Justiça Penal Negocial: perspetivas e avanços dos espaços de consenso no Brasil e em Portugal

Carolina Santos Lima

Dissertação de Mestrado em Direito – Especialização em Ciências Jurídico-Políticas

Orientação: Profa.Dra. Ana Paula Guimarães

Janeiro, 2024

UNIVERSIDADE PORTUCALENSE

IMP.GE.84.1.

Justiça Penal Negocial: perspetivas e avanços dos espaços de consenso no Brasil e em Portugal

Carolina Santos Lima

Dissertação de Mestrado em Direito – Especialização em Ciências Jurídico-Políticas

Orientação: Profa.Dra. Ana Paula Guimarães

Janeiro. 2024

UNIVERSIDADE PORTUCALENSE

IMP.GE.84.1

DECLARAÇÃO DE NÃO PLÁGIO E DE ORIGINALIDADE

Declaro, sob compromisso de honra, para os devidos efeitos, ter atuado com integridade na elaboração do presente trabalho académico e confirmo que o texto é de minha inteira e exclusiva autoria, que não recorri à prática de plágio nem a qualquer forma de utilização indevida ou falsificação de informações ou resultados em nenhuma das etapas conducentes à sua elaboração, que o presente trabalho é original e que as citações dos autores e bibliografia utilizados estão devidamente identificados.

Mais declaro que conheço e que respeitei o Código de Conduta Ética da Universidade Portucalense. Mais declaro, ainda, que os orientadores não tiveram participação ativa no conteúdo versado e no texto escrito nesta dissertação de mestrado. Toda e qualquer fraude que vier a ser detetada é de minha inteira e exclusiva responsabilidade.

Data: 17 de Janeiro de 2024

Assinatura:

Agradecimentos

O mestrado em Portugal não é apenas acadêmico, é uma reconexão com minhas raízes familiares, uma herança que carrego com orgulho e gratidão.

Agradeço, assim, aos meus pais, que sempre apoiaram meus sonhos e me dedicam um amor incondicional que me impulsiona a alcançar novos horizontes. Vocês são minha constante inspiração. Sem vocês nada seria possível.

Aos meus sócios, Marcio Barandier, Luiz Filipe Ribeiro e Carla Maggi, pela compreensão nos momentos de ausência, pelo apoio incansável e pela confiança depositada em mim. É com vocês que aprendo e evoluo todos os dias.

Ao meu companheiro, por me suportar nos dias mais estressantes, por compreender as ausências e por ser meu porto seguro em todas as etapas da vida.

À minha orientadora, pela orientação sábia, paciência e estímulo constante à excelência, expresso meu reconhecimento sincero.

Aos mestres em Portugal, que tanto me ensinaram ao longo dos últimos anos.

Aos meus colegas de turma, que foram companheiros de jornada, fontes de apoio e inspiração. Juntos, superamos desafios e celebramos conquistas.

E, por fim, à todos que, de alguma forma, contribuíram para esta conquista, meu mais sincero agradecimento.

Justiça Penal Negocial: perspetivas e avanços dos espaços de consenso no Brasil e em Portugal

Resumo

Pretende-se examinar a trajetória do Processo Penal e da Justiça Consensual, com foco no contexto e nos desafios relacionados à implementação dos mecanismos de negociação. O objetivo é analisar criticamente a compatibilidade desses institutos negociais com as regras de direito penal e processual penal clássicas, bem como o potencial que esses mecanismos de barganha têm para aprimorar o sistema de justiça criminal. A ideia é explorar, no primeiro capítulo, a evolução do poder punitivo do Estado, a necessidade de punição por meio do processo penal, os sistemas processuais penais, os princípios que devem ser respeitados ao longo do processo para, após, comentarmos sobre a crise do sistema judiciário, o paradigma do encarceramento em massa, o espectro da violência e a ineficácia das abordagens antigarantistas, e como tais aspetos influenciaram a implementação de mecanismos de consenso no âmbito criminal. Abordaremos e problematizaremos também como essa estrutura de negociação pode ser inserida dentro de um ordenamento jurídico no qual se deve observar o princípio da obrigatoriedade/legalidade. Expondo de que forma a justiça penal negocial pode ser adequada aos conceitos de legalidade, oportunidade e consenso no âmbito dos procedimentos criminais, e como pode ser compatibilizada com os princípios subjacentes à justiça negociada, incluindo ampla defesa, contraditório, presunção de inocência e proteção contra autoincriminação. Pretende-se oferecer uma análise abrangente da justiça consensual, apresentando modelos internacionais e, mais detalhadamente, sua implementação no Brasil e em Portugal, contribuindo para o debate sobre as vantagens e desvantagens da justiça consensual, em especial quanto à necessidade de participação efetiva do defensor do acusado/arguido na negociação dos acordos, propondo medidas para o aprimoramento da atuação dos defensores, sejam eles públicos ou privados.

Palavras-chave: Justiça penal consensual, Garantias fundamentais do processo penal, Princípio da oportunidade; Papel da defesa do acusado; Estratégias negociais.

Justiça Penal Negocial: perspetivas e avanços dos espaços de consenso no Brasil e em Portugal

Abstract

The current paper aims to investigate the trajectory of Criminal Procedure and Consensual Justice, focusing on the context and challenges related to the implementation of negotiation mechanisms. The aim is to critically analyze the compatibility of these negotiation institutes with the classic rules of criminal law and criminal procedure, as well as the potential of these bargaining mechanisms to improve the criminal justice system. The idea is to explore, in the first chapter, the evolution of the state's punitive power, the need for punishment through criminal proceedings, criminal procedural systems, the principles that must be respected throughout the process, and then comment on the crisis in the justice system and the cultural paradigm of mass incarceration, the specter of violence and the effectiveness of anti-guarantee approaches, and how these aspects have influenced the implementation of consensus mechanisms. We will also address and problematize how this structure can be inserted within a legal system in which the principle of legality must be observed. We will explain how negotiated criminal justice can be adapted to the concepts of legality, timeliness, and consensus in the context of criminal proceedings, and how it can be made compatible with the principles underlying negotiated justice, including ample defense, adversarial proceedings, the presumption of innocence and protection against self-incrimination. The aim is to offer a comprehensive analysis of consensual justice, presenting international models and, in more detail, its implementation in Brazil and Portugal, contributing to the debate on the advantages and disadvantages of consensual justice, especially with regard to the need for effective participation by the defender of the accused/defendant in the negotiation of agreements, and proposing measures to improve it.

Keywords: Consensual criminal justice, Fundamental guarantees of criminal procedure, Principle of opportunity; Role of the accused's defense; Negotiation strategies.

Índice de Abreviaturas

ANPP – Acordo de não Persecução Penal.
CFRB/88 – Constituição Federal Brasileira de 1988.
CPC – Código de Processo Civil.
CPP – Código de Processo Penal.
CRP – Constituição da República Portuguesa.
CP – Código Penal.
EUA – Estados Unidos da América.
JECRIM – Juizados Especiais Criminais.
MP – Ministério Público.
ONU – Organização das Nações Unidas.
STF – Supremo Tribunal Federal.
STJ/BR – Superior Tribunal de Justiça
STJ – Supremo Tribunal de Justiça.
TEDH –Tribunal Europeu de Direitos Humanos.
WPB – World Prison Brief.

Índice

Introdução 11

Capítulo 1 15

1. O contexto e a trajetória do processo penal contemporâneo 15

1.1. A evolução do Estado e a necessidade de solucionar conflitos 15

1.2. O "*jus puniendi*" 18

1.3. Sistemas processuais penais: a separação das responsabilidades de acusar e julgar 22

1.4. Sistemas processuais penais no Brasil e em Portugal: o modelo acusatório e desafios da justiça penal negocial 26

1.5. Devido processo legal: princípios constitucionais e enfoques processuais penais 30

1.5.1. Princípios do contraditório e da ampla defesa 31

1.5.2. Princípio da presunção de inocência e o direito ao silêncio 35

1.5.3. Princípio da legalidade 37

1.5.4. Princípio da obrigatoriedade (indisponibilidade) da ação penal ... 40

1.5.5. Mitigação do princípio da obrigatoriedade e o "princípio da oportunidade" 42

Capítulo 2 46

2. A crise do sistema processual penal: expansão da justiça penal negocial e os espaços de consenso no direito comparado 46

2.1.1. A lenda do direito penal como "*ultima ratio*" 47

2.1.2. A administrativização do direito penal 49

2.1.3. Os perigos da expansão do poder punitivo e a questão da impunidade 51

2.1.4. O caminho já iniciado da justiça penal negocial: o modelo americano (*plea bargaining*) e modelos no espaço europeu 54

Capítulo 3 64

3. Espaços de consenso na justiça criminal brasileira 64

3.1. Juizados especiais criminais e a “desformalização” do processo penal 64

3.1.1. Composição dos danos civis 67

3.1.2. Transação penal..... 68

3.1.3. Suspensão condicional do processo..... 74

3.1.4. Colaboração premiada 80

3.1.4.1. Evolução histórica..... 85

3.1.4.2. A legalidade e a autonomia da vontade 87

3.1.4.3. Benefício previsto na Lei n.º 12.850/2013 e o microssistema da colaboração premiada 90

3.1.5. Acordo de não persecução penal 98

Capítulo 4..... 107

4. Espaços de consenso no processo penal Português..... 107

4.1. Arquivamento em caso de Dispensa da Pena..... 109

4.2. Suspensão Provisória do Processo 110

4.3. Processo sumaríssimo 114

4.4. Mediação penal (Lei n.º 21/2007 de 12 de junho): necessidade de incentivar caminhos alternativos..... 117

Capítulo 5..... 120

5. Equilibrando mecanismos de consenso com os sistemas processuais penais e os princípios do devido processo legal..... 120

5.1. O papel da Defesa nas negociações dos acordos: desafios e considerações..... 122

5.2. Estratégias para a efetividade das negociações: um novo paradigma para os defensores..... 124

Conclusão 130

Bibliografia 133

Introdução

A evolução do Estado é intrínseca à necessidade de gerir conflitos inerentes à convivência social. Originado para limitar ações individuais, o Estado, composto por povo, território e governo, estabelece alicerces que possibilitam a estabilidade e o bem-estar social. As leis por ele promulgadas visam manter a harmonia social, orientando comportamentos e prevenindo a desintegração da sociedade.

No entanto, no cerne da convivência social, surgem conflitos quando interesses dos indivíduos se confrontam. O "direito de ação" surge como instrumento para buscar resposta estatal diante desses conflitos. E o Estado, ao proibir a “justiça pelas próprias mãos”, centraliza o poder de resolver tais conflitos, estabelecendo-se como um árbitro supremo.

O "*jus puniendi*" do Estado, ou seja, a pretensão punitiva estatal, evoluiu historicamente, substituindo a vingança privada por critérios de justiça e um processo civilizado. O direito penal surge para tutelar bens públicos e sociais, como vida, honra e integridade física que, quando violados, configuram uma infração penal. A imposição de penas, antes exercida de forma desregrada, é agora regulada pelo processo penal, assegurando direitos individuais e equilibrando os interesses do Estado. A dignidade humana, o devido processo legal e a limitação do poder punitivo estatal emergem como balizadores fundamentais, consolidando o processo penal como salvaguarda contra abusos e garantindo uma justiça equitativa.

A justiça penal negocial se refere a uma forma de resolução de conflitos baseada na concordância entre acusação e acusado/arguido, garantindo, em regra, a aplicação antecipada de uma pena e suprimindo toda a fase instrutória.

A expansão da justiça penal negocial está diretamente relacionada ao uso desenfreado do direito penal para solucionar problemas sociais. Apesar de vigente o princípio da "*ultima ratio*", que sugere que o direito penal deve ser a última opção, há uma tendência de ampliação desse ramo, com criação de novos tipos penais e aumento de penas. A sociedade de risco, marcada por perigos globais e interconectados, é apontada como uma causa desse fenômeno.

Contudo, alerta-se, já há bastante tempo, que a criminalização excessiva pode levar à penalização desproporcional de certos grupos sociais, agravando desigualdades e perpetuando a criminalidade.

O excessivo recurso ao direito penal resultou na expansão significativa do ordenamento jurídico. A generalizada criminalização de condutas, aliada à aplicação tradicional do processo penal, gerou um ambiente no qual o sistema judicial criminal

tornou-se moroso e pouco eficaz. O aumento da perceção de impunidade impulsionou a necessidade de reavaliar a aplicação do processo penal convencional. Ao invés de apenas criticar a proliferação de condutas tipificadas, buscou-se adotar práticas processuais mais ágeis, visando atenuar o fardo do sistema judiciário sobrecarregado. No entanto, essa abordagem apenas camufla a raiz de um problema substancialmente mais intrincado.

Com a introdução de práticas de consenso no âmbito penal, surgiram questionamentos sobre a compatibilidade desses mecanismos negociais com a mitigação de direitos fundamentais e também com o sistema processual penal acusatório vigente, ao menos nos termos da lei, no Brasil e em Portugal. As críticas apontam para o risco de supressão da fase instrutória do processo, que reflete diretamente na preservação dos direitos mais basilares dos acusados/arguidos e a incompatibilidade de o Ministério Público deter poder punitivo e discricionariedade para negociar a pena quando, na verdade, a pretensão punitiva estatal pertence ao magistrado imparcial e com limitação de poderes.

A centralização do poder nas mãos do Ministério Público e outras características que estudaremos ao longo do presente trabalho, fazem com que mecanismos de justiça penal consensual se aproximem muito mais de um modelo inquisitorial do que acusatório, tornando esse tema de grande relevância no debate sobre a justiça penal negocial.

Apesar das críticas levantadas, é inegável que tanto Portugal quanto o Brasil, embora não incluam a justiça penal negocial como elemento típico de seus sistemas criminais, promoveram e continuam a promover a introdução de mecanismos de consenso em seus ordenamentos jurídicos. Esses mecanismos, sujeitos a críticas severas por aspetos mais garantistas, não se restringem a esses países, sendo adotados em diversos outros ordenamentos jurídicos.

A maioria desses países fundamentou a implementação desses mecanismos no modelo norte-americano da *plea bargaining*. É importante destacar, desde já, que não se trata de uma mera importação desse instituto. Na prática, especialmente no contexto do Brasil e Portugal, os mecanismos introduzidos nos ordenamentos jurídicos apresentam diferenças substanciais em relação ao modelo dos Estados Unidos.

Nesse contexto, o cerne desta pesquisa está na análise dos institutos em vigor no Brasil e em Portugal. Ao longo dessa investigação, buscamos explorar de maneira crítica as características desses mecanismos, com ênfase especial em seu impacto nos princípios fundamentais do devido processo legal. Um ponto de destaque é a avaliação de como esses mecanismos consensuais se adequam ao princípio da

obrigatoriedade/legalidade, normativa presente nos sistemas jurídicos brasileiro e português.

À medida que nos aproximamos do desfecho desta tese, surge a indagação sobre a adequação das normas que regem a aplicação dos mecanismos de consenso nos ordenamentos jurídicos.

Questiona-se se tais regras são suficientes para salvaguardar os direitos do acusado, especialmente considerando a supressão de uma das fases cruciais do processo penal: a instrução probatória em juízo, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa. A partir desse questionamento, aprofundamo-nos no papel desempenhado pela defesa no âmbito das negociações de acordos criminais. Como veremos adiante, torna-se evidente a necessidade de uma mudança na mentalidade e atuação do defensor, seja ele público ou privado, para estar preparado para lidar de forma mais eficiente nas negociações dos acordos penais.

Para a elaboração da dissertação, foram utilizados métodos de investigação doutrinária e teórica, em uma análise hermenêutica crítica legislativa e jurisprudencial, bem como revisão bibliográfica.

Para uma melhor organização e entendimento do trabalho, os capítulos da Dissertação foram divididos do seguinte modo:

No capítulo 1 será analisado o surgimento e o desenvolvimento do Estado, do seu poder punitivo, da necessidade de limitação desse poder por meio do devido processo legal, passando pela explicação dos sistemas processuais penal adotados no Brasil e em Portugal, com ênfase no sistema acusatório, explorando também os principais princípios que devem ser observados dentro do estado democrático de direito e do devido processo legal, com ênfase para o princípio da obrigatoriedade/legalidade, em contraponto com o princípio da oportunidade, que legitimam o avanço da justiça penal negocial em países como Brasil e Portugal.

No capítulo 2, trataremos acerca da crise do sistema processo penal e a sua importância no desenvolvimento e na expansão da justiça penal negociada, trazendo aspetos como a lenda do uso do direito penal como *ultima ratio*, a expansão do poder punitivo, a administrativização do direito penal o uso do direito penal para solucionar problemas sociais etc. Também abordaremos neste capítulo a sedimentação dos mecanismos de consenso no ordenamento jurídico internacional, mais detalhadamente as origens da justiça penal negocial baseada no modelo norte-americano da *plea bargaining*, e também acerca de modelos de consenso penal no cenário europeu.

Nos capítulos 3 e 4, nos dedicaremos ao estudo mais detalhado e crítico dos mecanismos de consenso penal previstos no Brasil e em Portugal, esclarecendo de que forma eles vencem a crítica de que em países regidos pelo princípio da obrigatoriedade

não são aplicáveis/compatíveis mecanismos de consenso. Para tanto, exploraremos um a um os institutos previstos nesses ordenamentos jurídicos.

Por fim, no capítulo 5, traremos uma abordagem mais prática, com críticas e questionamentos e, também, sugestões para incrementar os mecanismos de consenso no direito penal, para que mesmo diante da supressão da fase de instrução probatória, princípios fundamentais dos acusados/arguidos sejam respeitados. O olhar, neste capítulo estará mais voltado para a participação da defesa ao longo da celebração desses acordos.

Capítulo 1

1. O contexto e a trajetória do processo penal contemporâneo

1.1. A evolução do Estado e a necessidade de solucionar conflitos

O ser humano é naturalmente social e precisa viver em comunidade. As sociedades são formadas por grupos de pessoas que se organizam para alcançar objetivos comuns, visando o benefício de todos. No entanto, para que essas sociedades funcionem de forma estável é necessário que exista um poder que limite as ações individuais. Caso contrário, cada indivíduo agiria livremente invadindo a liberdade dos outros, levando ao caos. É assim que surge o Estado, com seus elementos fundamentais: povo, território e governo.

A origem do Estado remonta a tempos antigos e há diversas teorias propostas por sociólogos e pensadores, como Walter Bagehot, Spencer, Lowie, Summer Maine, Gumplowics, Ratzenhofer, Oppenheimer, Comte, Jacques Novicow, Giddings, Albion Small, Haeys e outros tantos que não chegaram a um denominador comum acerca do surgimento do Estado[1]. No entanto, tais teorias não serão aprofundadas no presente trabalho, pois não é relevante saber exatamente como e quando o Estado surgiu. O importante é reconhecer que ele existe como uma realidade incontestável, a qual temos de lidar.

Inicialmente, o poder do Estado era concentrado em uma única pessoa, mas com o crescimento das comunidades humanas, houve a necessidade de distribuição de funções e, em estágios mais avançados, surgiram órgãos que desempenhavam as funções legislativa, administrativa e jurisdicional, que se tornaram os Poderes do Estado[2].

---

[1] Para o aprofundamento do tema, recomenda-se a leitura da obra editada por BARNES, Harry Elmer. *An Introduction to the history of sociology*. Chicago: The University of Chicago Press. Disponível em: https://ia802907.us.archive.org/19/items/in.ernet.dli.2015.148499/2015.148499.An-Introduction-To-The-History-Of-Sociology_text.pdf.

[2] "Sobre o princípio da separação dos poderes, o ilustre Afrânio Silva Jardim comenta que: "Como de todos é sabido, o princípio da separação de poderes, ou melhor, das funções estatais, remonta ao século XVIII, quando o gênio Montesquieu (*Do Espírito das leis)* sistematizou cientificamente a estrutura polícia do Estado Moderno. São sas as palavras, colhidas alhures: 'A liberdade política somente existe nos governos modernos. Mas nem sempre ela existe nos governos modernos. Só existe quando não se abusa do poder, mas é uma experiência eterna, que todo o homem, que detém o poder, é levado a dele abusar e vai até onde encontra limites. Quem diria? A própria virtude precisa de limites. Para que não se abuse do poder é necessário que pela disposição da coisa o poder limite o poder'. Vemos aí esboçada a doutrina norte-americana do sistema de 'freios e contrapesos' já mencionada e tão a gosto dos constitucionalistas modernos.". JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*. 6.ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 4.

Essa divisão de funções entre os Poderes é essencial para evitar abusos, arbitrariedades e a supressão das liberdades individuais. O Poder Legislativo elabora leis em conformidade com a Constituição, o Poder Executivo administra respeitando os preceitos legais e o Poder Judiciário julga aplicando as leis aos casos concretos. Esses órgãos devem ser independentes e harmoniosos entre si.

As leis elaboradas pelo Estado têm o objetivo de manter a harmonia na sociedade e alcançar o bem-estar geral. Elas estabelecem normas de conduta, regulam as relações entre os indivíduos e determinam as consequências do descumprimento. Essas normas são essenciais para orientar as ações dos indivíduos, evitando a destruição da sociedade e garantindo sua própria preservação.

Cabe ao Estado, então, estabelecer as normas de conduta que devem ser observadas por todos, elaborando leis que regulamentem os fatos e relações que emergem na vida social, como casamento, propriedade, comércio, entre outros. É responsabilidade do Poder Legislativo criar essas normas reguladoras dessas relações (normas civis, comerciais, trabalhistas, penais, etc.). Assim, surge uma relação de sujeição geral, pois todos que estão dentro do território do Estado estão obrigados a obedecer a suas leis[3].

