100-1981, p. 106.

<sup>139</sup>La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge. Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata. Disponível em: [https://www.quirinale.it/allegati\\_statici/costituzione/costituzione.pdf](https://www.quirinale.it/allegati_statici/costituzione/costituzione.pdf). Acesso em 14.08.2023.

<sup>140</sup> ORLANDI, Renzo. Diritti individuali e processo penale nell’Italia repubblicana. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 2, n. 1, p. 7 - 41, 2016. <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v2i1.1>. Acesso em 25.11.2023. Para o autor, “Una storia lunga fatta di slanci ideali e proiezioni ottimistiche nel futuro, ma anche di misoneismi e conseguenti impulsi di ritorno al passato. Comunque sia, una storia istruttiva per lo studioso, se non altro perché permette di evidenziare talune costanti della crisi che ha caratterizzato e caratterizza l’esperienza giuridica italiana nel settore della giustizia penale”, p-09.

<sup>141</sup> ORLANDI, Renzo. Diritti individuali e processo penale nell’Italia repubblicana. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 2, n. 1, p. 7 - 41, 2016. <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v2i1.1>. Acesso em 25.11.2023, p. 11. Orlandi, ao tratar da nova safra de juristas e da mudança do processo penal italiano, destaca: Basterà qui ricordare gli studi monografici sulla libertà personale di Giuliano Amato, di Ennio Amodio sulla motivazione della sentenza penale; di Vittorio Grevi sul nemo tenetur se detegere, di Massimo Nobili sul principio del libero convincimento, di Mario Chiavario su processo e garanzie della persona alla luce della Convenzione europea dei diritti dell’uomo, di Giulio Illuminati sulla presunzione di innocenza, di Paolo Ferrua sul principio di oralità”, p. 14-39.

passado”, o que possibilitou um duelo dialético entre defesa e acusação<sup>142</sup>. Percebe-se, então, o caráter valorativo dado ao contraditório como premissa técnica a garantir o direito de defesa.

Imprescindível na implementação foi a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, ao dispor em seu art. 6º o direito ao processo equitativo<sup>143</sup>, embora se valha destacar o embrião presente no art. 14 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos da ONU<sup>144</sup>. Sobretudo, deve-se dar maior amplitude ao postulado, para além da mera afirmação em carta constitucional, afirma Frederico Valdez Pereira. Para o autor, as normas internas dos países devem estar em consonância com os direitos humanos previstos nas convenções internacionais, devendo haver a aplicação direta destas (convenções internacionais) ou o diálogo com a previsão pátria. Propõe o alinhamento das diretrizes europeias de direitos humanos à americana, o que geraria condição *sine qua non* para eficácia do processo justo e do *fairness*, embora reconheça ainda estarmos atrasados<sup>145</sup>.

No âmbito regional, importante mencionar a previsão do art. 8º da Convenção Americana de Direito Humanos, ao estabelecer garantias judiciais mínimas de, em plena igualdade, ter tempo e meios adequados para a preparação da defesa, nos termos da previsão

<sup>142</sup> ORLANDI, Renzo. Diritti individuali e processo penale nell’Italia repubblicana. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 2, n. 1, p. 7 - 41, 2016. <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v2i1.1>. Acesso em 25.11.2023, p. 34.

<sup>143</sup> ARTIGO 6º Direito a um processo equitativo 1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a protecção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça. Disponível em: [https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention\\_por](https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_por). Acesso em 17.12.2023.

<sup>144</sup> §1. Todas as pessoas são iguais perante os Tribunais e as Cortes de Justiça. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com as devidas garantias por um Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de carácter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de carácter civil. A imprensa e o público poderão ser excluídos de parte ou da totalidade de um julgamento, quer por motivo de moral pública, ordem pública ou de segurança nacional em uma sociedade democrática, quer quando o interesse da vida privada das partes o exija, quer na medida em que isto seja estritamente necessário na opinião da justiça, em circunstâncias específicas, nas quais a publicidade venha a prejudicar os interesses da justiça; entretanto, qualquer sentença proferida em matéria penal ou civil deverá tornar-se pública, a menos que o interesse de menores exija procedimento oposto, ou o processo diga respeito a controvérsias matrimoniais ou à tutela de menores. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20Direitos%20Civis%20e%20Pol%C3%ADticos.pdf>. Acesso em 17.12.2023.

<sup>145</sup> PEREIRA, Frederico Valdez. Fundamentos do justo processo penal convencional: as garantias processuais e o valor instrumental do devido processo. São Paulo: D’Plácido, 2021, p. 38/73-79. Sobre a ideia de *fairness*, supera-se “a mera exigência de regularidade formal no desenvolvimento dos atos e das etapas do procedimento judicial”, p. 106-107. Estaria tal conceito ligado a uma correta aplicação da justiça, ao exercício da tutela jurisdicional de modo a garantir direitos num sistema ligado a determinada finalidade.

em alínea *c*<sup>146</sup>. O contraditório na formação da prova é pilar fundamental na consecução da justiça da decisão. Trata-se de postulado supranacional e constitucional inerente ao devido processo legal, sem o qual o imputado se apresenta no caderno investigativo como objeto, não como sujeito de direitos.

A Constituição Brasileira assevera sua obrigatoriedade ao processo judicial e administrativo. Contudo, historicamente, tanto na doutrina como na jurisprudência pátria, a investigação preliminar sempre foi vista como procedimento administrativo composto de elementos informativos e sem contraditório e ampla defesa, notadamente pelo conceito de prova trazido no art. 155 do Código de Processo Penal. Entretanto, o contexto prático não se apresenta simples o suficiente para o alinhamento entre a América e a Europa, como proposto por Valdez Pereira<sup>147</sup>.

Calha trazer o magistério de Ricardo Jacobsen Gloeckner quanto ao inquérito policial (espécie de investigação criminal), uma vez que “não pode ser medido pelas funções declaradas, mas através de suas funções reais”, ou seja, não declaradas, as quais garantem sistematicamente um “contraditório deformado ou degenerado”<sup>148</sup>. A análise crítica defendida por Gloeckner se amolda perfeitamente à realidade nacional, na qual tem-se no IP uma função simbolicamente administrativa e despida de valor probatório, quando, ao contrário, desempenha sórdido papel no convencimento do juiz.

Todavia, importante registrar que diante das recentes alterações legislativas no Código Processual Pátrio, a exemplo da lei 13.344, de 06 de outubro de 2016, a qual implementou a possibilidade de decretação pelo juiz de medidas assecuratórias em face de investigados em crimes de tráfico de pessoas, e da lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019, que instituiu a constituição de defensor para os investigados que sejam funcionários públicos integrantes do rol do art. 144 da Constituição Federal.

Na primeira modificação, novamente temos o aumento de medidas investigativas que levam ao conseqüente crescimento de elementos probatórios de ordem cautelar, cujo

---

<sup>146</sup> ARTIGO 8 Garantias Judiciais 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: c) concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa;

<sup>147</sup> PEREIRA, Frederico Valdez. Fundamentos do justo processo penal convencional: as garantias processuais e o valor instrumental do devido processo. São Paulo: D'Plácido, 2021, p. 77. O autor faz menção ao caso *Drassich c. Itália* (2007), no qual houve “remoção parcial da coisa julgada após decisão de Estrasburgo reconhecendo afronta ao art. 6 da Convenção EDH, pela ausência de reservação do contraditório em decorrência da nova qualificação da imputação jurídica do fato efetivada em sede de Corte de Legitimidade em última instância”. Contudo, como veremos a frente, a valoração axiológica do contraditório adquire na América Latina contornos bem diferentes e desiguais da forma então aplicada na Europa.

<sup>148</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Autoritarismo e processo penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 423.

contraditório se manifeste em caráter postergado e não real. Na segunda, temos a instituição obrigatória de defesa para o integrante da Força Pública, deixando de fora o civil. O caráter autoritário e *pro societate* é evidente no modelo de investigação brasileiro, o qual mesmo alterando a legitimidade de requisição de abertura de inquérito policial para o promotor de justiça, ainda mantém o juiz como senhor feudal no poder<sup>149</sup>.

A concepção de justo processo é averiguada de forma sistemática e coordenada quanto aos princípios e direitos processuais penais previstos na Constituição Federal. Significa ir além da previsão escrita, de modo a harmonizar tais postulados com a atuação do legislador e dos atores processuais em busca da legitimidade jurisdicional<sup>150</sup>. Tem-se por finalidade o equilíbrio entre garantias e eficiência no sistema procedimental, para além da simples conformidade legal, buscando-se entender o processo não somente como direito, mas como “função orientada a um fim”<sup>151</sup>.

Para Valdez Pereira, duas categorias devem ser concebidas e estudadas para entendimento da concepção de justo processo: axiológica e instrumental. A primeira diz respeito ao método, “podendo fundamentar-se em razões dignatárias, de institucionalização social, heurísticas ou sócio-psicológicas, mas sempre desvinculadas de considerações quanto à qualidade das decisões emanadas”<sup>152</sup>. A segunda se refere à qualidade dos resultados extraídos do processo, bem como da “correção da decisão ou verdade no âmbito da cláusula do justo processo penal”<sup>153</sup>. Não é nosso objetivo aprofundar individualmente ambas as categorias, pois sairíamos da linha de pesquisa apresentada. No entanto, é possível tecer considerações na medida em que analisarmos a perspectiva de efetivação do justo processo no ANPP no próximo capítulo.

É possível extrair-se dois modelos de garantias do justo processo: objetiva e subjetiva. Enquanto a primeira está amplamente relacionada à qualidade da prestação jurisdicional, a segunda se conecta ao espectro de direitos do imputado. Nada obstante, as duas se complementam, na medida em que mesmo garantias subjetivas também podem adentrar à categoria objetiva, uma vez que todo Estado, ao garantir a tutela de direitos subjetivos,

---

<sup>149</sup> ROBERTO, Welton. Paridade de armas no processo penal. 2 ed. Belo Horizonte, Forum, 2021, p. 75.

<sup>150</sup> PEREIRA, Frederico Valdez. Fundamentos do justo processo penal convencional: as garantias processuais e o valor instrumental do devido processo. São Paulo: D’Plácido, 2021, p. 96-100.

<sup>151</sup> PEREIRA, Frederico Valdez. Fundamentos do justo processo penal convencional: as garantias processuais e o valor instrumental do devido processo. São Paulo: D’Plácido, 2021, p. 103-107.

<sup>152</sup> PEREIRA, Frederico Valdez. Fundamentos do justo processo penal convencional: as garantias processuais e o valor instrumental do devido processo. São Paulo: D’Plácido, 2021, p. 191.

<sup>153</sup> PEREIRA, Frederico Valdez. Fundamentos do justo processo penal convencional: as garantias processuais e o valor instrumental do devido processo. São Paulo: D’Plácido, 2021, p. 191-192.

também se legitima frente às leis internas e externas, tornando a tutela jurisdicional mais eficaz<sup>154</sup>.

No acordo de não persecução penal, especialmente porque se desenvolve na primeira etapa de persecução penal (investigação preliminar), garantir ao imputado os direitos essenciais, como se defender de forma eficaz, contraditar as afirmações e elementos probatórios juntados aos autos, e logicamente em condição paritária com a acusação<sup>155</sup> levará ao Estado uma legítima prestação jurisdicional (pelo menos, em um grau maior) e ao indivíduo maior efetividade no exercício de direitos e garantias processuais.

### **3.4. A paridade de armas como princípio reitor do efetivo contraditório no acordo de não persecução penal**

Além da deficiência de contraditório na investigação preliminar, cabe ressaltar o outro pilar fundamental para a concretização do justo processo, e sem o qual o próprio contraditório se apresenta deficiente ou inexistente: a paridade de armas. Para Welton Roberto:

...a paridade de armas desponta como elemento cerne para a concreção do princípio/garantia, sem o qual não haveria a sua realização e, por conseguinte, a afetação imediata ao direito de defesa, inquinando o processo de um desequilíbrio funcional inaceitável dentro do que propõe, o que se denomina justo processo<sup>156</sup>.

Mostra-se fundamental, como adverte o autor, não reduzir o conceito de paridade a igualdade, pois o contraditório e o justo processo restarão comprometidos. Como exemplo no ANPP, não basta convocar a defesa para acompanhar oitiva, se ela não tem poderes institucionais e legais para requerer diretamente o acesso a dados cadastrais de empresas de telefonia quanto a vítimas ou suspeitos, como tem o Ministério Público, nos termos do art. 13 do Código de Processo Penal.

O conseqüente lógico é o enfraquecimento do imputado para tratar cláusulas com o Ministério Público. Em suma, o acordo se converte em termo de adesão, haja vista a posição duvidosa que se vê o indiciado: aceitar a proposta ou enfrentar um processo criminal que já se

<sup>154</sup> PEREIRA, Frederico Valdez. Fundamentos do justo processo penal convencional: as garantias processuais e o valor instrumental do devido processo. São Paulo: D'Plácido, 2021, p. 193-195.

<sup>155</sup> Aqui utilizamos o termo "acusação" em sentido amplo, não vinculado ao corrente entendimento legislativo quando do oferecimento e recebimento da denúncia. Pelo contrário, empregamos de forma extensiva a toda e qualquer alegação de cometimento de crime por alguém. Logo, a partir do momento em que o Estado inicia uma investigação criminal em face do indivíduo, através de qualquer meio coercitivo, assim empregaremos o termo, merecendo nosso registro conceitual.

<sup>156</sup> ROBERTO, Welton. Paridade de armas no processo penal. 2 ed. Belo Horizonte, Forum, 2021, p. 109.



iniciou desfavorável e certamente resultará em sentença penal condenatória. Certamente, a via escolhida será a primeira.

Não descartamos outras argumentações tendentes a levar o investigado a aceitar o acordo, mas para os fins do presente estudo, cumpre enaltecer a prejudicialidade volitiva em razão da inexistência ou deficiência de contraditório e paridade de armas. O reconhecimento da jurisprudência da paridade de armas, ainda na fase processual, não supre a falta de base legal infraconstitucional para a fase investigativa.

Importante destacar que a paridade de armas não foi incluída expressamente no texto constitucional, na legislação processual penal, no PL nº 8045/2010<sup>157</sup>, tampouco na lei nº 13.964/19, muito embora a jurisprudência do STJ e STF a reconheça<sup>158</sup>. O reconhecimento pelos tribunais, entretanto, encontra dificuldades para avanços significativos quanto a este pilar fundamental.

Primeiro, a falta de previsão expressa no texto constitucional limita o legislador a potencializar este postulado na legislação infraconstitucional. Ao revés, temos presenciado o contrário quando se trata de inovação legislativa. O Congresso tem aprovado leis que reduzem o espectro de liberdade do indivíduo, implementando institutos em desacordo com o sistema brasileiro.

Consoante visto no capítulo anterior, o ANPP é um exemplo disso. Surge com viés unicamente pragmático de desafogo do excedente processual, desconsiderando a natureza jurídica do devido processo legal, as raízes históricas, políticas e culturais de um povo atrelado a um código de 1941, marcado predominantemente pela proteção do Estado em face do imputado.

Importar de outro país um instituto de justiça penal negociada impõe analisar e refletir sobre as estruturas as quais se construirá a nova figura pactual. A limitação da paridade à igualdade de condições entre o direito de punir e de liberdade do imputado camufla o nível de reciprocidade de um perante o outro que deve ser considerada, consistente em “natureza cooperativa na formação da prova e no accertamento da verdade processual” no sistema acusatório<sup>159</sup>.

Em nosso trabalho, não procuramos abordar o accertamento da verdade processual, pois se trata de tema delicado, o qual por si só seria fruto de uma nova pesquisa, principalmente ao

---

<sup>157</sup> No Senado, vide PL nº 156/09.

<sup>158</sup> ROBERTO, Welton. Paridade de armas no processo penal. 2 ed. Belo Horizonte, Forum, 2021, p. 110.

<sup>159</sup> ROBERTO, Welton. Paridade de armas no processo penal. 2 ed. Belo Horizonte, Forum, 2021, p. 114.

se perquirir verdade num acordo penal em que o imputado inocente pode aceitar a transação por razões pragmáticas.

Interessa-nos a formação da prova e do acordo em si, na medida em que será determinante para as partes discutirem as cláusulas do pacto em processo contraditório e estruturalmente dinâmico<sup>160</sup>, e ao final, entendermos se há perspectivas de se concretizar o justo processo no atual sistema processual brasileiro.

O reconhecimento jurisprudencial, como dito, embora importante, ainda não é suficiente para trazer paridade na investigação defensiva. Basta lembrar que a defesa não tem os mesmos instrumentos de investigação postos à disposição da autoridade policial e Ministério Público, como requisitar informações e documentos. O direito de petição trazido no art. 5º, XXXIV, alínea a, da CF/88, encontra óbice ao fornecimento desses elementos mais restritos e inclusos em base de dados de empresas públicas ou particulares que digam respeito a outras pessoas, por exemplo.

Como segundo obstáculo, decorrente da não previsão expressa na Constituição, o legislador não regulamenta como a paridade de armas será exercida pela defesa. No exemplo acima, a lei poderia estabelecer como os elementos poderiam ser obtidos pelo imputado e seu defensor, de maneira a evitar e coibir abusos e atos ilícitos, respeitando-se, assim, o devido processo legal.

Se inexistente disciplinamento legal, o defensor esbarra em obstáculos para aquisição do elemento probatório, mesmo em efetiva investigação defensiva. O pedido judicial para se obter causaria atraso e desequilíbrio funcional entre as partes, podendo ser significativamente prejudicial para o justo processo no acordo penal.

Sob um terceiro ponto quanto a eventual controle de convencionalidade, anteriormente analisamos a previsão do contraditório em diplomas internacionais, como a CADH em seu artigo 8º, item 2, alínea c<sup>161</sup> e paralelamente na Europa, com a CEDH no art. 6º<sup>162</sup>, e PIDCP

---

<sup>160</sup> MELO, Marcos Eugênio Vieira. Cultura da Oralidade como técnica de efetivação do procedimento em contraditório e superação da tradição inquisitória. Dissertação (Mestrado). 229 fls. Programa de Pós Graduação em Ciências Criminais (PUCRS). Porto Alegre, 2019. Disponível em: <https://tede2.pucrs.br/tede2/handle/tede/8609>, p. 55.

<sup>161</sup> ARTIGO 8 Garantias Judiciais 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: c) concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa;

<sup>162</sup> ARTIGO 6º Direito a um processo equitativo 1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade

no art. 14<sup>163</sup>. Se partimos do pressuposto de que a “paridade de armas trabalha no contraditório como seu mecanismo de funcionamento sistêmico, não podemos chegar a outra conclusão de que dele é decorrente”<sup>164</sup>. Logo, a previsão nos diplomas internacionais ainda se apresenta tímida e vaga, necessitando de maior ênfase e especificidade.

Sobre a influência direta ao ordenamento brasileiro, no que se extrai da CADH, a concessão ao acusado de tempo e especialmente dos meios adequados para apresentação de sua defesa requer uma maturidade constitucional e axiológica sobre o contraditório e paridade, as quais não apresentamos atualmente, pelo menos com as inovações legislativas e manutenção de natureza predominantemente administrativa da investigação preliminar.

Welton Roberto expõe que a paridade de armas “não estabelece um rigor equitativo de direitos, deveres, garantias e ônus. Antes, integra a correspondência recíproca entre eles...”, isto é, não deve ser vista sob olhar diminuto de mera igualdade, mas como pilar sistêmico “entre as prerrogativas que as partes assumem nas díspares funções de acusar e defender”<sup>165</sup>. O reconhecimento seria, na visão do autor, importante para que as decisões alcancem “aceitabilidade social e coletiva”<sup>166</sup>. Concordamos plenamente com as ideias expostas, notadamente sobre a dimensão principiológica da paridade de armas, mas ampliamos sua dimensão para além da verdade correspondente aos fatos, na qual se debruça Roberto.

É que a sociedade vista pelo pragmatismo que se impõe com as recentes alterações legislativas, sobretudo de implementação de acordos penais, poderia trazer ao intérprete a falsa percepção de não aderência deste postulado à investigação criminal.

A crescente bandeira de combate à criminalidade faz o legislador encrudescer o direito penal e processual penal, tendo neste último o principal instrumento de diminuição desta

---

democrática, quando os interesses de menores ou a protecção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça. Disponível em: [https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention\\_por](https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_por). Acesso em 17.12.2023.

<sup>163</sup> §1. Todas as pessoas são iguais perante os Tribunais e as Cortes de Justiça. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com as devidas garantias por um Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil. A imprensa e o público poderão ser excluídos de parte ou da totalidade de um julgamento, quer por motivo de moral pública, ordem pública ou de segurança nacional em uma sociedade democrática, quer quando o interesse da vida privada das partes o exija, quer na medida em que isto seja estritamente necessário na opinião da justiça, em circunstâncias específicas, nas quais a publicidade venha a prejudicar os interesses da justiça; entretanto, qualquer sentença proferida em matéria penal ou civil deverá tornar-se pública, a menos que o interesse de menores exija procedimento oposto, ou o processo diga respeito a controvérsias matrimoniais ou à tutela de menores. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20Direitos%20Civis%20e%20Pol%C3%ADticos.pdf>. Acesso em 17.12.2023.

<sup>164</sup> ROBERTO, Welton. Paridade de armas no processo penal. 2 ed. Belo Horizonte, Forum, 2021, p. 116.

<sup>165</sup> ROBERTO, Welton. Paridade de armas no processo penal. 2 ed. Belo Horizonte, Forum, 2021, p. 116.

<sup>166</sup> ROBERTO, Welton. Paridade de armas no processo penal. 2 ed. Belo Horizonte, Forum, 2021, p. 116.

criminalidade, ao invés de instrumento de garantias do imputado frente o poder punitivo estatal. A paridade não é somente conceder instrumentos iguais às partes, mas, sobretudo, entender a função de cada ator processual<sup>167</sup>, suas diferenças, necessidades, e, então, tornar mais paritária esta relação de reciprocidade, notadamente quanto à busca da prova.

Luigi P. Camoglio, ao tratar da constitucionalização do conceito de julgamento justo como cláusula geral de justiça processual e eticamente aceitável, destaca a conformidade com a cultura jurídica da legalidade no Estado de Direito, de modo a proporcionar a “correspondência dinâmica de direitos mútuos entre as próprias partes com base na sua igualdade substancial”<sup>168</sup>. Destaca, como premissas, o contraditório, a imparcialidade e o juiz como personagem equidistante, neutro, e por fim, a garantia da duração razoável do processo. Dentre estas premissas, contudo, torna-se importante tecer comentários sobre a função do juiz, tida por Camoglio como neutro e equidistante.

Como ser nutrido de vivências empíricas, dificilmente teremos um juiz neutro, e talvez a neutralidade que esperamos seja utópica. Isto porque entender as necessidades e diferenças entre as partes no processo requer adentrar a realidades eventualmente distantes das que o magistrado viveu. Logo, precisará maximizar sua função de controle de legalidade a ponto de evitar parcialidades sobre o objeto e atores da demanda, mas sem deixar de se imiscuir em pontos cruciais que resultem na paridade desejada.

Como trazido anteriormente, se o Ministério Público e autoridade policial podem requisitar informações cadastrais de pessoas em diferentes bases de dados telefônicos, seria importante que a defesa tivesse igual instrumento de busca dos elementos. No entanto, é possível haver paridade entregando ao imputado outro meio que alcance o mesmo resultado. Claro, a disponibilização depende, sobretudo, de regulamentação constitucional e legislativa, repita-se, assim como um profundo entendimento do valor axiológico deste princípio.

Não havendo a devida regulamentação, espera-se com a atual conjuntura a possibilidade de maximizar a paridade com o juiz das garantias (conforme se verá adiante), o qual, se devidamente incumbido de sua função sistêmica, concederá ao indivíduo importante papel ativo e proativo na formação da prova e exercício respectivo do contraditório.

---

<sup>167</sup> ROBERTO, Welton. Paridade de armas no processo penal. 2 ed. Belo Horizonte, Forum, 2021, p. 120.

<sup>168</sup> “...intesa quale corrispondeza dinamica di reciproci diritti fra le parti medesime sulla base di una loro sostanziali eguaglianza”. In: COMOGLIO, Luigi Paolo. Il “giusto processo” civile in Italia e in Europa. In: Revista de Processo, Ano 29, n. 116, julho-agosto de 2004. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. ISSN 0100-1981, p. 107.

De igual envergadura, os juristas brasileiros precisam ampliar a concepção de processo e estender o contraditório real e efetivo, assim como a paridade de armas à investigação preliminar.

O contrário continuará a entregar à sociedade um aderente e não acordante no ANPP. O justo processo não compreende “modelo legitimado em estimas ou apreços técnicos-abstratos, mas a partir de valores e normas constitucionalmente compartilhadas”, aviva Frederico Valdez Pereira<sup>169</sup>. Dificilmente nos livraremos do sistema inquisitorial se o processo enquanto instrumento de jurisdição não afirmar tais valores.

### 3.5. Juiz das garantias, paridade de armas e o novo Código de Processo Penal

Juiz das garantias é o magistrado “responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos fundamentais”, ensinam Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar<sup>170</sup>.

Para os autores, “é uma forma de delimitar não apenas a competência de magistrados, segundo o objeto do juízo cognitivo outorgado pela legislação, mas também para assegurar que o princípio do juiz natural não conflite com a sua necessária imparcialidade”<sup>171</sup>. Importante lembrar que o juiz “é a fonte de produção normativa concreta”<sup>172</sup>, isto é, ao dizer o direito no caso concreto, produz norma jurídica individual e concreta.

Aury Lopes Jr, defensor do instituto, afirma que, malgrado a nomenclatura errônea dada pelo legislador, é necessário em nosso ordenamento em razão da garantia da imparcialidade ao juiz da fase processual. Ou seja, o juiz que toma conhecimento prévio da investigação, produzindo decisões, inclusive, que afetam direitos fundamentais, restaria comprometido em Juízo quanto ao dever de ser imparcial e equidistante<sup>173</sup>.

Com a implementação deste instituto, é preciso repensar a posição do juiz na persecução penal. Primeiro, o julgador não substitui as partes como no processo civil. A pena é pública e a vingança privada nunca foi modalidade legal de justiça, logo, incabível conceber

<sup>169</sup> PEREIRA, Frederico Valdez. Fundamentos do justo processo penal convencional: as garantias processuais e o valor instrumental do devido processo. São Paulo: D’Plácido, 2021, p. 35.

<sup>170</sup> TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de processo penal e execução penal. 16ª ed, restrut, revis e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2021, p. 197.

<sup>171</sup> TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de processo penal e execução penal. 16ª ed, restrut, revis e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2021, p. 198.

<sup>172</sup> ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de direito processual penal em conformidade com a teoria do direito. São Paulo: Noeses, 2021, p. 709.

<sup>173</sup> LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal. 19 ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 141. Para o autor, seria melhor se o legislador tivesse escolhido o nome “Juiz da investigação”, como na Itália.

o magistrado como substituto da vontade das partes. Deve, ao contrário, garantir os direitos estabelecidos na Constituição Federal, sob pena de gerar um desequilíbrio em toda a atividade em toda a atividade estatal, defende Aury<sup>174</sup>.

Faltar-lhe-ia originalidade cognitiva, pois os pré-juízos formados da atuação na fase investigatória o levam “apenas a confirmar as hipóteses acusatórias já tomadas como verdadeiras...”<sup>175</sup>. Para o autor, esta dissonância cognitiva se desenvolve pelo juiz em dois momentos: pela autoconfirmação de hipóteses, ou seja, valoriza em demasia as informações anteriores julgadas como corretas e pela busca seletiva de informações, “onde se procuram, predominantemente, informações que confirmam a hipótese que em algum momento prévio foi aceita”<sup>176</sup>. Na investigação criminal, esta dissonância toma corpo a partir das medidas constritivas analisadas e deferidas, ao passo que o juiz vai tendo maior contato com a imputação.

A implementação ocorreu por intermédio da lei nº 13.964/19, a qual introduziu no Código de Processo Penal, no Título I, os artigos 3º-A a 3º-F, dentre as atribuições do juiz das garantias, previstas no art. 3º-B, interessa-nos transcrever a disposta no inciso XVII: “decidir sobre a homologação de acordo de não persecução penal ou os de colaboração premiada, quando formalizados durante a investigação”.

A pergunta logo se apresenta: qual o juiz que queremos e teremos na investigação preliminar homologando acordos de não persecução penal? Queremos um juiz equidistante e que respeite a iniciativa de produção probatória das partes? Ou um juiz inquisidor pronto para buscar as provas sob a bandeira da “busca da verdade”, de forma camuflada? Como se posicionar e garantir paridade entre as partes? Como diminuir o utilitarismo processual e promover justos acordos?