Apesar do esforço para manter a sociedade em harmonia, Fernando da Costa Tourinho, citando os ensinamentos de Carnelutti, observa que, na prática, os conflitos de interesse ocorrem com frequência e, quando há resistência entre os interesses em conflito, surge a chamada *lide* (ou litígio)[4] que, segundo os ensinamentos dos mestres, é um conflito de interesses caracterizado por uma pretensão não satisfeita ou contestada. E apenas um desses interesses prevalece, por ser protegido pelo Direito, enquanto o outro deve se subordinar por falta de proteção jurídica[5].

Nesse contexto, importa comentar também sobre o "direto de ação"[6]. Significa que, se alguém sofre uma lesão, ela reclama com o Estado e exige dele uma resposta. O Estado tem a tarefa que, na verdade, se trata de um monopólio, de "administrar justiça". Não é à toa que na maioria dos ordenamentos jurídicos existe uma norma semelhante a respeito de se proibir fazer justiça com as próprias mãos.

---

[3] JARDIM. Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*, pp.5-6.

[4] A *lide,* de um modo geral, está relacionada ao Direito Civil. Por isso há quem sustentam que na esfera penal não se deve falar em *lide,* pois quando alguém comete uma infração penal, que atinge o bem-estar social, o Estado deve analisar o facto e decidir se o autor merece ou não ser punido, de modo que não há um conflito de interesses propriamente dito, e sim um único interesse: "apurar se o réu merece ou não receber a reprimenda". Nada obstante, na doutrina majoritária prevalece a denominada "*lide* penal". TOURINHO FILHO. Fernando da Costa. *Processo Penal*. 1º Vol. 26.ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004, p. 11.

[5] TOURINHO FILHO. Fernando da Costa. Processo Penal. 1º Vol., pp. 3-4.

[6] "Jurisdição e ação têm origem comum (v. Verbetes O *fenômeno judiciário e Forma de solucionar os conflitos,* no Livro I, capítulo III): a fim de preservar a paz com justiça, o Estado se oferece como árbitro – e mais tarde se impõe como juiz – sempre que surge um conflito de interesse. Ele avoca o poder de proclamar o que é direito, certo, justo (jurisdição) e proíbe os contendores de fazer justiça pelas próprias mães. Em compensação dá-lhes o direito de exigir dele que use esse poder, proclame o que for justo e imponha a sua decisão (direito de ação). TORNAGI, Hélio. *Instituições de Processo Penal*. 1º vol. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 214.

Hélio Tornaghi, em sua clássica obra de processo penal, comenta que

> Primitivamente, quando alguém via insatisfeita sua pretensão, agia diretamente. Um dia, porém, o Estado proibiu de fazer justiça pelas próprias mãos, chamou a si a trefa de resolver os conflitos de interesse e disse aos particulares: de ora em diante só quem tem o poder de fazer justiça (jurisdição) sou eu; não há mais ação de um particular contra outro; a única maneira de agir permitida é esta: vir a mim; de mim é que o particular poderá exigir justiça e eu a farei usando do poder que tenho sobre todos e, portanto, por seu adversário. Desta forma, aquele (que podemos chamar autor) nada pode exigir deste (a quem podemos chamar réu), mas este não se poderá furtar ao meu poder. [7]

É o Estado quem decide e os litigantes devem respeitar a decisão. No entanto, a tarefa do Estado em estabelecer normas de conduta e ameaçar com sanções aqueles que a descumpram, teria pouca importância se não fosse capaz de encontrar maneiras razoáveis de solucionar os conflitos de interesses que surgem constantemente na vida em sociedade. Para infrações mais graves, são aplicadas sanções mais severas, enquanto para os delitos menos graves, as sanções são mais brandas[8].

Na prática, o Estado deveria resolver o litígio por meio do processo, que é, nas palavras do brilhante processualista Fernando da Costa Tourinho Filho, “a forma de composição de litígios”.

Por seu turno, Fenech nos ensina que

> O processo é, e outra coisa não pode ser, senão um facto com desenvolvimento temporal, um facto que apresenta mais de um momento, um facto que não se esgota no instante mesmo da sua produção. Fato que se desenvolve no tempo equivale à séria encadeada de fatos parciais, menores, que constituem ou integram o facto total.[9]

Acrescentando que essa dimensão temporal, esse desenrolar-se no tempo é a nota essencial de todo o processo.

Em regra, é a partir do processo que se compõe a lide. Se alcança uma solução quando o Estado, por meio do Direito e das suas instituições jurídicas, depois de devidamente instruído com provas de todas as partes, sopesa as razões dos litigantes e profere uma resolução com força obrigatória.

Ressalta-se, contudo, que a composição da *lide* por parte do Estado embora seja a regra, não absorveu totalmente as demais formas de composição. Existe normas, especialmente no ordenamento jurídico brasileiro,[10] que permitem a “autodefesa”, da

---

[7] TORNAGI, Hélio. *Instituições de Processo Penal*, p. 242
[8] TOURINHO FILHO. Fernando da Costa. *Processo Penal*. 1º Vol., pp. 3-4.
[9] FENECH, Miguel. *Derecho procesal penal*. V. 1. Barcelona: Labor, 1952, p. 54.
[10] Exemplos citados por TOURINHO FILHO: art. 1.210.º, § 1º, 1.283.º e 644.º do Código Civil brasileiro.

mesma forma que consideram “lícitos” atos praticados em legítima defesa ou em “estado de necessidade”[11].

Seja como for, é inegável que no cerne da sociedade está a necessidade de solucionar conflitos e, historicamente, o Estado, como entidade reguladora por excelência, desempenha um papel crucial na manutenção da ordem e na busca de soluções justas para os litígios, estabelecendo leis e regulamentos que orientam a conduta dos cidadãos. Afinal, se cada indivíduo agisse de maneira livre e desenfreada, a harmonia social se dissiparia em meio ao caos.

No entanto, à medida que as sociedades evoluem e novas dinâmicas se apresentam, as abordagens tradicionais de resolução desses conflitos precisam se adaptar. É nesse contexto mais amplo que também estão inseridos os mecanismos/institutos de justiça penal negociada.

1.2. O “*jus puniendi*”

Jus puniendi, do latim *jus* significa direto e, *puniendi*, punição. Trata-se do direito de punir do Estado.

Aury Lopes Júnior, comentando sobre a evolução histórica das penas e o nascimento do processo penal, traça um breve panorama que começa iminentemente com a reação coletiva contra aquele que tenha transgredido alguma regra de convivência social, que era, em sua essência religiosa, e, de modo paulatino, se transformou em uma reação civil, abordando também a diferença entre vingança e pena.

A primeira implica em força e disposições individuas, enquanto a segunda implica a existência de um poder organizado, chegando enfim ao momento em que a pena passa a ter um “caráter verdadeiro”, de “pena pública”, pelo qual se entende que a pena deve ser pronunciada por um juiz imparcial, com poderes juridicamente limitados[12].

Nas palavras do citado Professor Aury, “a titularidade do direito de penar por parte do Estado surge no momento em que se suprime a vingança privada e implantam os critérios de justiça”[13].

Dos bens e interesses tutelados pelo Estado que, quando em conflito, são solucionados pelo próprio Estado por meio do processo, existem alguns que merecem uma tutela especial, pois afetam as condições de vida em sociedade, como o direito à

---

[11] No ordenamento jurídico brasileiro, destaca-se o art. 188.º, I, do Código Civil e os art. 23.º, II e 25.º, do Código Penal. No ordenamento jurídico português observa-se o art. 337.º do Código Civil e os art. 31.º e 32.º do Código Penal. Cf. Lei n.º 10.406 de 10 de janeiro de 2002. *Diário Oficial da União*. Brasília: Imprensa Nacional, 2002-01-11. Disponível em: https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=10406&ano=2002&ato=ac5gXVE5ENNpWT07a. Decreto-Lei n.º 2.848 de 7 de dezembro de 1940. *Diário Oficial da União*. Brasília: Imprensa Nacional, 1940-12-31. Disponível em: https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=DEL&numero=2848&ano=1940&ato=1bb0za61ENNRkTf8b. Decreto-Lei n.º 47344. *Diário do Governo* - Série I. Lisboa: Imprensa Nacional, 1966-11-25, n.º 274. Disponível em: https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/decreto-lei/1966-34509075. Decreto-Lei n.º 48/95. *Diário da República* - Série I-A. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1995-03-15, n.º 63. Disponível em: https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/decreto-lei/1995-34437675.

[12] JUNIOR, Aury Lopes. *Direito Processual Penal*. 17.ª Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 37.

[13] JUNIOR, Aury Lopes. Direito Processual Penal, p. 38.

vida, à honra, à integridade física, entre outros. Tais bens são tutelados pelo direito penal e a sua violação é o que se chama de ilícito penal ou infração penal. Assim, quando ocorre uma infração penal, quem sofre a lesão é o próprio Estado, pois tais bens são eminentemente públicos e sociais. Cabe, portanto, ao Estado por meio de seus órgãos, tomar as devidas medidas para garantir a observância da lei.

Nesse sentido, José Frederico Marques afirma que "da prática de um facto aparentemente delituoso, nasce para o Estado o direito de punir"[14].

Renato Brasileiro comenta sobre o direito que emana do Estado em punir aqueles que transgridem as normas penais, denominando-o de "*jus puniende in concreto*". Ou seja, a partir do momento em que alguém pratica uma conduta criminosa, o direito de punir do Estado desce do lado abstrato, genérico e impessoal, e passa a ter uma pretensão concreta de punir o suposto autor do facto delituoso.[15]

O Estado, embora possua o monopólio do direito de punição, opta por impor limites a seu poder repressivo, visando evitar abusos e assegurar a justiça no sistema penal. O Estado moderno prefere recorrer ao uso do judiciário para julgar os casos penais. Essa opção é motivada pela rejeição da ideia de um Estado exercendo seu poder de punir de forma desenfreada, o que seria inaceitável.[16] Portanto, o processo penal foi instituído como um mecanismo de defesa para proteger os direitos individuais, especialmente a liberdade.

O processo penal é visto como uma sequência de atos visando à aplicação da lei a um caso concreto. É também compreendido como a parte do direito que regula a atividade tutelar do direito penal, como uma relação jurídico-processual autônoma e eminentemente pública entre o Estado-Juiz e as partes envolvidas. [17]

Hélio Tornaghi compreende o processo penal como um procedimento e, sendo um procedimento, é uma sequência ordenada de fatos, atos e negócios jurídicos que a lei impõe para a averiguação do facto e da autoria e para o julgamento da ilicitude e da culpabilidade[18].

José Frederico Marques define o direito processual penal como o conjunto de normas e princípios que regulam a aplicação jurisdicional do direito penal, a estrutura dos órgãos de jurisdição e a persecução penal[19].

---

[14] MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito processual Penal*. Vol. 1, São Paulo: Bookseller, 1997, p. 23.

[15] DE LIMA, Renato Brasilero. *Manual de Processo Penal*. 3.ª Ed. Bahia: Editora Jus Podivm, 2015, p. 37.

[16] MARQUES, José Frederico. *Op. Cit*., pp. 23-26.

[17]"Como o Direito Penal regula não só as relações jurídicas ligadas aos crimes, como o facto ilícito, a pena, as consequências, mas também limita o poder de punir do Estado, claro está que o Direito Processual penal, além de disciplinar a aplicação do direito objetivo a uma pretensão punitiva, ainda regula a incidência de tais normas sobre qualquer pretensão de liberdade penal. MARQUES. José Frederico. *Op. Cit*. p. 33.

[18] TORNAGHI, Hélio. *Instituições de Processo Penal*, p. 308.

[19] MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito processual Penal,* p. 31.

No processo penal, o Estado exige a garantia da paridade de armas, o contraditório e a ampla defesa, garantindo assim que o acusado tenha a oportunidade de se defender adequadamente.

Mesmo que o acusado admita sua culpa ou abra mão de seus direitos, é necessária a presença de uma defesa técnica para evitar nulidades processuais. O Estado não pode privar o acusado da oportunidade de se defender, uma vez que a pretensão punitiva do Estado deve ser contestada.

Ao tratar do sistema processual penal, o já citado autor Hélio Tornaghi afirma acertadamente que "o acusado já não é mero objeto do processo, senão que nele aparece como verdadeiro sujeito de direitos, vinculado às determinações da lei e não à discrição do juiz"[20]. Soa também importante a observação de Arturo Rocco, de que "A dignidade da pessoa, se não extingue o *ius puniendi* (e diríamos aqui: o *ius persequendi*, ao menos impõe-lhe limitações respeitadora. A pessoa é um fim e não um meio"[21]

Sobre o tema, o Professor Aury Lopes Júnior acertadamente comenta:

> [O] processo não pode ser visto como um simples instrumento a serviço do poder punitivo (Direito penal), senão que desempenha o papel de limitador do poder e garantidor do indivíduo a ele submetido. Há que se compreender que o respeito às garantias fundamentais não se confunde com a impunidade, e jamais se defendeu isso. O processo penal é caminho necessário para chegar-se legitimamente à pena. Daí porque somente se admite a sua existência quando ao longo desse caminho forem rigorosamente observadas as regras e garantias constitucionalmente asseguradas (as regras do devido processo legal).[22]

Renato Brasileiro também dá muita ênfase a necessidade indispensável de ser respeitar as regras processuais penais, uma vez que, em regra, a aplicação do direito penal resulta na privação de liberdade de locomoção do agente, entre outras penas, que custam tão caras para serem reconhecidas. Desse modo, o autor adverte que "o Estado não pode punir de qualquer maneira". Respeitar a liberdade de locomoção, que é um dos dogmas do Estado de Direito emanado da própria Constituição Federal é, em verdade, o que legitima a atuação do próprio aparato estatal em um Estado Democrático de Direito.[23]

O Estado recorre ao processo penal para garantir a efetivação de seu direito de punir, em vez de exercê-lo diretamente, com o objetivo de prevenir abusos e garantir um julgamento justo. Assim como no campo extrapenal, permitir que as partes litigantes resolvam seus conflitos com o uso da força resultaria em instabilidade social e em um

[20] TORNAGI, Hélio. *Instituições de Processo Penal*, p.366.
[21] *Idem*.
[22] JUNIOR, Aury Lopes. *Direito Processual Penal*, p. 39.
[23] DE LIMA, Renato Brasilero. *Manual de Processo Penal*. 3.ª Ed. Bahia: Editora Jus Podivm, 2015, p. 37.

aumento de abusos. Portanto, o Estado restringe seu poder repressivo e submete-se à lei ao utilizar o processo penal.

Dessa forma, o processo penal é visto como um meio de proteger os cidadãos contra os abusos do poder público, garantindo que a imposição da pena ocorra de acordo com as formalidades legais. Os princípios constitucionais de *nullum crimen nulla poena sine lege* (não há crime sem lei anterior que o defina), *nulla poena sine judice* (nenhuma pena pode ser imposta sem um juiz) e o princípio do devido processo legal são fundamentais para assegurar que as leis penais, o processo e os órgãos jurisdicionais sejam elementos indispensáveis nas relações jurídico-penais.[24]

Sobre o tema, Norberto Bobbio, com a sabedoria dos seus ensinamentos, alerta para a diferença entre um regime democrático e um regime autoritário:

> [A] diferença fundamental entre as duas formas antitéticas de regime político, entre a democracia e a ditadura, está no facto de que somente num regime democrático as relações de mera força que subsistem, e não podem deixar de subsistir onde não existe Estado ou existe um Estado despótico fundado sobre o direito do mais forte, são transformadas em relações de direito, ou seja, em relações reguladas por normas gerais, certas e constantes, e, o que mais conta, preestabelecidas, de tal forma que não podem valer nunca retroativamente. A consequência principal dessa transformação é que nas relações entre cidadãos e Estado, ou entre cidadãos entre si, o direito de guerra fundado sobre a autotutela e sobre a máxima tem razão quem vence é substituído pelo direito de paz fundado sobre a heterotutela e sobre a máxima 'Vence quem tem razão"; e o direito público externo, que se rege pela supremacia da força, é substituído pelo direito público interno, inspirado no princípio da ‘supremacia da lei' (rule of law).[25]

Em respeito à dignidade humana e à liberdade individual, o Estado utiliza o processo penal como um meio de aplicar a lei penal, e deve garantir que as partes envolvidas tenham igualdade de direitos e deveres. A igualdade processual entre acusação e defesa é essencial para a busca da justiça, evitando a prevalência de uma parte em detrimento da outra.

Embora o Estado detenha o poder de punir (*jus puniendi)*, não é permitida a imposição imediata de penalidades sem a existência de um processo regular. Assegura-se a aplicação da lei penal em casos concretos, seguindo as formalidades prescritas na legislação, e sempre por meio dos órgãos jurisdicionais.

Compreendemos, assim, que o processo penal desempenha um papel crucial na proteção dos direitos fundamentais, equilibrando os interesses do Estado e os direitos dos indivíduos. Por outro lado, o avanço do mecanismo de justiça penal negocial orientam para um caminho sem processo, para soluções mais céleres e eficientes que, em regra, antecedem a fase da instrução processual.

---

[24] JUNIOR, Aury Lopes. *Direito Processual Penal*, p. 40

[25] BOBBIO, Norberto. *As ideologias e o poder em crise*. 4.ª Ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999, pp. 96-97.

Diante desse impasse, nos próximos capítulos exploraremos inicialmente os sistemas processuais penais e alguns dos princípios fundamentais que regem o processo penal e, posteriormente, trataremos a evolução da justiça penal negocial, estudados os mecanismos consensuais vigentes no Brasil e em Portugal e expondo críticas e questões problemáticas que envolvem o tema da Justiça Penal Negocial.

1.3. Sistemas processuais penais: a separação das responsabilidades de acusar e julgar

Já adiantamos que não faremos aqui uma profunda análise acerca dos sistemas processuais com detalhes do contexto histórico e das discussões e posicionamentos divergentes sobre o tema, pois demandaria uma longa explanação que fugiria muito ao tema da presente dissertação. A ideia é apresentar e introduzir para os modelos existentes e aplicados no ordenamento jurídico do Brasil e de Portugal.

Com efeito, a evolução histórica do processo penal revela a existência de três sistemas principais: o inquisitivo, o acusatório e o misto.

Cronologicamente, em linhas gerais, o sistema acusatório predominou até o século XII, seguido pelo domínio do sistema inquisitivo até o final do século XVIII, e início do XIX. Por sua vez, autores comentam que o sistema misto começou a surgir na Europa no século XIII[26].

O sistema inquisitivo é marcado por aglutinar, no mesmo personagem, as funções de acusar e julgar. Todas as funções relacionadas à acusação, defesa e julgamento do acusado estavam concentradas na figura do juiz, que era chamado de inquisidor, devido à sua ampla gama de responsabilidades[27].

No sistema inquisitivo não existe verdadeira imparcialidade, uma vez que a mesma pessoa que busca a prova é aquela que toma a decisão com base nessa prova. Isso resulta em uma relação processual linear e verticalizada entre o juiz inquisidor e o acusado, característica da estrutura privatizada do processo penal. Sob esse sistema, o juiz desempenha funções que se sobrepõem, incluindo investigação, acusação e julgamento, e a absolvição do réu é rara[28].

Como bem lembra o eminente professor José Frederico Marques, “no sistema inquisitivo não existe processo penal, mas tão só procedimento de autotutela penal do Estado”[29]. O Juiz inquisidor atua de ofício e em segredo, e o acusado não é considerado um sujeito de direitos, mas sim um objeto do processo, resultando na ausência de uma relação jurídica processual significativa.

---

[26] BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 11.ª Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, pp. 100-101.

[27] NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Direito Processual Penal*. 17.ª Ed. Rio de janeiro: Forense, 2020, p. 110.

[28] BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. p. 101.

[29] MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Vol. 1, p. 81.

O referido autor também observa que nesse sistema “a persecução penal, apesar de ‘judicializada’, não possuía estrutura jurisdicional. O Juiz era ali um órgão da *persecutio criminis*, armado dos poderes de autodefesa do Estado na luta contra o crime, e nunca um órgão destinado a atuar com a imparcialidade que distingue a marca a atividade jurisdicional.” [30]

Por seu turno, Geralda Prado afirma que o modelo inquisitório é marcado pela “proeminência da figura do juiz e a subalternidade das partes na tarefa de obtenção do material probatório, o dogma da verdade real, a preocupação com a economia processual e, sobretudo, uma conceção peculiar de livre convencimento.”[31].

Aury Lopes identifica como características-chave do sistema inquisitório, em síntese: a gestão probatória nas mãos do juiz; a falta de separação das funções de acusação e julgamento; a violação do princípio da demanda; a parcialidade do juiz; a falta de contraditório pleno; e a desigualdade de armas e oportunidades[32].

De outro lado, temos o sistema acusatório que, em contrapartida ao seu modelo antecessor (inquisitório), é marcado por possuir uma nítida separação entre as funções de acusar, julgar e defender. Essa divisão é essencial para podermos falar verdadeiramente em um processo. A distinção entre o órgão acusador e o julgador é a principal característica entre os sistemas acusatório e inquisitório.

No modelo acusatório, o Ministério Público, como órgão estatal, atua no processo penal ao exercer o poder de acusar, sendo titular da pretensão acusatória. Por outro lado, o Juiz possui o poder de julgar, mas é considerado um juiz imparcial, apesar de ser um sujeito do processo. Se preza pela isonomia entre as partes, pelo livre sistema de produção de prova, prevalecendo a publicidade dos atos, o respeito do contraditório e da ampla defesa[33].

É um sistema marcado pela separação de funções. Há um órgão específico para acusar e o juiz atua apenas nos momentos decisórios. A gestão das provas fica nas mãos das partes e não mais do juiz. Prevalece a imparcialidade do julgador. As provas

---

[30] MARQUES, José Frederico. *Op. Cit.*, p. 84.

[31] PRADO, Geraldo. Sistema Acusatório. *A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. 3.ª Ed. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro. 2005, p. 46.

[32] JUNIOR, Aury Lopes. *Direito Processual Penal*, p. 56.

[33] Especificamente quanto à produção de prova, no sistema acusatório deve se reconhecer o direito à prova da acusação e da defesa e, subsidiariamente, pode o juiz ter poderes para determinar *ex officio* a produção de provas, desde que se demonstre necessárias para a melhor compreensão do facto imputado. Com efeito, entende-se que os poderes instrutórios do juiz no processo penal são prejudiciais ao acusado. Isso porque vigora o *in dubio pro reo* como regra de julgamento, ou seja, se não houver prova suficiente, deve ser declarada a inocência do acusado, a absolvição. Assim, sendo vedado ao juiz determinar a produção de provas, se a prova produzida pela acusação fosse insuficiente, deveria absolver o réu. Contudo, podendo o juiz determinar a produção de prova *ex officio*, é possível que uma prova produzida por ele revele a culpa do acusado e leve a uma condenação. De toda forma, no entendimento do ilustre professor Gustavo Badaró, a possibilidade de produção de prova *ex officio* não significa a perda da imparcialidade do juiz, consignando ainda que eventual prova produzida pelo juiz pode também vir a favorecer o réu. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*, p. 103.

não possuem valor pré-estabelecido, podendo o juiz analisá-las de acordo com a sua livre convicção.

Sobre o sistema, e a distinção entre as funções de acusar e julgar, José Frederico Marques aponta: "O sistema acusatório processualizou a justiça penal, visto que colocou o juiz no seu verdadeiro lugar de árbitro imparcial e o investiu, assim, da função jurisdicional para dirimir o conflito entre o jus puniendi do Estado e o direito da liberdade do réu."[34]

É no sistema acusatório que o processo penal encontra sua verdadeira essência. O acusado deixa de ser um mero objeto e passa a ser tratado com dignidade e respeito, assumindo uma verdadeira posição de parte no processo penal. O processo é público e estão presentes as garantias do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

O destaque dado ao sistema acusatório é uma das premissas do presente trabalho, no sentido de que o acusado/arguido deve ser posto no centro do debate processual. O Estado deve estar atento à perspetiva do indivíduo e, por isso, como vimos nos tópicos anteriores, o processo penal é o ponto de equilíbrio do exercício do poder punitivo exercido pelo Estado frente à liberdade individual que o mesmo deve garantir.

O poder de decisão recai sobre o juiz, um órgão estatal separado daquele que tem o poder exclusivo de iniciar o processo e que assume o ônus da prova. No sistema acusatório, o julgamento criminal é uma disputa entre o acusador e o acusado, com o juiz atuando como árbitro imparcial, garantindo a igualdade das partes.

Comentando acerca dos sistemas processuais penais, Ferraijoli, com o brilhantismo de seu magistério, afirma que:

> [P]ode-se chamar acusatório todo sistema processual que tem o juiz como um sujeito passivo rigidamente separado das partes e o julgamento como um debate paritário, iniciado pela acusação, à qual compete o ônus da prova, desenvolvida com a defesa mediante um contraditório público e oral e solucionado pelo juiz, com base em sua livre convicção. Inversamente, chamarei inquisitório todo sistema processual em que o juiz procede de ofício à procura, à colheita e à avaliação das provas, produzindo um julgamento após uma instrução escrita e secreta, na qual são excluídos ou limitados o contraditório e os direitos da defesa.[35]

Autores como Merryman e Pérez-Perdomo observam que é possível identificar características históricas desses sistemas nas tradições jurídicas dos países de *civil law* (acusatório) e *common law* (inquisitivo). No entanto, eles também destacam que

[34] MARQUES. José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Vol. 1, p. 84.

[35] FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal – São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002. p.452.

generalizações simplistas podem ser enganosas quando aplicadas aos sistemas processuais contemporâneos, uma vez que há uma tendência global em direção a sistemas mistos que buscam combinar elementos dos dois modelos tradicionais[36].

No sistema denominado como misto, verifica-se a convergência de elementos característicos de ambos os sistemas – acusatório e inquisitivo – em um só. O sistema misto surgiu depois da Revolução Francesa, com o Código Napoleônico de 1808 (*Code d'instruction criminelle*), após suplantar o sistema inquisitivo, que disseminou na Europa até o final do século XVIII[37]. Esse sistema é marcado pela divisão do processo em duas fases: a primeira, pré-processual, que versa sobre as investigações preliminares, tem caráter inquisitivo, ao passo que a segunda, fase processual, assume um viés acusatório.

A ideia do sistema misto por vezes esbarra na conceção de autores de que não existe um sistema puro. Ou seja, um sistema que seja integralmente acusatório ou inquisitivo. Na maioria dos ordenamentos jurídicos do mundo o que se observa é a presença de elementos tanto inquisitivos como acusatórios[38].

Acerca da classificação do sistema como misto, Aury Lopes Júnior discorda de parte da doutrina, e faz uma importante advertência de que tal classificação é inadequada. Na conceção do autor, "dizer que um sistema é 'misto' é não dizer quase nada sobre ele, pois misto todos são"[39].

Em sua obra sobre Justiça Penal Negociada, Sheila Lustoza analisa os sistemas e também comenta que a crítica ao sistema misto reside na tendência de adotar um reducionismo ilusório, ao acreditar na inexistência de modelos puros pela ausência de correspondência histórica, comentando que utilizar a nomenclatura de sistema misto, seria uma forma de "colorir a escuridão do sistema inquisitivo". Em outras palavras, rotular o sistema como misto pode ser visto como uma tentativa de suavizar as características inquisitoriais ainda presentes nos ordenamentos jurídicos.[40]

Com a autoridade de seu magistério, o já citado autor José Frederico Marques ao discorrer sobre o sistema misto destaca que:

---

[36] MERRYMAN, John Henry; PEREZ-PERDOMO, Rogelio. The Civil Law tradition: a introduction to the legal systems of Europe and Latin America. 3.º Ed. California: Stanford University Press, 2007, p. 121. In: PEREIRA, Diogo Abineder Ferreira Nolasco. *Justiça Penal Negociada*: uma análise do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Espirito Santo, 2019, p. 26.

[37] POLI, Camilin Marcie de. *Sistemas Processuais Penais*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, pp. 164-165.

[38] O sistema intitulado misto jamais pode ser concebido como um novo sistema, ainda que possua novas formas nunca ser novo, mormente porque não é informado por um princípio reitor próprio. Dessa maneira, o sistema ou será substancialmente inquisitório, composto por elementos secundários do modelo acusatório, ou essencialmente acusatório, com características acessórias da ideologia inquisitorialista. Sustenta-se que é um reducionismo pensar em um terceiro sistema de caráter misto, porque os tipos realmente puros são apenas referências históricas. Nesse sentido, destaca-se autores como: Camilin Marcie Poli, Ary Lopes Junior, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Marcellus Polastri, dentre outros.

[39] JUNIOR, Aury Lopes. Direito Processual Penal 17.ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 61.

[40] LUSTOSA, Sheila. *Justiça Penal Negociada*. Rio de Janeiro: Gramma, 2017, p. 110.

> [S]istema chamado de misto é, em *ultima ratio*, o próprio sistema acusatório, visto que a fase com que ele se encerra, à do denominado juízo penal, em tudo obedece às regras e princípios do processo penal, como relação jurídica e *actus trium personarum*. A instrução preliminar integra o exercício da tutela penal, não para o julgamento da lide penal, e sim como fase destinada a preparar a instauração do juízo ou processo penal. (...) Aliás, pode dizer-se que, de um modo geral, é misto o sistema de tutela penal de quase todos os ordenamentos jurídicos em que Justiça Penal foi processualizada, uma vez que o exercício da tutela penal tem início com procedimentos persecutórios e informativos, destinados a preparar a ação penal. Onde não há o juizado de instrução, ou naquelas legislações em que a instrução preliminar está entregue a órgãos não judiciais, também existe o sistema misto, uma vez que a fase preparatória da tutela penal se caracteriza como inquisitiva.[41]

Em resumo, a discussão sobre o sistema misto aponta para a complexidade de classificar sistemas processuais como puros, considerando que a imparcialidade e a gestão da prova são elementos cruciais que transcendem qualquer classificação superficial.

1.4. Sistemas processuais penais no Brasil e em Portugal: o modelo acusatório e desafios da justiça penal negocial

Embora haja entendimentos e opiniões divergentes sobre o sistema adotado no Brasil, a doutrina majoritária, reportando-se à Constituição Federal[42] e aos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, entende que se trata do sistema acusatório[43], baseado em princípios como contraditório, ampla defesa e imparcialidade do juiz.

No entanto, observa-se que para a consagração de um sistema acusatório não é suficiente a mera existência de uma norma. É necessária uma transformação cultural e práticas que sejam compatíveis com esse sistema. Ao Juiz não cabe qualquer iniciativa probatória que vá além do mero esclarecimento de pontos obscuros, e isso somente após as partes terem apresentado suas provas[44]. Nesse sentido, elogiável é a advertência do professor Aury Lopes Júnior:

---

[41] MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Vol. 1.

[42] Na Constituição Federal de 1988 estão delineados vários princípios e regras processuais penais que apontam para um sistema acusatório. Destaca-se o art. 129 da CFRB/88, o qual dispõe que a acusação incumbe ao Ministério Público. Já o art. 5º da CFRB/88 revela em seus incisos regras do devido processo legal que garantem, por exemplo, um juiz natural e, consequentemente, imparcial, bem como a exigência do contraditório, dentre outros elementos voltados para a predominância de um sistema processual acusatório. Nada obstante, parte da doutrina tece críticas ao entendimento de que no Brasil adota-se o sistema acusatório, pois na legislação infraconstitucional é possível identificar elementos que remetem ao sistema inquisitório. E isso tem levado à manifestação da doutrina em relação ao sistema misto, que busca diferenciar as fases preparatória e processual. Nas palavras de Guilherme de Souza Nucci: "A adoção de princípios acusatórios não significa, em hipótese alguma, a eleição de um sistema de persecução penal exclusivamente calcado nesse molde. É preciso que a legislação ordinária acompanhe esses princípios, estabelecendo ritos, procedimentos, regras, meios de prova, recursos etc. Ou que os Tribunais sigam muito mais a CF do que o Código de Processo Penal, o que não ocorre." NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Direito Processual Penal*, p. 115.

[43] É o posicionamento seguido pelo Supremo Tribunal Federal, e também por autores como Fauzi Hassan Choukr, Geraldo Prado, Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Filho, entre outros.

[44] NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Direito Processual Penal*, p. 111.

> [É] insuficiente pensar que o sistema acusatório se funda a partir da separação inicial das atividades de acusar e julgar. Isso é um reducionismo que desconsidera a complexa fenomenologia do processo penal. De nada basta uma separação inicial, com Ministério Público formulando a acusação, se depois, ao longo do procedimento, permitirmos que o juiz assuma um papel ativo na busca da prova ou mesmo na prática de atos tipicamente da parte acusadora.[45]

Considerando que qualquer atuação direta e espontânea do Juiz pode ser considerada uma violação ao sistema acusatório, autores alertam para a necessidade de revisar alguns artigos do Código de Processo Penal brasileiro como, por exemplo, o art. 156.º, que autoriza o juiz a tomar a iniciativa na produção de provas, e o art. 385.º, que permite ao juiz condenar sem pedido expresso da acusação. Todos os artigos que levem a uma atuação mais ativa do julgador são vistos como incompatíveis com a estrutura acusatória de um sistema processual penal.

Importante ainda destacar a recente reforma legislativa promovida pela entrada em vigor da Lei n.º 13.964/2019, que introduziu o art. 3.º-A ao código de processo penal brasileiro, que estabeleceu uma estrutura acusatória. O referido artigo consagra expressamente que "O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação".

Em suma: o sistema processual penal brasileiro é considerado acusatório, especialmente em razão da recente alteração legislativa mencionado acima, mas ainda há normas vigentes que permitem uma maior atuação do juiz que, ao nosso ver, não se coadunam com o dito sistema. Pensa-se que para a efetivação concreta desse sistema requer-se não apenas reformas legais, mas também uma mudança profunda no sistema judicial, para que na prática o sistema processual brasileiro seja, de facto, compatível os princípios constitucionais de um sistema acusatório.

Pois bem. A situação em Portugal se assemelha a do Brasil. Em Portugal, o entendimento que prevalece também é o de que o processo penal segue o sistema acusatório. Nos termos do artigo 32.º, n.º 5, primeira parte da Constituição da República Portuguesa de 1976, "o processo criminal tem estrutura acusatória, estando a audiência de julgamento e os atos instrutório que a lei determinar subordinados ao princípio do contraditório.", cabendo o exercício da ação penal ao Ministério Público (artigo 219.º, n.º 1º) [46].

---

[45] JUNIOR, Aury Lopes. Direito Processual Penal, Op. Cit. P.64.

[46] Artigo 219.º (Funções e estatuto): 1. Ao Ministério Público compete representar o Estado e defender os interesses que a lei determinar, bem como, com observância do disposto no número seguinte e nos termos da lei, participar na execução da política criminal definida pelos órgãos de soberania, exercer a ação penal orientada pelo princípio da legalidade e defender a legalidade democrática. Cf. Decreto de Aprovação da Constituição. Diário da República – Série I. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1976-04-10, n.º 86. Disponível em: https://www.parlamento.pt/ArquivoDocumentacao/Documents/CRPVIIrevisao.pdf [consult. 05 set 2023].

O código de processo penal de 1987 consagrou um processo de estrutura acusatória, integrada por um princípio de investigação[47] que, ao nosso ver, destoa da essência do referido sistema. Por outro lado, das inovações trazidas pelo Código, destaca-se a rigorosa delimitação dos sujeitos processuais e das funções entre o Ministério Público, o Juiz de instrução e o Juiz do julgamento ao longo do processo[48].

Sobre a estrutura acusatória prevista no ordenamento jurídico português, Faria Costa, citando Figueiredo Dias, sinaliza que a Constituição da República previu um processo penal que não se esgota na mera "diferenciação material entre órgão que instrui o processo e dá a acusação". Ela vai mais além e exige "o reconhecimento da participação constitutiva dos sujeitos processuais na declaração do direito do caso."[49]

Em resumo, pode-se dizer que a compreensão dos sistemas inquisitivo e acusatório deve ser abordada com uma análise crítica, levando em consideração as características essenciais de cada sistema. No caso do Brasil e de Portugal, a ênfase deve ser colocada no sistema acusatório como princípio orientador, enquanto se reconhece a influência de elementos inquisitivos em determinadas fases do processo.

Questiona-se, todavia, se a implementação de espaços de consenso no âmbito penal está em consonância com o sistema acusatório adotado tanto no Brasil quanto em Portugal.

Com efeito, alguns autores se posicionam quanto à incompatibilidade do sistema acusatório com o modelo de justiça negocial, argumentando que esse modelo de "justiça mais eficiente" flexibiliza garantias fundamentais constitutivas de um sistema processual acusatório[50].

Um dos principais argumentos desenvolvidos está relacionado à impossibilidade de o Ministério Público deter poder punitivo e discricionariedade para negociar a pena, uma vez que o que lhe é atribuído é apenas a pretensão acusatória. A realização plena

---

[47] Sobre o princípio subsidiário da investigação a cargo do Juiz, Maria João Antunes comenta que "A estrutura acusatória é integrada por um princípio subsidiário de investigação a cargo do juiz, por via do poder-dever que lhe é atribuído de esclarecer, e instruir autonomamente o facto sujeito a julgamento, criando ele próprio as bases necessárias à sua decisão. O tribunal pode sempre *ordenar oficiosamente a produção de todos os meios de prova cujo conhecimento lhe afigure necessário à descoberta da verdade e à boa decisão da causa* (art. 340º, nº 1, do CP)." ANTUNES. Maria João. Direito Processual Penal. Coimbra: Almedina, 2019, pp. 21-22

[48] Anota-se que os "sujeitos processuais" – o juiz, o Ministério Público, o arguido, o defensor e o assistente - são titulares de direitos autônomos de conformação da concreta tramitação do processo como um todo, em vista da sua decisão final". ANTUNES. Maria João. Op. Cit. p. 29

[49] Cf. COSTA, José de Faria. Um olhar cruzado entre a Constituição e o processo penal. In: Fundação Luso-Americana para o Desenvolvimento || Procuradoria-Geral da República. *A Justiça nos Dois Lados do Atlântico*. Lisboa: Fundação Luso-Americana para o Desenvolvimento, 1998, p. 191 e DIAS, Jorge de Figueiredo. A Nova Constituição da República e o Processo Penal. Revista da Ordem dos Advogados. Lisboa: Ordem dos Advogados, 1976, p. 9; também presente no colóquio do Supremo Tribunal de Justiça. O Modelo de Processo Penal entre o Inquisitório e o Acusatório: Repensar a Intervenção Judicial na Comprovação da Decisão de Arquivamento do Inquérito. Lisboa, 2009, p. 7. Disponível em: https://www.stj.pt/wp-content/uploads/2009/06/dtopenalprocesso_teodosiojacinto.pdf.

[50] VASCONCELLOS. Vinícius Gomes de. Barganha no processo penal e o autoritarismo "consensual" nos sistemas processuais: a justiça negocial entre a patologização do acusatório e o contragolpe inquisitivo. *Revista dos Tribunais*, RT 953. Março de 2015. p. 263/264.

dessa pretensão é compreendida como pressuposto para a aplicação de uma punição estatal, que deveria ser proferida pelo estado-juiz[51].

Ainda sob esse aspeto, menciona-se a usurpação de atividade por parte do representante do Ministério Público e o abuso do fundamento legitimante da pena, visto que ela deixa de ser aplicada como consequência do delito, passando a ser resultado do acordo[52]. Em outras palavras, o dever de penar deixa de estar sob controle jurisdicional, indo para as mãos do Ministério Público, vinculado à sua discricionariedade, assemelhando-se mais às práticas inquisitivas.

Sustenta-se que o avanço dos mecanismos de consenso, especialmente os que exigem a confissão do acusado para a aplicação de benefícios, traz à tona características do modelo inquisitivo, onde a confissão era considerada a "rainha das provas". A supressão da fase instrutória alimenta a supervalorização dos elementos de prova coletados na investigação, sem o devido crivo do contraditório[53]. Ademais, critica-se também as possíveis coações por parte do órgão acusatório para obter, a qualquer custo, a confissão do acusado.

Por outro lado, Vinícius Vasconcellos comenta que há parte da doutrina que defende a compatibilidade da negociação como forma de resolução do processo com o modelo acusatório. Citando o renomado professor Máximo Langer, especialista no tema de Justiça Penal Consensual, Vinícius destaca o argumento de que o processo penal acusatório é pautado pela passividade do julgador e que há, "uma aceitação natural da negociação" para se determinar as consequências do facto delituoso. Ressalta ainda que o modelo de disputa entre as partes, natural do sistema acusatório, autoriza que elas "desistam total ou parcialmente do enfrentamento, já que responsáveis pela iniciativa e manutenção de suas pretensões, o que abriria espaços para acordos entre acusação e defesa."[54].

A imposição da lógica negocial no âmbito penal, embora possa representar uma alternativa para a gestão eficaz de conflitos, suscita, como está sendo desenvolvido no presente trabalho, inquietações e dúvidas quanto à manutenção dos pilares do sistema acusatório. A centralização do poder nas mãos do Ministério Público e a possibilidade

---

[51] "No processo penal existem duas categorias distintas: o acusador exerce o ius ut procedatur, o direito potestativo de acusar (pretensão acusatória) contra alguém, desde que presentes os requisitos legais; e, de outro lado, está o poder do juiz de punir. Contudo, o poder de punir é do juiz (recordando Goldschmidt: o símbolo da justiça é a balança, mas também é a espada, que está nas mãos do juiz e pende sobre a cabeça do réu), e esse poder está condicionado (pelo princípio da necessidade) ao exercício integral e procedente da acusação. JUNIOR. Aury Lopes. Direito Processual Penal, p.74.

[52] JUNIOR. Aury Lopes. A Crise Existencial da Justiça Negocial e o que (não) Aprendemos com o JECRIM. Boletim Especial Justiça Penal Negocial: Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, Ano 29-nº 344 – Julho/2021. ISSN 1676-3661. p.4/6

[53] *Ibidem*.

[54] VASCONCELLOS. Vinícius Gomes de. Barganha no processo penal e o autoritarismo "consensual" nos sistemas processuais: a justiça negocial entre a patologização do acusatório e o contragolpe inquisitivo. Revista dos Tribunais, RT 953. Março de 2015. p. 263/264.

de práticas inquisitivas - em muitos casos notadamente ligadas à obtenção da confissão do acusado/arguido - demandam uma ponderação cuidadosa, ante que deve ser constantemente debatida.

Diante desse cenário, o próximo tópico se propõe a explorar alguns dos princípios fundamentais que regem o devido processo penal, a fim de proporcionar uma compreensão mais abrangente sobre a justiça negocial e os direitos fundamentais que devem sempre ser respeitados.

1.5. Devido processo legal: princípios constitucionais e enfoques processuais penais

Em busca de um sistema que respeite os anseios de uma sociedade sujeita a riscos, é fundamental estabelecer princípios fundamentais que assegurem os direitos e garantias fundamentais.

No âmbito do processo penal, como visto nos tópicos anteriores, a prática de um crime desencadeia a pretensão punitiva do Estado, a qual se concretiza somente após a observância do devido processo legal, respeitando as garantias de defesa estabelecidas constitucionalmente. É ao final do processo que o Estado aplica um pena, como punição ao individuo que transgrediu a lei.

Portanto, ser réu no processo penal é uma contingência inerente a sociedades civilizadas e democráticas que não condenam sem a prévia comprovação da culpa. Essa situação não implica em rotular alguém como algoz, mas sim como acusado, nem confere à vítima um *status* de mártir[55].