Estas perguntas se somam a um rol de incertezas neste mundo de acordos penais que nasce em descompasso constitucional e se desenvolve como um modelo eficaz de “processo célere”. O juiz das garantias não só deve homologar como, antes, realizar o controle de legalidade da investigação criminal. O princípio da legalidade obriga o Estado a promover o devido processo legal como um todo até sua decisão de chancela do pacto ali firmado, sendo um verdadeiro supervisor da “legalidade dos atos realizados na fase de investigação”<sup>177</sup>.

---

<sup>174</sup> LOPES JR, Aury. Fundamentos do processo penal: introdução crítica. 7ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 213-214.

<sup>175</sup> LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal. 19 ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 144.

<sup>176</sup> LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal. 19 ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 144.

<sup>177</sup> POZZEBON, F. D. de Ávila; SILVA, A. P. G. da. JUIZ DAS GARANTIAS E ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: UMA RELAÇÃO EM PROL DA LEGALIDADE DA INVESTIGAÇÃO E DA TUTELA DOS DIREITOS INDIVIDUAIS. Revista da AJURIS - QUALIS A2, [S. l.], v. 49, n. 153, p. 187-214,

O PL 8045 – Novo Código de Processo Penal já previa em seu artigo 4º a estrutura acusatória do processo e a vedação de iniciativa do juiz na fase investigatória, assim como atuação probatória em substituição às partes<sup>178</sup>. Tal dispositivo foi reproduzido por ocasião da aprovação da lei 13.964/19, constando no art. 3º-A do atual Código, o qual será objeto de breve análise histórica até a última decisão do STF.

### **3.5.1. A decisão da Suprema Corte Brasileira acerca do Juiz das Garantias: análise comparativa com o direito estrangeiro**

Inicialmente, calha lembrar que após a aprovação da lei nº 13.964/19, o instituto do Juiz das Garantias passou a ter sua constitucionalidade questionada por ocasião das ações diretas de inconstitucionalidade (ADI) nº 6298, 6299; 6300 e 6305.

O Ministro Dias Toffoli, ao se debruçar nas ADI'S 6298, 6299 e 6300, determinou, entre outras conclusões, a suspensão dos artigos 3º-B, 3º-C, 3º-D, caput, 3º-E e 3º-F do CPP, inseridos pela Lei nº 13.964/2019, até a efetiva implementação do juiz das garantias pelos tribunais, no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias<sup>179</sup>. Não obstante, o Ministro Luiz Fux, relator das referidas ações<sup>180</sup>, revogou a decisão anterior, para suspender a implantação do instituto até análise e referendo do plenário<sup>181</sup>.

Interessante registrar que nesta decisão, no tocante ao ANPP, especificamente art. 28-A, incisos IV e V, a CONAMP – Associação Nacional dos Membros do Ministério Público, através da ADI nº 6305, ajuizada em 20/01/2020, questionava a escolha dos locais de prestação dos serviços à comunidade e das entidades públicas e de interesse social para pagamento da prestação pecuniária pelo juiz da execução, sob argumento de violação das prerrogativas institucionais do Ministério Público, além da ruptura da imparcialidade do

---

2023. Disponível em: <https://revistadaajuris.ajuris.org.br/index.php/REVAJURIS/article/view/1143>. Acesso em: 22 mar. 2024, p. 200.

<sup>178</sup> Art. 4. O processo penal terá estrutura acusatória, nos limites definidos neste Código, vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1638152&filename=PL%208045/2010](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1638152&filename=PL%208045/2010). Acesso em 22/03/2024.

<sup>179</sup> Vide trecho da decisão: (ii) suspender-se a eficácia dos arts. 3º-B, 3º-C, 3º-D, caput, 3º-E e 3º-F do CPP, inseridos pela Lei nº 13.964/2019, até a efetiva implementação do juiz das garantias pelos tribunais, o que deverá ocorrer no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, contados a partir da publicação desta decisão. A íntegra pode ser consultada em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Juizdasgarantias.pdf>. Acesso em 22/03/2024.

<sup>180</sup> Interessante mencionar que a ADI 6305 foi ajuizada depois da decisão do Ministro Toffoli. Informações podem ser consultadas em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5844852>. Acesso em 22/03/2024.

<sup>181</sup> Vide trecho da decisão: (a) Revogo a decisão monocrática constante das ADIs 6.298, 6.299, 6.300 e suspendo sine die a eficácia, ad referendum do Plenário. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342203606&ext=.pdf>. Acesso em 22/03/2024.

magistrado. Alegava, ainda, que tal controle não caberia ao juiz, mas ao MP enquanto responsável pela oferta do ANPP, já que as exigências não tinham o caráter de pena.

Na ocasião, o Ministro Fux entendeu pela inexistência do *fumus boni iuris*, além de não observar lesão aos princípios constitucionais mencionados pela CONAMP. Argumentou tratar-se, ainda, “de medida que prestigia uma espécie de “freios e contrapesos” no processo penal (art. 28-A, §5º)”<sup>182</sup>. O debate é oportuno, pois se refere diretamente aos poderes exercidos pelo juiz na investigação preliminar e quando da análise do acordo de não persecução penal, enquanto responsável pelo controle da legalidade.

Eventuais excessos podem violar a imparcialidade, enquanto deficiências na atuação de controle podem levar ao aumento de poder ministerial frente ao imputado, influenciando claramente na paridade de armas que se espera concretizar.

Após dois anos de espera, além de audiência pública com 67 expositores, as ações foram levadas a plenário para julgamento, onde ficou assentado, dentre outras determinações<sup>183</sup>:

- a) Prorrogação do prazo de implementação do juiz das garantias, o qual passa a ser de 12 (doze) meses, prorrogáveis uma única vez por mais 12 (doze) meses, mediante justificativa ao CNJ – Conselho Nacional de Justiça, acarretando, por consequência, da declaração de inconstitucionalidade do art. 20 da lei nº 13.964/19, a qual determinava a implantação em 30 (trinta) dias;
- b) Submissão ao controle judicial dos atos praticados pelo Ministério Público enquanto condutor de investigação criminal, devendo encaminhar no prazo de 90 dias da publicação do acordão, sob pena de nulidade, todos os PIC (procedimento investigatório criminal) e outros procedimentos de investigação ao juiz natural, independentemente da implementação do juiz das garantias;
- c) A competência do juiz das garantias cessa com o oferecimento da denúncia, declarando-se, por consequência, a inconstitucionalidade da segunda parte do art. 3-C;
- d) Declarar a constitucionalidade dos arts. 28-A, *caput*, incisos III, IV e §§ 5º, 7º e 8º do CPP, introduzidos pela Lei nº 13.964/2019;

Extraímos somente as determinações de relação direta com o acordo de não persecução penal, paridade de armas e o projeto do novo CPP.

<sup>182</sup> Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342203606&ext=.pdf>. Acesso em 22/03/2024.

<sup>183</sup> O acordão completo está disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15363755297&ext=.pdf>. Acesso em 22/03/2024.



Quanto ao prazo descrito na alínea a, tivemos ao menos a decisão final acerca do momento de implementação. Embora tenhamos mais 12 meses, prorrogáveis uma única vez, a depender da organização judiciária de cada Estado, simbolicamente enfrentamos a resistência em estabelecer o sistema acusatório na primeira fase de persecução penal<sup>184</sup>.

Historicamente, sempre tivemos a atuação do juiz na fase preliminar, seja como inquisidor protagonista e atuante na busca de elementos probatórios, seja como inquisidor coadjuvante ao deferir medidas restritivas como produção antecipada de provas, sequestro entre outras<sup>185</sup>.

Em sua dissertação, Larissa Serrano Silva traz o contexto histórico do juiz das garantias no Brasil e no mundo, levantando a distinção entre o juiz instrutor e o juiz das garantias. Em nosso ordenamento, a influência romana e canônica é reforçada pela autora quando é dado ao juiz o poder de instruir a primeira fase da persecução penal, momento que se permeia desde as ordenações portuguesas (e inquirições devassas) até a implementação do Código de Processo Penal em 1941<sup>186</sup>.

O juiz de instrução, responsável por presidir a fase iniciatória tinha característica inquisitorial e não de garantia, de forma ser eliminado dos ordenamentos europeus, até então, com exceção da França e Espanha, os quais mantiveram, mas em decadência ao longo dos anos<sup>187</sup>.

---

<sup>184</sup> No capítulo 3 aprofundaremos a dicotomia entre inquisitório, acusatório e misto e sua (des) necessidade de superação para fortalecimento do justo processo.

<sup>185</sup> SILVA, Larissa Marila Serrano da. A CONSTRUÇÃO DO JUIZ DAS GARANTIAS NO BRASIL: A Superação da Tradição Inquisitória. Orientador: Professor Doutor Sérgio Luiz Souza Araújo. 118 fls. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito – UFMG, Belo Horizonte, 2012, p. 12-13. Disponível em: <http://hdl.handle.net/1843/BUBD-99QJAH>. Acesso em 22/03/2024.

<sup>186</sup> SILVA, Larissa Marila Serrano da. A CONSTRUÇÃO DO JUIZ DAS GARANTIAS NO BRASIL: A Superação da Tradição Inquisitória. Orientador: Professor Doutor Sérgio Luiz Souza Araújo. 118 fls. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito – UFMG, Belo Horizonte, 2012, p. 12-13. Disponível em: <http://hdl.handle.net/1843/BUBD-99QJAH>. Acesso em 22/03/2024, p. 14-43. Importante momento histórico também pode ser verificado com o implemento do Código de Processo Criminal do Império, extinguindo as devassas e criando o Juizado de Instrução, isto é, conforme o Ato nº 81, de 2 de abril de 1824, não poderia o juiz da devassa julgar o crime, muito embora ainda pudesse iniciar de ofício a investigação. Contudo, não deixava de ser um grande avanço (p. 28). Adiante, o desafio foi tentar distinguir o juiz da atividade policial em meios às leis reformistas. “Percebe-se que se começa a demarcar a distinção entre as funções da polícia e do juiz, afastando-se cada vez mais o magistrado da incumbência de comando da investigação preliminar” (p. 36).

<sup>187</sup> SILVA, Larissa Marila Serrano da. A CONSTRUÇÃO DO JUIZ DAS GARANTIAS NO BRASIL: A Superação da Tradição Inquisitória. Orientador: Professor Doutor Sérgio Luiz Souza Araújo. 118 fls. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito – UFMG, Belo Horizonte, 2012, p. 12-13. Disponível em: <http://hdl.handle.net/1843/BUBD-99QJAH>. Acesso em 22/03/2024, p. 57-51. A adoção do juiz de instrução no Brasil pode ser verificada no contexto histórico pós-CPP, nas palavras de Carlos Alberto Provenciano Gallo: “Ao juiz de instrução incumbe deslocar-se, se assim entender, para fazer um levantamento do local do crime, obter informações, colher dados, solicitar o concurso da perícia para a verificação de impressões digitais, outros exames locais e tudo o que se fizer necessário para a apuração da verdade. Em geral, o juiz da instrução dirige de seu gabinete a ação da polícia. Ele deve coordená-la, a fim de pesquisar sobre a verdade, coadjuvado pela ação dos peritos”. O discurso doutrinário era claro e evidente quanto à função do juiz de buscar e produzir diretamente a prova para solução do caso, inclusive, fazendo-se capacitar com outras ciências (perícia, psicologia, medicina,

Na Alemanha, Portugal e Itália<sup>188 189</sup> as funções do juiz, Ministério Público e imputado foram separadas, de forma a não manter nas mãos do primeiro a condução da investigação preliminar. Marcella A. Mascarenhas Nardelli identifica a extinção do juiz instrutor na Itália, alocando nas partes a responsabilidade da coleta probatória, bem como introduzindo “a adotada direct e cross-examination como forma de inquirição de testemunhas no juízo oral”<sup>190</sup>. Na América Latina, igualmente países como Argentina, Paraguai, Chile<sup>191</sup>, Bolívia, Peru e Colômbia também aderiram a tais modelos<sup>192</sup>.

Importante destacar que as reformas apontadas nestes países, notadamente os latino-americanos, sobrevieram em atenção à Convenção Americana de Direitos Humanos, rupturas de regimes ditatoriais e novas constituições, lembra André Maya<sup>193</sup>. Não se desconhece,

---

biologia etc). in: GALLO, Carlos Alberto Provinciano. Juizado de instrução francês.: subsídios para sua adoção pelo Direito Brasileiro. R. Inf. Legisl. Brasília, a. 17, n. 68 – out-dez, 1980. Disponível em: [<sup>188</sup> “O juiz das garantias teve sua origem na Itália, na década de oitenta, com a figura do \*giudice per le indagini preliminari\*. Esse sujeito processual ficou responsável por atuar durante a investigação preliminar, possuindo atribuições de garantia e controle da legalidade dessa fase da persecução”. In: da Costa, S. H. C. C. C., de Oliveira, I. R., & de Poli, C. M. \(2022\). A IMPORTÂNCIA DO JUIZ DAS GARANTIAS PARA A CONCRETIZAÇÃO DE UMA JURISDIÇÃO PENAL IMPARCIAL. \*Caderno PAIC\*, 23\(1\), 221–242. Disponível em: <https://cadernopaic.fae.edu/cadernopaic/article/view/494>. Acesso em 22/03/2024; e MAYA, André Machado. O JUIZADO DE GARANTIAS COMO FATOR DETERMINANTE À ESTRUTURAÇÃO DEMOCRÁTICA DA JURISDIÇÃO CRIMINAL: O CONTRIBUTO DAS REFORMAS PROCESSUAIS PENAS LATINO-AMERICANAS À REFORMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRA. In: Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica, Vol. 23 - n. 1 - jan-abr 2018.](https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181259/000390281.pdf?sequence=3&isAllowed=y#:~:text=O%20juiz%20de%20instru%C3%A7%C3%A3o%20deve%20assegurar%20%C3%A0%20pessoa%20presa%20ou,examinador%2C%20sobretudo%2C%20de%20provas. Acesso em: 22/03/2024.</a></p>
</div>
<div data-bbox=)

Doi: 10.14210/nej.v23n1.p71-88. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/13036>. Acesso em 23/03/2024, p. 74.

<sup>189</sup> Na Itália, o juiz instrutor não era somente reservado ao âmbito processual penal. Para conferir o histórico no direito processual civil, conferir: Schenk, L. F. (2016). BREVE RELATO HISTÓRICO DAS REFORMAS PROCESSUAIS NA ITÁLIA. UM PROBLEMA CONSTANTE: A LENTIDÃO DOS PROCESSOS CÍVEIS. *Revista Eletrônica De Direito Processual*, 2(2). Recuperado de <https://www.e-publicacoes.uerj.br/redp/article/view/23735>. Acesso em 12/06/2023.

<sup>190</sup> ALVES MASCARENHAS NARDELLI, M. (2015). A EXPANSÃO DA JUSTIÇA NEGOCIADA E AS PERSPECTIVAS PARA O PROCESSO JUSTO: A PLEA BARGAINING NORTE-AMERICANA E SUAS TRADUÇÕES NO ÂMBITO DA CIVIL LAW. *Revista Eletrônica De Direito Processual*, 14(1). Recuperado de <https://www.e-publicacoes.uerj.br/redp/article/view/14542>. Acesso em 23/03/2024.

<sup>191</sup> Para análise comparativa sobre o juiz das garantias chileno e brasileiro, in: CARVALHO, LUIS GUSTAVO GRANDINETTI CASTANHO DE; MILANEZ, BRUNO AUGUSTO VIGO. O JUIZ DE GARANTIAS BRASILEIRO E O JUIZ DE GARANTIAS CHILENO: BREVE OLHAR COMPARATIVO. Disponível em: <file:///C:/Users/crist/Downloads/Juiz%20de%20garantias%20brasileiro%20e%20juiz%20de%20garantias%20chileno.pdf>. Acesso em 25/03/2024.

<sup>192</sup> SILVA, Larissa Marila Serrano da. A CONSTRUÇÃO DO JUIZ DAS GARANTIAS NO BRASIL: A Superação da Tradição Inquisitória. Orientador: Professor Doutor Sérgio Luiz Souza Araújo. 118 fls. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito – UFMG, Belo Horizonte, 2012, p. 12-13. Disponível em: <http://hdl.handle.net/1843/BUBD-99QJAH>. Acesso em 22/03/2024, p. 52-63.

<sup>193</sup> MAYA, André Machado. O JUIZADO DE GARANTIAS COMO FATOR DETERMINANTE À ESTRUTURAÇÃO DEMOCRÁTICA DA JURISDIÇÃO CRIMINAL: O CONTRIBUTO DAS REFORMAS PROCESSUAIS PENAS LATINO-AMERICANAS À REFORMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRA. In: Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica, Vol. 23 - n. 1 - jan-abr 2018. Doi: 10.14210/nej.v23n1.p 71-88. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/13036>. Acesso em 23/03/2024, p. 73.

tampouco se diminui a relevância destas alterações introduzidas pelos países europeus e latino-americanos, com destaque para o Chile (aumentou o investimento no sistema de justiça criminal, elevado a 2% do PIB nacional)<sup>194</sup>, mas também não podemos nos furtar do patamar de justiça negociada que se inaugura por meio do acordo de não persecução penal, onde se altera o palco principal, ora da instrução processual para a fase investigatória<sup>195</sup>.

A divisão de tarefas entre os atores judiciais já era há muito tempo buscada por parte da doutrina, como forma de fazer incidir concretamente o sistema acusatório e o distanciamento do juiz da produção probatória, preservando um dos pilares fundamentais ao exercício jurisdicional, a imparcialidade. Entretanto, afirmemos que entregar a condução da investigação preliminar ao Ministério Público potencializa a imparcialidade do órgão jurisdicional, podemos dizer ser tal premissa aplicável à paridade de armas e justo processo no ANPP, notadamente com o texto aprovado pela lei nº 13.964/19 e pelo entendimento da Suprema Corte Brasileira, apresentado anteriormente nas alíneas b, c e d?

A garantia da imparcialidade e “a almejada minimização dos fatores de contaminação subjetiva do julgador do processo”<sup>196</sup> não garante, necessariamente, a paridade de armas entre o órgão acusatório e o imputado, principalmente por concentrar no primeiro o *status* de autoridade pública, onde concentre enorme poderio econômico e estrutural para investigar, quase ilimitado<sup>197</sup>, enquanto no último, falte demasiadamente condições financeiras de constituir advogado, assim como lhe falte ter os mesmos instrumentos à disposição para investigar.

---

<sup>194</sup> MAYA, André Machado. O JUIZADO DE GARANTIAS COMO FATOR DETERMINANTE À ESTRUTURAÇÃO DEMOCRÁTICA DA JURISDIÇÃO CRIMINAL: O CONTRIBUTO DAS REFORMAS PROCESSUAIS PENAIAS LATINO-AMERICANAS À REFORMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRA. In: Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica, Vol. 23 - n. 1 - jan-abr 2018. Doi: 10.14210/nej.v23n1.p 71-88. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/13036>. Acesso em 23/03/2024, p. 80.

<sup>195</sup> ROSA, Alexandre Morais da; DA ROSA, Luísa Walter; BERMUDEZ, André Luiz. Como negociar o acordo de não persecução penal: limites e possibilidades; Florianópolis: Ematis, 2021, p. 23.

<sup>196</sup> ROSA, Alexandre Morais da; DA ROSA, Luísa Walter; BERMUDEZ, André Luiz. Como negociar o acordo de não persecução penal: limites e possibilidades; Florianópolis: Ematis, 2021, p. 81. Ainda sobre o assunto, Lenio Luiz Streck e Guilherme de Oliveira Zanchet asseveram: “Para além disso, com diferentes Magistrados para a fase investigativa e para a fase processual, diminuem-se os “prejuízos cognitivos” enfrentados pela defesa durante o processo judicial, pois o juiz que julgará o caso não estará “contaminado” pela versão unilateral do inquérito (aliás, a lei prevê que os autos que compõem as matérias de competência do juiz das garantias sequer serão apensados ao processo). Isso não quer dizer que não existirá subjetividade: ela sempre estará presente no momento da decisão em virtude da própria condição de ser-no-mundo do julgador, mas a alteração de Magistrados é bem-vinda para fortalecimento da imparcialidade no momento da decisão – afasta-se o juiz que deferiu medidas cautelares e fiscalizou a produção de elementos probatórios, antes da formalização da acusação, em favor de outro juiz alheio ao caso. In: Streck, L. L., & de Oliveira Zanchet, G. (2021). O Juiz das Garantias na Lei n. 13.964/2019: A Imparcialidade do Julgador e as Indevidas Críticas Contra sua Constitucionalidade. *Direito Público*, 18(98). <https://doi.org/10.11117/rdp.v18i98.4644>. Acesso em 23/03/2024.

<sup>197</sup> JARDIM, Afrânio Silva. O princípio da obrigatoriedade da ação penal pública e os punitivistas. Disponível em: <https://emporiiodireito.com.br/leitura/o-principio-da-obrigatoriedade-da-acao-penal-publica-e-os-juristas-punitivistas>. Acesso em 22.04.2024.

Claramente, temos situação na qual o texto jurídico não acompanha a evolução social. É como se pensássemos dar um passo jurídico para o futuro, mas socialmente ainda se apresenta no passado. Alexandre Morais da Rosa, Luísa Walter da Rosa e André Luiz Bermudez enfatizam que “a sociedade atual é pautada no imediatismo e na constante transformação. O que é realidade hoje, amanhã pode não mais ser”, fator intrínseco ao social, legal e jurídico, e determinante para a tomada de decisão no ANPP<sup>198</sup>.

O primeiro avanço na separação de funções ainda na investigação preliminar é importante, sobretudo, para que o juiz não busque a prova para condenar (ou em raríssimos casos absolver) e assim promova o desequilíbrio entre acusação e investigado. Sua posição de equidistância, contudo, promove omisivamente o desequilíbrio se não inclui a defesa/imputado como ator principal, garantindo-lhe informação, participação e instrumentos hábeis a se defender.

André Machado Maya, ao tratar da imediação e oralidade na produção da prova, destaca o papel central dos juizados de garantia na estruturação da persecução penal, possibilitando exclusividade do juiz na fase pré-processual. Não responsável pela instrução processual e julgamento, podem atuar “em regime de plantão permanente”, decidindo sobre os diversos pedidos a ele conduzidos, privilegiando-se o contraditório e o direito de defesa. Como consequência, afirma a celeridade na conclusão do caderno investigatório e posteriormente do processo penal como um todo, o que melhoraria o sistema de justiça criminal<sup>199</sup>.

Sem dúvidas, a posição de Maya é relevante, mas ainda assim não resolve o desequilíbrio estrutural em virtude da ausência de paridade. Isso porque nestas situações o direito de defesa e contraditório seriam potencializados mais na dimensão pessoal, ou seja, exercitáveis pelo indivíduo, em autêntica autodefesa.

O aspecto legislativo-estrutural ainda conduziria ao desequilíbrio apontado, inicialmente por falta de regulamentação da investigação defensiva, imprescindível à diminuição da distância entre acusador e imputado, além da não concessão de instrumentos investigativos à defesa. Ainda se mantém à espera no texto objeto do projeto nº 8045/10 –

---

<sup>198</sup> ROSA, Alexandre Morais da; DA ROSA, Luísa Walter; BERMUDEZ, André Luiz. Como negociar o acordo de não persecução penal: limites e possibilidades; Florianópolis: Emais, 2021, p. 21.

<sup>199</sup> MAYA, André Machado. O JUIZADO DE GARANTIAS COMO FATOR DETERMINANTE À ESTRUTURAÇÃO DEMOCRÁTICA DA JURISDIÇÃO CRIMINAL: O CONTRIBUTO DAS REFORMAS PROCESSUAIS PENAS LATINO-AMERICANAS À REFORMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRA. In: Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica, Vol. 23 - n. 1 - jan-abr 2018. Doi: 10.14210/nej.v23n1.p 71-88. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/13036>. Acesso em 23/03/2024, p. 85.

Novo Código de Processo Penal, cuja disposição no Título II, capítulo I, ainda se apresenta tímida<sup>200</sup>.

No âmbito técnico-estrutural, por falta de órgãos de defensoria devidamente equipados (pessoal, inteligência etc) e suficientes para os mais vulneráveis. E quanto aos advogados constituídos, outros fatores podem ser determinantes, não extensíveis a todos, logicamente: a) ainda não possuem capacitação suficiente para desenvolver medidas de investigação defensiva; b) o constituinte não possuir condições financeiras de arcar com estas medidas, limitando o trabalho investigativo; e c) mudança de mentalidade quanto ao protagonismo defensivo na persecução penal. Estes indicativos serão analisados posteriormente no capítulo 3, por ocasião da análise das intercorrências na concretização do justo processo.

### **3.6. Aplicação prática e o estudo do Conselho Nacional de Justiça**

Ao longo do capítulo, foi possível analisar as bases jurídicas necessárias ao justo processo no ANPP, consubstanciadas em princípios basilares do processo penal, tais como o contraditório, ampla defesa e paridade de armas. Também fora abordado o modelo processual brasileiro, o ideal garantista e a nova relação entre as partes com o advento do juiz das garantias.

No plano prático, o Conselho Nacional de Justiça realizou estudo em âmbito nacional sobre a aplicabilidade do ANPP, tanto na Justiça Estadual, como na Federal.

Identificou-se, entre as entrevistas colhidas, a padronização na aplicação do Instituto. Tal padronização decorre, num primeiro momento, da adoção das mesmas medidas quanto aos imputados, qual seja a prestação pecuniária (presente em 37,1% dos acordos analisados). Identifica-se empiricamente o utilitarismo procedimental e a carência e de equipes interprofissionais suficientes para fornecer dados concretos sobre o acordante e sua capacidade de cumprimento das cláusulas<sup>201</sup>. Na Justiça Estadual, a presença de equipe interprofissional está no percentual de 61,5% contra 16,1% na Justiça Federal.

As equipes atuam especialmente após a celebração do acordo. Não calha lembrar o caráter residual da Justiça Estadual frente à demanda processual específica da Justiça Federal. Como bem assentado no estudo, a insistência sem cautela quanto à prestação pecuniária, pode

---

<sup>200</sup> As intercorrências procedimentais inerentes à investigação defensiva enquanto fatores de concretização do justo processo serão analisadas no capítulo 3.

<sup>201</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Fortalecendo vias para as alternativas penais [recurso eletrônico]: um levantamento nacional da aplicação do Acordo de não Persecução Penal no Brasil / Conselho Nacional de Justiça ... [et al.]; coordenação de Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi ... [et al.]. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2023, p. 31.

aprofundar desigualdades sociais numa sociedade que, em grande parte, sobrevive com menos de 01 (um) salário mínimo<sup>202</sup>.

O local onde são realizados os acordos também influenciam como a ampla defesa, contraditório e paridade de armas se concretizarão. Em 20%, os acordos são celebrados nos prédios do Ministério Público, enquanto 63% nas instalações do Poder Judiciário. Existem, ainda, outras formas de celebração, tal como por e-mail, peticionamento no sistema judicial e videoconferência<sup>203</sup>. Considerando a vulnerabilidade financeira de grande parte da população, dificilmente o defensor público se deslocará presencialmente a outro local que não o Judiciário para assistir o acordante. Ademais, mesmo na modalidade por videoconferência, a dificuldade no exercício do contraditório e da investigação defensiva (busca do elemento probatório) será agravada com a paridade legislativamente já reduzida.

Outro fator redutor dos postulados acima delineados é a possibilidade de realização do acordo na audiência de custódia. Somente 17% dos tribunais admitiram realizar o ANPP neste momento, e “em casos pontuais”. Contudo, o Órgão Especial do TJRJ editou a Resolução nº 05/2022, acrescentando-se o art. 4º-A e seus parágrafos, a fim de permitir a celebração<sup>204</sup>, o que soa preocupante, seja pela vulnerabilidade do preso, seja pelo curto lapso temporal para buscar provas em seu favor, assim como contraditar em tempo real, notadamente em virtude da finalidade do ato custodial.

O entendimento sobre as bases epistemológicas do justo processo, investigação defensiva e paridade de armas foi relevante para entender as limitações no campo prático do ANPP, mas também o será para propor caminhos otimizados para a construção do justo acordo.

---

<sup>202</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Fortalecendo vias para as alternativas penais [recurso eletrônico] : um levantamento nacional da aplicação do Acordo de não Persecução Penal no Brasil / Conselho Nacional de Justiça ... [et al.] ; coordenação de Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi ... [et al.]. Brasília : Conselho Nacional de Justiça, 2023, p. 32.

<sup>203</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Fortalecendo vias para as alternativas penais [recurso eletrônico] : um levantamento nacional da aplicação do Acordo de não Persecução Penal no Brasil / Conselho Nacional de Justiça ... [et al.] ; coordenação de Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi ... [et al.]. Brasília : Conselho Nacional de Justiça, 2023, p. 43.

<sup>204</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Fortalecendo vias para as alternativas penais [recurso eletrônico] : um levantamento nacional da aplicação do Acordo de não Persecução Penal no Brasil / Conselho Nacional de Justiça ... [et al.] ; coordenação de Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi ... [et al.]. Brasília : Conselho Nacional de Justiça, 2023, p. 45.