Nesse contexto, o processo penal busca valorizar o ser humano, equilibrando a necessidade de segurança pública. E quando falamos sobre a adoção de um sistema acusatório, emerge naturalmente como uma forma válida de garantir, sobretudo ao acusado, o exercício amplo e legítimo de sua defesa, respeitando-se o pleno o contraditório.

Em outras palavras, o processo penal é constituído para servir de base ao justo procedimento de apuração da existência da infração penal e de quem seja seu autor, legitimando, ao final, desde que garantida a ampla defesa, o contraditório e outros relevantes princípios, a devida punição[56]. Nesse contexto, o que se pretende no presente tópico é trazer uma exposição dos principais princípios consagrados para analisarmos criticamente os mecanismos de consenso já implementadas no ordenamento jurídico brasileiro e português.

---

[55] NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, pp. 30-34.

[56] FERNANDES, António Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 5.ª Ed. Editora Revista dos Tribunais, 2007 p. 47.

1.5.1. Princípios do contraditório e da ampla defesa

Atendendo à essência sistema acusatório e do devido processo legal, o direito ao contraditório e a ampla defesa é considerado como uma garantia suprema. Significa que ninguém poderá ser condenado sem que tenha a oportunidade de apresentar suas razões em juízo, bem como contraditar as alegações da acusação.

A ampla defesa é um direito essencial e está relacionado ao contraditório, assegurando que todas as partes envolvidas no processo tenham acesso à possibilidade de alegar e provar, apresentando seus argumentos e rebatendo as questões de facto e de direito discutidas no processo, com potencial para influenciar na decisão final do magistrado imparcial. No ordenamento jurídico brasileiro encontra-se respaldo no art. 5.º, LV da CFRB/88 e, no ordenamento jurídico português, no art. 32.º da Constituição da República Portuguesa[57].

Esse princípio é denominado como "direito de agir" das partes na defesa de sua posição processual e é essencial em questões penais, onde é mais apropriado chamá-lo de "direito da defesa". O objetivo principal da ampla defesa é garantir a tutela jurisdicional e respeitar a proporcionalidade na utilização dos meios de direito disponíveis durante a apresentação das pretensões das partes.

Guilherme de Souza Nucci e outros comentam que a ampla defesa se subdivide em duas frentes: da autodefesa e da defesa técnica. Sendo que ambas são de igual importância e sempre devem ser observadas. A autodefesa é aquela que é promovida pelo próprio acusado, que se vale de seus próprios argumentos e ideias, ainda que despidos de conhecimento técnico jurídico.

Sobre a autodefesa, o referido autor destaca a importância de ser observada desde o primeiro momento em que se pode acusar alguém da prática de alguma infração penal, vale dizer, quando preso em flagrante ou indiciado em investigação policial. Eis que nasce, para amparar a autodefesa, o direito ao silêncio, sob o prisma do estado de inocência[58].

De outro lado, temos a defesa técnica que é realizada pelo advogado cuja habilitação podemos dizer que é supervisionada pelo Estado e requer considerado grau de conhecimento técnico.

A ampla defesa abrange a possibilidade de ser ouvido, fazer alegações e apresentar provas, utilizando todos os meios probatórios legalmente previstos no

---

[57] Art. 5º, LV, da CFRB/88: “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;”; Art. 32 da Constituição da República Portuguesa: “1. O processo criminal assegura todas as garantias de defesa, incluindo o recurso”. (...) ” 5. O processo criminal tem estrutura acusatória, estando a audiência de julgamento e os atos instrutórios que a lei determinar subordinados ao princípio do contraditório.”

[58] NUCCI, Guilherme de Souza. Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 264.

processo penal. É fundamental que cada parte tenha acesso às informações apresentadas pela parte contrária e possa contraditá-las por meio de alegações e provas, garantindo um exercício pleno dos recursos e meios inerentes à ampla defesa. É importante que esta garantia do acusado seja plena e efetiva[59].

A participação do advogado é de suma importância nesse contexto, pois ele deve lembrar a igualdade processual e assegurar uma defesa efetiva em contraposição ao Ministério Público.

É relevante ressaltar que impedir a parte de exercer seu direito à ampla defesa caracteriza uma infração à norma processual e ao princípio constitucional. E a observação deste princípio cabe tanto ao magistrado, em primeiro plano, quanto também ao órgão acusatório, ao menos quando estiver encarnado pelo Ministério Público, cuja função é a preservação da ordem constitucional e da lei.

Por outro lado, o contraditório compõe uma das mais relevantes faces do devido processo legal, associado, claro, sob o viés do acusado, à ampla defesa. Ele é considerado um elemento essencial para garantir a ampla defesa no processo legal.

A partir do contraditório é que se assegura que todas as partes envolvidas tenham conhecimento dos atos processuais e da possibilidade de se manifestar e contrapor alegações, em claro exercício do já mencionado direito à ampla defesa, buscando uma aplicação mais justa e segura do direito ao caso concreto.

Aury Lopes Júnior comenta que "o ato de 'contradizer' a suposta verdade afirmada na acusação (enquanto declaração petitória) é ato imprescindível para um mínimo de configuração acusatória do processo. O contraditório conduz o direito de audiência e à alegações mútuas das partes na forma dialética"[60].

Na lição de Joaquim Canuto Mendes de Almeida, revisitada por Renato Brasileiro, o princípio do contraditório é considerado um princípio fundamental para a conceção de justiça organizada no processo, marcado pela ciência bilateral dos atos ou termos do processo, ou seja, garante a bilateralidade e colaboração das partes na instrução processual[61]. Para tanto, é essencial que haja ciência dos atos processuais às partes (citações, intimações, não suprimir a nomeação de defensor[62], etc) e a oportunidade equilibrada de contrapô-los, permitindo um embate equitativo entre os interesses em conflito.

---

[59] BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*, pp. 63-64.

[60] JUNIOR, Aury Lopes. *Direito Processual Penal*, p. 145.

[61] DE LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de Processo Penal*, 3ª Ed. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 48.

[62] Importante destacar que o ordenamento jurídico brasileiro impõe a obrigatoriedade de que todo acusado seja assistido por um defensor, nos termos do art. 216.º do CPP "*nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor".* No mesmo sentido, no ordenamento jurídico português verifica-se a previsão do artigo 32º, que dispõe que "3. O arguido tem direito a escolher defensor e a ser por ele assistido em todos os atos do processo, especificando a lei os casos e as fases em que a assistência por advogado é obrigatória"

A doutrina destaca dois elementos característicos desse princípio, são eles: a) direto à informação e b) direto de participação. Assim, o contraditório seria a "necessária informação às partes e a possível reação a atos desfavoráveis"[63].

Há de ser assegurada uma real e igualitária participação dos sujeitos no processo. Só assim teremos um contraditório realmente efetivo e equilibrado.

E o juiz desempenha um papel ativo na viabilização do contraditório efetivo, assegurando que ambas as partes tenham a oportunidade de exercer plenamente o direito de defesa. Ao julgador, cabe garantir a efetiva participação das partes. Só assim há segurança jurídica necessária para embasar decisões legítimas e constitucionais.

Para André Luiz Nicolitt:

> [N]ão basta que as partes falem no processo, é preciso que elas sejam ouvidas. Assim, se o contraditório deve reger todo o curso do processo, a sentença – como ato pelo qual o juiz esgota sua atividade jurisdicional – deve ser a manifestação apotética do contraditório.[64]

Sobre a relevância de um contraditório efetivo, Gustavo Badaró adverte que o contraditório deixou de ser "uma mera possibilidade de participação de desiguais, passando a se estimular a participação dos sujeitos em igualdade de condições. Subjetivamente, porque a missão de igualar os desiguais é atribuída ao juiz e, assim, o contraditório não só permite a atuação das partes, como impõe participação do julgador"[65].

A aplicação adequada do contraditório no processo penal é uma premissa para a existência do devido processo legal[66]. Através da garantia da isonomia e bilateralidade dos atos procedimentais, o processo se desenvolve de forma legítima, com a efetiva participação das partes e respeito aos princípios que devem prevalecer em um Estado Democrático de Direito.

Sob outro aspeto, vale pontuar ainda que há fases da persecução penal em que não prevalece o contraditório. De acordo com o entendimento pacificado pelo Supremo Tribunal Federal do Brasil, no ordenamento jurídico brasileiro, o respeito ao princípio do contraditório só é obrigatório durante a fase do processo judicial, ou seja, não precisa

---

[63] DE LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de Processo Penal,* p. 49

[64] NICOLITT, André Luiz. A garantia do contraditório: consagrada na Constituição de 1988 e olvidada na reforma do Código de Processo Penal de 2008. In: PRADO, Geraldo. MALAN. Diogo (coord.). *Processo Penal e Democracia*. Estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 63.

[65] BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*, pp. 62-63

[66] Quando falamos de aplicação adequada do contraditório, devemos rememorar as lições dos autores que frisam que de nada adianta se assegurar que a parte tenha o direito de ter acesso e de contraditar uma prova, um argumento, se ela não tiver condições reais e efetivas de contrariá-los. Pressupõe a paridade de armas. Ou seja, só é eficaz se os contendentes possuírem a mesma força e mesmos poderes. DE LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de Processo Penal*, p. 50.

ser observado na fase investigatória. Isso porque o citado art. 5.º, LV, da Carta Magna, menciona expressamente "*processo judicial ou administrativo*"[67].

Ou seja, ao inquérito policial não se aplica o princípio do contraditório, porquanto é fase investigatória, preparatória da acusação, destinada a subsidiar a atuação do órgão ministerial na persecução penal[68].

Em Portugal é semelhante. Na fase de investigação, que é conduzida pela Polícia Judiciária e supervisionada pelo Ministério Público, o contraditório não é tão proeminente quanto na fase judicial. Durante a investigação, as autoridades geralmente conduzem interrogatórios e coletam evidências, mas o arguido e seu advogado podem não ter a mesma amplitude de participação que têm em tribunal.

No entanto, assim que o acusado assume a qualidade de "arguido", surgem garantias dela decorrentes, que devem ser respeitadas durante todo o decurso do processo penal (artigo 57.º, n.º 2, do CPP). Um dos vetores fundamentais, citados por Maria João Antunes, que regem a posição do arguido, trata-se exatamente do "direito de defesa", que embora constitua uma categoria aberta, abrange o cumprimento do princípio do contraditório[69]. Pegando emprestada as palavras de Faria Costa, a lei processual penal garante ao arguido o direito de "se pronunciar e contrariar todos os testemunhos ou meios de prova"[70].

Marques da Silva entende que o princípio do contraditório:

> [T]raduz-se na estruturação da audiência em termos de um debate ou discussão entre a acusação e a defesa. Cada um dos respetivos titulares é chamado a aduzir as suas razões de facto e de direito, a oferecer as suas provas, a controlar as provas contra si oferecidas e discretear sobre o resultado de umas e de outras.[71]

Portanto, o princípio do contraditório é mais forte na fase judicial do processo penal em Portugal, assim como no sistema brasileiro.

---

[67] O inquérito policial é uma peça meramente informativa, não suscetível de contraditório, e sua eventual irregularidade não acarreta em nulidade da ação penal. Assim é o entendimento da Corte Suprema do Brasil nos seguintes acórdãos: Supremo Tribunal Federal, 2.ª Turma, HC 99.936/CE, Rel. Ministra Ellen Gracie, DJe 10/12/2009; Supremo Tribunal Federal, 2ª Turma, HC 83.233/RJ, Rel. Ministro Nelson Jobim, Dje, 19/03/2004; Supremo Tribunal Federal, 2ª Turma, Rel. Ministro Dias Toffoli, Dje 26/02/2016; Supremo Tribunal Federal, RHC 224701/SC, Rel. Ministro Dias toffoli, Dje. 10/02/2023, dentre outras decisões no mesmo sentido.

[68] Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Quinta Turma, HC nº 58.043/SP. Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, 15/12/2009.

[69] Ao arguido, no ordenamento jurídico Português, são reconhecidos o "direito de estar presente em todos os atos processuais que diretamente lhe disserem respeito (artigos 61.º, n.º 1, alínea a, do CPP), e, por exemplo, artigos 271.º, n.º 1º e 332.º, n.º 1, do mesmo diploma). O direito de ser ouvido pelo tribunal ou pelo juiz de instrução sempre que ele deva tomar qualquer decisão que pessoalmente o afete (artigo 61.º, n.º 1.º, alínea b, do CPP), e, por exemplo, artigo 194.º, n.º 4, do mesmo Código); o direito de intervir oferecendo provas e requerendo as diligências que se lhe afigurarem necessárias (artigo 61.º, n.º 1, alínea g, do CPP); e o direito às última declarações (artigo 361.º, n.º 1, do CPP)." ANTUNES, Maria João. Direito Processual Penal, p. 39

[70] COSTA, Faria. *Um Olhar Cruzado entre a Constituição e o Processo Penal*, p. 192.

[71] SILVA, Germano Marques. Direito Processual Penal Português. Vol. I. 2.º Ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2017, pp. 89-90.

A respeito da doutrina portuguesa sobre o princípio do contraditório, Figueiredo Dias entende que é uma clara oposição a um processo penal puramente inquisitório, na medida em que "incita a que se arme o arguido com um "efectivo e consistente direito de defesa"[72], cuja ênfase surge na fase de julgamento, momento em que as provas devem ser apreciadas em audiência com possibilidade de discussão, nos termos dos artigos 327.º, 355.º, 348.º e 360.º, todos do Código de Processo Penal.[73]

O princípio do contraditório no processo penal português é parte integrante do estatuto do arguido como sujeito processual, reconhecendo os seus direitos nos atos que lhe dizem respeito, e todos os atos que impliquem a tomada de decisão, fornecendo elementos, provas, como também requerer diligências pertinentes para o procedimento criminal (arts. 61.º, n. º 1, a), b), g); art. 194.º, n. º 4), do CPP). Este princípio está ao dispor do assistente, a quem compete a sua intervenção (art, 69.º, n.º 2, a), CPP)[74].

Em suma, a observância do contraditório é essencial para a realização de um processo legal justo, garantindo a ampla defesa e assegurando que todas as partes tenham igualdade de oportunidades para se manifestar e participar ativamente do procedimento. Nesse contexto, veremos mais adiante que a supressão da fase instrutória do processo penal por meio da aplicação de mecanismos de consenso põe em voga a supressão desses princípios basilares.

1.5.2. Princípio da presunção de inocência e o direito ao silêncio

A maior parte da doutrina defende que o princípio da presunção de inocência, da maneira como é compreendido atualmente, teve origem na Revolução Francesa, tendo como marco a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 na qual previa, em seu art. 9.º, que: "Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei".[75]

Por sua vez, em 1948, a Declaração Universal dos Direitos do Homem da Organização das Nações Unidas – ONU[76], define no art. 11.1 que "toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público, no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa".

---

[72] DIAS, Jorge Figueiredo. Direito Processual Penal. Coimbra: Almedina, 2004, pp. 151-152.

[73] SILVA, Germano Marques. *Direito Processual Penal Português*. Vol. I. 2.ª. Ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2017, p. 90

[74] ANTUNES, Maria João. Direito Processual Penal. Coimbra: Almedina, 2017, p. 75.

[75] Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, artigo 9.º. Disponível em: https://www.ufsm.br/app/uploads/sites/414/2018/10/1789.pdf.

[76] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Nova Iorque: Organização das Nações Unidas. Disponível em: https://www.ohchr.org/en/human-rights/universal-declaration/translations/portuguese.

Após a Declaração Universal da ONU, diversos outros diplomas internacionais abarcaram também o princípio da presunção de inocência[77].

Dessa forma, presunção de inocência significa que todo indivíduo é considerado inocente, como seu estado natural, até que sua culpa seja comprovada por meio de um devido processo legal, por sentença condenatória, transitada em julgado. Essa garantia pressupõe que a acusação tem o ônus de provar a culpabilidade do réu, sendo que este último deve ser tratado como inocente durante todo o processo, até que seja devidamente comprovada sua autoria do delito.

Ressalta-se que a presunção de inocência não afeta a classificação dos fatos como delitos, nem a responsabilidade que pode decorrer deles caso a participação do acusado seja comprovada.

O ônus probatório para provar a autoria do facto delituoso recai exclusivamente sobre a acusação. A existência de dúvida quanto à autoria deve beneficiar o réu, pois é uma decorrência natural do próprio princípio da presunção de inocência. A dúvida conduzirá à absolvição "por ausência de provas", mesmo que os demais princípios constitucionais do devido processo legal, como o contraditório e a ampla defesa, estejam íntegros[78].

A aplicação eficaz da presunção de inocência implica a impossibilidade de inversão do ônus da prova, sendo que o julgador, ao analisar os elementos probatórios do processo, deve considerar as dúvidas em favor do réu, caso a prova seja frágil, duvidosa ou insuficiente.

É relevante ressaltar que a presunção de inocência está associada à dignidade humana e faz parte do processo de valoração das provas. É uma garantia fundamental que assegura a imparcialidade e a justiça no julgamento.

O princípio da presunção de inocência também se encaixa perfeitamente ao direito constitucional ao silêncio[79]. Este direito garante que o acusado não pode ser compelido a produzir provas contra si mesmo. Em outras palavras, ele tem o direito de permanecer em silêncio durante a investigação ou o julgamento, e esse silêncio não pode ser usado em seu desfavor, como uma evidência de culpa[80].

---

[77] Sobre o tema, destaca-se, por exemplo, a Convenção Europeia de Direitos Humanos, de 1950, que teve a presunção de inocência como cânone e princípio basilar, nos termos do art. 6.2 que elencava que “qualquer pessoa acusada de uma infração se presume inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada”. Em 1969, a Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, que estabeleceu, em seu art. 8.2, o mesmo princípio da inocência, ipsis litteris: “toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma a sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa”.

[78] NUCCI, Guilherme de Souza. Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais, p. 240.

[79] No Brasil, encontra previsão legal no art. 5º, LXIII da CFRB/88.

[80] Embora a Constituição portuguesa não contenha disposição expressa e específica sobre o direito ao silêncio, ele é garantido em conformidade com o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP), que Portugal ratificou. O PIDCP estabelece, nos termos do artigo 14, § 3º, 7, o direito de qualquer pessoa acusada de um crime de não ser obrigada a depor contra si mesma, e esse direito é respeitado nos processos criminais em Portugal. Já o princípio da presunção de inocência, tem base constitucional no artigo 32º, 2 da Constituição da República Portuguesa e também é reconhecido e aplicado com base no direito internacional. Portugal é signatário da Convenção Europeia dos Direitos

O direito ao silêncio é uma salvaguarda crucial para evitar autoincriminação involuntária, protegendo a dignidade e a liberdade do indivíduo. Ele está em conformidade com o citado anteriormente, de que o ônus de provar a culpabilidade recai sobre a acusação, não sobre o acusado.

Em conclusão, a presunção de inocência é uma garantia constitucional que reforça o princípio de que a liberdade individual deve ser preservada e limitada apenas por meio do devido processo legal. A dúvida quanto à autoria ou à licitude probatória deve ser interpretada como uma preservação do estado de liberdade do acusado, conforme o princípio do Estado Democrático de Direito.

A presunção de inocência atua como um fator limitador do julgador, exigindo que suas decisões sejam fundamentadas nas provas apresentadas e na legalidade do processo, assegurando assim a transparência necessária para permitir o controle da legalidade e acesso a recursos. O direito ao silêncio, por sua vez, é um componente essencial desse sistema de proteção aos direitos fundamentais do acusado.

1.5.3. Princípio da legalidade

Como observa o ilustre professor Juarez Cirino dos Santos, o princípio da legalidade "é o mais importante instrumento constitucional de proteção individual no moderno Estado Democrático de Direito"[81].

Autores assinalam que a legalidade, em sentido estrito ou penal, guarda semelhança com a reserva legal, isto porque, ao mesmo tempo em que representa uma maior limitação ao poder punitivo – considerando que só há crime com lei anterior que o defina, e pena com prévia cominação legal – também é considerado como a base que estrutura a ciência penal[82].

Com efeito, de acordo com o princípio da legalidade[83], o Estado e suas atividades devem estar subordinados à lei, garantindo a legitimidade e validade de suas ações. Guilherme de Souza Nucci, escrevendo sobre o tema, adverte:

> A matéria penal (definição de crime e cominação de pena) é reserva de lei, não se podendo acolher qualquer outra fonte normativa para tanto, pois seria

Humanos (CEDH), que reconhece e protege o princípio da presunção de inocência (artigo 6º, 2). Lei n.º 29/78. Diário da República – Série I. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1978-07-06, n.º 153. Disponível em: https://files.diariodarepublica.pt/1s/1978/06/13301/00010018.pdf.

[81] DOS SANTOS, Juarez Cirino. *Direito Penal. Parte Geral.* Florianópolis: Contexto, 2012, p. 20

[82] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal* – Parte Geral. 24.ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 67. Pensa-se que tais princípios, embora semelhantes, não se confundem. Com efeito, de acordo com o princípio da legalidade, ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo em virtude de lei, considerando aqui a lei em um sentido amplo. Já o princípio da reserva legal relaciona-se com a necessidade de regulamentação de determinadas matérias, que precisam ser feitas necessariamente por lei formal.

[83] O art. 9.º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos dispões que: "Ninguém poderá ser condenado por atos ou omissões que, no momento em que foram cometidos, não constituam delito, de acordo com o direito aplicável. (1) Tampouco poder-se-á impor pena mais grave que a aplicável no momento da ocorrência do delito. Se depois de perpetrado o delito, a lei estipular a imposição de pena mais leve, o delinquente deverá dela beneficiar-se". O princípio da legalidade também encontra expressa previsão e aplicação legal no art. 5º, II e XXXIX, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, bem como no art. 29º da Constituição da República Portuguesa.

> inconstitucional. Portanto, leis municipais, resoluções, provimentos, regimentos internos, dentre outros, estão completamente alheios aos campos penal e processual penal.[84]

Doutrinadores alertam sobre o risco de uma flexibilização dessa garantia e do perigo de se permitir que magistrados exerçam o papel de legislador. Sob esse viés, Marcelo Semer, analisando emblemático caso brasileiro, em que a Suprema Corte, em Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, reconheceu o estado de mora inconstitucional na implementação legislativa e concedeu interpretação conforme a Constituição para criminalizar a homofobia e a transfobia nos tipos penais definidos pela Lei 7716/89 - que até então versava sobre preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional - até que sobrevenha legislação autônoma. Nas palavras do citado autor:

> [P]or mais que a decisão do STF tenha corretamente reconhecido a mora na criminalização da homofobia e da transfobia, e que, de facto, essas ofensas merecessem a tutela penal, a abertura a decisões aditivas, por via da solução jurisprudencial para combater a omissão constitucional, sem dúvida impacta o princípio da legalidade. Ainda que politicamente merecedores o estímulo à tolerância e o repúdio à violência pelo preconceito, o mecanismo encontrado representa um risco para a tutela de direitos fundamentais, sobretudo quando a composição da Corte se torne menos atenta aos direitos humanos. O legislador pode ter tido maus motivos para não incluir a orientação sexual na tutela dos crimes de preconceito, mas quando se trata de criação de normas incriminadoras, eles são preferíveis às boas intenções do juiz.[85]

Na mesma linha, Nilo Batista e Raul Zaffaroni advertem que o princípio da legalidade é fundamental para se garantir a limitação do âmbito de programação cirminalizante legislativa. Asseverando ainda que não se pode reverter seu sentido convertendo-o em argumento de ampliação inusitada e jamais prevista no contexto originário do texto. Ou seja, a criminalização de condutas deve ocorrer por uma ação originária, e jamais da omissão dos legisladores[86].

Em um Estado Democrático de Direito, a legalidade deve ser fundamentada em preceitos de igualdade e justiça, assegurando que a lei seja resultado da representação popular e elaborada através do processo legislativo previsto na Constituição.

O princípio da legalidade implica que ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer algo, exceto quando fundamentado em lei[87]. Isso é considerado uma garantia individual para todos os cidadãos dentro de um Estado Democrático de Direito. A

---

[84] NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais*, p. 81.

[85] SEMER, Marcelo. *Princípios Penais no Estado Democrático de Direito*. 2.ª Ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2022, p. 61

[86] SEMER, Marcelo. *Princípios Penais no Estado Democrático de Direito*, p. 61

[87] O inciso II do art. 5.º da Constituição Federal consagrou o Princípio da Legalidade nos seguintes termos: “ninguém será obrigado a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

legalidade faz o Estado absoluto ceder e deixar-se conduzir pela vontade do povo, por meio dos seus representantes, responsáveis pelas criações de delitos e penas[88].

Esse princípio abrange tanto o direito penal quanto o processual penal. O devido processo legal, além de abarcar inúmeros outros princípios, também está intimamente relacionado a legalidade, pois exige regras pré-estabelecidas para garantir a segurança social e pessoal, por meio de mecanismos previstos na Constituição e no Código de Processo Penal assegurando a liberdade para a atuação geral.

No panorama português, o princípio da legalidade tem dignidade constitucional, com a sua *ratio* prevista no artigo 29.º, n.º 1 da Constituição da República Portuguesa: a lei declara uma ação ou omissão como crime, e determina a respetiva pena, ao não existir crime sem pena, nem pena sem crime.

Apesar de apresentar este princípio, a Constituição portuguesa não define um critério pelo qual as condutas da sociedade devam ser definidas como crimes e conter uma pena em concreto, não sendo atribuída "nenhuma específica obrigação constitucional de penalização, como também não existe nenhuma expressa proibição constitucional de penalização"[89].

Tendente à presença do princípio na dinâmica processual penal, a legalidade implica que a atividade de investigação está cingida ao que descreve a lei, e "não segundo considerações de conveniência de qualquer ordem, políticas (e.g. *raison d'Etat*) ou económicas e financeiras (e.g. *ratio* custo/benefício)"[90].

O corolário principal do princípio da legalidade no processo penal português resulta do disposto no artigo 118.º do Código de Processo Penal, que define a nulidade como consequência direta do incumprimento das normas adjetivas, estabelecendo exceções para os casos omissos – a irregularidade do ato praticado pelo Ministério Público.

Assim, o princípio da legalidade atua de forma direta sobre um sujeito processual – aquele com maior responsabilidade no processo penal – o Ministério Público, sendo a promoção do inquérito um dever contido na lei, nos termos do artigo 262.º, n.º 2, do código de processo penal português[91].

Nessa ordem de ideias, o Ministério Público se encontra obrigado a acusar o autor das normas penais que infringiu, atendendo aos pressupostos fatuais e jurídicos que

---

[88] NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios Constitucionais Penais e Enfoques Processuais Penais*, p. 82

[89] CANOTILHO, J. G. MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa Anotada. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, pp. 493-494.

[90] MENDES, Paulo de Sousa. Lições de Direito Processual Penal. Coimbra: Almedina, 2015, p. 205.

[91] Figueiredo Dias entende que a vinculação do Ministério Público à lei é um dever, atendendo o cumprimento de certas condições: "a) existência de pressupostos processuais (v. g. competência) e inexistência de obstáculos processuais (v.g. imunidade); b) punibilidade do comportamento segundo o direito penal substantivo (v.g. ilicitude, culpa, condições objectivas de punibilidade); c) conhecimento da infração (…) ou prova bastante (…) que fundamentam a acusação". Ver *Direito Processual Penal*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 126.

teve conhecimento durante a fase de investigação, nos termos do artigo 282.º, n.ºs 1 e 2 do código de processo penal português.

De modo articulado, como bem menciona Cláudio José Ferreira, citando Juan Montero Aroca:

> [O] princípio da legalidade figura em quatro garantias: a criminal, ligada ao preceito de que não existe crime sem lei; a penal, para a qual não existe pena sem prévia cominação legal; a jurisdicional, onde a demonstração da previsão legal deve aparecer como pressuposto do exercício do direito de punir ou da interposição da ação penal; e a da execução penal, a execução das penas aplicadas será realizada como prevista em lei.[92]

Nada obstante, diversos outros princípios e garantias constitucionais complementam a legalidade como, por exemplo, o princípio da irretroatividade das leis, o direito de acesso à justiça, a proteção aos direitos adquiridos, atos jurídicos perfeitos, coisa julgada, entre outros.

Em resumo, o princípio da legalidade, hoje universalmente conhecido, constituído pelo *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*, destacado no Tratado de Feuerbach, é um pilar do estado democrático de direito, garantindo que todas as ações do Estado estejam sujeitas à lei, assegurando a igualdade, justiça e proteção dos direitos individuais dos cidadãos[93]. O cumprimento desse princípio envolve diversas garantias, especialmente no âmbito penal, onde a lei deve ser aplicada exclusivamente pelo Estado, através de processos legais e instituídos por órgãos juridicamente competentes.

1.5.4. Princípio da obrigatoriedade (indisponibilidade) da ação penal

Todos os princípios abordados nos tópicos anteriores sofrem influências quando tratamos dos mecanismos de consenso previstos dentro do estudo da justiça penal negocial. Contudo, o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública é um dos mais discutidos dentro do tema, pois influência diretamente na validade ou não do instituto como um todo. Se questiona se os espaços de oportunidade e negociação se coadunam com o modelo processual tradicional, regido pelo princípio da obrigatoriedade.

O princípio da obrigatoriedade é entendido como a obrigação do órgão acusador de iniciar a persecução penal sempre que houver indícios suficientes de autoria e

---

[92] AROCA, Juan Monteiro. *Princípios del processo penal* - uma explicación basada em la razón. Valencia: Tiirant lo Blanch, 1997, p. 21. In PEREIRA. Claudio José. Princípio da Oportunidade e Justiça Penal Negociada. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2002, p. 8

[93] "Na abordagem do Direito Penal Português, em sintonia com o pensamento jurídico continental, o enunciado *nullum crimen, nulla poena sine lege* é a moldura semântica que cobre todas as exigências normativas ínsitas à garantia da lei incriminadora. Ou seja: os requisitos da lei escrita, prévia, certa e estrita (*lex scripta, praevia, certa et stricta*). Por conseguinte, estão ali incluídas a proibição do Direito costumeiro, a proibição da retroactividade, a proibição da indeterminabilidade e a proibição de analogia." In MOURA. Bruno de Oliveira. O *nullum crimen, nulla poena sine lege* à luz do artigo 7º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, Revista do Instituto de Ciências Penais, 2022, vol. 7, n.º 2, p. 371-394. Disponível em: https://www.ricp.org.br/index.php/revista/article/view/137/183.

materialidade de um crime. Esse princípio implica que o Ministério Público não pode tomar decisões discricionárias ou renunciar à acusação por motivos alheios à averiguação da existência do crime com base nas provas obtidas.

Alguns autores comentam que o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública representa um subprincípio, ou uma regra constitucional, advinda da legalidade, tanto é assim que autores também o denominam como o princípio da "legalidade processual" [94]. Como visto anteriormente, sob o aspeto penal, a legalidade está atrelada a conceção de que não pode haver crime e nem pena sem que haja lei. Nas palavras de Jorge Figueiredo Dias: "submetendo a intervenção penal a um rigoroso princípio de legalidade, cujo conteúdo essencial se traduz em que não pode haver crime, nem pena que não resultem de uma lei prévia, escrita, estrita e certa"[95].

Já na esfera processual penal, o princípio da legalidade corresponde exatamente ao dever do Ministério Público de atuar sempre que presentes os permissivos legais para a propositura da acusação. Ou seja, o órgão incumbido da persecução criminal não pode exercer nenhum juízo de conveniência quanto ao início da persecução.[96]

Em regra, após a identificação da prática delituosa, instaura-se uma investigação policial. Realizadas diligências indispensáveis para apuração do caso, o Ministério Público avalia as provas produzidas e pode: a) oferecer uma acusação formal (denúncia); b) requerer novas diligências; c) requerer a extinção da punibilidade; ou d) opinar pelo arquivamento. Para se alcançar ao final a responsabilidade penal, existe, portanto, um caminho exigido no direito positivo. No termos de Marcelo Contenaro Cavali, comentando o processo penal brasileiro:

> [O] caminho natural para a atribuição de responsabilidade penal, no nosso sistema, inicia-se com a apuração da materialidade e da autoridade delitiva, através de uma investigação formal; em segui, identificamos os responsável pela infração, é obrigatória a formulação de uma acusação detalhada, com a exposição do facto criminoso e de todas as circunstâncias, enquadrando-se a conduta em determinado tipo penal e requerendo-se, como consequência automática, a aplicação das sanções a ele cominadas; no curso da ação penal, mesmo que o acusado confesse a prática do crime, tal circunstância não é considerada suficiente, entre nós, para a condenação e, ainda que o Ministério Público requeira a absolvição, o juiz pode proferir sentença condenatória."[97]

Não obstante se exija um caminho até o oferecimento da ação penal, sempre que houver elementos que comprovam materialidade e autoria de crime de ação penal

---

[94] DE LIMA. Renato Brasileiro. *Manual de Processo Penal*, p.323.

[95] DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal*: parte geral. Tomo I. São Paulo: RT, 2007, p. 177.

[96] TAVORA. Nestor. ALENCAR. Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 14ª ed., Salvador: Editora Jus Podivm, 2019, p. 80.

[97] CAVALI, Marcelo Costenaro. Duas faces da Colaboração Premiada: Visões "conservadora" e "arrojada" do instituto da Lei 12.850/13. In: MOURA, Maria Thereza de Assis; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Colaboração Premiada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 258.

pública incondicionada o Ministério Público deve oferecer a acusação. Ressalta-se que os próprios pedidos de arquivamento devem ser fundamentados e não podem ser baseados em critérios subjetivos ou políticos.

Enquanto o princípio da obrigatoriedade é aplicável à fase pré-processual, reserva-se o princípio da indisponibilidade para a fase processual. Ou seja, uma vez ajuizada a ação penal, não é possível ao Ministério Público desistir, enfatizando a natureza obrigatória e indisponível da demanda [98].

Contudo, a obrigatoriedade de o Ministério Público oferecer denúncia e de não poder desistir da acusação, não o obriga a pedir a condenação do acusado. Ou seja, provada a inocência do acusado ou caso as provas colidas não autorizem um juízo de certeza de sua culpabilidade, deve o MP requerer a absolvição[99].

Em suma, o princípio da obrigatoriedade é visto como uma salvaguarda legal que assegura a aplicação das penas quando o Estado, por meio da legalidade, entende que determinado ato deve ser considerado infração penal[100].

Mas é necessário reconhecer, sem ingenuidade, que outros modelos de controle social fundados no consenso, que rompem com o processo penal tradicional, já é realidade na maioria dos ordenamentos jurídicos, inclusive no Brasil e em Portugal. Assim, veremos adiante a flexibilização do princípio da obrigatoriedade (legalidade) da ação penal, e um avanço do chamado princípio da oportunidade.

1.5.5. Mitigação do princípio da obrigatoriedade e o "princípio da oportunidade"

Conforme exposto nos tópicos inaugurais do presente trabalho, no Estado Democrático de Direito, a legitimidade do exercício do poder punitivo é assegurada por meio de um processo resguardado por garantias constitucionais de defesa. Apesar da consolidação de direitos processuais, observa-se uma abertura concedida pelos legisladores para oportunidades no exercício da persecução penal, evidenciada pela

[98] Aury Lopes Junior comenta que a indisponibilidade da ação penal se trata de uma medida de política criminal que, no seu entendimento, deveria ser repensada, mas, enquanto isso não for feito, segue vigorando no ordenamento jurídico os artigos 42.º e 576.º do CPP que dispõe, respetivamente, que o Ministério Público não pode desistir da ação penal e nem do recurso que haja interposto. Cf. *Direito Processual Penal*, p. 351.

[99] Ressalta-se que no ordenamento jurídico português, embora o art. 53.º, n.º2, c), disponha sobre a exigência do Ministério Público sustentar efetivamente a acusação na instrução e no julgamento, há dispositivo legal que autoriza, que o MP inclusive interponha recurso no exclusivo interesse da defesa (art.53º, n.º2, d)). No brasil, embora não haja um dispositivo legal expresso como em Portugal, entende-se que, de acordo com o art. 127 da CFRB, ao Ministério Público incumbe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. A partir dessa concepção é evidente que o MP recorra em favor do acusado, seja para buscar uma absolvição, para que seja aplicado um regime de cumprimento de pena mais brando, para que a pena seja diminuida, etc. Nesse sentido, destacamos o art. 654 do CPP, que confere legitimidade ao MP para impetrar habeas corpus em favor do acusado. Ressalta-se, contudo, que para que o MP possa recorrer em favor do acusado, deve ser verificada a sucumbência, nos termos do art. 577, parágrafo único do CPP, que dispõe que não haverá recurso da parte que não tiver interesse na reforma ou modificação da decisa. LIMA. Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal... Op. Cit. p.1784

[100] LIMA. Marcellus Polastri. *Manual de Processo penal*. 5ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.40.

introdução de institutos jurídicos e estratégias de diversão processual [101] que, aparentemente, contrariam o paradigma tradicional do processo penal.

Nesse contexto é que está inserido o princípio da oportunidade, também chamado de princípio da discricionariedade ou legalidade mitigada. A análise de sua pertinência no processo penal é crucial, pois oferece uma perspetiva para equilibrar a obrigatoriedade da persecução penal com mecanismos consensuais no âmbito processual penal.

Segundo Tourinho Filho “a oportunidade é uma faculdade concedida ao Ministério Público de não oferecer a denúncia ou de promover a desistência do recurso já interposto, desde que estejam presentes certas condições”. No mesmo sentido, Montero Aroca se refere à "faculdade do titular da ação penal de dispor do seu exercício, em determinadas circunstâncias, independentemente da existência de um facto punível cometido por um autor específico"[102].

Quanto às divergências sobre o cabimento do princípio da oportunidade nas ações penais públicas, é relevante ressaltar sua aplicação, sem questionamentos, às ações penais de iniciativa privada e nas públicas condicionadas à representação do ofendido, na medida em que o ofendido ou o seu representante legal tem a faculdade de dispor da ação por meio da renúncia[103].

Com efeito, o debate sobre a oportunidade muitas vezes se concentra nos limites da discricionariedade. Enquanto alguns juristas consideram a oportunidade como uma decisão discricionária, baseada em critérios subjetivos do acusador, outros defendem que essa discricionariedade deve ser controlada e fundamentada no direito (lei), representando um "poder de escolha entre as vias, soluções e medidas permitidas em lei"[104].

Vinícius Vasconcellos, dissertando sobre o tema, destaca a necessidade de compatibilizar a introdução de mecanismos de consenso em ordenamentos jurídicos

---

[101] Diversão ou desjudiciarização é compreenda como uma forma de solução de conflito penal fora do sistema formal de aplicação da justiça penal, uma forma diversa do exame da culpa. Cf. FERNANDES, Fernando. *O processo penal como instrumento de política criminal*. Coimbra: Almedina, 2001, pp. 135-136.

[102] MOURA, Gabriel Vassilakis. ALMEIDA, Andréia Alves Almeida. Os Princípios da Legalidade e Oportunidade no Processo Penal. *Ciências Jurídicas*. 2023, maio, n.º 122. Disponível em: https://revistaft.com.br/os-principios-da-legalidade-e-oportunidade-no-processo-penal/. Acess. 10/10/2023.

[103] Nesse sentido, “É evidente que, à ação penal de iniciativa privada, jamais seria possível a aplicação do princípio da obrigatoriedade. Como não há qualquer mecanismo de controle sobre o exercício do direito de ação penal de iniciativa privada – tal qual o art. 28 do CPP em relação à ação penal pública –, recai sobre o ofendido, de maneira autônoma, a liberdade de escolha entre a propositura (ou não) da queixa-crime. Ademais, nas hipóteses de ação penal exclusivamente privada ou personalíssima, se o legitimado a oferecer a queixa-crime optar pelo não exercício de seu direito, o Ministério Público não poderá oferecer denúncia, pois não possui legitimidade ad causam para propor a ação penal, já que tais delitos estão sujeitos exclusivamente à ação penal de iniciativa privada. Referido princípio também se aplica à representação e à requisição do Ministro da Justiça, onde o legitimado ao exercício do direito pode, segundo critérios próprios de conveniência ou de oportunidade, deixar de exercê-lo.”. LIMA. Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*, p.327.

[104] Diversos autores observam para a necessidade de se atrelar o princpio da oportunidade ao da legalidade. Ou seja, sob esse aspecto, a discricionaridade do Ministério Público em decidir em dar ou não andamento a uma ação penal ou em oferecer ou não uma possibilidade de acordo, não é absoluta, devendo ser exercida dentro dos limites legais e constitucionais.

pautados pela legalidade, como é o caso do Brasil e de Portugal, propondo um cenário de "oportunidade legalmente regulada". Nas palavras do citado autor:

> [T]orna-se possível aventar a caracterização de espaços de oportunidade/não obrigatoriedade em um cenário de legalidade, em que a obrigatoriedade mantém seu papel estruturante e geral como regra. Tal panorama se desenharia a partir da definição objetiva e taxativa em lei das hipóteses em que, embora houver lastro mínimo necessário de materialidade e autoria de facto punível, o órgão acusador estatal possa se abster, motivadamente, de iniciar a persecução penal, conforme critérios legalmente especificados de cunho utilitário, político-criminal, econômico, entre outros; ou seja, que vão além da mera verificação da existência de facto capitulável em tipo penal e de provas mínimas para embasar uma denúncia. Portanto, afigura-se a possibilidade de um cenário de oportunidade legalmente regulada.[105]

No mesmo sentido, Ada Pellegrini Grinover e outros, afirmam que:

> [N]ão se trata – fique claro – da adoção do princípio puro da oportunidade, seguido por ordenamentos como o norte-americano (com o *plea bargaining*), o francês (art. 4º, CPP) ou o Alemão (art. 153.º CPP)", consignando os autores ainda que: "Sendo o princípio da obrigatoriedade e da indisponibilidade próprios de nossa tradição jurídica, a lei preferiu seguir modelos como o italiano (arts. 439 e 556, CPP) ou o português (arts. 392 *et seq,* CPP), em casos legalmente previstos e balizados, excepciona-se ao princípio da indisponibilidade, abrindo espeçao à autonomia das vontades, sempre sob o contro do poder Judiciário.[106]

Como bem observado pelos autores citados, Brasil e Portugal optaram por modelos legalmente previstos e balizados, excepcionando-se ao princípio da obrigatoriedade em casos específicos, sob o controle do poder Judiciário. E os mecanismos consensuais estão exatamente inseridos nessas exceções.

Independentemente de controvérsias não exploradas detalhadamente neste trabalho, é crucial reconhecer a ampla aceitação do princípio da oportunidade no cenário atual, visto que muitos ordenamentos jurídicos adotam soluções alternativas e consensuais no processo penal, que permitem que ao MP adotar caminhos alternativos à apresentação de uma acusação formal.

Contudo, como veremos nos próximos tópicos, prevalece, tanto no Brasil como em Portugal, a "oportunidade legalmente regulada", que significa que a discricionariedade do MP é limitada e está sempre atrelada à certas permissões previstas em lei.

Antes, contudo, de iniciarmos os estudos dos mecanismos de consenso em vigência no Brasil e em Portugal, tecendo críticas e questionamentos quando às

---

[105] VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. Barganha e Justiça Crimnal Negocial: Análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro, p.51.

[106] GRINOVER, Ada Pellegrini. FILHO, Antonio Magalhães Gomes. FERNANDES, Antonio Scarance. GOMES, Luiz Flávio. *Juizados Especiais Criminais*. Comentários à Lei 9.909, de 26.09.1995. 2.ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 85.

implicações sobre a mitigação do princípio da obrigatoriedade e demais princípios que regem o processo legal, examinaremos, nos próximos tópicos, o contexto histórico de crise do sistema processual penal tradicional, o desenvolvimento da justiça penal negociada e os mecanismos de consenso implementados no cenário internacional.