#### **4 AS INTERCORREÊNCIAS E OS CÂNONES PARA A EFETIVAÇÃO DO JUSTO PROCESSO NO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL**

“Por que devemos conhecer as regras do processo penal?”, indaga Alberto Binder. Podemos nos utilizar das palavras do professor argentino para entender a complexidade de se resolver os conflitos e como resolvê-los na sociedade <sup>205</sup>. A exigência de atuação efetiva do direito é, sobretudo, fruto do querer de cada indivíduo. Todavia, as regras aplicáveis precisam ser estruturadas no ordenamento jurídico para a proteção de cada cidadão quando acusado do cometimento de um crime.

No capítulo anterior, verificamos as bases jurídicas e axiológicas do contraditório e paridade de armas, no contexto internacional e estatal, como pilares necessários à concretização do justo processo no acordo de não persecução penal. Quanto ao último pilar, paridade de armas, percebemos ausência de regulamentação constitucional e infraconstitucional expressa como marco normativo regulatório a incidir nesta espécie de acordo penal. A deficiência destes postulados causa enorme gravidade cognitiva na formação do acordo.

Neste último capítulo, procuraremos entender quais as dificuldades atualmente existentes para a perspectiva de efetivação do justo processo no ANPP, mas também os fatores impulsionadores. Para tanto, tornou-se imprescindível compreender como o instituto adentrou no ordenamento jurídico pela porta da oportunidade regrada, em descompasso com a Constituição (vide capítulo 1). A partir das críticas estruturais trazidas anteriormente, perceberemos a força com que as intercorrências atingem a garantia de tais postulados na investigação criminal, necessários ao exercício defensivo do imputado.

A introdução de mais uma barganha sem a devida estruturação e aptidão do sistema processual penal<sup>206</sup> para aplicá-la, importa na prática uma baixa densidade constitucional destes fundamentos (contraditório e paridade de armas), assim como outras disfunções procedimentais, diretas ou indiretas, as quais veremos adiante.

---

<sup>205</sup> BINDER, Alberto M. *Introducción al derecho procesal penal*. Segunda edición actualizada y ampliada. Buenos Aires: AD HOC, 1999, p. 28-29.

<sup>206</sup> ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal em conformidade com a teoria do direito*. São Paulo: Noeses, 2021, p. 48-60. Segundo o autor, o sistema pode ser definido como descrição das normas jurídicas que são construídas a partir do ordenamento posto, de forma “harmônica e sincrônica”.

#### **4.1. A baixa densidade constitucional sobre os direitos fundamentais do contraditório e paridade de armas: estamos seguindo o caminho oposto à busca pelo modelo processual ideal?**

O dinamismo do sistema normativo indica ao intérprete compreender a estrutura global do ordenamento jurídico e do funcionamento da norma jurídica, diante do descompasso entre o plano normativo e a realidade<sup>207</sup>. Compreender a força normativa da Constituição<sup>208</sup> e dos princípios por ela elencados, conduz à legitimidade do poder estatal, mas também, como afirma Binder, à cientificidade do direito, uma vez que a ciência nos proporcionará atuar sobre a realidade com uma certa margem de segurança<sup>209</sup>.

Manter-se no espírito inquisitorial da atual sistemática de investigação, com notório desapego à introdução do contraditório e paridade de armas, consistirá sempre em modelo autoritário e não democrático, alheio à dignidade humana e ao indivíduo como sujeito de direitos. A propósito, a Constituição deve formar uma espécie de “escudo protetor” desta dignidade<sup>210</sup>, sujeitando o juiz ao seu conteúdo, antes mesmo das leis ordinárias, de modo a somar-se ao plano ético-político de concretização deste conteúdo, ou do contrário será uma simples referência<sup>211</sup>.

Para além da previsão em diplomas internacionais e estatais, a dignidade da pessoa humana é um valor, lembra Luís Roberto Barroso<sup>212</sup>. Das dimensões internas e externas sobressaem o valor de cada indivíduo enquanto ser existente no mundo e o respectivo respeito que deve ter perante terceiros, incluindo o próprio Estado, em todas as suas esferas (Legislativo, Executivo e Judiciário).

<sup>207</sup> BINDER, Alberto M. *Introducción al derecho procesal penal*. Segunda edición actualizada y ampliada. Buenos Aires: AD HOC, 1999, p. 34-35.

<sup>208</sup> HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991, p. 9-13. Hesse aduz que a força da Constituição não está somente ligada ao poder, mas também à normatividade intrínseca ao texto constitucional. O seu estudo não é isolado, mas conexo com outros fatores da realidade social, tais como a cultura, política, economia. Isto é, há um vínculo entre o ser e o dever-ser.

<sup>209</sup> BINDER, Alberto M. *Introducción al derecho procesal penal*. Segunda edición actualizada y ampliada. Buenos Aires: AD HOC, 1999, p. 36. O autor relembra que o Direito “es un producto cultural de muchos siglos y há insumido enormes esfuerzos de la humanidad. Aquello que llamamos Estado de Derecho es un determinado punto de equilibrio o armonía entre el poder y el Derecho, de modo tal que éste aparece, fundamentalmente, como um limite al poder”.

<sup>210</sup> BINDER, Alberto M. *Introducción al derecho procesal penal*. Segunda edición actualizada y ampliada. Buenos Aires: AD HOC, 1999, p. 70.

<sup>211</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 671-684.

<sup>212</sup> BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. 4ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 61-62.



Como assinala o autor, não se trata somente de conceito ético ou político, mas jurídico, notadamente após a Segunda Guerra Mundial<sup>213</sup>, momento em que os direitos humanos são positivados através de convenções internacionais e com reflexo direto nos textos constitucionais.

Outro ponto é ser a dignidade um princípio constitucional e não direito autônomo, podendo ser classificada como “o alicerce último de todos os direitos verdadeiramente fundamentais e como fonte de parte do seu conteúdo essencial, seria contraditório considerá-la como um direito em si, já que ela é parte de diferentes direitos”<sup>214</sup>. Ou seja, é possível abstrair que outros valores surgem deste valor principal.

Os princípios do contraditório e paridade de armas, como sucedâneos da ampla defesa, somente possuirão densidade constitucional a partir do entendimento primeiro de que o portador de dignidade somente a exerce quando tem assegurados todos os demais direitos correspondentes. No direito processual penal contemporâneo, caracterizado pelo recrudescimento punitivo, especialmente com “atos dominados pelo segredo, forma escrita, aumento das penas processuais (prisões cautelares, crimes inafiançáveis etc), algumas absurdas inversões de carga probatória”<sup>215</sup>, além, é claro, da iniciativa probatória dos juízes, estes direitos tem apresentado menor densidade.

Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco destacam que o avanço do direito constitucional se deve principalmente à “afirmação dos direitos fundamentais como núcleo de proteção da dignidade da pessoa e da visão de que a Constituição é o local adequado para positivar as normas asseguradoras dessas pretensões”<sup>216</sup>. No capítulo 1, ao analisarmos a restrição constitucional das transações penais às infrações de menor potencial ofensivo, como mitigação do princípio da obrigatoriedade, entendemos sistematicamente como o constituinte assentou a proteção do núcleo de direitos fundamentais previstos no art. 5º da Carta da República.

Assentimos que o contraditório e a paridade de armas alçaram o status de direito humano fundamental, inalienáveis e indisponíveis, não podendo ser restringidos sem

---

<sup>213</sup> BARROSO, Luís Roberto. A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. 4ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 62.

<sup>214</sup> BARROSO, Luís Roberto. A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. 4ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 64-67.

<sup>215</sup> LOPES JR, Aury. Fundamentos do processo penal: introdução crítica. 7ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 215.

<sup>216</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 17ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 139.

autorização constitucional, pois o contrário seria admitir “que o seu titular o torne impossível de ser exercitado para si mesmo, física ou juridicamente”<sup>217</sup>. A consequência prática deste entendimento consiste na impossibilidade de preterição destes direitos fundamentais pelo simples consentimento do titular<sup>218</sup>. É como se o Estado fosse complacente e até promovedor da mitigação da dignidade humana.

O direito de liberdade tornou-se sensivelmente exposto na investigação preliminar. Os métodos ocultos de investigação<sup>219</sup> tem promovido o encarceramento provisório exacerbado. É inconcebível contraditar em condição paritária e em tempo real se, “sob o signo da urgência, da emergência, da imediatidade, as medidas cautelares, mesmo nos sistemas acusatórios mais garantistas, possuem raízes inquisitórias em seu conteúdo e eficácia...”<sup>220</sup>.

Welton Roberto enfatiza a prática do “processo penal de emergência como regra”, pautada em atos que burlam as garantias individuais, tais como “prisões, interceptações telefônicas, mandados de busca e apreensão, sequestros e arrestos...”<sup>221 222</sup>. Não obstante, o famigerado vetor da ordem pública é o principal redutor destas garantias, e conseqüentemente, de sua densidade constitucional. A “permanência de práticas autoritárias” na investigação preliminar, assevera David Queiroz, “deve ser descortinada e fortemente debatida, a fim que com isso possa haver a necessária adaptação ao texto constitucional”<sup>223</sup>.

Advirta-se que estas circunstâncias, somadas à falta de regulamentação constitucional e infraconstitucional expressa da paridade de armas, mantem presente o espírito inquisitorial. Ademais, atente-se para o teor da súmula vinculante nº 14<sup>224</sup> e da dimensão do contraditório proporcionada ao imputado: claro caráter diferido, postergado. Logicamente, a doutrina mais

<sup>217</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 17ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 149.

<sup>218</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 17ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 149.

<sup>219</sup> PRADO, Geraldo. Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

<sup>220</sup> ROBERTO, Welton. Paridade de armas no processo penal. 2 ed. Belo Horizonte, Forum, 2021, p. 139.

<sup>221</sup> ROBERTO, Welton. Paridade de armas no processo penal. 2 ed. Belo Horizonte, Forum, 2021, p. 140.

<sup>222</sup> No mesmo sentido, FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 649: “A cultura de emergência e a prática da exceção, antes mesmo das transformações legislativas, são de fato responsáveis pela involução do nosso ordenamento punitivo que se expressa na reedição, em trajes modernizados, dos velhos esquemas substanciais próprios da tradição penal pré-moderna, bem como na recepção pela atividade judiciária de técnicas inquisitivas e de métodos de intervenção que são típicos da atividade de polícia.

<sup>223</sup> SOUZA, David Tarciso Queiroz de A permeabilidade inquisitória do processo penal em relação aos atos de investigação preliminar. Dissertação (Mestrado). 147 fls. Orientador: Prof. Dr. Aury Lopes Júnior. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul / Faculdade de Direito / Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, Porto Alegre, 2016, p.18.

<sup>224</sup> 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.

conservadora irá primar pela proteção social e diminuição da impunidade. No entanto, a exceção que virou regra torna o indivíduo objeto e não sujeito de direitos, repita-se.

Algumas razões devem ser sopesadas para adequar o contraditório e a paridade de armas à realidade investigatória atual: a) vários inquéritos policiais ainda são a base do processo de conhecimento, resultando a instrução judicial em “mera repetição” da produção investigatória<sup>225</sup> <sup>226</sup>; b) a introdução crescente de acordos penais na legislação infraconstitucional tem reduzido o espectro de direitos fundamentais na investigação preliminar, tendo em vista o curto espaço de tempo para se produzir prova em defesa do imputado. Assim, como adverte Afrânio Jardim, a vitória poderia cair nas mãos do mais apto ou mais astuto, acentuando-se a seletividade desse sistema negocial<sup>227</sup>; e c) a defesa real e efetiva, pautada nestes postulados, é condição para o justo processo no acordo de não persecução penal, sob pena de se o construir “com base em prova inquisitorial e sem controle do processo de negociação”<sup>228</sup>.

Os atos praticados na investigação “podem afetar garantias processuais ou bens protegidos pela Constituição, ...tais como a intimidade, propriedade, integridade física”<sup>229</sup>, e mesmo com autorização do juiz das garantias, o tempo poderá ser extremamente curto para o imputado exercer a defesa e contraditório em condições paritárias.

Tratar de densidade constitucional é aplicar a norma jurídica constitucional como farol e diretriz à norma jurídica infraconstitucional, com o objetivo de maximizar direitos fundamentais e não os restringir. Consiste na perspectiva de se formar um processo penal democrático a partir de um sistema coordenado de normas (Bobbio).

Assevera Hesse que a “Constituição não está desvinculada da realidade histórica concreta de seu tempo. Todavia, ela não está condicionada, simplesmente, por essa

---

<sup>225</sup> SOUZA, David Tarciso Queiroz de A permeabilidade inquisitória do processo penal em relação aos atos de investigação preliminar. Dissertação (Mestrado). 147 fls. Orientador: Prof. Dr. Aury Lopes Júnior. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul / Faculdade de Direito / Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, Porto Alegre, 2016, p. 102.

<sup>226</sup> BINDER, Alberto M. Introducción al derecho procesal penal. Segunda edición actualizada y ampliada. Buenos Aires: AD HOC, 1999, p. 38. Em sentido semelhante, Binder alerta para a mecanização desta etapa inquisitiva, a qual pode gerar uma distorção da fase posterior (oral), o que se reproduzido nos sistemas latino-americanos (p. 42).

<sup>227</sup> JARDIM, Afrânio Silva. Plea Bargain: a derrocada do princípio da legalidade, fundante do nosso processo penal democrático. Disponível em: <https://emporiiodireito.com.br/leitura/plea-bargain-a-derrocada-do-principio-da-legalidade-fundante-do-nosso-processo-penal-democratico>. Acesso em 24.04.2024.

<sup>228</sup> JARDIM, Afrânio Silva. Plea Bargain: a derrocada do princípio da legalidade, fundante do nosso processo penal democrático. Disponível em: <https://emporiiodireito.com.br/leitura/plea-bargain-a-derrocada-do-principio-da-legalidade-fundante-do-nosso-processo-penal-democratico>. Acesso em 24.04.2024.

<sup>229</sup> BINDER, Alberto M. Introducción al derecho procesal penal. Segunda edición actualizada y ampliada. Buenos Aires: AD HOC, 1999, p. 39.

realidade”<sup>230</sup>. O texto constitucional brasileiro trouxe em 1988 direitos e garantias de primeira geração destinados à contenção do poder punitivo, notadamente para um país que acabara de sair da ditadura militar.

Garantias como o devido processo legal, habeas corpus, *in dubio pro reo*, são exemplos de como o novo Estado constitucional de direito regulamentaria a relação vertical com o indivíduo a fim de evitar abusos outrora cometidos no passado. Todos os acontecimentos sociais, políticos e jurídicos após a Carta de 1988 deram contornos subjacentes às reformas legislativas, de maneira a enfraquecer o conteúdo dos postulados fundamentais.

Como trazido no capítulo 1, o aumento populacional e da quantidade presos, dos índices de criminalidade e novas formas de cometimento levaram o legislador a desconsiderar a força normativa do núcleo constitucional disposto no art. 5º, em troca de paliativos e abreviações do caminho à pena.

A concepção jurídica de instrumento de política criminal, tal como adota o STJ quanto ao ANPP, especialmente ao abraçar os argumentos legislativos de redução de processos, enquadra-se na espécie que Binder classifica como regras de conveniência. Os instrumentos utilizados pela Política Criminal, são, na visão do autor, divididos em regras técnicas e de conveniência. A regra técnica pode ser destinada à construção de um tipo penal ou de procedimento. A de conveniência envolve planejamento para uso racional e econômico dos objetivos traçados pelo Estado<sup>231</sup>. O acordo de não persecução penal tem claro objetivo de redução de casos criminais.

O problema se acentua em como estabelecer um sistema processual adequado. Partindo dos próprios ensinamentos de Binder, é preciso reformular o sistema atual para dar contornos de “sistema de garantias frente o uso da força estatal”, e evitar que a arbitrariedade impeça a proteção da liberdade e da dignidade humana<sup>232</sup>. Num segundo plano, fala-se em “aplicação efetiva da coerção penal”, cujo sentido do termo eficiência lograria para o autor uma busca consciente pelo Estado em respeitar a primeira categoria.

A aplicação efetiva da coerção penal prescinde: a) da conformação constitucional das normas integrantes do sistema; b) da filtragem constitucional como método de limitação à entrada de normas incompatíveis com a Constituição; c) reformulação do sistema e ruptura do

<sup>230</sup> HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991, p. 25.

<sup>231</sup> BINDER, Alberto M. Introducción al derecho procesal penal. Segunda edición actualizada y ampliada. Buenos Aires: AD HOC, 1999, p. 48.

<sup>232</sup> BINDER, Alberto M. Introducción al derecho procesal penal. Segunda edición actualizada y ampliada. Buenos Aires: AD HOC, 1999, p. 56.

paradigma tradicional com vistas a equilibrar a balança entre “maior eficiência e proteção dos direitos individuais”<sup>233</sup>.

Um ponto importante trazido pelo autor é o caráter cultural do sistema processual de cada país, o qual pode se direcionar ao longo do tempo como instrumento de controle social e pura eficiência ou de proteção da dignidade humana e limitação do poder estatal<sup>234</sup>. O sistema brasileiro tem adotado o primeiro, velando pela máxima eficiência, pautada na celeridade das estatísticas de produção.

Historicamente, o sistema brasileiro traz raízes do *civil law*, tendo a lei como ponto de partida. A implementação da súmula vinculante, por exemplo, significou grande mudança no panorama judicial, notadamente pela força desse instrumento como fonte do direito. Houve, implicitamente, uma divisão de cargas de responsabilidade pela produção do direito. Expliquemos.

A ausência do Legislativo em debater e aprovar reformas estruturais importantes no país concedeu espaço maior ao Judiciário para tratar e julgar temas considerados sensíveis há anos atrás. No entanto, um detalhe restou semelhante entre os dois poderes: abstenção para maximizar direitos fundamentais em detrimento do recrudescimento penal. Faltou proporcionar equilíbrio ao sistema jurídico.

À medida que um instrumento coercitivo é criado ou reforçado, uma garantia ou direito fundamental sofre restrição, direta ou indireta. Tal oposição é trazida por Binder, o qual reforça a pluralidade de fatores que influenciam nos sistemas processuais penais ou na criação de novos sistemas<sup>235</sup>. Encontrar um sistema ideal, cuja eficiência seja alcançada com “respeito absoluto à dignidade humana”<sup>236</sup>, pode ser utopia justamente em virtude dos diversos fatores históricos, sociais e políticos de cada país.

A dicotomia entre acusatório, inquisitório e misto pode não ter tanto relevo quando se perde a identidade processual que rege o ordenamento e o caminho de solução dos conflitos. O cerne a ser buscado passa, então, pelo equilíbrio.

---

<sup>233</sup> BINDER, Alberto M. Introducción al derecho procesal penal. Segunda edición actualizada y ampliada. Buenos Aires: AD HOC, 1999, p. 58.

<sup>234</sup> BINDER, Alberto M. Introducción al derecho procesal penal. Segunda edición actualizada y ampliada. Buenos Aires: AD HOC, 1999, p. 59.

<sup>235</sup> BINDER, Alberto M. Introducción al derecho procesal penal. Segunda edición actualizada y ampliada. Buenos Aires: AD HOC, 1999, p. 60.

<sup>236</sup> BINDER, Alberto M. Introducción al derecho procesal penal. Segunda edición actualizada y ampliada. Buenos Aires: AD HOC, 1999, p. 64.

## 4.2. Aspectos processuais otimizadores dos direitos fundamentais ao contraditório e paridade de armas: imediação, oralidade e atuação das partes

Alguns aspectos processuais podem ser trazidos para potencializar e dar maior densidade constitucional ao contraditório e paridade de armas. Seriam a imediação e oralidade.

### 4.2.1. Imediação

Luigi Camoglio fala em imediação, concentração e oralidade como fundamento estrutural ao modelo processual de debate<sup>237</sup>. Dentre as inovações lembradas pelo autor, tem-se a formulação clara de um princípio através do qual a jurisdição se perfaz: o devido processo legal. Segundo, consiste numa garantia estrutural aplicável a “todo processo”, o que nos permite ampliar o seu conceito para além da fase judicial, já tratado anteriormente.

Antes de argumentar sobre esta ampliação como condição de elevação da densidade constitucional, importante explicar os aspectos acima trazidos.

Décio Luiz Alonso Gomes destaca que o método dialógico de formação da prova prescinde da relação imediata entre o julgador e o dado probatório, de forma que este último não venha ao magistrado por terceira pessoa. Logo, a dimensão processual e o contraditório assumem especial relevo para acerto da verdade<sup>238</sup>.

Em nossa pesquisa, já trouxemos anteriormente que a verdade não é objeto de busca, uma vez que a solução do caso penal<sup>239</sup> sai de uma decisão de mérito do juiz para a simples homologação do acordo firmado entre as partes. Aliás, em sua obra, Decio traz o magistério

<sup>237</sup> COMOGLIO, Luigi Paolo. Il “giusto processo” civile in Italia e in Europa. In: Revista de Processo, Ano 29, n. 116, julho-agosto de 2004. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. ISSN 0100-1981, p. 101. “Sono anzitutto caduti, nel testo definitivo, che consacra il “giusto processo” come “categoria ordinante” di portata generale, i riferimenti sia ad una possibile varietà tipologica di “processi giusti”, 7 sia ai principi strutturali dell’oralità, della concentrazione e dell’immediatezza, che sono propri di un modello processuale di stampo “dibattimentale” (qual è quello configurato, sulla scia delle tradizioni di common law, dalle garanzie internazionali del “processo equo”)”.

<sup>238</sup> GOMES, Decio Luiz Alonso. Imediação processual penal: definição de conceito, incidência e reflexos no direito brasileiro. 2013. Tese (Doutorado em direito processual penal). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2013. Disponível em: doi:10.11606/T.2.2013.tde-07102014-144304. Acesso em: 24.04.2024. Ao tratar da natureza jurídica e apoiado em Günter Hirsch, identifica “que no Brasil, como em outros ordenamentos, a imediação não constitui um princípio constitucional (ao contrário da publicidade e do contraditório, por exemplo, com expresse assento na Lei Maior) e tampouco um direito fundamental” (p. 32). Em nosso trabalho, trataremos o instituto com a mesma relevância, pois fundamental ao desenvolvimento da temática.

<sup>239</sup> Caso penal é termo utilizado na obra de: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. A lide e o conteúdo do processo penal. Curitiba: Juruá, 1989.

de Julio Maier, para quem a imediação não surge para “a busca da verdade”, mas como método processual de solução do conflito entre partes em situações de igualdade<sup>240</sup>.

Outra variante diz respeito ao cenário, o qual se desloca da instrução processual para a investigação criminal. Assim, importante delimitar o papel da imediação na investigação criminal, especialmente com o juiz das garantias e a consequente relação que sobrevirá com o contraditório e paridade de armas.

A imediação surge na época iluminista, sendo impulsionada pelo liberalismo europeu frente ao procedimento inquisitorial de coleta das provas, o qual servia de ponte até o magistrado. Como aponta Decio, “a origem se encontra na negação do sistema de justiça secreta”, fazendo com que se tornasse a consequência da publicidade e oralidade<sup>241</sup>. O autor entende na imediação aliada à oralidade a concretização do processo acusatório, somado a um contraditório pleno, e cujos elementos se complementam. As reformas advindas pelas leis nº 11.689/08 e nº 11.719/08, especialmente a oralidade, traz na concepção de Decio a implantação da estrutura moderna de processo penal, abrangente, inclusive, da imediação<sup>242</sup>. Desde a defesa de sua tese até o presente, inúmeras alterações legislativas ocorreram no CPP, especificamente os instrumentos de consenso penal.

Implica dizer que a imediação, inicialmente direcionada à fase judicial, hoje deve ser estudada na investigação criminal com o advento do juiz das garantias e dos acordos penais. Trata-se de um método de conhecimento, cujo valor instrumental coincide com o princípio da identidade física do juiz, mas nele não se limita, já que impõe outros aspectos processuais relevantes, tais como a presença das partes no exercício probatório e atuação efetiva na produção da prova<sup>243</sup>. Para Binder, o princípio da imediação é preservado e garantido pelo instrumento da oralidade<sup>244</sup>. Quanto ao juiz, a imediação desemboca em apontamentos interessantes.

---

<sup>240</sup> GOMES, Decio Luiz Alonso. Imediação processual penal: definição de conceito, incidência e reflexos no direito brasileiro. 2013. Tese (Doutorado em direito processual penal). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2013. Disponível em: doi:10.11606/T.2.2013.tde-07102014-144304. Acesso em: 24.04.2024, p. 11.

<sup>241</sup> GOMES, Decio Luiz Alonso. Imediação processual penal: definição de conceito, incidência e reflexos no direito brasileiro. 2013. Tese (Doutorado em direito processual penal). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2013. Disponível em: doi:10.11606/T.2.2013.tde-07102014-144304. Acesso em: 24.04.2024, p. 3.

<sup>242</sup> GOMES, Decio Luiz Alonso. Imediação processual penal: definição de conceito, incidência e reflexos no direito brasileiro. 2013. Tese (Doutorado em direito processual penal). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2013. Disponível em: doi:10.11606/T.2.2013.tde-07102014-144304. Acesso em: 24.04.2024, p. 05.

<sup>243</sup> GOMES, Decio Luiz Alonso. Imediação processual penal: definição de conceito, incidência e reflexos no direito brasileiro. 2013. Tese (Doutorado em direito processual penal). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2013. Disponível em: doi:10.11606/T.2.2013.tde-07102014-144304. Acesso em: 24.04.2024, p. 6-8.

<sup>244</sup> BINDER, Alberto M. Introduccion al derecho procesal penal. Segunda edicion actualizada y ampliada. Buenos Aires: AD HOC, 1999, p. 100.

O art. 3-A do Código de Processo Penal impõe o sistema acusatório ao modelo processual brasileiro e veda a iniciativa do juiz na investigação criminal e substituição da atuação probatória do órgão de acusação. No entanto, a limitação do magistrado não significa exclusão de sua pessoa na investigação criminal, principalmente quando o art. 3-B delega ao próprio juiz o controle da legalidade desta fase de persecução criminal e salvaguarda dos direitos individuais.

Impensável alguém exercer o controle de algo que não se tenha contato. A presença do juiz como fiscal da legalidade da investigação o obriga a reconhecer qualquer “atipicidade estrutural” que venha a gerar constrangimento ilegal ao imputado<sup>245</sup>. Rosmar Rodrigues Alencar alerta, ainda, que o inciso XXXV, do art. 5º, da Constituição Federal (inafastabilidade da jurisdição) deve nortear o juiz como garantidor, a fim de evitar incursões arbitrárias<sup>246</sup>. Os incisos IV (ser informado sobre a instauração de qualquer investigação criminal) e V (decidir sobre o requerimento de prisão provisória ou outra medida cautelar, observado o disposto no § 1º deste artigo) do art. 3º-B do CPP, por exemplo, podem influenciar diretamente na proposição de futuro ANPP pelo Ministério Público.

Geralmente, o juiz é acionado quando recebe representações ou requerimentos de medidas cautelares, seja pela autoridade policial ou Ministério Público. No entanto, ciente da “gênese autoritária do inquérito policial”<sup>247</sup>, precisamos assumir que investigações policiais “secretas”<sup>248</sup> podem ser deflagradas ao arrepio do alcance judiciário. A consequência seria a surpresa constante e violação clara do contraditório. Esta surpresa pode advir do próprio Estado enquanto vigilante camuflado do cidadão.

Trata-se de uma crítica feita pelo autor quanto à possibilidade de investigação por agentes não estatais, inclusive com uso de meios digitais e inteligência artificial<sup>249</sup>. O apontamento merece guarida e trato peculiar na investigação criminal. A sobreposição dos fins em detrimento dos meios leva o Estado a monitorar o indivíduo através de programas e aplicativos anômalos.

---

<sup>245</sup> ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de direito processual penal em conformidade com a teoria do direito. São Paulo: Noeses, 2021, p. 593.

<sup>246</sup> ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de direito processual penal em conformidade com a teoria do direito. São Paulo: Noeses, 2021, p. 596.

<sup>247</sup> ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de direito processual penal em conformidade com a teoria do direito. São Paulo: Noeses, 2021, p. 584.

<sup>248</sup> TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de processo penal e execução penal. 16ª ed, restrut, revis e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2021, p. 208.

<sup>249</sup> TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de processo penal e execução penal. 16ª ed, restrut, revis e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2021, p. 585.



A imediação na fase primeira de persecução pode trazer qualidade ao caderno investigativo, além, claro, de controlar a legalidade dos atos praticados e resguardar os direitos fundamentais do indivíduo.

Quanto ao inciso VI, “prorrogar a prisão provisória ou outra medida cautelar, bem como substituí-las ou revogá-las, assegurado, no primeiro caso, o exercício do contraditório em audiência pública e oral, na forma do disposto neste Código ou em legislação especial”, o princípio do contraditório ressurge frente ao juiz, através de audiência e de forma oral, garantindo-se com maior eficácia a imediação. Até a decretação prevista no inciso V pode também ensejar o fomento ao contraditório, principalmente em audiência de custódia<sup>250</sup>.

A ideia de proximidade entre o juiz e as partes leva inevitavelmente a uma “conexão direta e em unidade espaço-temporal”<sup>251</sup> entre os integrantes, tornando-se “direito indeclinável”<sup>252</sup>. Não podemos nos esquecer da condição humana de quem vai estar ali, dividido entre “a doxa (opinião) e a episteme (ciência, consciência, cognição ou conhecimento)”<sup>253</sup>. Mas os freios e contrapesos dispostos no *caput* do art. 3º-B, especialmente a vedação de iniciativa e substituição de atuação probatória do órgão acusatório, podem funcionar como ponto de equilíbrio para o magistrado proceder com imparcialidade.

O inciso VII, “decidir sobre o requerimento de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis, assegurados o contraditório e a ampla defesa em audiência pública e oral”, reclama a essência da imediação, colocando em oposição o art. 156, I, do CPP<sup>254</sup> com o art. 3º-B do mesmo diploma legal. Tal como Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar<sup>255</sup>, entendemos pela revogação expressa do primeiro, já que o juiz não poderá ter iniciativa probatória face o disposto no segundo. Não caberá a ele decidir se esta ou aquela prova é urgente ou necessária. Em sentido inverso, tal possibilidade acarretaria grave parcialidade.

<sup>250</sup> TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de processo penal e execução penal. 16ª ed, restrut, revis e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2021, p. 209.

<sup>251</sup> GOMES, Decio Luiz Alonso. Imediação processual penal: definição de conceito, incidência e reflexos no direito brasileiro. 2013. Tese (Doutorado em direito processual penal). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2013. Disponível em: doi:10.11606/T.2.2013.tde-07102014-144304. Acesso em: 24.04.2024, p. 16.

<sup>252</sup> TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de processo penal e execução penal. 16ª ed, restrut, revis e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2021, p. 209.

<sup>253</sup> TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de processo penal e execução penal. 16ª ed, restrut, revis e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2021, p. 199.

<sup>254</sup> Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

<sup>255</sup> TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de processo penal e execução penal. 16ª ed, restrut, revis e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2021, p. 209-210.

Importante salientar que até a requisição de documentos, laudos e informações ao delegado de polícia, preconizado no inciso X, não deve ocorrer de ofício, mas mediante provocação<sup>256</sup>, a fim de se preservar a imparcialidade do juiz e o respeito aos direitos fundamentais do imputado. De igual forma, aplicam-se às demais medidas constritivas, como interceptação telefônica e quebra de sigilo bancário, os quais não dispensam a provocação.

Neste particular, calha defender a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, especificamente os artigos 7º (É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório) e 9º (Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida). Embora o CPP afirme a oralidade, publicidade, ampla defesa e contraditório no art. 3º-B, faltou-lhe, entretanto, expressar a paridade de armas, a qual vai além da dimensão de tratamento. Lembremos que paridade não é sinônimo de igualdade, ou seja, possui conteúdo mais abrangente.

O art. 9º, por sua vez, privilegia o contraditório e a não surpresa, possibilitando ao imputado iniciar sua defesa antes da adoção de medidas constritivas. Logicamente, a aplicação subsidiária aqui defendida é perquirida como ampliativa do direito de liberdade, jamais reducionista.

Mesmo que a imediação não se considere “condição de conhecimento humano”<sup>257</sup>, sobre ele impõe reflexos de ordem direta e indireta. O espaço-tempo é condição inafastável para se auferir a qualidade do conhecimento transmitido. O juiz que tem contato mais próximo e direto com o objeto poderá desenvolver melhor seus aspectos sensoriais de absorção e cognição.

Ao final, tem-se uma decisão homologatória de acordo de não persecução penal. A diferença principal consiste em não subsumir a imediatidade unicamente à sentença condenatória ou absolutória, pois, como já destacado, o cenário do acordo penal estudado é outro. A sentença prolatada é de natureza homologatória, logo não teceremos maiores comentários sobre o convencimento do magistrado. Este convencimento não deixa de existir, mas fica mais adstrito aos requerimentos solicitados pelas partes (MP e defesa, e subsidiariamente representação da autoridade policial).

---

<sup>256</sup> TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de processo penal e execução penal. 16ª ed, restrut, revis e atual. Salvador: Ed. JusPodvm, 2021, p. 211.

<sup>257</sup> GOMES, Decio Luiz Alonso. Imediação processual penal: definição de conceito, incidência e reflexos no direito brasileiro. 2013. Tese (Doutorado em direito processual penal). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2013. Disponível em: doi:10.11606/T.2.2013.tde-07102014-144304. Acesso em: 24.04.2024, p. 18.

No momento homologatório, todavia, a importância não é menor, pois se considera ainda uma decisão estatal, e como tal, requer “um fator de legitimação enquanto ato jurisdicional”<sup>258</sup>. Podemos dividir em fator *lato sensu e stricto sensu*. Em sentido amplo, a decisão homologatória estará legitimada se o juiz controlou eficazmente a legalidade da investigação criminal e salvaguardou os direitos fundamentais do imputado. Em sentido estrito, podemos alocar os direitos de ampla defesa, contraditório, paridade de armas, oralidade, publicidade e imediação. Esta última contribuiria para o que Décio Gomes destaca como “eficiente gestão da máquina judicial e a exigência do particular não ser excluído (ou transformado em objeto do processo)”<sup>259</sup>.

Afinal, o autor reaviva os ensinamentos de Perfecto Andrés Ibáñez, para quem a imediação não constitui método de convencimento do magistrado, mas técnica de formação das provas<sup>260</sup>. Este entendimento se coaduna melhor com o justo processo, na medida em que não teremos, repita-se, sentença condenatória ou absolutória, mas homologatória.

Percebe-se, em contrapartida, não ser a função do juiz neutra e demasiadamente equidistante do órgão acusatório e do imputado. Ao revés, deve atuar firme e atento a todos os atos praticados no caderno investigativo, evitando e coibindo atos ilegais e ilícitos.

Quanto às partes, acusação e defesa, a imediação quanto mais elevada, maior será complexo de direitos e deveres entre elas. É que o juiz das garantias inaugura uma nova relação jurídica entre Ministério Público, imputado e Estado-juiz. A possibilidade de audiência possibilitará relação estreita entre o contraditório e a imediação, tornando mais dinâmica a fase investigatória.

Essa dialeticidade é marca intrínseca do sistema acusatório, o qual, na visão de Decio Gomes, deverá permitir ao imputado e seu defensor, especialmente, “as faculdades de controle da prova...”<sup>261</sup>. Este controle não será direcionado à sentença, mas ao controle de

---

<sup>258</sup> GOMES, Decio Luiz Alonso. Imediação processual penal: definição de conceito, incidência e reflexos no direito brasileiro. 2013. Tese (Doutorado em direito processual penal). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2013. Disponível em: doi:10.11606/T.2.2013.tde-07102014-144304. Acesso em: 24.04.2024, p. 25.

<sup>259</sup> GOMES, Decio Luiz Alonso. Imediação processual penal: definição de conceito, incidência e reflexos no direito brasileiro. 2013. Tese (Doutorado em direito processual penal). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2013. Disponível em: doi:10.11606/T.2.2013.tde-07102014-144304. Acesso em: 24.04.2024, p. 25.

<sup>260</sup> GOMES, Decio Luiz Alonso. Imediação processual penal: definição de conceito, incidência e reflexos no direito brasileiro. 2013. Tese (Doutorado em direito processual penal). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2013. Disponível em: doi:10.11606/T.2.2013.tde-07102014-144304. Acesso em: 24.04.2024, p. 21. Esta definição não impede, contudo, a deflagração do aspecto subjetivo da imediação sob contornos pelo juiz das garantias. Ou seja, ao receber pessoalmente e diretamente o material probatório (p. 44), ele realizará avaliação consentânea com a imparcialidade, mas sem deixar de se pronunciar sobre os requerimentos propostos pelo Ministério Público e defesa do imputado.

<sup>261</sup> GOMES, Decio Luiz Alonso. Imediação processual penal: definição de conceito, incidência e reflexos no direito brasileiro. 2013. Tese (Doutorado em direito processual penal). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2013. Disponível em: doi:10.11606/T.2.2013.tde-07102014-144304. Acesso em: 24.04.2024, p. 38.

legalidade da investigação, à proteção de seus direitos fundamentais e ao justo acordo eventualmente firmado com o Ministério Público. É fundamental compreender que um dos reflexos desta nova relação jurídica compreende o exercício da imediação entre as partes<sup>262</sup>, isto é, a investigação criminal deve permitir se criar um cenário dialético e mais aproximado entre imputado e órgão acusatório.

#### 4.2.2. Oralidade

A oralidade é característica fundamental do sistema acusatório<sup>263</sup>, funcionando como “mecanismo ou instrumento do julgamento republicano”<sup>264</sup>, apto a concretizar a imediação e os demais corolários do processo penal democrático em relação de complementariedade<sup>265</sup>. Não obstante, Aury Lopes Jr alerta como devemos estudar os sistemas processuais atualmente, sob o “olhar da complexidade” e não mais como com o “olhar da Idade Média”, ou seja, deve-se “atentar para a garantia de imparcialidade do julgador, a eficácia do contraditório e das demais regras do devido processo penal, tudo isso à luz da Constituição”<sup>266</sup>.

A questão a ser debatida é como a oralidade pode penetrar na investigação criminal, sob o manto do sistema acusatório, e possibilitar aumento de densidade dos princípios do contraditório e paridade de armas, e ao final, contribuir para o justo processo, mesmo diante da previsão estampada no art. 9º do CPP<sup>267</sup>.

A regra é que os atos praticados no inquérito policial sejam reduzidos a escrito, como disposto no citado art. 9º. Esta forma de proceder torna-se claramente obstáculo à oralidade e à dialética relação entre Estado-imputação e investigado. Aqui utilizamos o termo imputação para se evitar confusões com a acusação formal exercida através da denúncia.

Após a Constituição Federal, todos os enunciados legais até então vigentes passaram a um processo de releitura à luz do Texto Maior, de forma que alguns não foram recepcionados,

<sup>262</sup> GOMES, Decio Luiz Alonso. Imediação processual penal: definição de conceito, incidência e reflexos no direito brasileiro. 2013. Tese (Doutorado em direito processual penal). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2013. Disponível em: doi:10.11606/T.2.2013.tde-07102014-144304. Acesso em: 24.04.2024, p. 39.

<sup>263</sup> LOPES JR, Aury. Direito processual penal. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2022, p.46.

<sup>264</sup> BINDER, Alberto M. Introduccion al derecho procesal penal. Segunda edicion actualizada y ampliada. Buenos Aires: AD HOC, 1999, p. 100.

<sup>265</sup> GOMES, Decio Luiz Alonso. Imediação processual penal: definição de conceito, incidência e reflexos no direito brasileiro. 2013. Tese (Doutorado em direito processual penal). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2013. Disponível em: doi:10.11606/T.2.2013.tde-07102014-144304. Acesso em: 24.04.2024, p 05.

<sup>266</sup> LOPES JR, Aury. Direito processual penal. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2022, p. 46.

<sup>267</sup> Art. 9º Todas as peças do inquérito policial serão, num só processado, reduzidas a escrito ou datilografadas e, neste caso, rubricadas pela autoridade.

outros tiveram readequação no modo de interpretar. Atente-se, ainda, que especialmente no Código de Processo Penal, tivemos o advento de inúmeras leis ao longo dos anos que conflitaram, parcial ou totalmente, com os dispositivos em vigor.

A lei nº 11.719/08, por exemplo, trouxe modificações na instrução processual, de modo a incluir o parágrafo 1º no art. 405, a fim determinar, “sempre que possível, o registro dos depoimentos do investigado, indiciado, ofendido e testemunhas por meios ou recursos de gravação magnética..., destinada a obter maior fidelidade das informações”<sup>268</sup>. Quando o legislador implementou tal regra no capítulo destinado à instrução criminal, mas incidente na fase investigatória, criou evidentemente antinomia.

Essa antinomia não tem merecido muito debate pela doutrina, a exemplo de alguns autores simplesmente mencionarem a adoção da identidade física do juiz<sup>269</sup>, outros não tratarem da incidência do art. 405 no inquérito policial<sup>270</sup>. Rosmar Rodrigues Alencar e Nestor Távora aduzem sobre a forma escrita do inquérito policial, mas destacam a possibilidade de interpretação progressiva, a fim de abranger outras formas, tais como as preconizadas no art. 405, § 1º<sup>271</sup>. Todavia, o problema é mais profundo, notadamente com a nova relação jurídica na investigação criminal e consequente acordo penal eventualmente firmado.

Em muitas situações, o imputado não dispõe de condições financeiras para contratar um advogado e realizar uma defesa técnica preponderante. Em outras, será assistido pela Defensoria Pública, a qual concentra inúmeros casos, além do reduzido quadro de defensores. Estes fatores condicionam o investigado a utilizar o único meio de defesa ao alcance, a autodefesa.

No modelo inquisitivo de investigação, a autodefesa é extremamente mitigada, principalmente quando se faz presente sem advogado na delegacia. Não são poucos os relatos de tortura física e psicológica, os quais não são transportados para o meio escrito. Se a tecnologia trazida no parágrafo 1º do art. 405 é alçada como regra, e a escrita, como exceção,

---

<sup>268</sup> Art. 405. Do ocorrido em audiência será lavrado termo em livro próprio, assinado pelo juiz e pelas partes, contendo breve resumo dos fatos relevantes nela ocorridos.

§ 1º Sempre que possível, o registro dos depoimentos do investigado, indiciado, ofendido e testemunhas será feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinada a obter maior fidelidade das informações.

<sup>269</sup> OLIVEIRA, Eugenio Pacelli. Curso de Processo Penal. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 691.

<sup>270</sup> LOPES JR, Aury. Direito processual penal. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2022, p. 192. O autor afirma, inclusive, que “a falta de imediação sacrifica a oralidade”. No capítulo XIII – Morfologia dos procedimentos, Aury acolhe positivamente a introdução da tecnologia no processo, mas sem relacionar sua inclusão à investigação (p. 843).

<sup>271</sup> TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de processo penal e execução penal. 16ª ed, restruct, revis e atual. Salvador: Ed. JusPodvm, 2021, p. 139.

talvez reduziremos o déficit de paridade no momento do acordo, além de aumentar o contraditório real.

Ademais, com o Juiz das Garantias, certamente teremos audiências nesta fase de persecução, as quais poderão potencializar a oralidade, a autodefesa, defesa técnica, paridade e contraditório. Como aponta Binder, é a oralidade instrumento capaz de por em prática todos estes princípios<sup>272</sup>. Este postulado “ganhou força com o advento da lei nº 9.099/95 que, em seu art. 62, o assegurou expressamente, dando prevalência à palavra falada”<sup>273</sup>. Ocorre que no JECRIM a oralidade adquire outro viés, especialmente a celeridade que do procedimento se espera.

É sobre pensar na oralidade como sinônimo de eficiência e celeridade que Marcos Eugênio Vieira Melo adverte, especialmente quando tal similitude advém do direito processual civil e traz reflexos maléficis na formação probatória em âmbito criminal, diferentemente da efetivação do processo penal acusatório pautado no contraditório e paridade de armas buscado realmente por tal instituto<sup>274</sup>.

Na investigação criminal, a finalidade consiste notadamente no exercício do contraditório para a prova ou sobre a prova em condições de paridade com o proponente do acordo, o Ministério Público. Afirma Binder que a palavra falada, além de concretizar a imediação, facilita o controle entre as pessoas<sup>275</sup>. A publicidade como resultado deste controle, nas palavras do autor, ganha grande relevância na fase de inquérito, uma vez que a arbitrariedade e autoritariedade se manifestam negativamente face o imputado.

Como veremos adiante, a confissão tem sido visivelmente incentivada pelo legislador e pelo Poder Judiciário. Através do primeiro, temos novas alterações legislativas incentivadoras das colaborações. Pelo segundo, as altas taxas de decretação da prisão preventiva, o que incentiva em grande medida a aceitação da imputação.

Outro apontamento fundamental do mestre argentino diz respeito a uma das questões mais fundamentais inerentes ao processo penal. Tem-se nele fonte de “aquisição de conhecimento” e que esta reconstrução dos fatos terá sempre uma visão peculiar de cada ator

---

<sup>272</sup> BINDER, Alberto M. *Introducción al derecho procesal penal*. Segunda edición actualizada y ampliada. Buenos Aires: AD HOC, 1999, p. 100.

<sup>273</sup> TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de processo penal e execução penal*. 16ª ed, restruct, revis e atual. Salvador: Ed. JusPodvm, 2021, p. 96.

<sup>274</sup> MELO, Marcos Eugênio Vieira. *Cultura da Oralidade como técnica de efetivação do procedimento em contraditório e superação da tradição inquisitória*. Dissertação (Mestrado). 229 fls. Programa de Pós Graduação em Ciências Criminais (PUCRS). Porto Alegre, 2019. Disponível em: <https://tede2.pucrs.br/tede2/handle/tede/8609>, p. 142-143.

<sup>275</sup> BINDER, Alberto M. *Introducción al derecho procesal penal*. Segunda edición actualizada y ampliada. Buenos Aires: AD HOC, 1999, p. 102.

processual<sup>276</sup>. É certo que na investigação não teremos a concentração dos atos tal como na audiência de instrução (fase judicial), em virtude da discricionariedade do delegado de polícia em apurar os fatos, porém, maximizar a oralidade, principalmente com o advento do Juiz das Garantias, poderemos aperfeiçoar este modo de investigação com uma mudança paulatina de cultura.

O segundo apontamento trazido por Binder é que o direito penal “implica uma economia de violência social, efetivada pelos juízes e como resultado de uma corresponsabilidade das normas penais e dos sistemas processuais na configuração da política criminal”<sup>277</sup>. Vimos no segundo capítulo que o Superior Tribunal de Justiça pacificou entendimento pela natureza jurídica do ANPP como instrumento político-criminal e não direito subjetivo do imputado.

Contudo, este modelo atual de investigação, escrito e demasiadamente sigiloso, não contribui para o modelo acusatório e republicano que se espera. Se não podemos falar ainda em modelo ideal, eis que seria utópico, o equilíbrio entre o poder estatal e o exercício dos direitos fundamentais deve ser buscado gradativamente.

### **4.3. Justo processo e modelo adversarial no ANPP. É possível assegurar paridade?**

Outro modelo discutido por parte da doutrina e que se apresenta aqui objeto de análise à inserção no acordo de não persecução penal é o modelo adversarial. Em interessante trabalho dissertativo sobre a aproximação do sistema adversarial ao sistema inquisitivo brasileiro, Victor Valarine parte da análise concreta de como cada sistema se apresenta e influencia um sobre o outro<sup>278</sup>.

Ao partir dos ensinamentos de Mirjan Damaska, o autor apresenta três características inerentes à *common law*: o sistema adversarial, a concentração procedimental do processo e a estrutura bipartida da primeira instância judicial. A primeira é assim nomeada porque existe uma disputa entre as partes, as quais de forma independente produzem as provas e levam o julgamento a um juiz imparcial, neutro e que não interfere na coleta dos elementos probatórios, tendo em vista que tal agir se reconhece como uma espécie de auxílio. Assim, as

<sup>276</sup> BINDER, Alberto M. Introducción al derecho procesal penal. Segunda edición actualizada y ampliada. Buenos Aires: AD HOC, 1999, p. 102.

<sup>277</sup> BINDER, Alberto M. Introducción al derecho procesal penal. Segunda edición actualizada y ampliada. Buenos Aires: AD HOC, 1999, p. 105.

<sup>278</sup> VALARINE, Victor. Processo penal adversarial: influencias sobre a regulamentação da produção da prova oral no processo penal brasileiro. Dissertação (mestrado). Universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2018. Disponível em: [https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-24072020-001150/publico/7213636\\_Dissertacao\\_Original.pdf](https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-24072020-001150/publico/7213636_Dissertacao_Original.pdf). Acesso em 27/04/2024, p. 22.

partes agem em paridade e em constante contraditório real<sup>279</sup>. As semelhanças com o modelo acusatório são aparentes, mas é importante aparar as arestas.

Como adverte o autor, o modelo de comunhão das provas não é compatível com o sistema adversarial, tampouco com o acerto fático (e função epistemológica do processo), o qual analisamos no capítulo anterior. No modelo de disputa, a exclusão probatória se apresenta mais aderente, notadamente porque em alguns países, juízes leigos irão julgar o caso<sup>280</sup>. Mas, mesmo quando delegada a decisão a juízes técnicos, o sistema adversarial persiste<sup>281</sup>. Neste particular, precisamos atentar para algumas inconsistências com o justo processo no ANPP.

Primeiro, no sistema adversarial temos historicamente uma disputa entre acusado e acusação, onde, inclusive, antigamente o juiz poderia interferir para um lado A ou lado B, destacam Rodrigo Faucz e Daniel Avelar<sup>282</sup>. Com o passar dos anos resultou no afastamento do magistrado da produção probatória, fortalecendo-se a atuação técnica das partes, as quais passaram a “digladar” no palco processual. No sistema *civil law*, e especificamente o brasileiro, a produção probatória competia ao Estado, relegando ao indivíduo mera participação<sup>283</sup>. Não por acaso, mesmo com as reformas introduzidas nestes últimos vinte anos, ainda mantemos o art. 156 do CPP com a produção probatória pelo juiz<sup>284</sup>.

A investigação criminal brasileira ainda prescinde do Estado como agente principal na busca da autoria e materialidade, representado pelas polícias federal e civil. A produção da prova em sua gênese não pode ser delegada ao particular, muito embora tenhamos na

---

<sup>279</sup> VALARINE, Victor. Processo penal adversarial: influencias sobre a regulamentação da produção da prova oral no processo penal brasileiro. Dissertação (mestrado). Universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2018. Disponível em: [https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-24072020-001150/publico/7213636\\_Dissertacao\\_Original.pdf](https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-24072020-001150/publico/7213636_Dissertacao_Original.pdf). Acesso em 27/04/2024, p. 23-25.

<sup>280</sup> A propósito, Luiz Rogério Monteiro de Oliveira destaca que no sistema inglês a persecução penal se inicia com a investigação policial e que existem duas cortes de magistrados na primeira instância: a *Magistrates Courts*, composta por juízes leigos, os quais julgam os crimes menos graves, infrações de trânsito e pequenos furtos; e a *Crown Courts*, composta por juízes profissionais, os quais julgam os crimes mais graves, p. 33, in: OLIVEIRA, Luiz Rogério Monteiro de. A confissão em juízo: características, vícios e sua valoração. 2015. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. doi:10.11606/T.2.2017.tde-04102017-085858. Acesso em: 2024-05-05.

<sup>281</sup> OLIVEIRA, Luiz Rogério Monteiro de. A confissão em juízo: características, vícios e sua valoração. 2015. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. doi:10.11606/T.2.2017.tde-04102017-085858. Acesso em: 2024-05-05, p. 28-29.

<sup>282</sup> AVELAR, Daniel; FAUCZ, Rodrigo. O sistema adversarial inglês e o surgimento da defesa técnica. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jul-31/tribunal-juri-sistema-adversarial-ingles-surgimento-defesa-tecnica/>. Acesso em 24/04/2024.

<sup>283</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. Algumas marcas inquisitoriais do Código de Processo Penal brasileiro e a resistência às reformas. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, p. 143-165, 2015. <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.8>.

<sup>284</sup> Importante lembrar que o advento do art. 3º-A, através da lei nº 13.964/19, traz antinomia aparente e defesa da tese de revogação do art. 156.



investigação defensiva um importante instrumento de concretização da liberdade, do direito de defesa e do justo processo.

Admitir um modelo de exclusão probatória soaria estranho quando a pauta principal é finalizar em acordo. Não quer dizer que as partes devam cooperar, pois assim dificilmente existiriam ampla defesa, contraditório, paridade de armas, e logicamente, justo processo. Ademais, sempre importante lembrar que o dever de cooperação existente no CPC (art. 6º) deve ser visto com reservas ao processo penal (e sistema acusatório), em razão de princípios basilares e sensíveis aos direitos de liberdade, tais como o direito à não autoincriminação<sup>285</sup>. O que quer se afirmar é que este modelo excludente finda no sistema adversarial com a decisão de mérito do juiz (técnico ou leigo), enquanto no ANPP a decisão é homologatória, oriunda de consenso entre órgão acusatório e imputado.

No entanto, é possível extrair algumas características ou parte delas para fomentarmos nosso sistema acusatório, especialmente a iniciativa da parte em produzir a prova. Para nós, tal iniciativa se reproduz na investigação defensiva, a qual possui como baluarte o direito pleno de defesa, assim como na dinâmica relação jurídica entre acusador, juiz e imputado, além do fortalecimento de pilares como a oralidade, mediação e imparcialidade do julgador.

Outra característica interessante seria se nosso sistema não admitisse a figura do “*hearsay testimony*” ou “*hearsay evidences*”. A testemunha (tipo de evidência) do “ouvir dizer” é amplamente utilizada nos inquéritos brasileiros. Não cabe em nosso trabalho buscar as razões, pois fugir-se-ia do objetivo proposto. Mas, fato é que a falta de objetividade<sup>286</sup> traz grande prejuízo ao imputado, o qual muitas vezes sucumbe ao acordo (integral) em decorrência de um caderno investigativo muito mal elaborado pelo Estado.

Uma terceira característica seria adotar a disputa entre as partes como um jogo. Por enquanto, continuemos a analisar a adaptabilidade do sistema adversarial ao ANPP. Outro apontamento igualmente importante é a concepção da justa disputa entre acusador e imputado.

O sistema adversarial, e aqui especificamente o americano como maior representatividade, vê todos como iguais<sup>287</sup>, embora na realidade possam não ser<sup>288</sup>. No

<sup>285</sup> TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de processo penal e execução penal. 16ª ed, restrut, revis e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2021, p. 105.

<sup>286</sup> LOPES JR, Aury. Testemunho "hearsay" não é prova ilícita, mas deve ser evitada. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-out-30/limite-penal-testemunho-hearsay-nao-prova-ilicita-evitada2/>. Acesso em 27/04/2024.

<sup>287</sup> COUTO, Marco. Acordo de não persecução penal e plea bargaining norte-americana: comparar para compreender. Curitiba: Juruá, 2022, p. 64.

<sup>288</sup> ALEXANDER, Michelle. A nova segregação: racismo e encarceramento em massa. São Paulo: Bomtempo, 2017. A autora ressalta que, diferentemente do que se apresenta nos meios de comunicação, nem todos os americanos possuem defesa suficiente e de qualidade para se chegar a um bom acordo.

ambiente investigatório brasileiro, acreditar que autoridade policial e Ministério Público estão em pé de igualdade com o imputado é uma leviandade, de modo a não corresponder com a ideia de justo processo.

Frederico Valdez Pereira assevera que o sistema adversarial de administração da justiça envolve ainda mudanças em curso, “incertezas... e relutâncias tanto na concepção dos sistemas jurídicos internos, como no acolhimento amplo desses influxos pelos juristas” e em decorrência de seus estudos, o autor passa a justificar a possibilidade do juiz, em caráter complementar, participar da produção probatória, não deixando o encargo somente às partes, em atenção à “preservação do valor da verdade no processo”<sup>289</sup>.

Ressalta Valdez Pereira que “em sistemas processuais penais como o italiano e o brasileiro, nos quais a qualidade do método epistemológico concretamente empregado em juízo não costuma ser tutelada... com técnicas típicas de *common law* ou *obrigações de verdade*<sup>290</sup> permite a atuação de ofício do magistrado, pois o contraditório e os poderes oficiosos convergem para o mesmo fim, qual seja, resguardar a correção do acerto fático, além de preservar sua função cognitiva<sup>291</sup>. Defende também que a atuação do juiz se faz necessária muitas vezes em razão da “precária reconstrução fática”<sup>292</sup>. Ousamos discordar do autor. Expliquemos:

Cabe pontuar inicialmente que as técnicas de *common law* ou *obrigações de verdade* não garantem o cumprimento integral do sistema processual penal adotado, tampouco do método utilizado. Ao analisar o crescimento do encarceramento no Estados Unidos, Michelle Alexander adverte que a realidade é bem diferente daquela visualizada nos filmes e séries de TV. Revistas realizadas injustificadamente pela polícia, coação de testemunhas, assunção de culpa por pessoas inocentes e acordos desproporcionais e injustos como forma de evitar sentenças duras são exemplos citados<sup>293</sup>.

A autora enfatiza, ainda, maciço endurecimento legislativo e crescimento da população carcerária norte americana. A “Guerra às Drogas”, por exemplo, bandeira levantada pelo país para “libertar a nação dos chefões da droga ou dos grandes traficantes”,

---

<sup>289</sup> PEREIRA, Frederico Valdez. Fundamentos do justo processo penal convencional: as garantias processuais e o valor instrumental do devido processo. São Paulo: D’Plácido, 2021, p. 305.