Capítulo 2

2. A crise do sistema processual penal: expansão da justiça penal negocial e os espaços de consenso no direito comparado

A complexidade dos julgamentos devido à necessidade de respeitar uma série de procedimentos, direitos e princípios, embora essenciais, contribui significativamente para a sobrecarga do sistema de justiça.

A verdade é que a sobrecarga do sistema de justiça criminal e sua ineficácia em lidar com a crescente demanda de processos não são desafios novos. E é essa descompensação temporal, ou seja, a discrepância entre a demanda por justiça e a capacidade do sistema de entregá-la, que facilitou a aceitação de atalhos e soluções imediatas, deixando-se de lado debates mais profundos de política criminal e análises de outras soluções alternativas na busca pela prevenção e repressão da criminalidade, e voltando-se para o avanço e a expansão de mecanismos de justiça penal negocial.

A reflexão de Hélio Tornaghi, expressa em sua obra de 1977, apresenta uma perspetiva valiosa sobre as complexidades da relação entre avanços tecnológicos e a resolução dos problemas sociais. Tornaghi enfatiza que, embora a tecnologia e a técnica tenham proporcionado conforto e bem-estar material, elas não são uma panaceia para os problemas humanos e sociais mais complexos. A técnica não impediu o aumento da violência, choques culturais, problemas econômicos, e conflitos geopolíticos. Nas palavras do eminente autor:

> [A] tecnologia sozinha é impotente. Jamais se viu uma alegria de laboratório; da proveta do químico não brota um soluço, não sai uma lágrima. Nem se inventou um processo físico de fazer sorrir. No entanto o sorriso é muito mais importante para o homem do que a eletrólise da água.
> A técnica deu aos Estados Unidos o conforto, o bem-estar e a abundância. E tudo isso é bom. Mas não basta. Ela não evitou o aumento da violência, o choque das raças, o genocídio dos índios, a divulgação dos entorpecentes, o crash da Bolsa em 1929, o desemprego, o gangsterismo, o aparecimento de hippies e tantos outros males cujo remédio deve provir de outra fonte.A tecnologia soviética não livrou os pobres russos da opressão e do medo. No Brasil, o aumento e o progresso da técnica não evitaram o desencadeamento de uma criminalidade e de uma insegurança nunca dantes conhecida.
> A tecnologia avança, mas o que se vê, por toda parte, é que ela não é mezinha para os males, individuais ou coletivos. Ela deve coexistir com outra ordem de atividade intelectual e prática: o progresso que ela acarreta não evitou o cancro do nazismo ou o embuste do comunismo; não afastou os conflitos do Oriente Médio ou do Vietnã, nem a humilhação da Tchecoslováquia ou o pisoteamento da Hungria, afogada em sangue

> pelo desaforo de aspirar a liberdade; não trouxe ao mundo nem a Felicidade nem a Paz.[107]

Muitas questões complexas não podem ser resolvidas exclusivamente por meio da aplicação de soluções rápidas, eficientes e tecnológicas. Isso nos leva a uma questão essencial: como a justiça negocial, frequentemente voltada para respostas rápidas, pode ou não abordar as raízes mais profundas dos problemas do sistema de justiça e da sociedade como um todo? Como podemos equilibrar a almejada eficiência do processo penal com as garantias fundamentais inerentes ao devido processo legal? A reflexão de Hélio Tornaghi nos lembra que, apesar dos avanços tecnológicos, a resolução dos desafios individuais e coletivos requer abordagens que transcendam a mera eficiência e se conectem às questões mais amplas de justiça.

2.1.1. A lenda do direito penal como "*ultima ratio*"

Como observa Aury Lopes Júnior, um dos principais argumentos para justificar a ampliação da justiça negocial é o "entulhamento" da justiça que, segundo o autor, é oriundo da banalização do uso do direito penal como resposta a problemas sociais complexos[108].

A discussão sobre a expansão do direito penal se mantém no cerne dos debates sobre política criminal e contribuiu para o colapso do sistema de justiça e, consequentemente, para o desenvolvimento de mecanismos de consenso alternativos para solucionar as demandas penais.

Embora o direito penal deva ser intrinsecamente entendido como a "*ultima ratio*", observamos, já há muito tempo, uma tendência na expansão acelerada desse ramo do direito. Essa expansão se manifesta na criação de novos tipos penais, no aumento das penas aplicadas às condutas ilícitas e em uma transformação que merece, sem dúvidas, uma análise um pouco mais detalhada.[109]

Como dito, o Direito Penal apresenta como característica principal a *ultima ratio*, ou seja, o Estado só deveria recorrer ao direito penal e a aplicação de sanções penais quando não houvesse outros meios adequados para prevenir e reprimir o ilícito. E mais, a aplicação do direito penal deveria ser reservada exclusivamente para responder a violações que causem ofensas intoleráveis à ordem jurídica. Nesse ponto, a lição de Nelson Hungria, de 1958, mantêm pertinência até os dias de hoje:

> [S]omente quando a sanção civil se apresenta ineficaz para a reintegração da ordem jurídica é que surge a necessidade da enérgica sanção penal. O legislador não obedece a outra orientação. As sanções penais são o último recurso para conjurar a

[107] TORNAGI, Hélio. *Instituições de Processo Penal*, p. 8
[108] JUNIOR, Aury Lopes. *Direito Processual Penal*, p. 37.
[109] BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*, p. 93.

> antinomia entre a vontade individual e a vontade normativa do Estado. Se um facto ilícito, hostil a um interesse individual ou coletivo, pode ser convenientemente reprimido com as sanções civis, não há motivo para a reação penal.[110]

No entanto, o que vemos nas ao longo dos anos é uma verdadeira expansão da atuação do direito penal. Ele tem sido utilizado como *prima ratio,* isto é, deixa de ser o último recurso e passa ser o primeiro.

O surgimento da "sociedade de risco", termo identificado por Ulrich Beck, na qual os perigos são frequentemente invisíveis e suas consequências imprevisíveis, é apontado como uma das causas da expansão do direito penal.[111]

Com efeito, antigamente os riscos provinham de acontecimentos naturais ou de ações humanas próximas e definidas, para as quais a clássica tutela penal de bens jurídicos individuais era suficiente[112]. Contudo, à medida que os riscos foram se tornando globais e interconectados, os Estados passaram a enfrentar um novo desafio, o desafio de tutelar questões mais complexas envolvendo, por exemplo, questões ambientais, econômicas e tecnológicas.

Jorge de Figueiredo Dias, abordando o tema, observa que essa mudança para a sociedade de risco acarretou significativa alteração na produção legislativa em materia penal, pois passaram a criar normas apenas para promover valores de uma sociedade. Ou seja, o que antes era criminalizado apenas em casos de dano, passa a ter relevância quando é apenas um perigo[113].

Sobre esse aspeto, Antonio Henrique Graciano Suxberger e Dermeval Farias Gomes Filho, alertam que essa maximização do uso do Direito Penal está atrelada a sua aplicação não apenas a tutela de bens jurídicos individuais, como a vida, a liberdade e o patrimônio, mas especialmente aos bens jurídicos supraindividuais, também chamados de coletivos e difusos, como o meio ambiente, as relações de consumo, a ordem econômica e financeira[114]. Nas palavras dos citados autores, a adoção de políticas criminais expansionistas, com a tipificação de novos delitos, também:

> [A]contece em razão do rompimento das fronteiras econômicas, culturais e políticas no contexto da globalização. Some-se a isso o desenvolvimento tecnológico e industrial, que trouxe novas relações de proteção e convivência na sociedade pós-moderna. Também o aumento da violência e o surgimento de novos riscos individuais e coletivos

---

[110] HUNGRIA. Nelson. *Comentário ao Código Penal*. Vol. III. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 178.

[111] BURGEL. Letícia. A problemática dos tipos penais abertos no direito penal contemporâneo. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*. Coimbra: Centro de Investigação de Direito Privado, 2017, ano 3, n.º 4, pp. 981-1015. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2017/4/2017_04_0981_1015.pdf.

[112] *Ibidem*.

[113] DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito penal: parte geral. Tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime, Portugal: Coimbra Editora, 2007. p. 139/140.

[114] SUXBERGER, Antonio. GOMES FILHO, Dermeval. *Funcionalização E Expansão Do Direito Penal*: O Direito Penal Negocial (The Criminal Law's Functionalization and Expansion: The Negotiation on Criminal Law), 2016, vol. 13, n.º 1. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2866413.

contribuem para indicar a insuficiência, na perspetiva da Política Criminal que inspira a maioria dos Estados de Direitos, das respostas cíveis e administrativas.[115]

Neste contexto da denominada "sociedade de risco", o renomado autor italiano, Alessandro Baratta, introduziu o conceito de "resposta simbólica" para destacar como a expansão do direito penal frequentemente resulta em medidas destinadas a satisfazer as preocupações públicas, mesmo que não sejam eficazes na prevenção do crime. É o (mal) uso político do direito penal, que tem suas raízes vinculadas à disseminação da crença, frequentemente veiculada por meios de comunicação (rádio, televisão, internet), de que o direito penal é a solução universal para todas as questões cotidianas.[116]

O cerne da crítica reside no simbolismo penal, que se manifesta quando os legisladores sentem a pressão de responder a expectativas de impunidade do sistema, promulgando leis que refletem e reforçam os anseios da sociedade punitivista, muitas vezes priorizando a produção de um sentimento de segurança social acima de considerações estritamente jurídicas'[117].

Em sociedades em que o Estado é percebido como um combatente ativo da criminalidade, o simbolismo penal prevalece e é bem-recebido pela população sempre que intensifica as penalidades, prende determinados indivíduos considerados perigosos e demonstra ser um ator robusto e eficaz na resposta às demandas sociais.

Essa expansão do direito penal, ao ultrapassar fronteiras e abraçar uma gama mais ampla de condutas, torna-se intrinsecamente vinculada ao entulhamento da justiça. O sistema, ao enfrentar uma multiplicidade de demandas, mostra-se sobrecarregado, comprometendo a eficiência e a qualidade das decisões judiciais. Nesse contexto, urge uma reflexão sobre a necessidade de equilibrar a expansão do direito penal com mecanismos que assegurem a viabilidade do sistema de justiça, evitando assim o colapso e preservando a efetividade das respostas jurídicas.

2.1.2. A administrativização do direito penal

Importante destacar que a expansão do direito penal ao longo da história não apenas provocou uma mudança significativa na forma como a sociedade lida em relação às infrações, mas também deu origem a um fenômeno notório, denominado por Silva Sanchez de: a administrativização do direito penal[118]. Esse fenômeno se caracteriza

[115] SUXBERGER, Antonio. GOMES FILHO, Dermeval, Funcionalização E Expansão Do Direito Penal: O Direito Penal Negocial (The Criminal Law's Functionalization and Expansion: The Negotiation on Criminal Law).

[116] SOUZA, Luciano Anderson de. *Expansão do Direito Penal e Globalização*. Editora Quartier Latin. São Paulo: 2007. p. 155.

[117] *Ibidem*.

[118] SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *La expansión del derecho penal*: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Madrid, Civitas, 1999, pp. 141 e ss. In JUNIOR. José Roberto Macir. MACRI. Bianka Jaquetti. Expansão do direito penal: abordagem sociológica. *Revista Reflexão e Crítica do Direito*, 2017, jan./dez, ano. V, n. 5, p. 185-203. ISSN 2358-7008. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5298253/mod_resource/content/1/Expans%C3%A3o%20penal.%20Sociologia.pdf.

pela tipificação de condutas que anteriormente não eram consideradas crimes, mas sim violações de normas administrativas.

Um dos aspetos mais notáveis dessa transformação é o uso frequente de tipos penais abertos[119], que são formulados de maneira ampla e genérica, permitindo uma interpretação extensiva por parte das autoridades judiciais e dos operadores do direito. Também é frequente a criação de normas penais em branco[120], em que a descrição da conduta criminosa remete a normas de outras áreas do ordenamento jurídico.

Além disso, os tipos penais de perigo abstrato[121], nos quais a mera conduta é suficiente para a configuração do delito, independentemente da ocorrência efetiva de dano, também se tornaram mais comuns. Essa expansão excessiva, muito evidente no Brasil, por exemplo, na Lei n.º 9.605/98, que versa sobre crimes ambientais, acarreta significativa insegurança jurídica com tipos penais extremamente abertos, vagos, dependentes de complementos por normas heterodoxas (normas penais em branco), de perigo abstrato, de criminalização de mero descumprimento de preceitos administrativos.

Bernardo Feijoo Sanchez observa que a sanção a uma conduta que é "estatisticamente perigosa, mas que, no caso concreto, não supõe uma organização defeituosa para outro âmbito da organização, apenas pode canalizar-se através do direito administrativo"[122], ressaltando que se a sanção administrativa já é suficiente para a prevenção de lesões aos bens jurídicos, não há espaço para a intervenção do direito penal. Concluindo que "o injusto penal tem que ir mais além da mera desobediência administrativa e implicar um plus que justifique a pena" [123].

---

[119] Luiz Regis Prados, esclarece que "Tipo fechado/tipo aberto – no tipo fechado, a descrição legal da ação proibida é completa, em todos os seus aspectos fáticos (exemplos: arts. 121, caput (homicídio simples) e 129, caput (lesão corporal), CP). Já o tipo aberto descreve parte da ação proibida, devendo ser completado pelo julgador. A tipicidade depende de um juízo axiológico autônomo (exemplos: delito culposo – arts. 121, § 3.º (homicídio culposo) e 129, § 6.º (lesão corporal culposa); elementos normativos – arts. 177 (fraudes e abusos na fundação ou administração de sociedade por ações); 259 (difusão de doença ou
praga), CP)." PRADO. Luiz Regis. *Tratado de Direito Penal Brasileiro*. Parte Geral (arts. 1º a 120). Vol. 1. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 872.

[120] Cezar Roberto Bitencourt observa que as normas penais em branco são aquelas "de normas de conteúdo incompleto, vago, impreciso, também denominadas normas imperfeitas, por dependerem de complementação por outra norma jurídica (lei, decreto, regulamento, portaria, resolução etc.), para concluírem a descrição da conduta proibida. Um claro exemplo pode ser encontrado no art. 268 do Código Penal, que descreve como conduta proibida "infringir determinação do poder público, destinada a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa". Para a delimitação do conteúdo exato dessa proibição torna-se necessário acudir às determinações dos Poderes Legislativo e Executivo em matéria de prevenção de doenças contagiosas." BITENCOURT. Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Volume 1, parte geral (arts. 1º a 1120). 29ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2023. p.165.

[121] Cezar Roberto Bitencourt explica que "Crime de dano é aquele para cuja consumação é necessária a superveniência de um resultado material que consiste na lesão efetiva do bem jurídico. A ausência desta pode caracterizar a tentativa ou um indiferente penal, como ocorre com os crimes materiais (homicídio, furto, lesão corporal). Crime de *perigo* é aquele que se consuma com a superveniência de um resultado material que consiste na simples criação do perigo real para o bem jurídico protegido, sem produzir um dano efetivo.". *Op. Cit*. p. 235.

[122] SANCHEZ, Bernardo Feijoo. *Sobre a "Administrativização" do Direito Penal na "Sociedade de Riscoa"*. Notas sobre a Política Criminal no Início do Século XXI. *Revista Liberdades*. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2011, maio-agosto, n.º 7, p. 40. Disponível em: https://ibccrim.org.br/media/publicacoes/arquivos_pdf/integra7.pdf.

[123] SANCHEZ, Bernardo Feijoo. *Sobre a "Administrativização" do Direito Penal na "Sociedade de Riscoa"*. Notas sobre a Política Criminal no Início do Século XXI, p. 40.

Silva Sachez, por sua vez, enfatiza a diferença estrutural entre os sitemas de direito penal e administrativo. De acordo com o referido autor, o direito penal "visa proteger bens concretos em casos concretos e segue critérios de lesividade ou periculosidade concreta e de imputação individual de um injusto próprio", enquanto o direito administrativo sancionatório:

> [V]isa ordenar, de um modo geral, setores de atividade (reforçar, mediante sanções, um determinado modelo de gestão setorial). Por isso, não tem de seguir critérios de lesividade ou periculosidade concreta, mas antes de afetação geral, estatística; não tem também de ser tão estrito na imputação nem sequer na persecução (regida por critérios de oportunidade e não de legalidade) (...) o direito administrativo sancionatório é o reforço da gestão ordinária da administração. Assim, poderia afirmar se que é o direito sancionatório de condutas perturbadoras de modelos setoriais de gestão. Seu interesse reside na globalidade do modelo, no setor em sua integridade, e, por isso, tipifica infrações e sanciona desde perspectivas gerais. Não se trata aqui do risco concreto como risco em si mesmo relevante e imputável pessoalmente a um sujeito determinado, mas o que é determinante é a visão macroeconômica e macrossocial (as 'grandes cifras'; o 'problema estrutural' ou 'sistêmico').[124]

A chamada "administrativização" do direito penal há tempos é utilizada, mas também é muito criticada, pois vem num caminho contrário ao do uso do direito penal como *ultima ratio* do Estado para resolução de conflitos e, claramente, também contribuíra para o entulhamento e a morosidade do sistema judicial penal.

2.1.3. Os perigos da expansão do poder punitivo e a questão da impunidade

Estudioso do direito penal e de criminologia, como os ilustres autores Nilo Batista, Eugênio Raúl Zaffaroni, Alessandro Baratta e outros, alertam para os perigos de um sistema punitivo que prioriza o encarceramento em massa e a imposição de penas severas sem considerar adequadamente as causas subjacentes do crime e as necessidades de reinserção social dos infratores[125].

A criminalização de condutas, conjugada com a punição pura e simples não evita a violência. Ao revés, a prática de anos escancara que a ampliação da aplicação do direito penal só contribui para o surgimento de novos infratores. Mesmo diante desse cenário, adota-se o caminho considerado mais rápido e eficiente, restando negligenciada abordagens mais abrangentes e profundas para a prevenção do crime e a resolução de conflitos.

---

[124] SILVA SÁNCHEZ. *La expansión del derecho penal*: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales, pp. 141 e ss. In: JUNIOR. José Roberto Macri. MACRI. Bianka Jaquetti. Expansão do direito penal: abordagem sociológica.

[125] Autores que são referências no tema e na crítica ao sistema punitivista. Para aprofundamento do tema, recomenda-se a leitura da obra *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*, do professor Nilo Bastista; a obra *Em busca das penas perdidas*, de Eugênio Raúl Zaffaroni; e a obra *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*, de Alessandro Baratta.

Com brilhantismo em seu magistério, Zaffaroni faz uma crítica contundente ao uso indiscriminado do poder punitivo, destacando que tal abordagem conduz à relativização e flexibilização de direitos constitucionais consagrados do acusado, além de representar uma violação aos princípios fundamentais que orientam o devido processo legal. De maneira perspicaz, o autor em questão também chama a atenção para o perigo do uso excessivo do direito penal, alertando sobre os riscos de uma verdadeira crise de superencarceramento[126].

Além disso, a criminalização de condutas e a expansão do direito penal podem levar à penalização desproporcional de determinados grupos sociais, incluindo minorias étnicas, pessoas em situação de vulnerabilidade social e economicamente desfavorecidas[127]. Isso amplia as desigualdades e perpetua os ciclos de criminalidade em vez de abordar as raízes do problema.

Nada obstante, uma das saídas utilizadas para amenizar os problemas sistêmicos, como o estulhamento e a morosidade do judiciário, o superencarceramento e a ineficácia do sistema prisional, é exatamente a expansão de medidas alternativas para a resolução dos conflitos sociais, especialmente da justiça penal negocial.

Interessante aqui destacarmos dados estatísticos para melhor situarmos o cenário no qual os avanços e estudos da justiça penal negocial encontram-se inseridos. Segundo informações do Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional do Brasil (SISDEPEN)[128], o Brasil tinha, em dezembro de 2022 – último período de dados levantados no momento da elaboração do presente trabalho – um total de 832.295 mil presos, sendo 648.692 em celas fixas e 183.603 presos em prisão domiciliar.

Sendo que, segundo dados do próprio SISDEPEN[129], o Brasil tem um total de 477.056 vagas em estabelecimentos prisionais, distribuídas em 1.400 estabelecimentos prisionais. Uma simples análise entre o número de pessoas presas e o número de vagas disponível já revela, sem qualquer esforço a realidade do sistema prisional brasileiro,

---

[126] Em entrevista à Consultor Jurídico, Raúl Zaffaroni, que é considerado uma das maioríssimas autoridades mundiais em direito penal, referência na América Latina, em razão das suas sempre bem colocadas críticas ao direito penal, discorre exatamente sobre a necessidade de se utilizar o direito penal para conter o poder punitivo e sobre a criminalização seletiva. A íntegra da entrevista está disponível em: https://www.conjur.com.br/20anos/2017-ago-03/raul-zaffaroni-jurista-argentino-funcao-do-direito-penal-e-limi.

[127] BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 9.ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 38.

[128] O Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional - SISDEPEN é uma ferramenta de uso gratuito fornecida pelo Ministério da Justiça que visa ao cumprimento da Lei nº 12.714, de 14 de Setembro de 2012. Disponível em: https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiMTQ2ZDc4NDAtODE5OS00ODZmLThlYTEtYzI4YTk0MTc2MzJkIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9&pageName=ReportSection045531d3591996c70bde.

[129] NEVES, Paulo Vitor Moreira. GAMA, Giliarde Benavinuto Albuquerque Cavalcante Virgulino Ribeiro Nascimento. A Privatização dos Presídios Brasileiros à Luz da Dignidade do Preso. *Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciências e Educação*. São Paulo, 2023, out vol. 9, n.º 10. 2023.doi.org/10.51891/rease.v9i10.11604.

que há tempos é marcado pela superlotação. Em dezembro de 2022, o Brasil tinha nada mais nada menos do que um déficit de 171.636 vagas.