<sup>290</sup> PEREIRA, Frederico Valdez. Fundamentos do justo processo penal convencional: as garantias processuais e o valor instrumental do devido processo. São Paulo: D’Plácido, 2021, p. 305-307.

<sup>291</sup> PEREIRA, Frederico Valdez. Fundamentos do justo processo penal convencional: as garantias processuais e o valor instrumental do devido processo. São Paulo: D’Plácido, 2021, p. 308.

<sup>292</sup> PEREIRA, Frederico Valdez. Fundamentos do justo processo penal convencional: as garantias processuais e o valor instrumental do devido processo. São Paulo: D’Plácido, 2021, p. 311.

<sup>293</sup> ALEXANDER, Michelle. A nova segregação: racismo e encarceramento em massa. São Paulo: Bomtempo, 2017, p. 109.

rendeu mais de 31 milhões de prisões. Mandados genéricos de busca e apreensão, abordagens desproporcionais e vexatórias, confisco de bens mesmo não ligados direta ou indiretamente ao crime, flexibilização e até redução demasiada de garantias e direitos são exemplos e consequências da política adotada<sup>294</sup>.

Segundo, a atuação de ofício do juiz viola o sistema acusatório introduzido pela Constituição Federal em seu art. 129, I, no qual se concedeu ao Ministério Público a titularidade da ação penal. Viola também a legislação infraconstitucional, especificamente o CPP, em seu art. 3º-A. Permitir que o juiz, mesmo que em complementariedade, produza prova, é abandonar o sistema acusatório e retroceder ao inquisitorialismo ainda evidente nos discursos judiciais.

Terceiro, devemos nos lembrar do ser humano que está investido na condição de magistrado. Seu sentimento de responsável pelo conjunto probatório resultaria em protagonismo não desejável ao sistema acusatório. Se o controle de legalidade importa também a proteção dos direitos fundamentais do imputado, tal controle poderia ser deturpado por razões objetivas e subjetivas.

De ordem objetiva, por exemplo, temos no tempo a solução dos problemas, mas também uma incógnita. Nesta sociedade complexa, tão complexo quanto passa a ser o inquérito policial, na medida em que os cidadãos demandam rápida solução do crime<sup>295</sup>. Permitir a imersão do juiz na coleta dos elementos probatórios é grave risco de reduzir as garantias processuais, esvaziando-as e tornando o justo processo um objetivo distante até a formalização do acordo de não persecução penal.

De ordem subjetiva, o contato com o objeto traz a necessidade de interpretação e de emissão de ato jurídico, o qual pode colocar em risco a imparcialidade.

Em quarto lugar, o accertamento fático defendido por Valdez Pereira se dirige à justiça da decisão. No ANPP, como visto, as partes finalizam a primeira fase persecutória com um acordo, o qual pode retratar a verdade dos fatos ou não. Como não temos buscado nesta pesquisa a verdade como objetivo, mas a forma do imputado em realizar o acordo, o accertamento fático passa a ser direcionado à discussão das cláusulas em condições de paridade com o órgão acusatório, independentemente da verdade gerada através deste pacto.

---

<sup>294</sup> ALEXANDER, Michelle. A nova segregação: racismo e encarceramento em massa. São Paulo: Bomtempo, 2017, p. 110-139.

<sup>295</sup> MIRANDA, Gladson Rogério de Oliveira. O inquérito policial na sociedade complexa. Dissertação (Mestrado). Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS). 135 p. 2007. Disponível em: <https://tede2.pucrs.br/tede2/handle/tede/4753>. Acesso em 28/04/2024.

#### 4.4. A entrada da vítima na investigação criminal e no ANPP

A par da continuidade de análise das intercorrências de efetivação do contraditório, paridade de armas e justo processo no ANPP, assim como os cânones necessários à referida concretização, abrimos um adendo para analisar a participação da vítima na investigação criminal e posterior acordo a ser celebrado frente o órgão acusatório.

Embora a figura do assistente de acusação esteja limitada juridicamente ao processo, como se infere do art. 231 do CPP<sup>296</sup>, é notório que constantemente a vítima ou seus representantes legais tem procurado adentrar à investigação a fim de ver o Poder Judiciário se fazer eficaz e punir o agressor. Tal procura é de preocupação, inclusive, da comunidade internacional, após as tragédias ocorridas no século XX<sup>297</sup>.

Tereza Lancry Robalo identifica na criação do Tribunal Penal Internacional regras protetivas às vítimas, tanto na produção probatória, quanto reparatória, de modo que as disposições normativas passaram a influenciar os Estados na implementação de suas normas internas<sup>298</sup>. O art. 68 do TPI<sup>299</sup> dispõe que o referido tribunal “adotará as medidas adequadas para garantir a segurança, o bem-estar físico e psicológico, a dignidade e a vida privada das vítimas e testemunhas...”. O Brasil promulgou o Estatuto de Roma através do Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002.

No âmbito legislativo infraconstitucional, o Código Penal prevê como efeito genérico da pena a obrigação de indenizar pelo dano causado<sup>300</sup>. No plano processual, o Código de

<sup>296</sup> Art. 268. Em todos os termos da ação pública, poderá intervir, como assistente do Ministério Público, o ofendido ou seu representante legal, ou, na falta, qualquer das pessoas mencionadas no [Art. 31](#)

<sup>297</sup> ROBALO, T. L. (2020). A vítima de crimes e o Tribunal Penal Internacional: um modelo irrefutável para o legislador interno. *Revista Brasileira De Direito Processual Penal*, 6(3), 1417-1444. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i3.349>. Acesso em 28/04/2024, p. 1418.

<sup>298</sup> ROBALO, T. L. (2020). A vítima de crimes e o Tribunal Penal Internacional: um modelo irrefutável para o legislador interno. *Revista Brasileira De Direito Processual Penal*, 6(3), 1417-1444. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i3.349>. Acesso em 28/04/2024, p. 1423.

<sup>299</sup> Artigo 68. Proteção das Vítimas e das Testemunhas e sua Participação no Processo: 1. O Tribunal adotará as medidas adequadas para garantir a segurança, o bem-estar físico e psicológico, a dignidade e a vida privada das vítimas e testemunhas. Para tal, o Tribunal levará em conta todos os fatores pertinentes, incluindo a idade, o gênero tal como definido no parágrafo 3º do artigo 7º, e o estado de saúde, assim como a natureza do crime, em particular, mas não apenas quando este envolva elementos de agressão sexual, de violência relacionada com a pertença a um determinado gênero ou de violência contra crianças. O Procurador adotará estas medidas, nomeadamente durante o inquérito e o procedimento criminal. Tais medidas não poderão prejudicar nem ser incompatíveis com os direitos do acusado ou com a realização de um julgamento equitativo e imparcial. Vide também art. 75: Reparação em Favor das Vítimas. 1. O Tribunal estabelecerá princípios aplicáveis às formas de reparação, tais como a restituição, a indenização ou a reabilitação, que hajam de ser atribuídas às vítimas ou aos titulares desse direito. Nesta base, o Tribunal poderá, de ofício ou por requerimento, em circunstâncias excepcionais, determinar a extensão e o nível dos danos, da perda ou do prejuízo causados às vítimas ou aos titulares do direito à reparação, com a indicação dos princípios nos quais fundamentou a sua decisão.

<sup>300</sup> Art. 91 - São efeitos da condenação:

I - tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime;

Processo Penal prevê no art. 387, IV<sup>301</sup>, a possibilidade do juiz arbitrar valor mínimo a título de reparação do dano, consoante pedido do órgão acusatório. No ANPP (art. 28-A), por sua vez, tal preocupação foi alocada no inciso I, a saber: “I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo”.

Embora caiba ao Ministério Público cobrar a reparação quando do oferecimento da proposta de acordo, até este momento a vítima já pode ter se inserido na relação jurídica investigatória a fim de fazer valer o seu direito, buscando meios de obter o bem ou o ressarcimento respectivo.

Quanto à produção probatória, o TPI prevê em seu art. 69, item 3, que “as partes poderão apresentar provas que interessem ao caso”<sup>302</sup>. Abalizada doutrina tem defendido a proteção da vítima com escopo paralelo na Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), art. 1º, ao prever como obrigação “...respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição...”<sup>303</sup>. Toda pessoa incluiria não somente o imputado, mas também a vítima. No mesmo sentido a fundamentação restaria atendida na DUDH, art. 1º a 3º<sup>304</sup>, CEDH, art. 2º<sup>305</sup> e CADH (Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos), art. 1º a 5º<sup>306</sup>.

<sup>301</sup> Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória:

IV - fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido;

<sup>302</sup> Artigo 69. Prova. 3. As partes poderão apresentar provas que interessem ao caso, nos termos do artigo 64. O Tribunal será competente para solicitar de ofício a produção de todas as provas que entender necessárias para determinar a veracidade dos fatos. Importante também a previsão do art. 93, o qual determina ao Estado-membro cooperar na preservação dos elementos de prova, elementos estes que poderão servir à vítima: Artigo 93. Outras Formas de Cooperação. 1. Em conformidade com o disposto no presente Capítulo e nos termos dos procedimentos previstos nos respectivos direitos internos, os Estados Partes darão seguimento aos pedidos formulados pelo Tribunal para concessão de auxílio, no âmbito de inquéritos ou procedimentos criminais, no que se refere a: j) Proteger vítimas e testemunhas, bem como preservar elementos de prova;

<sup>303</sup> ARTIGO 1 Obrigação de Respeitar os Direitos. 1. Os Estados-Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

<sup>304</sup>Artigo 1. Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade. Artigo 2. 1. Todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição. 2. Não será também feita nenhuma distinção fundada na condição política, jurídica ou internacional do país ou território a que pertença uma pessoa, quer se trate de um território independente, sob tutela, sem governo próprio, quer sujeito a qualquer outra limitação de soberania. Artigo 3. Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.

<sup>305</sup> ARTIGO 2º Direito à vida 1. O direito de qualquer pessoa à vida é protegido pela lei. Ninguém poderá ser intencionalmente privado da vida, salvo em execução de uma sentença capital pronunciada por um tribunal, no caso de o crime ser punido com esta pena pela lei.

<sup>306</sup>Artigo 1º Os Estados membros da Organização da Unidade Africana, Partes na presente Carta, reconhecem os direitos, deveres e liberdades enunciados nesta Carta e comprometem-se a adotar medidas legislativas ou outras para os aplicar. Artigo 2º Toda a pessoa tem direito ao gozo dos direitos e liberdades reconhecidos e

Esta leitura se torna importante nesta pesquisa porque dentre os crimes abrangidos pelo acordo de não persecução penal, encontram-se o furto (art. 155), estelionato (art. 171) e receptação (art. 180), todos contra o patrimônio. Logo, o questionamento se apresenta: a participação da vítima mitiga o justo processo na investigação criminal e posterior ANPP? E como atuará o Juiz das Garantias na promoção do equilíbrio paritário entre MP e vítima, de um lado, e imputado do outro?

Tereza Robalo destaca o agrupamento de Paulina Veja González sobre as dimensões de direitos das vítimas no TPI, consistentes em: direito à participação, à proteção e à solicitação da reparação, assim como conclui pela possibilidade das normas internacionais de proteção à vítima complementarem os direitos estatais internos <sup>307</sup>. Essa complementação defendida por Robalo encontra óbices no sistema processual penal brasileiro.

Primeiro, importante delinear qual seria a definição de participação da vítima. Por exemplo, ouvir o ofendido é uma das obrigações da autoridade policial logo que tenha conhecimento da infração penal, conforme art. 6º, V, do CPP. A grosso modo, ao ser ouvida, estaria a vítima participando do caderno investigativo. No entanto, o contexto trazido pela autora e por parte da doutrina se refere a uma participação mais significativa, ativa e determinante no rumo das investigações. Seria, por exemplo, peticionar, produzir provas e se fazer representar por advogado, e enfim, obter a reparação pretendida através de seus próprios esforços.

Outra visão de participação da vítima seria sob ângulo restaurativo e efficientista do instituto. Mendonça, Camargo e Lazarano Roncada analisam o analisam sob o prisma da Justiça Restaurativa, se há espaço para este modelo de justiça. Ao partir da mudança de “paradigma retributivo-punitivo para o modelo restaurativo”, tem-se por consequência a alteração de concentração no contexto do caso em concreto, da orbita do Estado para o indivíduo, tanto autor como vítima. “O relevante não é a subsunção do fato típico, mas a identificação do autor da conduta e dos motivos que o levaram a assim agir, a identificação

---

garantidos na presente Carta, sem nenhuma distinção, nomeadamente de raça, de etnia, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou de qualquer outra opinião, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento ou de qualquer outra situação. Artigo 3º 1. Todas as pessoas beneficiam-se de uma total igualdade perante a lei. 2. Todas as pessoas têm direito a uma igual proteção da lei. Artigo 4º. A pessoa humana é inviolável. Todo ser humano tem direito ao respeito da sua vida e à integridade física e moral da sua pessoa. Ninguém pode ser arbitrariamente privado desse direito. Artigo 5º. Todo indivíduo tem direito ao respeito da dignidade inerente à pessoa humana e ao reconhecimento da sua personalidade jurídica. Todas as formas de exploração e de aviltamento do homem, nomeadamente a escravatura, o tráfico de pessoas, a tortura física ou moral e as penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes são proibidos.

<sup>307</sup> ROBALO, T. L. (2020). A vítima de crimes e o Tribunal Penal Internacional: um modelo irrefutável para o legislador interno. *Revista Brasileira De Direito Processual Penal*, 6(3), 1417-1444. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i3.349>. Acesso em 28/04/2024, p. 1427-1439.

das pessoas atingidas pela conduta lesiva (vítimas diretas e indiretas) ...”<sup>308</sup>, de forma a pacificar o conflito surgido e evitar novas contendas sem o caráter punitivo inerente à perseguição estatal.

Diferente da justiça punitivista tradicional, a restaurativa tem olhar no futuro, procurando harmonizar a relação entre autor e vítima em processo “dialógico e estruturado..., visando restaurar os laços rompidos com a prática do crime... e permitir que toda sua potência transformadora se desenvolva como política pública”<sup>309</sup>. Ainda segundo os autores, surgem como vantagens o cumprimento espontâneo das obrigações recíprocas, além dos já inerentes ao modelo, como reparação do dano, olhar para a coletividade e resolução estruturada do conflito<sup>310</sup>. Por fim, reconhecem no ANPP uma “porta de entrada para a JR”, seja pela grande quantidade de crimes agora abrangidos pelo instituto, seja pelo Enunciado n. 28 da I Jornada de Direito e Processo Penal, organizada pelo Conselho da Justiça Federal, o qual recomenda as práticas restaurativas no acordo de não perseguição penal<sup>311</sup>.

---

<sup>308</sup> MENDONÇA, Andrey Borges de; CAMARGO, Fernão Pompeu de; e RONCADA, Kátia Hermínia M. L. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E A JUSTIÇA RESTAURATIVA: Mais um passo no caminho da transformação social. In: Direitos fundamentais em processo: estudos em comemoração aos 20 anos da Escola Superior do Ministério Público da União / organizadores: Paulo Gustavo Gonet Branco, Manoel Jorge e Silva Neto, Helena Mercês Claret da Mota, Cristina Rasia Montenegro, Carlos Vinícius Alves Ribeiro. -- Brasília: ESMPU, 2020. 848 p. ISBN 978-65-88299-96-8 ISBN (eletrônico) 978-85-9527-045-9. Disponível em: [https://escola.mpu.mp.br/publicacoes/obras-avulsas/e-books-esmpu/direitos-fundamentais-em-processo-2013-estudos-em-comemoracao-aos-20-anos-da-escola-superior-do-ministerio-publico-da-uniao/4\\_acordo-de-nao-persecucao-penal.pdf](https://escola.mpu.mp.br/publicacoes/obras-avulsas/e-books-esmpu/direitos-fundamentais-em-processo-2013-estudos-em-comemoracao-aos-20-anos-da-escola-superior-do-ministerio-publico-da-uniao/4_acordo-de-nao-persecucao-penal.pdf). Acesso em 24/04/2024, p. 70.

<sup>309</sup> MENDONÇA, Andrey Borges de; CAMARGO, Fernão Pompeu de; e RONCADA, Kátia Hermínia M. L. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E A JUSTIÇA RESTAURATIVA: Mais um passo no caminho da transformação social. In: Direitos fundamentais em processo: estudos em comemoração aos 20 anos da Escola Superior do Ministério Público da União / organizadores: Paulo Gustavo Gonet Branco, Manoel Jorge e Silva Neto, Helena Mercês Claret da Mota, Cristina Rasia Montenegro, Carlos Vinícius Alves Ribeiro. -- Brasília: ESMPU, 2020. 848 p. ISBN 978-65-88299-96-8 ISBN (eletrônico) 978-85-9527-045-9. Disponível em: [https://escola.mpu.mp.br/publicacoes/obras-avulsas/e-books-esmpu/direitos-fundamentais-em-processo-2013-estudos-em-comemoracao-aos-20-anos-da-escola-superior-do-ministerio-publico-da-uniao/4\\_acordo-de-nao-persecucao-penal.pdf](https://escola.mpu.mp.br/publicacoes/obras-avulsas/e-books-esmpu/direitos-fundamentais-em-processo-2013-estudos-em-comemoracao-aos-20-anos-da-escola-superior-do-ministerio-publico-da-uniao/4_acordo-de-nao-persecucao-penal.pdf). Acesso em 24/04/2024, p. 72-73.

<sup>310</sup> MENDONÇA, Andrey Borges de; CAMARGO, Fernão Pompeu de; e RONCADA, Kátia Hermínia M. L. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E A JUSTIÇA RESTAURATIVA: Mais um passo no caminho da transformação social. In: Direitos fundamentais em processo: estudos em comemoração aos 20 anos da Escola Superior do Ministério Público da União / organizadores: Paulo Gustavo Gonet Branco, Manoel Jorge e Silva Neto, Helena Mercês Claret da Mota, Cristina Rasia Montenegro, Carlos Vinícius Alves Ribeiro. -- Brasília: ESMPU, 2020. 848 p. ISBN 978-65-88299-96-8 ISBN (eletrônico) 978-85-9527-045-9. Disponível em: [https://escola.mpu.mp.br/publicacoes/obras-avulsas/e-books-esmpu/direitos-fundamentais-em-processo-2013-estudos-em-comemoracao-aos-20-anos-da-escola-superior-do-ministerio-publico-da-uniao/4\\_acordo-de-nao-persecucao-penal.pdf](https://escola.mpu.mp.br/publicacoes/obras-avulsas/e-books-esmpu/direitos-fundamentais-em-processo-2013-estudos-em-comemoracao-aos-20-anos-da-escola-superior-do-ministerio-publico-da-uniao/4_acordo-de-nao-persecucao-penal.pdf). Acesso em 24/04/2024, p. 76.

<sup>311</sup> MENDONÇA, Andrey Borges de; CAMARGO, Fernão Pompeu de; e RONCADA, Kátia Hermínia M. L. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E A JUSTIÇA RESTAURATIVA: Mais um passo no caminho da transformação social. In: Direitos fundamentais em processo: estudos em comemoração aos 20 anos da Escola Superior do Ministério Público da União / organizadores: Paulo Gustavo Gonet Branco, Manoel Jorge e Silva Neto, Helena Mercês Claret da Mota, Cristina Rasia Montenegro, Carlos Vinícius Alves Ribeiro. -- Brasília: ESMPU, 2020. 848 p. ISBN 978-65-88299-96-8 ISBN (eletrônico) 978-85-9527-045-9. Disponível em: [https://escola.mpu.mp.br/publicacoes/obras-avulsas/e-books-esmpu/direitos-fundamentais-em-processo-2013-estudos-em-comemoracao-aos-20-anos-da-escola-superior-do-ministerio-publico-da-uniao/4\\_acordo-de-nao-persecucao-penal.pdf](https://escola.mpu.mp.br/publicacoes/obras-avulsas/e-books-esmpu/direitos-fundamentais-em-processo-2013-estudos-em-comemoracao-aos-20-anos-da-escola-superior-do-ministerio-publico-da-uniao/4_acordo-de-nao-persecucao-penal.pdf). Acesso em 24/04/2024, p. 81-82.

A justiça restaurativa não é foco do nosso estudo, razão pela qual não nos aprofundaremos, de sorte que a menção aqui feita reforça a tendência de participação da vítima no caderno investigativo, decorrente da mesma tendência de ampliação na fase judicial<sup>312</sup>.

Entretanto, como proposto anteriormente, faz-se necessário verificar se a vítima ostenta condição de parte, a ponto de estar lado a lado com o Ministério Público. No CPP, título VII (da prova), capítulo V, estão as diretrizes legislativas sobre o ofendido, especialmente sobre sua oitiva, não se encontrando disposições acerca do direito de participação efetiva. Por sua vez, no título VIII, ao tratar dos sujeitos processuais, verificamos a existência do assistente de acusação, já mencionado anteriormente, o qual poderá ingressar na fase judicial, após exercício da ação penal pelo órgão acusador.

Se o *jus puniendi* é tomado como padrão de referência no processo penal, incabível a vingança privada, e, portanto, considerar o assistente de acusação como parte (e consequentemente a vítima, representada por este). A intervenção no processo não significaria fazer parte da relação jurídica processual<sup>313</sup>. Se na fase judicial, podemos restringir a ocupação da vítima como integrante da relação jurídico-processual, quiçá na investigação criminal. A previsão estampada no § 9º do art. 28-A (A vítima será intimada da homologação do acordo de não persecução penal e de seu descumprimento) não atribui finalidade participativa efetiva da relação jurídica, mas de proteção. Também se afere tal finalidade quando o Ministério Público resolve arquivar o inquérito policial (art. 28, caput e § 1º), devendo comunicar a vítima, a fim de que esta possa exercer sua função de controle frente ao serviço público.

Se a vítima não possui condição de parte na investigação criminal, como deve agir o juiz? Cabe exercer o controle de legalidade mediante objetivo precípua de zelar pelos direitos fundamentais do investigado e ora limitando eventual incursão desproporcional e desarrazoada da vítima, seu representante legal e/ou advogado.

A deficiência de controle restará na flexibilização do contraditório e paridade de armas, principalmente se o ofendido possuir condições financeiras consideráveis. Basta pensar na contratação de assistente técnico, o que por si só, já causaria um desequilíbrio na produção da prova.

---

<sup>312</sup> TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de processo penal e execução penal. 16ª ed, restrut, revis e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2021, p.556.

<sup>313</sup> TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de processo penal e execução penal. 16ª ed, restrut, revis e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2021, p. 555.



É preciso entender, como já demonstrado, que a vingança privada não pode ser fomentada, cabendo ao Estado exercer a persecução penal. Este, representado pelo Ministério Público e autoridade policial, já estão amplamente acima do indivíduo, em posse de instrumentos de investigação superiores ao imputado.

#### **4.5. A confissão como requisito do acordo de não persecução penal: negou-se ao investigado o direito à prova e à investigação defensiva?**

A confissão formal e circunstanciada da prática da infração penal é um dos requisitos para celebração do acordo de não persecução penal, conforme previsão estampada no caput do art. 28-A do CPP. Rosmar Rodrigues Alencar e Nestor Távora entendem que a confissão deve ser livre, espontânea, formal, pessoal, “sem contradições, com a descrição do fato detalhada”<sup>314</sup>. Nosso objetivo é investigar se tal exigência impede ou mitiga o direito à produção da prova pelo imputado, e conseqüentemente acarrete mitigação do direito à ampla defesa, contraditório, paridade e, como um todo, o justo processo até firmamento do acordo.

Ao analisar a introdução da confissão no ANPP, Jander da Cunha Teixeira identifica “problemáticas que põem em xeque a própria intenção do legislador de aperfeiçoar o processo penal, inclusive sacrificando garantias constitucionais do investigado/acusado, bem como impedindo a ampliação do espaço negocial...”. Ou seja, segundo o autor, a exigência camufla no processo penal o risco de falsas confissões de inocentes (tortura psicológica autorizada e permitida pelo Estado), além de propostas unilaterais (esvaziamento da barganha e negociação), oriundas da ausência de elementos suficientes a possibilitar o imputado atrair o MP para efetiva negociação. Ainda segundo Jander, o motivo de aceitação da proposta estaria inserido num contexto de inquisitorialidade ainda reinante no sistema brasileiro, cuja subjetividade alcançaria o indivíduo com a clara representação de uma sentença penal condenatória. Defende, então, que o legislador não deveria exigir a confissão no ANPP<sup>315</sup>.

Nereu José Giacomolli e Vinícius G. Vasconcelos entendem que o fenômeno da justiça negocial representa “propensão contemporânea ao reconhecimento estatal da necessidade de colaboração do acusado com a persecução penal, por meio do seu

---

<sup>314</sup> TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de processo penal e execução penal. 16ª ed, restrut, revis e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2021, p. 1255.

<sup>315</sup> TEIXEIRA, Jander da Cunha. A confissão no acordo de não persecução penal. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-dez-30/jander-cunha-confissao-acordo-nao-persecucao-penal/>. Acesso em 01/05/2024.

reconhecimento da culpabilidade e/ou da incriminação de terceiros...”<sup>316</sup> <sup>317</sup>. A consequência apontada pelos autores consiste na facilitação da atividade acusatória, não comprovação integral dos fatos incriminatórios e anulação da postura defensiva do imputado<sup>318</sup>. No ANPP, a tensão abordada por Giacomolli e Vasconcelos é ainda maior, na medida em que atinge a primeira fase de coleta dos elementos probatórios, qual seja a investigação criminal, cuja dimensão de defesa e contraditório é pouco exercida pelo imputado.

Em seguida, os autores expõem outras consequências graves ocasionadas em virtude do reconhecimento de culpabilidade pelo acusado: a relativização da presunção de inocência e vedação à autoincriminação, esvaziamento do dever de motivação judicial (decorrente de uma mera decisão formal de homologação), potencialização do aspecto autoritário, ressurgimento da confissão como rainha das provas, relativização de regras de exclusão das provas ilícitas, falta do controle do promotor em barganhar, mitigação da publicidade e o desaparecimento do contraditório “em razão da preeminência da investigação preliminar, já que o convencimento do acusador público e a determinação dos termos do acordo se fundamentam naquilo produzido nas inquirições pré-processuais”<sup>319</sup>. Todos se conectam intrinsecamente, de modo a se perceber maior contato entre a confissão com a relativização da presunção de inocência, aumento do autoritarismo e desaparecimento do contraditório. A relativização de regras de exclusão de provas ilícitas veremos em tópico específico ao tratar do justo processo (no ANPP) e nulidades.

---

<sup>316</sup> GIACOMOLLI, N. J.; GOMES DE VASCONCELLOS, V. JUSTIÇA CRIMINAL NEGOCIAL: CRÍTICA À FRAGILIZAÇÃO DA JURISDIÇÃO PENAL EM UM CENÁRIO DE EXPANSÃO DOS ESPAÇOS DE CONSENSO NO PROCESSO PENAL. *Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí (SC), v. 20, n. 3, p. 1108–1134, 2015. DOI: 10.14210/nej.v20n3.p1108-1134. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/8392>. Acesso em: 1 maio. 2024, p. 1111.

<sup>317</sup> No mesmo sentido, Marcella Alves Mascarenhas Nardelli aduz que “é crescente o interesse dos observadores da *civil law* na solução da justiça negociada presente no sistema norte-americano, a *plea bargaining*, que surge como opção para evitar os ônus de um trâmite processual longo e complexo, permitindo a aplicação imediata da pena àquele que se declara culpado e renuncia à sua presunção de inocência. In: ALVES MASCARENHAS NARDELLI, M. (2015). A EXPANSÃO DA JUSTIÇA NEGOCIADA E AS PERSPECTIVAS PARA O PROCESSO JUSTO: A PLEA BARGAINING NORTE-AMERICANA E SUAS TRADUÇÕES NO ÂMBITO DA CIVIL LAW. *Revista Eletrônica De Direito Processual*, 14(1). Recuperado de <https://www.e-publicacoes.uerj.br/redp/article/view/14542>. Acesso em 01/05/2024, p. 333.

<sup>318</sup> GIACOMOLLI, N. J.; GOMES DE VASCONCELLOS, V. JUSTIÇA CRIMINAL NEGOCIAL: CRÍTICA À FRAGILIZAÇÃO DA JURISDIÇÃO PENAL EM UM CENÁRIO DE EXPANSÃO DOS ESPAÇOS DE CONSENSO NO PROCESSO PENAL. *Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí (SC), v. 20, n. 3, p. 1108–1134, 2015. DOI: 10.14210/nej.v20n3.p1108-1134. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/8392>. Acesso em: 1 maio. 2024, p. 1111.

<sup>319</sup> GIACOMOLLI, N. J.; GOMES DE VASCONCELLOS, V. JUSTIÇA CRIMINAL NEGOCIAL: CRÍTICA À FRAGILIZAÇÃO DA JURISDIÇÃO PENAL EM UM CENÁRIO DE EXPANSÃO DOS ESPAÇOS DE CONSENSO NO PROCESSO PENAL. *Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí (SC), v. 20, n. 3, p. 1108–1134, 2015. DOI: 10.14210/nej.v20n3.p1108-1134. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/8392>. Acesso em: 1 maio. 2024, p. 1124-1126.

A despeito da produção da prova, calha trazer a ponderação de Marcella A. Mascarenhas Nardelli, no sentido de “reformular as bases da investigação preliminar de modo a que esta sirva para suprir, de alguma forma, a falta da etapa processual”<sup>320</sup>, isto é, promover a implementação efetiva de garantias fundamentais ao imputado com o fim de dar meios a ele de se defender eficazmente. Nardelli aponta, ainda, que sendo esta etapa oficial, marcada pela inquisitorialidade e a cargo do Estado, assim como a serviço da acusação, a defesa não consegue “influenciar a colheita de provas”<sup>321</sup>, o que sobremaneira é agravado quando é obrigado a confessar formal e circunstanciadamente o crime supostamente praticado. Para Rodrigo Oliveira de Camargo e Gabriel Bulhões, “atos de investigação de ilícitos penais sempre foram de titularidade exclusiva do Estado, que designa um órgão público com autonomia regulamentada para a plena condução da instrução preliminar”<sup>322</sup>.

Bem, investigar este enlace acima descrito se faz importante para entender como a confissão pode resultar em negação ou, no mínimo, mitigação do direito à produção da prova. Num primeiro momento, a reformulação da investigação criminal requer igual reformulação do pensamento à respeito da presunção de inocência do imputado.

Conforme Alexandre Luiz Alves de Oliveira, o “princípio da presunção da inocência objetiva evitar os juízos condenatórios antecipados contra o acusado, sem uma detida consideração da prova dos fatos e a carga da prova”<sup>323</sup>, carga esta que se deve ao órgão acusador<sup>324</sup>, de acordo com Aury Lope Jr. No entanto, embora concordemos com este último autor, precisamos avançar nesta interpretação doutrinária, pois não consideramos suficiente quando da elaboração do caderno investigativo e proposta de acordo pelo Ministério Público.

É que o órgão acusatório, na maioria das vezes, manterá postura passiva e à espera dos autos investigatórios, de forma a exercer a carga probatória de forma unilateral e sem qualquer juízo favorável à presunção de inocência, a qual restará inevitavelmente fragilizada.

<sup>320</sup> ALVES MASCARENHAS NARDELLI, M. (2015). A EXPANSÃO DA JUSTIÇA NEGOCIADA E AS PERSPECTIVAS PARA O PROCESSO JUSTO: A PLEA BARGAINING NORTE-AMERICANA E SUAS TRADUÇÕES NO ÂMBITO DA CIVIL LAW. *Revista Eletrônica De Direito Processual*, 14(1). Recuperado de <https://www.e-publicacoes.uerj.br/redp/article/view/14542>. Acesso em 01/05/2024, p. 359-360.

<sup>321</sup> ALVES MASCARENHAS NARDELLI, M. (2015). A EXPANSÃO DA JUSTIÇA NEGOCIADA E AS PERSPECTIVAS PARA O PROCESSO JUSTO: A PLEA BARGAINING NORTE-AMERICANA E SUAS TRADUÇÕES NO ÂMBITO DA CIVIL LAW. *Revista Eletrônica De Direito Processual*, 14(1). Recuperado de <https://www.e-publicacoes.uerj.br/redp/article/view/14542>. Acesso em 01/05/2024, p. 360.

<sup>322</sup> CAMARGO, Rodrigo Oliveira de; BULHÕES, Gabriel. DEFESA PENAL EFETIVA NO BRASIL: DESAFIOS DA ATUAÇÃO DEFENSIVA NA INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR EM MEIO AO SISTEMA ACUSATÓRIO. Desafiando a Inquisição: Ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil, Volume III, Registro Propriedad Intelectual: A-300207 ISBN: 978-956-8491-59-8, 2019, p. 88.

<sup>323</sup> OLIVEIRA, Alexandre Luiz Alves de. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA PENAL, p. 18. In: Presunção de inocência: estudos em homenagem ao professor Eros Grau / organizador: Felipe Martins Pinto. — Belo Horizonte: Instituto dos Advogados de Minas Gerais, 2019. ISBN: 978-65-81289-00-3.

<sup>324</sup> LOPES JR, Aury. Direito processual penal. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2022, p. 101.

Ao contrário, a produção da prova pelo imputado será o pilar apto a amenizar o desequilíbrio entre Estado-acusador e investigado. Portanto, somente exigir a carga probatória pelo órgão acusatório não resolve.

A presunção de inocência, em suas dimensões básicas de tratamento, probatória e julgamento<sup>325</sup> conduz a uma série de garantias até o provimento final decisório, absolutório ou condenatório. Entretanto, no ANPP, o provimento final é uma decisão homologatória de acordo prévio entre acusador e imputado para cumprimento de sanções, o que denota a necessidade de readequação interpretativa.

Implica dizer que a regra de tratamento como procedimento em contraditório deve permear o pensamento e modo de agir do órgão acusatório, a fim de entender no imputado um sujeito de direitos capaz de influir no acordo através de elementos por ele adquiridos, em clara atuação dialética<sup>326</sup>. Na ótica de tratamento, com a figura do juiz das garantias, a presunção é bipartida, isto é, dividida entre MP e juiz. O primeiro, como dito, precisa ver no imputado alguém capaz de alterar as cláusulas do acordo, porquanto a assunção de culpa formal e circunstanciada pela confissão não é o fim do ANPP. Ao segundo, deve-se ater ao controle de legalidade da investigação criminal, a fim de evitar incursões exageradas à pessoa do imputado (excesso de mídia, exploração indevida da imagem etc), e com isso, proteger os direitos fundamentais do mesmo.

Sob a ótica probatória, o direito à prova é fundamental, seguido pelo contraditório e paridade de armas. Se em seu sentido tradicional, exige-se um conteúdo probatório lícito e suficiente para condenar, no ANPP, propomos reinterpretar o significado. Trata-se de, além de lícito, tal conjunto deve ter passado pelo filtro do contraditório, a fim de que o acordo tenha legitimidade em sua existência, assim como possa a discussão dialética das cláusulas ocorrer de forma paritária entre acusador e imputado.

E por fim, sobre a regra de julgamento, passamos a considerá-la em regra de convalidação. O art. 28-A, § 4º, dispõe: “Para a homologação do acordo de não persecução penal, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor, e sua legalidade”. A voluntariedade deve ser auferida de forma ampla, ou seja, a cognição do juiz deve atingir e obter tal pressuposto como somatório de todos os princípios e garantias do imputado devidamente resguardados, a fim de que a confissão não consista em plena tortura psicológica”. Claro que toda e qualquer confissão feita por um inocente será uma tortura. Porém, os efeitos

---

<sup>325</sup> LOPES JR, Aury. Direito processual penal. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2022, p. 107-109.

<sup>326</sup> LOPES JR, Aury. Direito processual penal. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2022, p. 105.

psicológicos de quem confessa, assim como os jurídicos de quem assina o acordo, serão mitigados quando, ao menos, tenha o acordante o sentimento de que realmente debateu a proposta.

O prefixo *co* indica fazer junto<sup>327</sup>. Convalidar é validar algum objeto com alguém. O juiz validará o acordo de não persecução penal juntamente com o Ministério Público, imputado e defensor. Este precisa ser o pensamento moderno. Se o magistrado acompanha eficazmente a investigação criminal e atento aos direitos fundamentais do investigado, percebemos que a jurisdição foi maximizada, não como Ferrajoli define em sentido estrito<sup>328</sup>, mas o suficiente para proporcionar um justo acordo.

Importante assinalar que o justo acordo não deve priorizar a confissão de inocentes, mas é inevitável que no atual quadro de justiça negocial no Brasil, confissões de inocentes sejam feitas para evitar processos penais prolongados e riscos de sentença penal condenatória<sup>329</sup>. Necessário, ainda, reavivar o curto espaço de tempo para produzir a prova e realizar uma defesa eficaz na investigação criminal.

Conforme Rodrigo O. Camargo e Gabriel Bulhões, ao tratar do lapso temporal para produção da prova, “... é fundamental referir que a Corte Interamericana de Direitos Humanos reconhece que para a defesa penal ser efetiva impõe-se a necessidade de conceder tempo suficiente para que o exercício da defesa produza os seus efeitos”<sup>330</sup>. O tempo é elemento crucial e determinante no desenvolvimento da persecução penal, de modo que ao imputado cabe agir o mais rápido possível quando tome conhecimento de ser sujeito passivo de investigação.

Um dos maiores percalços do imputado é o direito à prova pericial. Sempre está à mercê da autoridade policial em solicitar ou não ao Instituto de Criminalística a produção de prova relevante ao deslinde do fato, algo que somado à estrutura estatal deficiente no quadro de pessoal especializado, bem como ao pensamento inquisitivo de considerar o caderno investigativo um instrumento de proteção do investigado, tornará ainda mais difícil o direito à prova.

---

<sup>327</sup> DICIONÁRIO ONLINE DE PORTUGUÊS. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/co/>. acesso em 01/05/2024.

<sup>328</sup> FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

<sup>329</sup> ROSA, Alexandre Morais da; DA ROSA, Luísa Walter; BERMUDEZ, André Luiz. Como negociar o acordo de não persecução penal: limites e possibilidades; Florianópolis: Emais, 2021, 29.

<sup>330</sup> CAMARGO, Rodrigo Oliveira de; BULHÕES, Gabriel. DEFESA PENAL EFETIVA NO BRASIL: DESAFIOS DA ATUAÇÃO DEFENSIVA NA INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR EM MEIO AO SISTEMA ACUSATÓRIO. Desafiando a Inquisição: Ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil, Volume III, Registro Propiedad Intelectual: A-300207 ISBN: 978-956-8491-59-8, 2019, p. 91.

#### 4.5.1. O Autoritarismo e a conseqüente redução do contraditório: entre o fato, a confissão e o poder punitivo

O autoritarismo é elemento intrínseco ao direito processual brasileiro, notadamente desde a concepção do atual Código de Processo Penal. A razão de ser envolve a compreensão de toda a cultura inquisitorial processual reinante na legislação infraconstitucional e nas práticas judiciárias cotidianas.

A partir desta compreensão, será possível fechar o quebra-cabeça que abrange a restrição de produção da prova, contraditório e paridade de armas mediante a utilização da confissão. Para tanto, nos apropriaremos da obra “Autoritarismo e processo penal”, de Ricardo Jacobsen Gloeckner como referencial teórico deste tópico. Assim, prossigamos.

A identificação de como o autoritarismo influencia na implementação de instrumentos de consenso penal, especialmente o acordo de não persecução penal, e também como “ressignificá-lo”, é tarefa espinhosa, mas necessária, principalmente em decorrência da “aglomeração quântica de poder”, segundo Schünemann *apud* Gloeckner<sup>331</sup>. Importa dizer que essencialmente o Ministério Público tem, irremediavelmente, incontável soma de poder à frente do imputado quando da celebração do acordo, ainda sem contabilizar a confissão como “carta na manga”.

Nessa perspectiva, Gloeckner propõe deslocar a investigação para o campo das formações discursivas, a fim de filtrar o discurso autoritário que permeou esta fase brasileira de persecução penal, especialmente através da influência italiana, cuja análise se respalda em duas dimensões: “identificação e formação de um pensamento autoritário brasileiro” e identificação do nível de “penetrabilidade das categorias processuais penais autoritárias ao discurso que se poderia identificar como pós-acusatório”<sup>332</sup>. O autor aborda manifestações de poder na ótica de Foucault<sup>333</sup>, linha que não abordaremos nesta pesquisa, pois centrada na forma de celebração do ANPP. Não que o poder não faça parte do processo de inclusão da confissão.

---

<sup>331</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Autoritarismo e processo penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 50.

<sup>332</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Autoritarismo e processo penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 51. Para o autor, “a retórica de um sistema acusatório, no qual a separação de funções seria o elemento determinante, em consonância com o conjunto de princípios constitucionais positivados, se encarregaria de definir a sorte dos debates, sepultando, por anacrônicas, as críticas sobre as práticas e formas punitivas brasileiras”, p. 52. Ou seja, verifica-se clara crítica de Gloeckner à solução simples e formal da implementação do sistema acusatório, o que já tecemos investigações nos tópicos anteriores.

<sup>333</sup> FOUCAULT, Michel. O Governo dos vivos. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

Pelo contrário, a confissão encobre no agir o poder de quem se considera em posse da verdade ou de exigir a mesma. Veja-se. Embora não estejamos pesquisando a verdade, para quem deseja chegar até ela, percorre um caminho caracterizado pelo poder. Por exemplo, seria um policial, investido na condição de representante estatal de segurança, incumbido de ter a confissão, mas por incrível que pareça, não por conta do fardamento, mas por conta do poder intrínseco a ele que se manifesta em detrimento do outro e que sobre ele indiferença nenhuma existe.

Após densa pesquisa doutrinária, Gloeckner identifica que, para a análise do autoritarismo no processo penal brasileiro, é preciso entender que a Constituição de 1988 não rompeu com as práticas e institutos processuais penais anteriores, de modo a haver, apenas, reconfiguração das práticas punitivas<sup>334</sup>, tais como a manutenção da “instrumentalidade das formas como regulador da forma processual, possibilidade de condenação apesar do pedido de absolvição pleiteado pelo Ministério Público etc”.

Em resposta a estas práticas punitivas reconfiguradas após a CF/88, o autor afirma estar presente no precário ensino jurídico, de caráter tecnicista, e cujo foco são concursos públicos para seleção de candidatos reprodutores de “discurso pasteurizado (técnicas de memorização)”, na falta de discussão de questões aprofundadas do processo penal em detrimento de “opções e fundamentos políticos”, pela resistência das “classe forenses em se despir das velhas fórmulas automaticamente reproduzidas”, pela falta de capacidade do país em estabelecer novas formas não punitivas, bem como manter legislações em desacordo com o texto constitucional. E por fim, o que Gloeckner chama de “novas formas de judicialidade, com a judicialização da política e a transformação de seus atores em protagonistas responsáveis pela mudança social”. Bem, façamos a interpretação quanto ao ANPP.

Analisar a fundo o acordo de não persecução penal não é somente compreendê-lo como instituto político-criminal com finalidade de redução de acervo processual, tal como definiu o STJ, ou como instrumento capaz de direcionar o Ministério Público aos casos mais delicados e complexos, tal como definiu o CNMP. A abordagem deve e precisa ser mais profunda. A confissão como rainha das provas sempre foi a tônica do processo penal brasileiro. Não por acaso, até pouco tempo o interrogatório era o primeiro ato da instrução processual, já que confessar era o passo preliminar e necessário à solução do caso penal.

Mesmo com a reforma processual em 2008, não nos desapegamos desta forma instrumental de construir o processo. Em leis avulsas, como a lei 12850/13, potencializamos a

---

<sup>334</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Autoritarismo e processo penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 75-76.

confissão como forma de desconstituir a organização criminosa e permitir ao Ministério Público sequer oferecer denúncia, desde que não seja líder desta mesma ORCRIM.

A possibilidade de condenação mesmo com pedido de absolvição se transmuda no cenário investigativo como concretização do acordo mesmo quando inocente o imputado. Conforme mencionamos anteriormente, há uma linha tênue entre o que é o justo acordo, e se tal conceito pode ser utilizado quando um inocente, mesmo tendo se defendido paritariamente e discutido as cláusulas nesta condição, ainda assim aceite confessar para não responder ao processo. Claramente, teríamos dois institutos diferentes: o que pode ser considerado justo acordo e o que pode ser considerado justo processo para aceite do acordo, este último abrangente da confissão de um inocente, e cuja linha trabalhamos neste trabalho.

Esta forma de construir o processo é aderente às velhas formas e fórmulas assumidas por parte dos juristas que antecedem o novo sistema constitucional. Quanto aos novos atores processuais, a precariedade do ensino jurídico, também identificada por João Maurício Adeodato<sup>335</sup>, assume o papel de atrofiar o pensamento crítico que deveria permear os assuntos passados nas faculdades brasileiras, as quais se resumem aos planos de memorização referidos por Gloeckner, especialmente com o uso de tecnologias (slides, por exemplo). Em suma, não se discutem fundamentos históricos, políticos e jurídicos de inclusão de um instituto ao ordenamento pátrio. Somente se apresenta o enunciado legal, a fim de que seja memorizado e reproduzido nas provas de concursos públicos.

A falta de discussão acadêmica se reproduz no cenário político, especialmente quando pautas populistas são encabeçadas por membros do Congresso Nacional sem debate aprofundado. O ANPP é um exemplo<sup>336</sup>. Não bastasse, as legislações ofensivas ao texto constitucional se somam às novas leis implementadoras de “elementos alienígenas à tradição continental”<sup>337</sup>. Conforme analisamos no primeiro capítulo, a restrição constitucional de introdução de acordos penais a crimes de médio e elevado potencial ofensivo, sem reajustamento das garantias penais e processuais penais no próprio texto constitucional, desemboca em atrofia do sistema processual penal, gerando diacronia quando da aplicação.

Bernd Schünemann, ao analisar comparativamente o sistema continental europeu (especialmente na Alemanha) e o anglo-americano, no tocante aos acordos penais, verifica

---

<sup>335</sup> ADEODATO, João Maurício. Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo. São Paulo: Noeses, 2011, p. 203-204.

<sup>336</sup> COUTO, Marco. Acordo de não persecução penal e plea bargaining norte-americana: comparar para compreender. Curitiba: Juruá, 2022. Segundo Marco Couto, quase nenhuma discussão houve no Congresso a respeito do acordo de não persecução penal.

<sup>337</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Autoritarismo e processo penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 77.



que a “evidente ausência de cautelas processuais importa” consenquentemente em falta de “garantias judiciais ao acusado”. Para o autor, a apoteose do procedimento conduz à inquisitorialidade em detrimento do júízo oral. Certo de que Schünemann expõe criticamente a confissão do fato através de um caminho de busca da verdade, não podemos deixar de tomar seus apontamentos para entender a fragilidade e debilidade do imputado frente à acusação<sup>338</sup>. A concessão infraconstitucional de poderes ao Ministério Público para dispor da ação penal tornou-se nestes últimos anos clara parcela de poder frente o imputado, eis que o transforma em ator principal no cenário investigativo, em detrimento do juiz.

Esta transformação dos atores processuais, identificada por Gloeckner, desde o juiz na fase judicial ao Ministério Público na fase investigatória, especialmente com o disposto no art. 3-A do CPP, conduz o agente ministerial à inegável sobreposição em face do imputado. A soma de todos estes fatores, autoritarismo e práticas punitivas, somados ao perfil profissional do novo promotor que se apresenta<sup>339</sup>, pragmático e reducionista, faz da confissão apenas mais um meio de coação e desequilíbrio na relação jurídica com o imputado.

#### **4.6. Justo processo investigatório e vedação de provas ilícitas no ANPP: a necessária extensão do instituto das nulidades à investigação criminal**

O desenvolvimento do justo processo no acordo de não persecução penal prescinde do efetivo controle de legalidade da investigação criminal, sob pena de infrações penais objeto de acordo serem subsidiadas por elementos probatórios obscuros<sup>340</sup>. A natureza peculiar, empírica e pluridimensional da prova<sup>341</sup> requer efetivo controle epistêmico como fundamento ético do processo penal em detrimento da adoção destes métodos ocultos de pesquisa (interceptação das comunicações e afastamento de sigilos), ressalta Geraldo Prado<sup>342</sup>. Tal como as acusações formais, o ANPP restará vinculado praticamente aos resultados dessas coletas probatórias.

---

<sup>338</sup> SCHÜNEMANN, B. 2004. Cuestiones básicas de la estructura y reforma del procedimiento penal bajo una perspectiva global. *derecho Penal y Criminología*. 25, 76 (dic. 2004), p. 186-187.

<sup>339</sup> Importante assentar não ser uma crítica geral a respeito de todos os membros do Ministério Público, mas de da maioria desses atores processuais, tal como juízes e até advogados que compartilham uma visão superficial do autoritarismo e formação jurídica no país.

<sup>340</sup> PRADO, Geraldo. Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 43.

<sup>341</sup> MILANEZ, Bruno. Prova processual penal como fenômeno de linguagem. Disponível em <https://canalcienciascriminais.com.br/prova-processual-penal-como-fenomeno-de-linguagem/>. Acesso em 05/05/2024.

<sup>342</sup> PRADO, Geraldo. Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 43.

O autor defende a inexistência de comprometimento do juiz com as atividades preventivas da investigação criminal, típicas da polícia e do Ministério Público, sob pena de se acumular excessivo poder, típico do sistema inquisitório, o que representaria claro desequilíbrio entre as partes. Para se efetivar o sistema acusatório, assevera sobre a *Discovery e as Discovery devices*, como dispositivos fundamentais que permitem à parte contrária o acesso às fontes de provas utilizadas pela outra parte, o que possibilita, em consequência, a análise da legalidade<sup>343</sup>.

Toda e qualquer medida cautelar de investigação deve se inserir em determinado suporte ou estrutura, mantida idoneamente pelo Estado, desde a obtenção do elemento probatório. O armazenamento não deverá sofrer interferências externas, bem como precisará chegar com *status* de confiabilidade até à discussão das cláusulas do acordo de não persecução penal. Neste caminho, claramente o Juiz das Garantias assume papel relevante no controle de legalidade e asseguramento da fiabilidade probatória<sup>344</sup>.

Este controle de legalidade prescinde fundamentalmente da quebra de paradigmas quanto à regular fiscalização de introdução de provas ilícitas, precisamente a extensão do instituto das nulidades<sup>345</sup> à investigação criminal, em uma espécie de construção de normas processuais de contenção do poder punitivo com vistas a garantir segurança jurídicas às pessoas imputadas de um crime<sup>346</sup>, o que para nós se torna fator preponderante na concretização do justo processo no ANPP, porquanto dá mais equilíbrio ao imputado frente ao órgão acusatório.

A previsão estampada no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal (a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito), “eleva a nível constitucional os de direitos de ação e de defesa, face e verso da mesma medalha”, de modo a não assegurar apenas acesso ao Judiciário, mas possibilitar, sobretudo, o controle do “iter procedimental...indispensáveis ao correto exercício da jurisdição: trata-se das garantias do devido processo legal”<sup>347</sup>. A depender da gravidade do vício, o prejuízo para efetividade do

---

<sup>343</sup> PRADO, Geraldo. Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 48-57.

<sup>344</sup> PRADO, Geraldo. Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 79-86.

<sup>345</sup> Utilizaremos como suporte principal a obra de Rosmar Rodrigues Alencar. In: ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Teoria da nulidade no processo penal. São Paulo: Noeses, 2016.

<sup>346</sup> PESSOA, Nelson R. *La nulidad en proceso penal*: estudo de los “silencios normativos aparentes”. 3. ed. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2013, p. 21.

<sup>347</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; e FILHO, Antônio Magalhães. As nulidades no processo penal. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 63.

contraditório é evidente, bem como à do acordo<sup>348</sup>. Logo, a relação entre nulidades e o justo processo é íntima e necessária.

Num primeiro esforço, importante trazer o conceito de nulidade. Para Rosmar Rodrigues Alencar, “nulidade é ilícito processual que pode ou não ensejar invalidade processual. A nulidade decorre de norma jurídica processual atípica que, por sua vez, implica consequência jurídica também normativa”<sup>349</sup>. Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antônio Magalhães Gomes Filho entendem como atos nulos “aqueles cuja falta de adequação ao tipo legal pode levar ao reconhecimento de sua inaptidão para produzir efeitos no mundo jurídico”, de modo que este reconhecimento não é automático, mas dependente de “pronunciamento judicial”<sup>350</sup>.

Eugênio Pacelli de Oliveira entende a nulidade como sanção, ao conceituá-la como “consequência jurídica da prática irregular de ato processual, seja pela não observância da forma prescrita em lei, seja pelo desvio de finalidade surgido com a sua prática...”<sup>351</sup>. Para o autor, também deve haver manifestação expressa do juiz. “Daí a necessidade de um exame estático (estrutural, conceitual, semântico) e de um exame dinâmico (sintático e pragmático) das atipicidades processuais penais, com ênfase na produção de normas jurídicas”, lembra Rosmar Rodrigues Alencar<sup>352</sup>. Este exame estático e dinâmico deve ser circunscrito ao caderno investigatório, desde a obtenção do elemento probatório até a discussão das cláusulas no acordo de não persecução penal.

Semanticamente, nulidade pode ser entendida “norma que descreve ato processual eivado de uma qualificação negativa (...)” e sintaticamente como “norma processual individual e concreta, emitida pelo juiz competente para a condução do procedimento criminal<sup>353</sup>. Para Rosmar, a representação lógica seria a seguinte<sup>354</sup>:  $N_1 = N_{(sa)} + C_{(esp)} \rightarrow N_{(esp)} + D_{(imp)} \rightarrow N_2 = D_{(rec)} + P_{(var)} \rightarrow ISC + M$ .

Conforme explicado pelo autor,  $N_1$  corresponde à norma jurídica primária, isto é, a que reconhece a nulidade em sentido amplo, reconhecendo sua espécie (inexistência, nulidade absoluta, nulidade relativa ou irregularidade), por sua vez, igual a, respectivamente: descrição

<sup>348</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; e FILHO, Antônio Magalhães. As nulidades no processo penal. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 17-18. Aqui nos referimos à justiça do acordo e não da decisão, como os autores, no sentido de exclusão de garantias mínimas ao imputado quando da discussão das cláusulas com o órgão acusatório.

<sup>349</sup> ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Teoria da nulidade no processo penal. São Paulo: Noeses, 2016, p. 4-5.

<sup>350</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; e FILHO, Antônio Magalhães. As nulidades no processo penal. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 17.

<sup>351</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. Curso de Processo Penal. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 822.

<sup>352</sup> ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Teoria da nulidade no processo penal. São Paulo: Noeses, 2016, p. 4-5.

<sup>353</sup> ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Teoria da nulidade no processo penal. São Paulo: Noeses, 2016, p. 33.

<sup>354</sup> ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Teoria da nulidade no processo penal. São Paulo: Noeses, 2016, p. 207.

desta nulidade disposta no ato processual ou em sede de investigação, mais a descrição do elemento afetado concretamente, seguida da correlata classificação indicada abstratamente, desaguando no próprio reconhecimento da nulidade e do dever imposto de seguir com a N<sub>2</sub>.

Esta (N<sub>2</sub>) corresponde à segunda norma jurídica, composta pela tomada de decisões de saneamento, invalidação ou convalidação. É igual a, respectivamente: descrição do reconhecimento da espécie de nulidade, a qual autorize a incidência de norma-sanção, mais aspecto pragmático que pode ensejar variação da sanção (inclui regras de calibração ou técnica de controle de constitucionalidade), desaguando na decretação da sanção (invalidação, saneamento ou convalidação) e modulação de efeitos, isto é, indicando sua extensão, ou, ainda, se desentranha ou inutiliza a prova.

Para entender a representação lógica proposta por Rosmar Rodrigues Alencar, prudente entender os conceitos de invalidação, convalidação e saneamento trazidos por ele. Invalidação é o ato que constitui declaração de invalidade, extinguindo os efeitos jurídicos de ato que se produzira de forma defeituosa. Convalidação, um pronunciamento expresso do Poder Judiciário no sentido de se fazer cessar o estado de dúvida criado pela incidência imperfeita de norma individual e concreta. Por último, saneamento seria o desfazimento dos efeitos jurídicos do ato jurídico defeituoso, através de medidas específicas. O art. 566 do Código de Processo Penal disciplina que “não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa”. Em decorrência da limitação legislativa de aplicação das nulidades somente na seara processual, os vícios ocorridos na investigação criminal são tradicionalmente tratados como não influenciadores da fase judicial<sup>355</sup>.

No entanto, “a relação entre normas de ilicitude e de invalidação do ato reconhecido como defeituoso na fase pré-processual tem estrutura similar às normas do processo penal inseridas no sistema de nulidades processuais penais”<sup>356</sup>. Importa dizer que a leitura do dispositivo nulificador do CPP deve ter a incidência de interpretação conforme a Constituição, a fim de se adequar ao processo penal democrático como tutela da liberdade do imputado.

Com a nova relação jurídica entre Ministério Público, imputado e juiz das garantias, e notadamente com a ampliação do conceito de processo, o controle de legalidade somente se tornará efetivo se o ato praticado na investigação criminal também for considerado ato

---

<sup>355</sup> ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Teoria da nulidade no processo penal. São Paulo: Noeses, 2016, p. 198-204. O autor assevera que o vício processual se refere tanto ao ato processual (fase processual) como ao ato procedimental (fase investigatória), p. 165. No âmbito investigatório, por sua vez, há atipicidade (nulidade em sentido amplo) que, a seu turno, poderá ser ilicitude em sentido estrito (desatendimento de norma de direito material) ou ilegitimidade (ofensa a norma de direito processual), p. 166.