Dados extraídos do ranking do World Prison Brief (WPB), que é um dos principais bancos de dados no mundo que armazenam informações dos sistemas carcerários, compilados pelo Instituto de Pesquisa de Políticas de Crime e Justiça do Reino Unido, mostram o Brasil no terceiro lugar do ranking. Portugal, por sua vez, ocupa a 86ª posição, com um total de, segundo o referido sistema e, na data da pesquisa, 12.659 presos.[130]

Os números alarmantes do Brasil revelam um sistema prisional falido, que não é capaz de atingir de forma alguma as finalidades às quais de propões, em especial a finalidade preventiva. Não há consequências positivas que possam ser extraídas de um sistema abarrotado, que ignora todo e qualquer direito humano básico do indivíduo. Ao revés, o que se comenta é que há um aperfeiçoamento dos delinquentes, ou seja, que deixam as cadeias mais "experientes" para a práticas de novos crimes.

Sem falar no estigma do cidadão que já passou pelo sistema carcerário, que não consegue se realocar na vida em sociedade, não consegue um emprego, é visto sempre com desconfiança por possuir registos criminais. O que resta para esses indivíduos, infelizmente, é o retorno para a criminalidade.

A renomada professora e Dra. Maria João Antunes, ao comentar sobre a ausência de um programa de política-criminal fundado no mandamento da necessidade de tutela de bens jurídicos e da reintegração do agente na sociedade, alerta para a necessidade de autuação do processo penal nesse campo. E, nesse sentido, reclama que o processo penal desenrole de forma célere, que "a resolução do conflito jurídico-penal tenha lugar também por via de mecanismos de diversão e que o arguido e a vítima participem na administração da justiça penal, criando para o efeito espaço para soluçõs processuais de consenso."[131].

Pensa-se que a expansão da justiça penal negocial é sim um caminho para amenizar a crise dos sistemas penal e processual penal, pois é capaz de aliviar o sistema sobrecarregado, contudo, claramente não é suficientes para corrigir a expansão desenfreada da aplicação do direito penal. Nesse sentido, toma-se de empréstimo as palavras de Fernanda Palma, citada pela referida autora Maria João Antunes:

> [O] Processo Penal, não podendo corrigir totalmente as deficiências da seleção ou de uma definição de crime arbitrária, deve ser, pelo menos, através de uma conceção material de crime constitucionalmente apoiada, uma instância racionalizadora de

[130] Dados disponíveis em: https://www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/prison-population-total?field_region_taxonomy_tid=All.

[131] ANTUNES, Maria João. *Direito Processual Penal*, p. 12

distinção de casos segundo critérios razoáveis de justiças e uma antecipação dos fins reparadores das penas.[132]

Embora muito interessante na teoria, o estudo da justiça penal negocial não está livre de questionamentos, desafios e muitos problemas que devem estar sempre em debate. Nada obstante, é importante compreender que os mecanismos de consenso criminal há algum tempo já são reconhecidos em muitos paises, por isso, abordaremos adiante acerca desse "caminho da justiça penal negocial" já iniciado.

2.1.4. O caminho já iniciado da justiça penal negocial: o modelo americano (*plea bargaining*) e modelos no espaço europeu

O processo penal, embora naturalmente mais moroso em relação às mudanças sociais, não está imune às influências da globalização e da evolução cultural. A pressa nas demandas sociais cria desafios complexos ao buscar equilibrar a proteção dos direitos individuais com a eficiência nos processos decisórios do âmbito penal.

Como exposto anteriormente, a expansão indiscriminada do direito penal como resposta a todos os problemas resulta em um excesso de processos criminais, submetidos a um trâmite considerado complexo devido à necessidade de respeitar todas as regras e garantias fundamentais, agravada pela escassez de recursos governamentais para estruturar efetivamente o sistema judiciário, tudo isso contribui para a perceção social de morosidade excessiva do sistema e alimenta crescente sensação de impunidade na sociedade

Embora a prática da negociação penal seja frequentemente associada ao sistema processual dos Estados Unidos, com a *plea bargaining*, que é a espinha dorsal dos processos criminais neste país há mais de um século, o caminho da justiça penal negociada já se manifesta em diversos outros sistemas jurídicos ao redor do mundo que, no entanto, possuem histórias próprias, com contextos, regras e condições específicas.

Mesmo que não seja o objetivo do presente estudo realizar uma análise detalhada do instituto norte americano, é elementar compreender os contornos e características da *plea bargaining*, pois contribuirá para o entendimento e as críticas envolvendo a expansão dos espaços de consenso no campo jurídico penal e para a reflexão sobre os desafios e as possibilidades inerentes a esse tema em constante evolução.

[132] Cf. O Problema Penal do Processo Penal, p. 51, In. ANTUNES. Maria João. *Direito Processual Penal.*, p. 12.

Com efeito, o modelo processual penal presente nos Estados Unidos atenta a um mecanismo de investigação subsidiário e supletivo, embasado em uma estrutura adversarial entre a defesa do acusado e a acusação do Ministério Público[133].

Em razão do elevado número de processos criminais pendentes de solução, e da necessidade de resolução de forma célere e eficiente dos mesmos, o instituto da *plea bargaining* colocou-se na vanguarda tendo em conta o seu uso alargado no sistema jurídico norte-americano[134], provocando alterações no paradigma do meio prevalecente para o julgamento – o tribunal de júri – como forma de obter decisão judicial condenatória ou absolutória.

Nesse prisma, o instituto processual da *plea bargaining* surge como uma das formas mais tradicionais de negociação da acusação. Pode-se observar que a palavra *plea* está associada à ideia de declaração de algo e ou confissão, e o termo "*bargaining*" tem a sua etimologia vinculada a ideia de barganha, com o intuito de celebrar uma troca. Assim, em termos concretos, o termo *plea bargaining* traduz-se em "confessar o crime para barganhar".

A *plea bargaining* compreende um acordo no qual o investigado confessa a prática do crime pelo qual foi acusado, em troca de benefícios que podem ser definidos entre aquele e o promotor de justiça, seja no curso da investigação ou até na fase de julgamento, facilitando a tramitação e o encerramento do caso[135].

A aplicação do *plea bargaining* no processo criminal nos Estados Unidos pode ocorrer por via da confissão de culpa – ou *guilty plea* – do investigado ou arguido, como também pode ser quando ele não contesta as imputações (*nolo contendere*)[136]. Ao optar pela segunda opção, o acusado renuncia ao direito constitucional de ser julgado por um júri imparcial e aceita a imposição de uma pena em casos mais restritos[137]. Caso o acusado decida confessar os fatos e a respectiva culpa (*guilty plea*), aceitando a imposição imediata de uma pena, renunciando a direitos fundamentais e não impondo

---

[133] DIAS, Jorge de Figueiredo. *Acordos sobre a sentença em processo penal - O "fim" do Estado de Direito ou um novo "princípio"?* Porto: Conselho Distrital do Porto, 2011, pp. 16-17.

[134] RAPOZA, Phillip. A experiência americana do plea bargaining: a excepção transformada em regra. *Julgar*.. Coimbra: Almedina, 2013, jan, abr, n.º 19, p. 208. Disponível em: https://julgar.pt/wp-content/uploads/2013/01/207-220-Plea-bargaining.pdf.

[135] ALSCHULER, Albert W. Plea Bargaining and Its History. *Chicago Unbound*. University of Chicago Law School, 1979, pp. 3-5. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2005&context=journal_articles.

[136] Segundo Brandalise: "as negociações americanas de sentença criminal podem acontecer pela declaração de culpa do acusado (*guilty plea*, mote do *plea bargaining*) ou pela declaração de que não haverá a contestação da acusação (*nolo contendere*). A nota distintiva entre elas reside na consequência de que a primeira produzirá efeitos no juízo cível, enquanto que a segunda, não, porque se limita a não contestar a ação (em assumir a responsabilização mas sem realização de confissão pelos fatos). Diferenciam-se, igualmente, porque a segunda, no âmbito americano, não é aceita em todos os Estados." BRANDALISE, Rodrigo da Silva. *Justiça Penal Negociada: negociação da sentença criminal e princípios processuais relevantes*. Curitiba: Juruá, 2016. p. 65.

[137] VASNCONCELLOS. Vinícius Gomes de. Barganha no processo penal e o autoritarismo "consensual" nos sistemas processuais: a justiça negocial entre a patologização do acusatório e o contragolpe inquisitivo, p. 63.

a carga probatória ao acusador, ou seja, inutilizado totalmente o processo[138], deve ser agendada uma audiência para que manifeste a sua decisão perante um magistrado, que deverá fazer detida análise sobre o teor da declaração, para saber se é consciente, voluntária, e isenta de qualquer tipo de coação.[139]

Quando tratamos do modelo norte-americano da *plea bargaining*, o objeto da negociação pode variar em razão do alto grau de discricionariedade concedida ao órgão acusador. A negociação praticamente não encontra barreiras, adotando assim uma visão bem ampla e ilimitada acerca do estudado princípio da oportunidade que, como se verá adiante, é bem divergente dos modelos consensuais adotados no Brasil e em Portugal, países que prezam pela aplicação mais limitada da oportunidade, mais compatível com o princípio da obrigatoriedade/legalidade previstos em ambos ordenamentos jurídicos.

Nos EUA, os termos da negociação podem incidir sobre a pena a ser aplicada ou sobre os fatos imputados ao acusado, podendo a *plea bargaining* assumir diversas modalidades, na medida em que o acordo pode versar sobre a imputação dos fatos – uma *charge bargaining*, onde o Ministério Público aceita desistir de uma das acusações ou por um crime menos gravoso, em troca da assunção de culpa por parte do acusado.[140]

Outra modalidade é a *sentence bargaining*, caracterizada por uma negociação relativamente à sanção penal em concreto, em que o papel do acusado cinge-se em assumir a culpa face à acusação do Ministério Público, e este, em troca, recomenda ao juiz do processo uma determinada sanção (por exemplo, pena de multa em vez de pena de prisão), e com certa medida (por exemplo, pena de prisão de dois anos em vez de três), ou não se opõe a uma eventual atenuação da pena que tenha sido proposta pelo acusado em fase de julgamento.

A possibilidade de acordos entre acusação e no direito norte-americana é admissível com base no facto de ser um processo com um modelo acusatório puro, no qual compete às partes a iniciativa processual, cabendo ao Ministério Público (*prosecutor*)[141] ampla discricionariedade de atuação.

---

[138] Alberto Bonivno, citado por Vinícius Vasconcellos, comenta que "o *guilty plea* não é um elemento de prova ou uma confissão, mas uma condenação em si mesmo, tão determinante como o veredito do júri". E que se trata de um ato unilateral, que não requer, via de regra, o consentimento das outras partes. Cf. Barganha no processo penal e o autoritarismo "consensual" nos sistemas processuais: a justiça negocial entre a patologização do acusatório e o contragolpe inquisitivo, idem.

[139] Acórdão do Supremo Tribunal dos Estados Unidos da América, de 29 de setembro de 2022. Processo n.º 22-186, Troy Mansfield c. Williamson County, pp. 6-8. Disponível em: https://www.supremecourt.gov/DocketPDF/22/22-186/242130/20220929163237206_22-186_Amicus%20Brief.pdf.

[140] BUREAU OF JUSTICE ASSISTANCE. Plea and Charge Bargaining *Research Summary*. 2011, U.S. Department of Justice. Disponível em: https://bja.ojp.gov/sites/g/files/xyckuh186/files/media/document/pleabargainingresearchsummary.pdf.

[141] Nos EUA o Ministério Público é um órgão de natureza política, sendo eleito democraticamente, e por este motivo existe a necessidade deste órgão demonstrar resultados perante os cidadãos da eficiência e celeridade na resolução dos litígios, que é conseguida através de soluções pragmáticas, como a plea bargaining.

Comenta-se ainda que no *due process of law,* as regras determinantes para o início da da persecução penal, em que o acusado, no seu primeiro momento de manifestação, tem que se posicionar sobre os fatos, determina também a possibilidades de acordo, porque neste momento há um espaço para a renúncia ao processo para aplicação antecipada da pena acordada.[142]

Na *plea bargaining* "o destino da acusação como da defesa está nas mãos das partes" [143], na medida em que as mesmas podem optar pelo exercício dos seus direitos processuais ou abdicar deles em troca de um benefício inerente à acusação ou decisão final. Para o acusado, o benefício, via de regra, estará relacionado à atenuação da pena ou arquivamento do caso, mas, para tanto, abdica de direitos fundamentais do processo penal vistos no capítulo anterior, tais como o direito à presunção de inocência, direito ao silêncio, direito de exercer a sua defesa, produzir provas, etc.

Para o Ministério Público, o principal benefício reside na maior celeridade do processo e, conforme o caso, na obtenção de uma condenação do acusado. É na base destas concessões e benefícios, tanto do acusado como do Ministério Público, e na vantagem futura para ambas as partes que o Supremo Tribunal dos Estados Unidos fundamenta a constitucionalidade da *plea bargaining*[144].

A liberdade que resulta da negociação em processo penal que é atribuída ao sujeito processual acusador na organização judiciária dos Estados Unidos conduz a uma compatibilidade difícil com os regimes jurídicos do Brasil e de Portugal.

Nos EUA pode falar-se na existência de uma "verdadeira justiça negociada", uma vez que existe a possibilidade de negociação dos fatos imputados ao arguido[145], já nos sistemas jurídicos do Brasil e de Portugal o papel e as competências atribuídas ao Ministério Público são bem mais restritas[146]. Existe um repúdio por grande parte da

---

[142] VASCONCELLOS. Vinícius Gomes de. Barganha no processo penal e o autoritarismo "consensual" nos sistemas processuais: a justiça negocial entre a patologização do acusatório e o contragolpe inquisitivo, p.61.

[143] Cf. RAPOZA, Phillip. A experiência americana do *plea bargaining*: a excepção transformada em regra, p. 212

[144] Cf. RAPOZA, Phillip. A experiência americana do *plea bargaining*: a excepção transformada em regra, p. 213.

[145] Aqui devemos questionar se a *plea bargaining* está mesmo centralizada no poder de negociação das partes ou na renúncia do réu ao julgamento. Como bem pontua Vinícius Vasconcellos, "a premialidade não se caracteriza exclusivamente na redução de pena, pois até em uma situação em que o acusado não obtenha qualquer benefício direto em sua punição, mas, por exemplo, opte por renunciar à defesa para iniciar imediatamente o cumprimento efetivo da punição, em vez de continuar como preso provisório em razão da imposição de uma restrição cautelar por longo período durante o julgamento do caso. Isso pode se dar porque certos direitos previstos na Lei de Execuções Penais são garantidos somente àqueles detidos com sentença definitiva. Ou seja, ainda que sem negociações explícitas ou abrandamentos de modo direto da punição imposta, há aqui um benefício ao acusado, resultante da renúncia à resistência ao poder punitivo. Assim, conclui-se que a vantagem não precisa necessariamente ser percebida na punição imposta ou de concessão por algum dos atores públicos do processo penal, podendo advir do próprio funcionamento do sistema criminal ou até de uma esperança de tratamento mais leniente não correspondida." VASCONCELLOS. Vinícius Gomes de. *Op. Cit*. pp. 66-67.

[146] Em Portugal, sem prejuízo da alteração legislativa no Código Penal e Código de Processo Penal português, resultante do processo crime que tem como principal arguido Rui Pinto, nos termos da Lei n.º 94/2021, de 21 de dezembro, o modelo de negociação americano compromete os princípios constitucionais inerentes ao Ministério Público, nos termos do artigo 216.º da Constituição da República Portuguesa, sendo difícil a compatibilidade deste modelo com regime jurídico-constitucional português. Vide Decreto de Aprovação da Constituição. Diário da República – Série I. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1976-04-10, n.º 86. Disponível em: https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/decreto-aprovacao-constituicao/1976-34520775

doutrina portuguesa - e também brasileira - na aplicação da experiência norte-americana da *plea bargaining* [147] opinião esta que se acompanha.

Pensa-se que seria inconstitucional tanto no Brasil quanto em Portugal a aplicação de um instituto que admita a manipulação dos fatos e crimes imputados ao acusado como instrumento de persuasão para obter um acordo com uma certa condenação.

Aury Lopes Júnior destaca, com propriedade, importantes críticas à larguísisma aplicação da pena privativa de liberdade "sem processo" no modelo da *plea bargaining*, alertando para o preocupante número de acordos que são celebrados nos EUA, e revelando a estatística alarmante de que "90% dos meios de resolução de casos penais, chegando a 97% nos casos federais [Walsh] e até 99% em Detroit [Langbein]" são resolvidos por meio de Acordo. Isso "significa dizer que mais de 90 de cada 100 casos criminais são resolvidos com a aplicação de uma pena sem nenhum processo, sem contraditório e sem produção de provas."[148]

Em obra dedica ao tema, Schunemann expõe relevantes críticas acerca do modelo norte-americano. Em síntese, alerta que:

a) a recompensa advinda do *guilty plea* ocasiona uma consequência mais severa para aquele acusado que enfrenta as imputações e usa do seu legítimo direito de tentar provar a sua inocência por meio do processo, afinal, o reverso da diminuição da pena é o aumento em caso de condenação após um longo julgamento;

b) o acusado está submetido à uma pressão incompatível com o Estado de Direito, pois sofre com a pressão de que se for a julgamento poderá ser punido com um agravamento da pena;

c) o facto da pena ser negociada antes de qualquer julgamento subverte a função protetiva do direito penal, porque a pena imposta não será aquele que, por motivos de prevenção geral, seria necessária para a proteção dos bens jurídicos atingidos;

d) a *plea bargaing* viola também o estado de direito pois debilita ainda mais a posição dos acusados que possuem baixo nível social, já que a decisão da celebração ou não do acordo está muito atrelada ao advogado que defende o interesse de seus clientes, restando prejudicados aqueles que são defendidos por defensores públicos; e

e) por fim, pode-se falar na aniquilação da posição do acusado como sujeito de direitos, já que na prática toda a mediação do acordo é feita por meio de advogado.[149]

Essas são apenas algumas objeções em relação a compatibilidade da *plea bargainig* com os princípios em vigor no Brasil e em Portugal.

---

[147] DIAS, Jorge de Figueiredo. *Acordos sobre a sentença em processo penal - O "fim" do Estado de Direito ou um novo "princípio"?* p. 16 e seg.; JUNIOR. Aury Lopes. Direito Processual Penal. Op. Cit. p. 1241 e seg.

[148] JUNIOR. Aury Lopes. A Crise Existencial da Justiça Negocial e o que (não) Aprendemos com o JECRIM. Boletim Especial Justiça Penal Negocial: Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2021, julho, ano 29, nº 344. p.4/6.

[149] SCHUNERMANN. Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013, pp.248-250.

Por essas e otras razões não se pode simplesmente importar institutos oriundos de sistemas jurídicos distintos, especialmente a *plea bargaining* dos EUA (*common* law), pois incompatível com o modelo da *civil law*. Este é um mecanismo que também não se adequa com ordenamentos jurídicos que seguem um processo penal de estrutura acusatória[150], pois há limites que não permitem uma negociação tão ampla e ilimitada por parte do sujeito acusador.

Ou seja, a adoção de um instituto como a *plea bargaining* no Brasil ou em Portugal poderia colocar em causa a ideia de Estado Democrático de Direito, especialmente os princípios que regem a acusação de iniciativa pública, os limites institucionais do Ministério Público, a indisponibilidade do objeto do processo penal etc. Veremos, portanto, nos capítulos seguintes, que as possibilidades de acordo entre acusação e acusado nos ordenamentos jurídicos de ambos os países são bem mais delimitadas e regradas.

De outro lado, no espaço europeu, o desenvolvimento da justiça penal negociada também seguiu caminhos diferentes do modelo americano. Sem prejuízo dos diversos sistemas legais consensuais adotados por outros Estados-membros, citamos, por exemplo, o modelo alemão, em que a negociação penal foi consagrada pelo legislador através da Lei de 4 de agosto de 2009, por meio do instituto dos acordos sobre a sentença em processo penal (*Urteilsbsprachen*), com a alteração à StPO (Código Processual alemão)[151].

Ressalta-se que antes mesmo da alteração legislativa, essa já era uma prática judiciária recorrente, isso porque não havia lei alemã que proibisse – e nem que admitisse - estes tipos de acordos (*absprachen*), existindo uma lacuna legal através da

[150] Como visto, adotado no Brasil e em Portugal. Em Portugal, determina o artigo 32.º, n.º 5 da Constituição da República Portuguesa, *vide*, MIRANDA, Jorge, e, MEDEIROS, Rui. *Constituição da República Portuguesa Anotada.* Tomo I. Coimbra Editora, 2005, pp. 359-360, anotação ao artigo 32º nº 5 da CRP.