<sup>356</sup> ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Teoria da nulidade no processo penal. São Paulo: Noeses, 2016, p. 471.

processual, principalmente com a dinâmica da relação jurídica que se apresentará com as atribuições prescritas no art. 3-B do CPP. O “sistema de nulidades está a serviço do réu”, defende Aury Lopes Jr, de modo que a forma processual, além de limitadora do poder punitivo, deve proteger o primeiro<sup>357</sup>. A ampliação se faz necessária à fase preliminar, do contrário provas ilícitas poderão adentrar e servir de base à formulação da proposta de acordo.

Exemplificadamente, buscas e apreensões processuais em desacordo com o ordenamento jurídico, tomadas de depoimentos sob tortura, edição de material probatório (a exemplo das interceptações telefônicas) são exemplos de atos jurídicos defeituosos, cuja constatação e classificação como nulidade absoluta requererá do intérprete (juiz das garantias) aplicar o “consequente normativo, com a invalidação do ato incorporador da prova ilícita e com a ordem de sua expurgação da persecução penal, inclusive no curso do inquérito policial”<sup>358</sup>. Não vemos alternativa contrária a ser escolhida pelo juiz nesta fase.

No entanto, este sistema não deve demasiadamente aberto e diacrônico. Pelo contrário, a sincronia prescinde de um sistema mais fechado<sup>359</sup>, cuja conexão entre enunciados e normas jurídicas possibilite sua formação sincrônica e protetora dos direitos fundamentais em compasso com a Constituição Federal<sup>360</sup>. O problema consiste em tornar este sistema efetivo na prática processual, quiçá preliminar. É que o direito positivo e a moldura<sup>361</sup> na qual o intérprete produzirá a norma jurídica individual sofre incursões ontológicas<sup>362</sup>, tais como o autoritarismo intrínseco aos pilares de produção normativa, assim como de cognição, estudados no tópico anterior.

---

<sup>357</sup> LOPES JR, Aury. Direito processual penal. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2022, p. 1060.

<sup>358</sup> ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Teoria da nulidade no processo penal. São Paulo: Noeses, 2016, p. 168.

<sup>359</sup> A propósito, Kelsen entende que o ato jurídico criado pode apresentar dimensões determinadas ou indeterminadas, estas intencionais ou não intencionais. Nem sempre as palavras expressas no enunciado estarão sincronizadas com a vontade e expressão, de maneira a gerar espaços abertos de aplicação jurídica. In: KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p.387-398.

<sup>360</sup> ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Teoria da nulidade no processo penal. São Paulo: Noeses, 2016, p. 249-261.

<sup>361</sup> Para Kelsen, é importante que se forme uma moldura, apta a deflagrar-se na atividade interpretativa, a solução jurídica se apresenta dentre as possibilidades aventadas. Por exemplo, “uma sentença baseada na lei não significa ser a norma individual, mas apenas uma delas, produzidas dentro da moldura da norma geral”. Assim, a aplicação do direito não é atividade meramente intelectual. Não se pode extrair unicamente uma solução. Esta é fruto de ato de vontade, isto é, voluntário, praticado pelo intérprete judicial, o qual produz a norma inferior, dentre as possibilidades apresentadas pela norma superior. In: KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p.387-398.

<sup>362</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Uma nova teoria das nulidades: processo penal e instrumentalidade constitucional. Tese (doutorado), 2010. 637 p. UFPR – Universidade Federal do Paraná. Disponível em: <http://hdl.handle.net/1884/24494>. Acesso em 05/05/2024. A despeito da “ausência de diretivas críticas e que procurem inserir o papel da forma no âmbito da instrumentalidade constitucional do processo penal”, Gloeckner entende que “a atual teoria das nulidades exerce atividade sob inúmeros prismas subserviente ao regime inquisitorial”. Segundo ele, o abandono intelectual precisa ser discutido, a fim de que o instituto “recupere sua função de garantia”, p. 217.

Nosso intento é bem mais modesto do que expor a teoria da nulidade e longe de atingir a completude e complexidade do tema, calha-nos apresentar como as nulidades podem ser extensas à investigação criminal como instrumento de equilíbrio entre as partes. Aliás, obstar a produção de atos defeituosos nesta fase, principalmente oriundos dos órgãos persecutórios, possibilita ao imputado melhor acesso ao acervo produzido e meios de contraditar. Importante, ainda, lembrar que os instrumentos postos à disposição do Estado são bem mais abrangentes do que os disponíveis ao investigado.

Então, aplicar o instituto das nulidades na investigação criminal importa superar dois obstáculos: a dicotomia entre a definição de vício e nulidade, visto anteriormente, bem como a noção de prejuízo.

#### **4.6.1. A vaga e distante noção de prejuízo para reconhecimento da nulidade na investigação criminal: em busca da superação da dicotomia público *versus* privado**

As formas processuais penais brasileiras ainda não atingem na esfera cotidiana o papel de cumprir os mandamentos constitucionais em defesa do imputado<sup>363</sup>, de modo a exigir o que Rosmar Rodrigues Alencar classifica como prova diabólica<sup>364</sup>. Estamos falando do princípio do *pas de nullitè sans grief*.

Antes, é preciso compreender que o princípio como espécie de norma jurídica possui função finalística e abrangente, mas de acordo com o sistema. Ou seja, ora deverá atuar de forma expressa, ora de forma sistemática, mediante interpretação mais acurada. O princípio do *pas de nullitè sans grief* ou do prejuízo é somente um dos princípios informadores do instituto das nulidades, assim como a dignidade da pessoa humana, do estado ou presunção de inocência, do devido processo legal, instrumentalidade das formas, do interesse, da oportunidade, da anuência, da convalidação, da verdade substancial, da conservação dos atos processuais, da causalidade, entre outros<sup>365</sup>.

---

<sup>363</sup> PESSOA, Nelson R. *La nulidad en proceso penal: estudio de los “silencios normativos aparentes”*. 3. ed. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2013, p. 24.

<sup>364</sup> ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Teoria da nulidade no processo penal*. São Paulo: Noeses, 2016, p. 274-275. Segundo o autor, independentemente da sanção cominada ao ato defeituoso, o STF tem entendido que o prejuízo pode ser relativo tanto à sanção de nulidade absoluta quanto a relativa, em virtude da impossibilidade de decretação de nulidade por presunção, p. 274.

<sup>365</sup> ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal em conformidade com a teoria do direito*. São Paulo: Noeses, 2021, p. 323-344. Rosmar atenta para o fato de que “fundamentos do processo civil não podem ser incorporados ao processo penal, especialmente quando o propósito for a evitação do controle de vícios”, p. 327.

A noção de prejuízo no direito processual brasileiro ainda é muito vaga e imprecisa. Sua decorrência legislativa é originada do art. 563 do CPP: “Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa”. O subjetivismo processual é evidente, além do contraditório passo do legislador em taxar casos de nulidades no art. 564, embora o inciso IV dê natureza exemplificativa ao rol<sup>366</sup>. Lembra Gloeckner que as nulidades são tratadas principalmente a partir das decisões dos tribunais, cuja ausência de critérios é “marca indelével, além do casuísmo, decisionismo, verbetes e o recurso à categoria do prejuízo”<sup>367</sup>. Esta forma de proceder no trato das nulidades tem-se arrastado continuamente e soa preocupante se permanecerá ainda com a figura do juiz das garantias.

Se na fase processual a noção de prejuízo é altamente subjetiva e prejudicial ao réu, dificultando sua atividade probatória, quiçá na investigação criminal, onde os tribunais ainda não concebem a ampla defesa e contraditório em suas gêneses constitucionais. A velha dicotomia entre uma teoria geral do processo penal faz trasladar categorias processuais civis à seara processual penal, seja no plano prático-profissional, seja no acadêmico<sup>368</sup>. O perigo à instrumentalidade constitucional mencionada por Gloeckner aumenta quando tratamos de acordos penais.

Os espaços de consenso no processo penal, seja na fase investigatória, seja na judicial, tem adquirido com entusiasmo juristas, políticos e membros de diversas áreas da sociedade, sob caráter utilitarista e eficientista como instrumento de combate a uma criminalidade genérica. A “lógica privatista da teoria das nulidades”<sup>369</sup> permitirá flexibilizações de nulidades absolutas, com vistas a manter acordos proeminentes ao Estado. O efetivo exercício do contraditório em condições de paridade prescinde prioritariamente do controle jurídico-constitucional em face do poder estatal arbitrário.

O controle epistêmico tende a sofrer fissuras propositais dos agentes estatais que desejam conservar atos defeituosos no caderno investigativo, principalmente por condutas omissivas. É o não fazer doloso, por receio ou com fundamento em impunidade, por exemplo. Típico argumento para aqueles que precisam combater o crime com agilidade, utilizando-se

---

<sup>366</sup> ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de direito processual penal em conformidade com a teoria do direito. São Paulo: Noeses, 2021, p. 333.

<sup>367</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Uma nova teoria das nulidades: processo penal e instrumentalidade constitucional. Tese (doutorado), 2010. 637 p. UFPR – Universidade Federal do Paraná. Disponível em: <http://hdl.handle.net/1884/24494>. Acesso em 05/05/2024, p. 218.

<sup>368</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Uma nova teoria das nulidades: processo penal e instrumentalidade constitucional. Tese (doutorado), 2010. 637 p. UFPR – Universidade Federal do Paraná. Disponível em: <http://hdl.handle.net/1884/24494>. Acesso em 05/05/2024, p. 219.

<sup>369</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Uma nova teoria das nulidades: processo penal e instrumentalidade constitucional. Tese (doutorado), 2010. 637 p. UFPR – Universidade Federal do Paraná. Disponível em: <http://hdl.handle.net/1884/24494>. Acesso em 05/05/2024, p. 220.

da sumariedade e demais características inquisitoriais da fase preliminar. Em contrapartida, direitos e garantias são sacrificados também sumariamente. Oralidade, imediação, ampla defesa, contraditório, paridade de armas e publicidade são justamente o oposto do modelo atual.

Quando defendemos neste trabalho a ampliação do conceito de processo, é compreender também que esta ampliação caminha de mãos dadas com as nulidades, as quais funcionam como escudo protetor da liberdade do imputado. O processo não pode ser concebido como mera sequência de atos, uma marcha, um proceder, mas um conjunto sistêmico e harmônico de atos, nos quais não se tente conservar atos isolados violadores, em muitas vezes, de direitos fundamentais. Assim, Gloeckner traz uma indagação sensível ao tema e que podemos aportar ao ANPP: como é possível avaliar o prejuízo advindo da não decretação de nulidade e quais os reflexos sobre as cláusulas e sobre o acordo propriamente dito?<sup>370</sup>

Bem, o prejuízo entendido como dano ou lesão decorrente da prática de ato defeituoso<sup>371</sup> requer inicialmente manifestação da parte e reconhecimento judicial neste sentido. Todavia, um dos primeiros problemas aparentes na investigação criminal e que trará reflexos no acordo de não persecução penal diz respeito à obrigatoriedade de defesa técnica em prol do investigado.

Além do dispositivo legal (art. 566, CPP<sup>372</sup>) que restringe a declaração de nulidade ao processo penal, temos ainda a súmula nº 523 do STF, a qual preconiza que “no processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu”. Em regra, inexistente obrigatoriedade de defesa técnica em favor do investigado, exceto quanto à previsão estampada no art. 14-A do CPP<sup>373</sup>, em que os

---

<sup>370</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Uma nova teoria das nulidades: processo penal e instrumentalidade constitucional. Tese (doutorado), 2010. 637 p. UFPR – Universidade Federal do Paraná. Disponível em: <http://hdl.handle.net/1884/24494>. Acesso em 05/05/2024, p. 225-226. Para Gloeckner, é preciso abandonar a teoria unitária das nulidades, de modo construir um novo modelo, autônomo e que coloque limites ao poder estatal.

<sup>371</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Uma nova teoria das nulidades: processo penal e instrumentalidade constitucional. Tese (doutorado), 2010. 637 p. UFPR – Universidade Federal do Paraná. Disponível em: <http://hdl.handle.net/1884/24494>. Acesso em 05/05/2024, p. 232.

<sup>372</sup> Art. 566. Não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa.

<sup>373</sup> Art. 14-A. Nos casos em que servidores vinculados às instituições dispostas no art. 144 da Constituição Federal figurarem como investigados em inquéritos policiais, inquéritos policiais militares e demais procedimentos extrajudiciais, cujo objeto for a investigação de fatos relacionados ao uso da força letal praticados no exercício profissional, de forma consumada ou tentada, incluindo as situações dispostas no art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), o indiciado poderá constituir defensor.

§ 1º Para os casos previstos no caput deste artigo, o investigado deverá ser citado da instauração do procedimento investigatório, podendo constituir defensor no prazo de até 48 (quarenta e oito) horas a contar do recebimento da citação.



membros das Forças de Segurança Pública, dispostos no art. 144 da Constituição, os quais terão defensor quando investigados em procedimento policial ou extrajudicial decorrente do uso da força letal no exercício da profissão.

Embora o verbo presente no *caput* seja “poderão”, caso o investigado não constitua defensor no prazo de 48 horas, a instituição a que esteja vinculado será intimada para indicar em igual prazo um defensor. A novidade implementada pela lei nº 13.964/19 não trouxe o mesmo disciplinamento ao civil. Uma breve conclusão sobre o desequilíbrio proporcionado pelo legislativo é pensar que o uso da força letal atingiu o direito fundamental de alguém, cuja proteção obrigatória de defensor não foi pensada pelo Estado.

Se a falta de defesa técnica na investigação criminal, especialmente com a nova relação jurídica que se desenha, não pode ser reconhecida como nulidade absoluta, um dos principais efeitos consiste na vulnerabilidade do investigado em se defender dos elementos colhidos, e posteriormente, discutir com eficiência as cláusulas propostas pelo Ministério Público. Dificilmente o controle de legalidade do juiz das garantias será realizado de ofício.

Dentre vários fatores que impedem este reconhecimento de ofício, podemos aduzir na temática das nulidades o sistema nulificador adotado por nosso ordenamento, qual seja, o sistema do prejuízo, não tão rígido como o formular ou taxativo, ou arbitrário como o judicial, mas que depende da efetiva demonstração de prejuízo sofrido pela parte no caso concreto<sup>374</sup>. Se o imputado não tem defesa técnica (e aqui não se discute se eficiente ou ineficiente), raramente terá meios de informar ao juiz a ocorrência de ato defeituoso violador de direito fundamental. Eis a primeira dificuldade.

Segundo, mesmo quando assistido por defensor, terá empecilhos de ordem infraconstitucional e jurisprudencial quanto ao reconhecimento de nulidades na investigação criminal. Espera-se que após a prática implementação do juiz das garantias, os entendimentos a respeito sejam modificados e alinhados à Constituição Federal.

Terceiro, o pensamento e cultura reinantes na investigação brasileira correspondem a um autoritarismo exacerbado, o qual penderá sempre pela conservação, ou quando não dizer manipulação, de atos defeituosos tidos sistematicamente como violadores, mas classificados como irregulares. Este mesmo agir autoritário mantém deturpada a instrumentalidade das

---

§ 2º Esgotado o prazo disposto no § 1º deste artigo com ausência de nomeação de defensor pelo investigado, a autoridade responsável pela investigação deverá intimar a instituição a que estava vinculado o investigado à época da ocorrência dos fatos, para que essa, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, indique defensor para a representação do investigado.

<sup>374</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Uma nova teoria das nulidades: processo penal e instrumentalidade constitucional. Tese (doutorado), 2010. 637 p. UFPR – Universidade Federal do Paraná. Disponível em: <http://hdl.handle.net/1884/24494>. Acesso em 05/05/2024, p. 229.

formas como “instrumentalidade dos fins” e de um “processo penal eficiente”, pautado em metas, números, estatísticas. Basta realizar a leitura do art. 572 do CPP e verificar que as nulidades ali especificadas podem ser consideradas sanadas, nos termos do inciso II<sup>375</sup>, quando atingirem seu fim, mesmo se praticadas de outro modo.

Quarto, a natureza jurídica do acordo de não persecução penal, estudada no capítulo anterior, poderá mover o juiz das garantias a não reconhecer as nulidades, expurgar os conteúdos representados por tais atos, ou até considerar abusiva a cláusula fundada na prova adquirida ilicitamente, ou seja, em descumprimento de regra processual.

A título de nota comparativa, enquanto o legislador restringiu o reconhecimento de nulidade ao processo penal, relação jurídica iniciada com o oferecimento e recebimento da denúncia, limitando termos técnicos importantes em face da proteção do indivíduo na seara investigatória, acabou por fazer, em contrapartida, a inserção do termo citação no § 1º do art. 14-A do Código de Processo Penal, gerando, a nosso ver, nítida confusão terminológica.

Quinto, faz-se importante que o juiz das garantias se apresente como garantidor e não simples gestor do acordo, com intuito evidente de conservá-lo. A propósito, um dos elementos mais importantes na investigação criminal é o tempo. Como já frisado, controlar a legalidade eficazmente em oposição ao pensamento efficientista dos órgãos de segurança pública e de boa parte dos membros do Ministério Público é tarefa das mais difíceis. Vários inquéritos policiais são confeccionados atualmente com um copiar-colar do APF – auto de prisão em flagrante, somando-se ao relatório e cujo peticionamento no Judiciário é imediato.

Se houver qualificação indireta, por exemplo, o imputado será intimado somente para se manifestar sobre a proposta propriamente dita, cujo material já foi produzido. O contraditório será frágil, postergado. Embora haja exceções, esta poderá ser a tônica da maioria dos casos penais.

E por fim, um sexto apontamento. Diferentemente do direito privado, onde, em regra, os direitos discutidos possuem disponibilidade pelas partes, no direito público processual penal, o bem jurídico negociado nos acordos penais é a liberdade, a qual não deveria assim o ser. No acordo de não persecução penal, discutem-se a reparação do dano e restituição de bens à vítima, renúncia de bens e direitos indicados pelo Ministério Público como oriundos da atividade criminosa, prestação de serviços à comunidade ou outra condição indicada também pelo MP desde que proporcional e compatível à infração penal. Percebe-se que todas as

---

<sup>375</sup> Art. 572. As nulidades previstas no art. 564, III, *d e e*, segunda parte, *g e h*, e IV, considerar-se-ão sanadas: II - se, praticado por outra forma, o ato tiver atingido o seu fim;

condições não deixam de ser sanções restritivas, em maior ou menor grau, do direito de liberdade do indivíduo.

Numa tão fragilizada fase de exercício efetivo da defesa, esperar a comprovação do prejuízo pelo imputado será um caminho inverso ao processo penal democrático e sistema acusatório. A investigação criminal defensiva será um alento e um fator preponderante à diminuição dos efeitos maléficos da não proteção do imputado através do instituto das nulidades.

## 5 CONCLUSÕES

O cenário de justiça penal negocial no Brasil se demonstrou ao longo da pesquisa uma realidade inevitável. O contexto de inclusão de novos instrumentos para aplicação de sanções penais formou-se a partir de propostas utilitaristas e efficientistas pelo Legislativo, mas que também ganhou apoio de grande parte da doutrina e jurisprudência, notadamente para auxiliar no controle do contingente processual.

O acordo de não persecução penal surgiu, então, com nítido apoio destes Poderes (Judiciário e Legislativo), mesmo sem grandes debates e discussões. Inicialmente, adentrou ao ordenamento através da Resolução nº 181/2017 – CNMP, e em 2019 por meio da lei nº 13.964, onde a maior parte de seu conteúdo foi conservada.

Sua estrutura foi descortinada em confronto com o texto constitucional, evidenciando-se máculas desde sua gênese embrionária até a roupagem jurídica dada pelos tribunais superiores, especialmente o Superior Tribunal de Justiça, o qual considerou como nítido instrumento político-criminal em detrimento de eventual direito subjetivo do acordante.

O estudo da (des) conformidade constitucional apresentou-se fundamental para entendermos como os direitos fundamentais se apresentariam neste novo panorama, a investigação criminal. Ao cotejar a legalidade, obrigatoriedade e indisponibilidade da ação penal, utilizou-se o método lógico-formal para constatar uma rigidez constitucional quanto à entrada de instrumentos consensuais abrangentes de crimes de médio ou elevado potencial ofensivo, na medida em que o art. 98, I, da Constituição Federal somente possibilitou a transação no âmbito dos juizados especiais criminais, cujos crimes incluídos são de menor potencial ofensivo.

A criação de novos instrumentos de consenso induz uma contra-classe não permitida pelo texto constitucional, principalmente por reduzir direitos fundamentais dispostos no art. 5º. Ademais, a categoria acordo penal para crimes de médio e elevado potencial ofensivo não se adequa sincronicamente à Constituição. Sua positivação não encontra guarida, de modo a estabelecer rupturas dogmáticas e anomalias na realidade prática do instituto. Ao final do capítulo, a análise concreta foi descortinada em meio à constitucionalidade reconhecida pelo STF, a nosso ver, sem aprofundamento e destoante dos estudos até então trazidos.

A declaração de constitucionalidade dos dispositivos infraconstitucionais implementadores do acordo de não persecução penal exige uma reestruturação constitucional para potencializar os direitos de primeira geração, tais como a liberdade, o devido processo

legal, ampla defesa, contraditório, bem como expressamente declarar o justo processo como cláusula processual obrigatória.

Nessa análise, procurou-se entender a concepção do justo processo e a dimensão de seus principais pilares: contraditório, ampla defesa e paridade de armas, apoiados por outros vetores igualmente importantes, tais como a imediação, oralidade e publicidade. Este estudo é imprescindível à hipótese de efetivação do justo processo no ANPP face a não reforma constitucional.

Sobre a concepção de justo processo, a partir de Paolo Ferrua, foi possível verificar o contraditório e paridade de armas direcionados ao *acerttamento* fático, assim como as dimensões axiológica e instrumento, objetiva e subjetiva. No ANPP, este *acerttamento* estará ligado à forma do acordo e não necessariamente à decisão judicial.

Quanto às dificuldades, o contraditório (real e efetivo) ainda está a par do caderno investigativo, pois a defesa do imputado não acompanha, em regra, a formação do elemento probatório, tal como oitiva de testemunhas, reconhecimentos pessoais, medidas cautelares de busca e apreensão, entre outras.

A necessidade de reforma constitucional e infraconstitucional é imperiosa, tal como ocorreu na Itália, por ocasião da mudança no art. 111, e nos diversos diplomas internacionais ao preverem a necessidade de um processo equo. No Brasil, como visto, o justo processo e a investigação defensiva ainda não foram regulamentados, seja a nível constitucional ou infraconstitucional. Por enquanto, somente a Ordem dos Advogados do Brasil editou regulamento, nos termos do Provimento nº 188, de 11 de dezembro de 2018, oriundo do Conselho Federal.

Já a imediação significa importante vetor a ser potencializado na fase primeira de persecução penal, especialmente com o implemento do juiz das garantias, o que resultará em maior qualidade ao caderno investigativo, além, como visto, de efeitos benéficos sobre legalidade dos atos praticados e salvaguarda dos direitos fundamentais do indivíduo.

Foi posto em debate como a oralidade pode se inserir na investigação criminal, sob um sistema processual democrático e que promova o contraditório e paridade de armas em busca do justo processo no ANPP. Percebeu-se que, embora as reformas processuais de 2008 tenham estruturalmente aumentado o espectro de direitos, não foi suficiente para atingir o desiderato, notadamente pela complexidade que envolve uma reforma.

Esta complexidade poderia ser aqui resumida em três perspectivas, a adotar-se a visão de Marcos Eugênio Vieira Melo: “o processo penal como parte de políticas de desenvolvimento do Estado no sentido de intervir nos conflitos mediante violência – análise

político-criminal do processo penal”, na qual a reforma deve ir além do direito processual, atingindo setores diversos do sistema de justiça criminal, tal como a organização policial e penitenciária e o contexto latino-americano. A segunda consiste na histórica, baseada na influência dos movimentos europeus de defesa dos direitos frente às colônias americanas. E a terceira, por fim, corresponde ao Estado autoritário enquanto controlador de conflitos, inserido num manto de desrespeito aos direitos fundamentais<sup>376</sup>.

A ampliação do contexto no qual se insere a oratória e sua importância para o processo penal se coaduna melhor com a respectiva amplitude de pensamento do jurista em saber como o dever-ser sofre graves limitações no campo do ser. Trata-se de melhor compreender porque as práticas autoritárias não se desartam do agir humano mesmo quando implementadas mudanças legislativas.

A estrutura constitucional de direitos fundamentais precisou ser enaltecida para além da fase judicial do processo penal, desde que a definição de processo seja ampliada para abranger a fase preliminar (investigação). Do contrário, a concepção de justo processo não ganharia espaço no acordo de não persecução penal, notadamente porque esta fase persecutória inicial alçou um patamar de decisão na aplicação da sanção penal mediante negociação entre as partes, imputado e órgão acusatório.

A concepção do justo processo traz em seus pilares valores epistêmicos e axiológicos suficientes para sua eficaz aplicabilidade, necessitando-se que haja uma reestruturação no sistema brasileiro de justiça, em duas perspectivas: legislativa, com a regulamentação do justo processo, que pode ocorrer, inclusive, em plano constitucional, e posteriormente, em infraconstitucional, com diretrizes específicas de efetivação já na investigação criminal e com atenção aos acordos penais não persecutórios elaborados; e judiciária, onde se exige mudança cultural (mentalidade autoritária) e jurídico-sistemático, onde se visualize um sistema de justiça como protetor dos direitos fundamentais da pessoa humana e não meramente instrumento político-criminal redutor de demandas, além, é claro, das mudanças epistêmicas e axiológicas na construção do processo penal, especificamente do início da investigação até a formalização do acordo.

A estrutura e a forma estiveram no centro da pesquisa sobre o justo processo e o ANPP, na possibilidade de se construir um “justo acordo”, não em sua dimensão meritória,

---

<sup>376</sup> MELO, Marcos Eugênio Vieira. **Cultura da Oralidade como técnica de efetivação do procedimento em contraditório e superação da tradição inquisitória**. Dissertação (Mestrado). 229 fls. Programa de Pós Graduação em Ciências Criminais (PUCRS). Porto Alegre, 2019. Disponível em: <https://tede2.pucrs.br/tede2/handle/tede/8609>, p. 154-155.

uma vez que um inocente poderá querer aderir, mas em sua dimensão processual, circunscrita ao exercício efetivo do contraditório, ampla defesa e paridade de armas como bases estruturais desta nova relação jurídica formada em sede de investigação.

O modelo ideal do justo processo no ANPP não deve ser voltado à pactuação por inocentes, mas é inegável que a atual conjuntura investigatória, revestida de autoritarismo, pragmatismo e inquisitorialidade levará inúmeros imputados que não cometeram o delito investigado a pensar em acordar com o Ministério Público o não prosseguimento da persecução penal.

Mas também se deve enaltecer outra dimensão como consequência da adoção ampla e conceitual de processo. A garantia de ampla defesa, contraditório e paridade de armas reduzirá a possibilidade de inocentes fazerem acordos, do mesmo modo que aumentará a justiça procedimental no ANPP. Ademais, percebeu-se que o garantismo penal necessita de amparo legislativo e axiológico quanto à aplicabilidade, especialmente num contexto latino americano caracterizado pelo autoritarismo.

Esse amparo passa por uma ampla reflexão sobre o papel do juiz das garantias enquanto garantidor da legalidade da investigação e dos direitos fundamentais do imputado. Sua atuação em meio aos atores processuais (Ministério Público e defesa) será imparcial, com vistas a evitar incursões probatórias de ofício.

Restou consignado, por outro lado, a advertência de não transformar o juiz das garantias em mero espectador de arbitrariedades ou sob outro extremo, protagonista da produção probatória. A presença do magistrado na investigação criminal deve sopesar os fundamentos básicos de sua existência (garantia da legalidade do procedimento e salvaguarda dos direitos fundamentais do imputado), primando pela dialética atuação das partes.

Este sopesamento evitará omissões sobre incursões indevidas pelo Ministério Público quando da proposição do acordo, algo semelhante ao que Bernd Schünemann identificou em seu estudo sobre o comportamento do juiz, no momento de prolação da sentença, ao confiar no promotor de justiça e convalidar erros de imputação<sup>377</sup>. No ANPP, esta relação se apresenta por ocasião do direito da análise de homologação do acordo proposto e ora aceito pelo imputado.

Certo de que o juiz não se imiscui no mérito das cláusulas, verificamos que seu comportamento pode ser decisivo no teor destas mesmas cláusulas, especialmente quando

---

<sup>377</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental. In: Revista Liberdades - nº 11 - setembro/dezembro de 2012. I Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Disponível em: <https://ibccrim.org.br/publicacoes/visualizar-pdf/453/1>, p. 43.

reconhece nulidades, potencializa a imediação e oralidade, bem como estende ao investigado efetivamente o direito ao contraditório e de produzir prova.

Ao final do segundo capítulo, analisou-se o estudo promovido pelo CNJ sobre a aplicabilidade do ANPP no cenário nacional. Nas entrevistas colhidas, notou-se a padronização na aplicação do Instituto, como a adoção unânime de prestação pecuniária, denotando-se o caráter utilitário do instituto. Mas, também se verificou de forma preocupante algumas varas admitirem ser proposto o acordo ainda em audiência de custódia, o que mitiga, quando não tolhe o direito de defesa, contraditório e paridade, principalmente pelos fatores surpresa e tempo.

Por fim, no último capítulo, foram investigadas as intercorrências e os respectivos cânones, em contrapartida, que faríamos adotar a concepção de justo processo no ANPP, tais como a densidade constitucional dos pilares fundamentais acima informados, os aspectos otimizadores, imediação e oralidade, acompanhados da superação do autoritarismo presente no processo penal, a presença da vítima e como restabelecer a balança entre órgão acusatório e imputado, assim como a confissão e o instituto das nulidades.

Sobre a confissão, evidentemente se percebe nos acordos penais a volta deste meio de prova como rainha das provas, na medida em que se torna um dos baluartes e requisitos para a confecção da transação. É inegável que confessar possa trazer certa intimidação ao imputado em produzir provas, já que se contentará em aderir à proposta ministerial. O direito é uno, e assim visto, deve-nos trazer a reflexão de que o sistema de direitos deve ser coerente o bastante para evitar desigualdades, e sobretudo, arbitrariedades.

A confissão impele no indivíduo clara limitação de ele próprio fiscalizar o processo, questionar laudos e documentos diversos, ficando à mercê de outras autoridades. A efetiva participação do investigado conduz à ativa atuação do juiz das garantias em reconhecer eventualmente nulidades que não reconheceria em caso de falta de resistência dele, imputado. O reconhecimento da nulidade é precedente à invalidação, consequente<sup>378</sup>. A aplicação efetiva das nulidades à investigação criminal conduz a outro consequente, o justo acordo.

De igual modo, a relação entre intercorrências e cânones é tênue o suficiente a ponto de se estudar como elas se comportam nos sistemas processuais penais. Daí porque a análise de sistemas paralelos ao acusatório, tais como o modelo adversarial no ANPP. Foi possível identificar pontos de contato e aplicabilidade no contexto atual, assim como problemas sistêmicos que geram dificuldades em se ver o acordo sob esta única perspectiva.

---

<sup>378</sup> ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Teoria da nulidade no processo penal. São Paulo: Noeses, 2016, p. 207.



Claros exemplos seriam a falta de estrutura de órgãos públicos de defensoria dos mais vulneráveis, falta de capacitação de alguns profissionais constituídos sobre esta nova realidade e, logicamente, a condição financeira de grande parcela da sociedade, de modo que inúmeros investigados não possuem condições de se defender desde o início da investigação, comprometendo a eficácia dos objetivos almejados com o acordo.

O fator tempo, tanto imputável ao vulnerável como ao mais preparado (financeiramente), é fator preponderante para a efetivação do justo processo. Não por acaso, teceu-se críticas à antecipação do ANPP à audiência de custódia (Resolução nº 181/2018 - CNMP) e o perigo de se abraçar tal precedente. A construção do acordo deve estar atrelada inevitavelmente à forma adotada.

O exercício do contraditório em condição de paridade prescinde da forma como garantia e do tempo razoável para se exercer. O justo processo no acordo de não persecução penal depende de uma gênese constitucional implementada, objetivamente, e subjetivamente do retrocesso autoritário institucional no processo penal brasileiro.

## REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. **Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo**. São Paulo: Noeses, 2011.

ADEODATO, João Maurício. **Bases para uma metodologia da pesquisa em direito**. Disponível em:

[http://www.planejamentotributario.ufc.br/artigo\\_Bases\\_Metodologia\\_Pesquisa\\_em\\_Direito.pdf](http://www.planejamentotributario.ufc.br/artigo_Bases_Metodologia_Pesquisa_em_Direito.pdf). Acesso em 15/05/2024.

ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Efeito vinculante e concretização do direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009.

ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Teoria da nulidade no processo penal**. São Paulo: Noeses, 2016.

ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal em conformidade com a teoria do direito**. São Paulo: Noeses, 2021.

ALEXANDER, Michelle. **A nova segregação: racismo e encarceramento em massa**. São Paulo: Bomtempo, 2017.

ALVES MASCARENHAS NARDELLI, M. (2015). A EXPANSÃO DA JUSTIÇA NEGOCIADA E AS PERSPECTIVAS PARA O PROCESSO JUSTO: A PLEA BARGAINING NORTE-AMERICANA E SUAS TRADUÇÕES NO ÂMBITO DA CIVIL LAW. **Revista Eletrônica De Direito Processual**, 14(1). Recuperado de <https://www.e-publicacoes.uerj.br/redp/article/view/14542>. Acesso em 23/03/2024.

AVELAR, Daniel; FAUCZ, Rodrigo. **O sistema adversarial inglês e o surgimento da defesa técnica**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jul-31/tribunal-juri-sistema-adversarial-ingles-surgimento-defesa-tecnica/>. Acesso em 24/04/2024.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. 4ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

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

BINDER, Alberto M. **Iniciación al proceso penal acusatorio**. BINDER, Alberto M. *Iniciación al proceso penal acusatorio*. Campomanes: Buenos Aires, 2000.

BINDER, Alberto M. **Introducción al derecho procesal penal**. Segunda edición actualizada y ampliada. Disponível em: [https://aulavirtual4.unl.edu.ar/pluginfile.php/6885/mod\\_resource/content/1/Introducci%C3%B3n-al-derecho-Procesal-Penal.-Binder.pdf](https://aulavirtual4.unl.edu.ar/pluginfile.php/6885/mod_resource/content/1/Introducci%C3%B3n-al-derecho-Procesal-Penal.-Binder.pdf). Acesso em 30/03/2024.

BOBBIO, Noberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Apresentação de Tércio Sampaio Ferraz Jr. São Paulo: Polis; Brasília: Editora Univerdade de Brasília, 1989.

BRASIL. **Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986**. Define os crimes contra o sistema financeiro nacional, e dá outras providências. Brasília, DF. Diário Oficial da União, 1986. Acesso em 18.06.2023.

BRASIL. **PROJETO DE LEI Nº 10372/18**. Introduce modificações na legislação penal e processual penal para aperfeiçoar o combate ao crime organizado, aos delitos de tráfico de drogas, tráfico de armas e milícia privada, aos crimes cometidos com violência ou grave ameaça e crimes hediondos, bem como para agilizar e modernizar a investigação criminal e a persecução penal. Disponível em:  
<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2178170>. Acesso em 29.06.2023.

BRASIL. **PL nº 156/09**. Código de Processo Penal. Disponível em:  
<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/90645>. Acesso em 29.06.2023.

BRASIL. **PL 8045**. Código de Processo Penal. Disponível em:  
<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263&fichaAmigavel=nao>. Acesso em 29.06.2023.

BRASIL. **DECRETO Nº 678, DE 6 DE NOVEMBRO DE 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em:  
[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm). Acesso em 28/05/2023.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 6298. PLENO. REQTE (S): ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS E OUTRO (A / S. RELATOR: MIN. LUIZ FUX. DATA DE JULGAMENTO: 24/08/2023. DATA DE PUBLICAÇÃO: 19/12/2023. Disponível em:  
<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15363755297&ext=.pdf>. Acesso em 22/03/2024.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Habeas Corpus nº 657.165/RJ. SEXTA TURMA. IMPETRANTE: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. PACIENTE: GERSON BRENO VIANA ROSA. RELATOR: MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ. DATA DE JULGAMENTO: 09/08/2022. DATA DE PUBLICAÇÃO: 18/08/2022. Disponível em:  
[https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202100976515&dt\\_publicacao=18/08/2022](https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202100976515&dt_publicacao=18/08/2022). Acesso em: 28.05.2023.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA AgRg no HC 701443 / MS. SEXTA TURMA. AGRAVANTE: D DE A DO N. AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL. IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL. RELATORA: MINISTRA LAURITA VAZ. DATA DE JULGAMENTO: 04/10/2022. DATA DE PUBLICAÇÃO: 10/10/2022. Disponível em:

[https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202103378128&dt\\_publicacao=10/10/2022](https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202103378128&dt_publicacao=10/10/2022). Acesso em 28/05/2023.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA HC 822. 947 / GO. QUINTA TURMA. IMPETRANTE: MARILIA GABRIELA GIL BRAMBILLA E OUTRO. IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE GOIÁS. PACIENTE: EDSON LUIS DE PAULA PERES. INTERES: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS. RELATOR: MINISTRO RIBEIRO DANTAS. DATA DE JULGAMENTO: 27/06/2023. DATA DE PUBLICAÇÃO: 30/06/2023. Disponível em:

[https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202301580600&dt\\_publicacao=30/06/2023](https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202301580600&dt_publicacao=30/06/2023). Acesso em 28/05/2023.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Súmula 337, STJ: “É cabível a suspensão condicional do processo na desclassificação do crime e procedência parcial da pretensão punitiva”. Disponível em:

<https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?livre=SUMULA+337&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO&p=true&tp=T>. acesso em 28/05/2023.

CAMARGO, Rodrigo Oliveira de; BULHÕES, Gabriel. **DEFESA PENAL EFETIVA NO BRASIL: DESAFIOS DA ATUAÇÃO DEFENSIVA NA INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR EM MEIO AO SISTEMA ACUSATÓRIO**. Desafiando a Inquisição: Ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil, Volume III, Registro Propiedad Intelectual: A-300207 ISBN: 978-956-8491-59-8, 2019.

CARNELUTTI, Francesco. **Como se faz um processo**. 2ª ed. São Paulo: Editora Minelli, 2004.

CARTA AFRICANA DOS DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS. Disponível em: <https://achpr.au.int/index.php/pt/charter/carta-africana-dos-direitos-humanos-e-dos-povos>. Acesso em 17/12/2023.

CARVALHO, Aurora Tomasini. **Teoria geral do direito: o Constructivismo Lógico-Semântico**. Orientador: Paulo de Barros Carvalho, 2009, 623 páginas. Tese (doutorado em direito). Disponível em: <https://repositorio.pucsp.br/jspui/handle/handle/8649>. Acesso em 08.04.2023.

CARVALHO, LUIS GUSTAVO GRANDINETTI CASTANHO DE; MILANEZ, BRUNO AUGUSTO VIGO. **O JUIZ DE GARANTIAS BRASILEIRO E O JUIZ DE GARANTIAS CHILENO: BREVE OLHAR COMPARATIVO**. Disponível em: <file:///C:/Users/crist/Downloads/Juiz%20de%20garantias%20brasileiro%20e%20juiz%20de%20garantias%20chileno.pdf>. Acesso em 25/03/2024.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: linguagem e método**. 8ª ed. São Paulo: Noeses, 2021.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Il “giusto processo” civile in Italia e in Europa. In: **Revista de Processo, Ano 29, n. 116, julho-agosto de 2004**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. ISSN 0100-1981.

COMOGLIO, Luigi Paolo. IL "GIUSTO PROCESSO" CIVILE NELLA DIMENSIONE COMPARATIVISTICA **Revista de Processo** | vol. 108/2002 | p. 133 - 183 | Out - Dez / 2002 **DTR\2002\830**. Disponível em:

[https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/7878318/mod\\_resource/content/1/COMOGLIO%20-%20GIUSTO%20PROCESSO%20-%20DISCIPLINA%20COMPARATIVISTICA.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/7878318/mod_resource/content/1/COMOGLIO%20-%20GIUSTO%20PROCESSO%20-%20DISCIPLINA%20COMPARATIVISTICA.pdf). Acesso em 21.04.2024.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **RESOLUÇÃO Nº 181, DE 07 DE AGOSTO DE 2017**. Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Disponível em:

<https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resoluo-181-1.pdf>. Acesso em 28/05/2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Fortalecendo vias para as alternativas penais [recurso eletrônico]: um levantamento nacional da aplicação do Acordo de não Persecução Penal no Brasil / Conselho Nacional de Justiça ... [et al.]; coordenação de Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi ... [et al.]. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Justiça em Números 2020**: ano-base 2019/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2020, p. 192. Disponível em:

<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/08/rel-justica-em-numeros2020.pdf>. Acesso em: 16.04.2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Justiça em Números 2022** / Conselho Nacional de Justiça. – Brasília: CNJ, 2023, p. 32-33P. 104. Disponível em:

<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf>. Acesso em 16.04.2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Justiça em Números 2023** / Conselho Nacional de Justiça. – Brasília: CNJ, 2023, p. 224. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/08/justica-em-numeros-2023.pdf>. Acesso em 16.04.2024.

CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM. Disponível em:

[https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention\\_por](https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_por). Acesso em 17.12.2023.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá, 1989.

COUTINHO, Sergio. **Metodologia para pesquisas jurídicas e sociais**. Maceió: Viva Editora, 2013.

COUTO, Marco. **Acordo de não persecução penal e plea bargaining norte-americana**: comparar para compreender. Curitiba: Juruá, 2022.

CRUZ, Flávio Antônio da. Plea Bargaining e delação premiada: algumas perplexidades.

**Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR**, Edição 02 - Dezembro de 2016.

CUNHA, Rogério Sanches et al. **Acordo de não persecução penal**. 3ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

DA COSTA, S. H. C. C. C., DE OLIVEIRA, I. R., & DE POLI, C. M. (2022). A IMPORTÂNCIA DO JUIZ DAS GARANTIAS PARA A CONCRETIZAÇÃO DE UMA JURISDIÇÃO PENAL IMPARCIAL. *Caderno PAIC*, 23(1), 221–242. Disponível em: <https://cadernopaic.fae.edu/cadernopaic/article/view/494>. Acesso em 22/03/2024.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM (DUDH). Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/154492>. Acesso em 29.06.2023.

DICIONÁRIO ONLINE DE PORTUGUÊS. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/co/>. acesso em 01/05/2024.

FARIA, Geraldo Magela Gaudêncio. **Iniciação à arte do plano de trabalho e do projeto de pesquisa**. Maceió: EDUFAL, 2013.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRUA, P. (2017). Gênese da reforma constitucional do “giusto processo” na Itália. *Revista Brasileira De Direito Processual Penal*, 3(2), 661–688. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i2.61>. Acesso em 09.06.23.

FIANI, Ronaldo. **Teoria dos jogos: com aplicações em economia, administração e ciências sociais**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

FOUCAULT, Michel. **O Governo dos vivos**. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

GALLO, Carlos Alberto Provinciano. Juizado de instrução francês.: subsídios para sua adoção pelo Direito Brasileiro. In: **R. Inf. Legisl. Brasília**, a. 17, n. 68 – out-dez, 1980. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181259/000390281.pdf?sequence=3&isAllowed=y#:~:text=O%20juiz%20de%20instru%C3%A7%C3%A3o%20deve%20assegurar%20%C3%A0%20pessoa%20presa%20ou,examinador%2C%20sobretudo%2C%20de%20pr ovas>. Acesso em: 22/03/2024.

GIACOMOLLI, Nereu José. Algumas marcas inquisitoriais do Código de Processo Penal brasileiro e a resistência às reformas. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, p. 143-165, 2015. <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.8>.

GIACOMOLLI, N. J.; GOMES DE VASCONCELLOS, V. JUSTIÇA CRIMINAL NEGOCIAL: CRÍTICA À FRAGILIZAÇÃO DA JURISDIÇÃO PENAL EM UM CENÁRIO DE EXPANSÃO DOS ESPAÇOS DE CONSENSO NO PROCESSO PENAL. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí (SC), v. 20, n. 3, p. 1108–1134, 2015. DOI: 10.14210/nej.v20n3.p1108-1134. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/8392>. Acesso em: 1 maio. 2024.

GOMES, Decio Luiz Alonso. **Imediação processual penal: definição de conceito, incidência e reflexos no direito brasileiro**. 2013. Tese (Doutorado em direito processual penal). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2013. Disponível em: [doi:10.11606/T.2.2013.tde-07102014-144304](https://doi.org/10.11606/T.2.2013.tde-07102014-144304). Acesso em: 24.04.2024.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Uma nova teoria das nulidades**: processo penal e instrumentalidade constitucional. Tese (doutorado), 2010. 637 p. UFPR – Universidade Federal do Paraná. Disponível em: <http://hdl.handle.net/1884/24494>. Acesso em 05/05/2024.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; e FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. Censo atualizado até 27.10.2023. Disponível em [https://censo2022.ibge.gov.br/panorama/?utm\\_source=ibge&utm\\_medium=home&utm\\_campaign=portal](https://censo2022.ibge.gov.br/panorama/?utm_source=ibge&utm_medium=home&utm_campaign=portal). Acesso em 20.04.2024.

ITALIA. **COSTITUZIONE DELLA REPUBBLICA ITALIANA**. Disponível em: [https://www.quirinale.it/allegati\\_statici/costituzione/costituzione.pdf](https://www.quirinale.it/allegati_statici/costituzione/costituzione.pdf). Acesso em 14.08.2023.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

JARDIM, Afrânio Silva; Souto Maior, Pierre. **Primeiras impressões sobre a Lei 13.964/2019: aspectos processuais**. Disponível em: <https://emporiiodireito.com.br/leitura/primeiras-impressoes-sobre-a-lei-n-13-964-19-aspectos-processuais>. Acesso em 22.04.2024.

JARDIM, Afrânio Silva. **O princípio da obrigatoriedade da ação penal pública e os punitivistas**. Disponível em: <https://emporiiodireito.com.br/leitura/o-principio-da-obrigatoriedade-da-acao-penal-publica-e-os-juristas-punitivistas>. Acesso em 22.04.2024.

JARDIM, Afrânio Silva. **Plea Bargain**: a derrocada do princípio da legalidade, fundante do nosso processo penal democrático. Disponível em: <https://emporiiodireito.com.br/leitura/plea-bargain-a-derrocada-do-principio-da-legalidade-fundante-do-nosso-processo-penal-democratico>. Acesso em 24.04.2024.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LOPES JR, Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. 7ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

LOPES JR, Aury. Testemunho "hearsay" não é prova ilícita, mas deve ser evitada. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-out-30/limite-penal-testemunho-hearsay-nao-prova-ilicita-evitada2/>. Acesso em 27/04/2024.

MECCARELLI, M. (2016). A História do Direito na América Latina e o Ponto de Vista Europeu: Perspectivas Metodológicas de um Diálogo Historiográfico. **Revista Da Faculdade**

**De Direito Da Universidade Federal De Uberlândia**, 43(2).  
<https://doi.org/10.14393/RFADIR-v43n2a2015-34420>.

MAYA, André Machado. O JUIZADO DE GARANTIAS COMO FATOR DETERMINANTE À ESTRUTURAÇÃO DEMOCRÁTICA DA JURISDIÇÃO CRIMINAL: O CONTRIBUTO DAS REFORMAS PROCESSUAIS PENAIS LATINO-AMERICANAS À REFORMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRA. In: **Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica**, Vol. 23 - n. 1 - jan-abr 2018. Doi: 10.14210/nej.v23n1.p71-88. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/13036>. Acesso em 23/03/2024.

MELO, Marcos Eugênio Vieira. **Cultura da Oralidade como técnica de efetivação do procedimento em contraditório e superação da tradição inquisitória**. Dissertação (Mestrado). 229 fls. Programa de Pós Graduação em Ciências Criminais (PUCRS). Porto Alegre, 2019. Disponível em: <https://tede2.pucrs.br/tede2/handle/tede/8609>.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 17ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

MENDONÇA, Andrey Borges de; CAMARGO, Fernão Pompeu de; e RONCADA, Kátia Hermínia M. L. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E A JUSTIÇA RESTAURATIVA: Mais um passo no caminho da transformação social. In: **Direitos fundamentais em processo: estudos em comemoração aos 20 anos da Escola Superior do Ministério Público da União** / organizadores: Paulo Gustavo Gonet Branco, Manoel Jorge e Silva Neto, Helena Mercês Claret da Mota, Cristina Rasia Montenegro, Carlos Vinícius Alves Ribeiro. -- Brasília: ESMPU, 2020. 848 p. ISBN 978-65-88299-96-8 ISBN (eletrônico) 978-85-9527-045-9. Disponível em: [https://escola.mpu.mp.br/publicacoes/obras-avulsas/e-books-esmpu/direitos-fundamentais-em-processo-2013-estudos-em-comemoracao-aos-20-anos-da-escola-superior-do-ministerio-publico-da-uniao/4\\_acordo-de-nao-persecucao-penal.pdf](https://escola.mpu.mp.br/publicacoes/obras-avulsas/e-books-esmpu/direitos-fundamentais-em-processo-2013-estudos-em-comemoracao-aos-20-anos-da-escola-superior-do-ministerio-publico-da-uniao/4_acordo-de-nao-persecucao-penal.pdf). Acesso em 24/04/2024.

MILANEZ, Bruno. **Prova processual penal como fenômeno de linguagem**. Disponível em <https://canalcienciascriminais.com.br/prova-processual-penal-como-fenomeno-de-linguagem/>. Acesso em 05/05/2024.

MIRANDA, Gladson Rogério de Oliveira. **O inquérito policial na sociedade complexa**. Dissertação (Mestrado). Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS). 135 p. 2007. Disponível em: <https://tede2.pucrs.br/tede2/handle/tede/4753>. Acesso em 28/04/2024.

Moderno. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/moderno/>. Acesso em 29.06.2023.

MOREIRA, Herivelto e MOREIRA, Luiz Gonzaga Caleffe. **Metodologia da pesquisa para o professor pesquisador**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lamparina, 2008.

NICOLITT, André Luiz; WEHRS, Carlos Ribeiro. **Intervenções corporais no processo penal e a nova identificação criminal: Lei nº 12.654/2012**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.



NOGUEIRA, Pedro Henrique; CABRAL, Antônio de Passo. **Negócios processuais**. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015.

OLIVEIRA, Alexandre Luiz Alves de. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA PENAL, p. 18. In: **Presunção de inocência: estudos em homenagem ao professor Eros Grau** / organizador: Felipe Martins Pinto. — Belo Horizonte: Instituto dos Advogados de Minas Gerais, 2019. ISBN: 978-65-81289-00-3.

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

ORLANDI, Renzo. Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 2, n. 1, p. 7 - 41, 2016. <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v2i1.1>. Acesso em 25.11.2023.

OLIVEIRA, Luiz Rogério Monteiro de. **A confissão em júízo: características, vícios e sua valoração**. 2015. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. doi:10.11606/T.2.2017.tde-04102017-085858. Acesso em: 2024-05-05.

PEREIRA, Frederico Valdez. **Fundamentos do justo processo penal convencional: as garantias processuais e o valor instrumental do devido processo**. São Paulo: D'Plácido, 2021.

PESSOA, Nelson R. **La nulidad en proceso penal: estudio de los "silencios normativos aparentes"**. 3. ed. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2013.

POZZEBON, F. D. de Ávila; SILVA, A. P. G. da. JUIZ DAS GARANTIAS E ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: UMA RELAÇÃO EM PROL DA LEGALIDADE DA INVESTIGAÇÃO E DA TUTELA DOS DIREITOS INDIVIDUAIS. **Revista da AJURIS - QUALIS A2, [S. l.]**, v. 49, n. 153, p. 187–214, 2023. Disponível em: <https://revistadaajuris.ajuris.org.br/index.php/REVAJURIS/article/view/1143>. Acesso em: 22 mar. 2024.

PLANO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL. Disponível em: [https://www.gov.br/depen/pt-br/composicao/cnpcp/plano\\_nacional/plano-nacional-de-politica-criminal-e-penitenciaria-2020-2023.pdf](https://www.gov.br/depen/pt-br/composicao/cnpcp/plano_nacional/plano-nacional-de-politica-criminal-e-penitenciaria-2020-2023.pdf). Acesso em 20.05.2023.

PRADO, Geraldo. **Transação penal**. 2ª ed, rev e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris, 2006.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 3º ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos**. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

ROBALO, T. L. (2020). A vítima de crimes e o Tribunal Penal Internacional: um modelo irrefutável para o legislador interno. **Revista Brasileira De Direito Processual Penal**, 6(3), 1417-1444. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i3.349>. Acesso em 28/04/2024.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do processo penal estratégico**: de acordo com a teoria dos jogos e MCDA-A. Florianópolis: Emais, 2021.

ROSA, Alexandre Morais da; KHALED JR, Salah H. **In dubio pro hell 3**: fascismo e poder punitivo. Santa Catarina: Emais, 2020.

ROSA, Alexandre Morais da; DA ROSA, Luísa Walter; BERMUDEZ, André Luiz. **Como negociar o acordo de não persecução penal**: limites e possibilidades; Florianópolis: Emais, 2021.

SANTOS, Alexandre Cesar dos. **Investigação criminal defensiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022.

SANTOS, Sandro Augusto dos. **Audiência de custódia no processo penal fraterno**. São Paulo: Editora Dialética, 2023.

SCHENK, L. F. (2016). BREVE RELATO HISTÓRICO DAS REFORMAS PROCESSUAIS NA ITÁLIA. UM PROBLEMA CONSTANTE: A LENTIDÃO DOS PROCESSOS CÍVEIS. **Revista Eletrônica De Direito Processual**, 2(2). Recuperado de <https://www.e-publicacoes.uerj.br/redp/article/view/23735>. Acesso em 12/06/2023.

SCHÜNEMANN, B. 2004. Cuestiones básicas de la estructura y reforma del procedimiento penal bajo una perspectiva global. **Derecho Penal y Criminología**. 25, 76 (dic. 2004).

SCHÜNEMANN, Bernd. O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental. In: **Revista Liberdades** - nº 11 - setembro/dezembro de 2012. I Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Disponível em: <https://ibccrim.org.br/publicacoes/visualizar-pdf/453/1>.

SOUZA, David Tarciso Queiroz de. **A permeabilidade inquisitória do processo penal em relação aos atos de investigação preliminar**. Dissertação (Mestrado). 147 fls. Orientador: Prof. Dr. Aury Lopes Júnior. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul / Faculdade de Direito / Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, Porto Alegre, 2016.

SONTAG, Ricardo. Para uma história da delação premiada no Brasil. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 5, n. 1, p. 441-468, jan./abr., 2019. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i1.220>. Acesso em 18.06.2023.

SILVA, Larissa Marila Serrano da. **A CONSTRUÇÃO DO JUIZ DAS GARANTIAS NO BRASIL**: A Superação da Tradição Inquisitória. Orientador: Professor Doutor Sérgio Luiz Souza Araújo. 118 fls. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito – UFMG, Belo Horizonte, 2012, p. 12-13. Disponível em: <http://hdl.handle.net/1843/BUBD-99QJAH>. Acesso em 22/03/2024.

STRECK, L. L., & DE OLIVEIRA ZANCHET, G. (2021). O Juiz das Garantias na Lei n. 13.964/2019: A Imparcialidade do Julgador e as Indevidas Críticas Contra sua Constitucionalidade. **Direito Público**, 18(98). <https://doi.org/10.11117/rdp.v18i98.4644>. Acesso em 23/03/2024.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de processo penal e execução penal**. 16ª ed, restrut, revis e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2021.

TEIXEIRA, Jander da Cunha. **A confissão no acordo de não persecução penal**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-dez-30/jander-cunha-confissao-acordo-nao-persecucao-penal/>. Acesso em 01/05/2024.

TRANSMONTANO, João Pedro Teixeira; CABRERA, Michelle Gironda. **O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: PLEA BARGAINING À BRASILEIRA E A (IM) POSSIBILIDADE DO INSTITUTO EM UM PARADIGMA INQUISITÓRIO**. Disponível em: <https://repositorio.animaeducacao.com.br/handle/ANIMA/13377>. Acesso em 27.06.2023.

VALARINE, Victor. **Processo penal adversarial: influencias sobre a regulamentação da produção da prova oral no processo penal brasileiro**. Dissertação (mestrado). Universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2018. Disponível em: [https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-24072020-001150/publico/7213636\\_Dissertacao\\_Original.pdf](https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-24072020-001150/publico/7213636_Dissertacao_Original.pdf). Acesso em 27/04/2024.

VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro**. Monografia vencedora do 19º concurso de monografias de ciências criminais – IBCCRIM. São Paulo, 2015.

VASCONCELOS, Vinícius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal** (livro eletrônico). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

VERONESE, Alexandre; FILHO, Roberto Fragale. **Ensinar direito o direito**. São Paulo: Saraiva, 2015.

VOCKES, Sônia Aparecida Dal Moro; e LÜBECK, Marcos. **SÍMBOLOS MATEMÁTICOS: origem, criação e significados**. Disponível em: [http://www.diaadiaeducacao.pr.gov.br/portals/cadernos/pdebusca/producoes\\_pde/2014/2014\\_unioeste\\_mat\\_artigo\\_sonia\\_aparecida\\_dal\\_moro\\_vockes.pdf](http://www.diaadiaeducacao.pr.gov.br/portals/cadernos/pdebusca/producoes_pde/2014/2014_unioeste_mat_artigo_sonia_aparecida_dal_moro_vockes.pdf). Acesso em 27.06.2023.