[151] Traduzido por José Souto Moura, in MOURA, José Souto de. "Acordos em Processo Penal. A propósito da obra Acordos sobre a sentença em Processo Penal do Sr. Prof. Figueiredo Dias." 12 de Janeiro de 2012, pág. 6, nota de rodapé nº 9: "(1) Sempre que se mostre adequado, o Tribunal pode, nos termos do presente artigo, chegar a um acordo com as partes relativamente à continuação e ao desfecho do processo. As disposições constantes do nº2 do artigo 244º permanecem inalteradas. (2) O referido acordo só deve abranger as consequências jurídicas próprias do conteúdo da sentença e os despachos associados, bem como outras medidas processuais relacionadas com o processo decisório e a conduta das partes durante a fase de julgamento. A confissão deve fazer parte integrante de qualquer acordo negociado. O veredicto sobre a culpabilidade, bem como as medidas de reforma e prevenção, são excluídos de um acordo negociado. (3) O Tribunal torna conhecido o conteúdo que o acordo negociado poderá ter. Mediante livre apreciação de todo o circunstancialismo do caso em apreço e as considerações gerais sobre a punição, podem ser indicados os limites superior e inferior para a pena. Será dada oportunidade às partes de apresentar os seus requerimentos. O acordo negociado torna-se válido quando o arguido e o ministério público concordarem com a proposta do Tribunal. (4) O Tribunal deixa de ficar vinculado por um acordo negociado se quaisquer questões significativas, de facto ou de direito, não tiverem sido tidas em consideração, ou tenham surgido, e, portanto, o Tribunal se tiver convencido de que a moldura da possível pena não é proporcional à gravidade da infração praticada, ou ao grau de culpa representado. O mesmo se aplica se a conduta subsequente do arguido em fase de julgamento não corresponder às expectativas do Tribunal. A confissão do arguido não poderá ser usada nestas circunstâncias. O Tribunal comunica, de imediato, qualquer alteração ocorrida. (5) O arguido é instruído sobre os requisitos e as consequências de qualquer alteração introduzida pelo Tribunal, nos termos do nº4 do presente artigo, relativamente ao resultado perspectivado."

qual eram realizados acordos sobre sentenças. Esses acordos foram sendo gradualmente o aceitos pela jurisprudência alemã[152].

Esses acordos sobre a sentença no processo penal alemão consistem na possibilidade de o tribunal poder chegar a um acordo com as partes do processo, sendo este acordo realizado mediante a confissão do acusado dos fatos que lhe são imputados, e é estabelecido um limite superior e inferior da pena a ser aplicada, limites estes que, em princípio, não podem ser ultrapassados pelo juiz, exceto se as circunstâncias (legais ou de fatos) tiverem sido ignoradas ou surgido posteriormente, ou que o tribunal esteja convencido de que os limites da pena estabelecidos não é suficiente para repreender a prática ilícita[153].

O acordo previsto no § 257c do código de processo penal alemão é sempre feito em audiência de julgamento e só deve ser convalidado mediante a análise e conclusão do tribunal, de que a confissão do acusado é genuína e verdadeira. Em caso de dúvida, deve existir um escrutínio por parte do tribunal acerca da veracidade da confissão do acusado e das provas dos autos que a embasem, pois no ordenamento jurídico alemão vigora, assim como em Portugal, o princípio da verdade material por meio do processo, podendo o tribunal dar lugar a mais produção de prova – de ofício - em caso de dúvida[154]. Ou seja, a celebração do acordo não prejudica os poderes de investigação do tribunal.

Isso se dá porque no processo penal alemão prevalece a primazia do juiz na condução do procedimento, acumulando poderes e tendo uma postura ativa podendo, inclusive, negociar os acordos. Comenta-se na doutrina que ao juiz de julgamento alemão cabe um papel de “gestor” da negociação, devido ao envolvimento e participação ativa que este tem nos acordos sobre a sentença[155].

Schunemann critica essa legitimação de poder alargada do juiz. Nas palavras do citado autor, no ordenamento alemão o juiz concentra basicamente quatro poderes, “o de dirigir a audiência de instrução e julgamento e realizar colheita de provas, funções para as quais é habilitado através de seu conhecimento dos autos; posteriormente ele deve decidir a causa, proferindo sentença; e então, em desrespeito à lei, concentra em suas mãos todo o poder para negociar um acordo com o advogado do acusado.”[156]

---

[152] MOELLER. Uriel. VASCONCELLOS. Vinicius Gomes de. Acordos no processo penal alemão: descrição do avanço da barganha da informalidade à regulamentação normativa. Boletín Mexicano de Derecho Comparado. vol.49, no.147, Ciudad de México, sep./dic. 2016. ISSN 2448-4873. Disponível em: Acordos no processo penal alemão: descrição do avanço da barganha da informalidade à regulamentação normativa (scielo.org.mx)

[153] No sistema Alemão é proibida a negociação das imputações, como autoriza o sistema norte-americano, por meio da charge bargaining. Ibidem.

[154] Ibidem.

[155] Cf., Mudar a Justiça Penal – Linhas de reforma do processo penal português – coordenação: António João Latas, pág. 72, 2012, Almedina.

[156] SCHUNEMANN. Bernd. Op. Cit. p. 255.

A similitude dos diversos sujeitos processuais no sistema processual alemão e no sistema processual português e a aplicação dos princípios da verdade material e da investigação processual em ambos os ordenamentos jurídicos sugerem a aplicação do instituto dos acordos sobre a sentença em processo penal, já consagrado na lei processual alemã, no ordenamento jurídico português, transposição essa que não poderá ser realizada na íntegra, uma vez que tem que ser adaptada às peculiaridade do sistema penal e processual Português, como veremos com maiores detalhes no capítulo 4 deste estudo.

Ainda no espaço europeu, mencionamos também o ordenamento jurídico italiano, que também optou por mecanismo de consenso no processo penal. Fruto da modernização do Estado Italiano, e com a transição de um sistema de natureza inquisitória para um com natureza acusatória, as alterações do Código de Processo Italiano de 1988 permitiu a existência de um mecanismo de consenso redutor ou inibidor de aplicação da pena, que são o caso do *patteggiamento sulla pena*[157] e o *giudizio abbreviato*[158].

A França também consagra mecanismos de consenso. A promulgação da Lei n.º 98/515 de 23 de junho de 1999, que alterou o *Code de Procédure Pénale* francês, consagrou um mecanismo de negociação denominado *composition pénale.* Este mecanismo consta no artigo 41.º-2 do *Code de Procédure Pénale* e permite ao Procurador da República o poder para propor, nos casos de crimes de pena relativamente baixa, e nos crimes com pena de prisão até cinco anos, uma ou mais

[157] Embora não se pretenda aprofundar o estudo deste mecanismo de consenso Alemão, ressaltamos que o *patteggiamento sulla pena* encontra-se regulado no artigo 444.º-1 do Codice di procedura penale, e consiste na aplicação da pena por requisição das partes, permitindo ao acusado e ao Ministério Público requerer ao juiz a aplicação de uma sanção penal com diminuição até um terço relativamente à pena que seria aplicável, mas apenas é aplicável caso a pena não exceda os cinco anos de prisão, quer sozinha ou em conjunto com a pena pecuniária e está excluída a sua aplicabilidade a certos crimes, como associação criminosa, crime organizado, terrorismo, violência sexual, pornografia infantil, dentre outros. Este mecanismo de consenso permite uma simplificação do processo penal, na medida em que não há lugar a audiência de julgamento, nem à fase de recurso, muitas vezes utilizada com fins dilatórios, devido à impossibilidade de recurso da sentença derivada do acordo realizado entre o Ministério Público e o arguido sobre a medida da pena, sendo este acordo homologado pelo juiz, sendo aplicadas sanções substitutas. No *patteggiamento* não existe uma confissão do arguido dos fatos, mas sim uma renúncia ao seu direito a ir a julgamento, numa renúncia voluntária e implícita à presunção da inocência, já que o arguido não nega a imputação que lhe é feita, no entanto tal renúncia não pode ser considerada uma declaração de culpa ou uma culpa implícita. Literatura sobre o *patteggiamento sulla pena:* LUPÁRIA, Luca. Model code or broken dream? The italian criminal procedure in a comparative perspective. In: GIALUZ, Mitja; LUPARIA, Luca; SCARPA, Federica. *The italian code of criminal procedure. Critical essays and english translation*. CEDAM, 2014. Disponível em: http://shop.wki.it/documenti/00149783_est.pdf. FROMANN, Maike. Regulating Plea-Bargaining in Germany: Can the Italian Approach Serve as a Model to Guarantee the Independence of German Judges? *Hanse Law Review*, 2009, vol. 5, n.º 1, pp. 211-213. Disponível em: http://hanselawreview.eu/wp-content/uploads/2016/08/Vol5No2Art04.pdf.

[158] O *giudizio abbreviato* previsto no artigo 438.º e seguintes do Codice di procedura penale, tem a função de evitar o julgamento , tal como o *patteggiamento*. Porém, este mecanismo consiste num acordo sobre o próprio procedimento a ser adotado, não sendo abordadas as questões sobre o mérito e a pena a ser aplicável. Não obstante, a lei italiana prevê reduções na pena aplicável caso seja utilizado este instituto. O *giudizio abbreviato* é aplicável a qualquer crime, independentemente da sua gravidade, possuindo assim um âmbito de aplicação mais abrangente do que o *patteggiamento*. O modelo italiano tem interesse ao aproximar-se do modelo acusatório, especialmente em função da separação material entre os elementos produzidos na fase de investigação (formulação de acusação) e a prova recolhida. ANTONELLI, Sofia Antonelli, BRIOSCHI, Federica CECCA, Dario di Cecca. Trial Waiver Systems in Europe Report on the Italian system of alternatives to the trial. *Associazione Antigone*, 2021, pp. 11-18. Disponível em: https://www.antigone.it/upload2/uploads/docs/TWSE%20Domestic%20Report%20-%20Italy.pdf.

sanções alternativas, sempre e quando o arguido confessar a prática do crime, afastando-o de um eventual julgamento[159].

O instituto da *composition pénale* é visto, em termos comparativos, como uma aproximação ao instituto da suspensão provisória do processo prevista no código de processo penal português, nomeadamente pela aplicação de sanções alternativas à pena de prisão, e na semelhança sobre as condições necessárias para a sua aplicação.

Também foi implementado no ordenamento jurídico francês o instituto da *reconnaissance préalable de culpabilité* [160], introduzido pela Lei 2004-204, de 9 de março de 2004[161].

Percebe-se, portanto, que assimilação do *plea bargaining* norte-americano na Europa desvela uma força motriz singular no desenvolvimento global do processo penal: a abolição da audiência de instrução e julgamento, que historicamente fundamentou e legitimou a imposição de sanções penais, e também a supressão de direitos fundamentais do acusado ao longo do processo [162]. Nos Estados Unidos, essa transformação, fortemente impulsionada pelo modelo adversarial e pelo *guilty plea*, foi pioneira.

Na Europa, a expansão desse modelo, apesar de desalinhada com seu sistema processual tradicional, ocorreu em resposta à sobrecarga da justiça criminal. O aumento da criminalidade e os extensos processos-monstros, especialmente nos casos de penal econômico, evidenciaram a urgência por eficiência e celeridade.

Vale destacar que a breve abordagem desses três países não exclui outras nações europeias que também implementaram mecanismos de consenso, contudo, em virtude da delimitação do escopo deste trabalho, focado nos institutos adotados no Brasil e Portugal, seria inviável nos concentramos na análise de outros mecanismos adotados em outros países.

Seja como for, pensa-se que a negociação penal é um momento do processo penal que deve ser utilizado com a devida parcimónia, na medida em que "negociar é

---

[159] COSCAS-WILIAMS, Béatrice & ALBERSTEIN, Michal. A Patchwork of Doors: Accelerated Proceedings in Continental Criminal Justice Systems. *Bar Ilan University Faculty of Law Research Paper*, 2019, n.º 19-22, pp. 18-19. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=3468305.

[160] Cf. artigo 495.º-7 a 497.º-16 do *Code de Procédure Pénale.*

[161] Esta alteração legislativa permite ao Procurador da República propor, nos casos em que o crime seja punível com pena igual ou inferior a cinco anos de prisão e o arguido seja maior de idade, uma ou mais penas ao arguido, desde que este confesse a prática dos factos que lhe são imputados. Porém, alguns crimes foram excluídos da aplicação deste mecanismo de negociação pelo legislador francês , por exemplo, os crimes de ofensa à integridade física e de agressão sexual. Neste instituto existem assim negociações entre a acusação e a defesa incidentes sobre a pena a ser aplicável ao arguido, em troca de uma admissão de culpa por parte do mesmo, tendo o Tribunal um papel limitado nestas negociações. Cf. artigo 495.º-7 do Code de Procédure Pénale. transferindo assim o poder de decidir acerca da pena de prisão para o Procurador da República, poder que é tradicionalmente conferido ao Juiz. Os institudos *Composition pénale* e *reconnaissance préalable de culpabilité*, são muito semelhantes, no entanto, as espécies de sanções que podem ser aplicadas num e noutro mecanismo são diferentes, uma vez que no instituto da *reconnaissance préalable de culpabilité* pode ser proposta pelo Procurador da República pena privativa de liberdade (desde que não superior a um ano ou a mais de metade da pena correspondente ao crime cometido). Cf. COSCAS-WILIAMS, Béatrice & ALBERSTEIN, Michal. A Patchwork of Doors: Accelerated Proceedings in Continental Criminal Justice Systems, pp. 20-21.

[162] SCHUNEMANN. Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*, p. 256.

possível e talvez até salutar, mas é preciso a dose certa do remédio para não se transformar em veneno”[163].

Vejamos a seguir os mecanismos consensuais inseridos no ordenamento jurídico brasileiro e português.

[163] JUNIOR. Aury Lopes. A Crise Existencial da Justiça Negocial e o que (não) aprendemos com o JECRIM, pp.4-6.

Capítulo 3

3. Espaços de consenso na justiça criminal brasileira

Este capítulo tem como objetivo analisar o cenário jurídico brasileiro em relação a temática da justiça penal negocial, examinando sua evolução ao longo do tempo e os principais institutos que a compõem, a fim de aprofundar a compreensão das bases legais desses instrumentos e mecanismos que alicerçam o tema no ordenamento jurídico brasileiro, e de que forma elas se coadunam ou não com os princípios do devido processo legal.

A ampliação dos espaços de consenso e da justiça negocial teve início no Brasil com a Lei n.º 9.099/95 e ganhou uma maior visibilidade com a implementação do instituto conhecido como delação premiada (em especial após o advento da Lei n.º 12.850/2013) e, mais recentemente, com o advento do Acordo de Não Persecução Penal (inserido no art. 28.º-A do Código de Processo Penal).

Assim como no ordenamento jurídico internacional, podemos também afirmar que no Brasil a implementação dos espaços de consenso na justiça penal é um caminho iniciado, já avançado e, muito provavelmente, sem volta, por isso discutirmos o tema é, e ainda será bom um bom tempo, muito relevante.

Dentro dessa lógica negocial é que devemos analisar as nuances destacadas nos capítulos iniciais com os institutos já implementados, pois é a partir da adoção desses institutos de barganha e consenso que se admite a aplicação de uma pena sem prévio processo ou, ao menos, sem integral processo. O debate anterior acerca da flexibilização e relativização do princípio da obrigatoriedade, a partir de um contraponto com o princípio da oportunidade, também nos auxiliará a compreender a perspetiva negocial, independente da posição que ela ocupe no processo.

3.1. Juizados especiais criminais e a “desformalização” do processo penal

Indiscutivelmente, a promulgação da Lei n.º 9.099/95 marcou um momento histórico no panorama do processo penal brasileiro. Ao quebrar com a tradicional estrutura de resolução de conflitos, esta legislação introduziu uma mudança substancial na ideologia até então predominante. Autores comentam que esta lei estruturou um

“microssistema” em meio ao ordenamento jurídico brasileiro, almejando a celeridade e a eficiência no julgamento dos casos penais.[164]

A implementação de medidas despenalizadoras e descarcerizadoras veio rompendo o viés opressor até então observado na justiça penal. Além disso, abriu as portas para o chamado "espaço negocial"[165] no cenário do processo penal brasileiro, aproximando o direito processual penal às tendências internacionais e fragilizando parte da doutrina que negava a implementação desses mecanismos.

A partir da criação do Juizados Especiais Criminais é que se introduziu no sistema processual penal brasileiro institutos de consenso como: a composição dos danos civis, a transação penal, a suspensão condicional do processo etc os quais serão examinados com detalhes em seções subsequentes deste estudo.

A base constitucional para essa transformação é encontrada no artigo 98, inciso I, da Constituição Federal[166], que estabeleceu a possibilidade de criação dos Juizados Especiais Criminais (JECRIM) para o julgamento de infrações penais de menor potencial ofensivo[167]. Entretanto, tal previsão constitucional dependia da edição de lei federal para ser regulada, por isso os Juizados Especiais só foram efetivamente implementados com o advento da Lei nº 9.9099/95.

Trata-se de espaços de consenso limitados, restritos, nos termos da Lei nº 9.099/95[168], às infrações penais de menor potencial ofensivos, que são aquelas que englobam tanto contravenções penais quanto crimes com pena máxima não seja superior a 2 anos. Todos os crimes e contravenções penais que se enquadram nesses parâmetros ficam sob a jurisdição dos Juizados Especiais Criminais (JECRIM)[169].

De acordo com o artigo 62.º da Lei n.º 9.099/95, o processo perante o Juizado Especial Criminal deve aderir aos princípios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, sempre com o objetivo de, quando possível,

---

[164] GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal na perspectiva das garantias constitucionais*: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal, Brasil. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006, p. 312. Assim, também, VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. *Barganha e Justiça Crimnal Negocial*: Análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro, p.99.

[165] GRINOVER, Ada P.; GOMES FILHO, Antonio M.; FERNANDES, Antonio S.; GOMES, Luiz F. *Juizados Especiais Criminais*, p. 42.

[166] “Art. 98.º. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I – juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumariíssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de

recursos por turmas de juízes de primeiro grau”.

[167] Tal previsão constitucional afasta qualquer alegação acerca da constitucionalidade dos institutos de consenso. Intitulada por Rosimeire Ventura Leite como “fundamentação constitucional do consenso”. LEITE, Rosimeire Ventura. *Justiça consensual e efetividade do processo penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, pp. 148-149.

[168] Como se verá adiante, há a exceção do instituto da suspensão condicional do processo, que se aplica também à delitos com pena máxima superior a 2 anos.

[169] Veja-se que o próprio art. 60 da Lei nº 9.099/95 traz em sua disposição a competência para a conciliação dos Juizados Especiais Criminais: “O Juizado Especial Criminal, provido por juízes togados ou togados e leigos, tem competência para a conciliação, o julgamento e a execução das infrações penais de menor potencial ofensivo, respeitadas as regras de conexão e continência.”. Já o art. 61 da referida Lei diz expressamente que, “Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.”

promover a reparação dos danos sofridos pela vítima e aplicar penas que não privem o indivíduo de sua liberdade[170].

Para entender como os institutos da Lei n.º 9.099/1995 são aplicados, explica-se, de forma resumida: O procedimento começa com a fase preliminar. Nesta etapa, a autoridade policial elabora um termo circunstanciado, já que não é necessário realizar um inquérito policial, e encaminha o autor do incidente e a vítima ao juizado, ou então firma um compromisso de comparecimento. Em seguida, é marcada uma audiência preliminar na qual se tenta, conforme a situação, a composição civil dos danos e a transação penal. Se essas tentativas não forem bem-sucedidas, é permitido apresentar a acusação e marcar uma data para a audiência de instrução e julgamento, na qual serão produzidas as provas e o caso será julgado. No entanto, no início dessa segunda audiência, após o juiz receber a acusação inicial, se os requisitos estiverem presentes, é possível propor a suspensão condicional do processo.[171]

Importante salientar que os institutos da transação penal e da composição dos danos civis, que serão vistos na sequência, não se limitam à jurisdição dos Juizados Especiais Criminais. Esses institutos devem ser aplicados em qualquer processo que tramite no juízo comum ou no Tribunal do Júri, desde que se respeite o limite de pena máxima não superior a 2 anos.

A mesma abordagem inclusiva e igualitária se aplica, desde a origem, à suspensão condicional do processo, conforme estabelecido no artigo 89.º da Lei n.º 9.099, podendo ser oferecida tanto no JECRIM como fora dele, desde que presentes os requisitos legais para o oferecimento deste tipo de acordo. Essa perspetiva ampla e flexível desses institutos despenalizadores é fundamental para compreender a abordagem abrangente da Lei n.º 9.099/95 em relação à justiça penal e o processo penal no direito brasileiro.[172]

Embora cada um desses mecanismos apresente características distintas, com alguns deles se assemelhando mais à ideia de negociação do que outros, todos eles compartilham um elemento essencial em comum: a concordância do réu em aceitar a acusação e, assim, consentir com as obrigações acordadas[173], e a grande maioria se coaduna com a posição de Schunemann de supressão da fase de instrução processual, supressão das audiências de instrução e julgamento e aplicação antecipada de uma sanção[174].

---

[170]"Art. 62. O processo perante o Juizado Especial orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, objetivando, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade."

[171] NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Direito Processual Penal*, p. 1138

[172] JUNIOR, Aury Lopes. *Direito Processual Penal*, p. 1193.

[173] VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. Barganha e Justiça Crimnal Negocial: Análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro, p.101.

[174] Schunemann. Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*, pp.248-250.

3.1.1. Composição dos danos civis

A composição dos danos civis, instituída nos arts. 72.º a 74.º da Lei n.º 9.099/95, surge como um mecanismo de extrema relevância no cenário jurídico brasileiro e se insere no contexto mais amplo da justiça penal negocial. Esse instrumento permite um maior olhar acerca da pretensão da vítima, permitindo que vítima e infrator celebrem um acordo para encerrar o caso. A composição dos danos civis antecede a fase processual.

Essa modalidade de acordo é viável apenas quando o delito praticado tem pena máxima igual ou inferior a 2 anos, e é de ação penal de iniciativa privada ou pública condicionada à representação. Em regra, não se aplica às hipóteses de ação penal de iniciativa pública incondicionada[175].

Acerca das questões anteriormente problematizadas envolvendo a flexibilização do princípio da obrigatoriedade, pensa-se, assim como também o Professor Vinícius Vasconcellos, que o instituto da composição dos danos civis não esbarra em tal problemática, em razão da oportunidade de consenso estar relacionada ao interesse da vítima, em ações que dependem de sua atuação, seja ela total ou parcial (ação penal privada ou ação penal condicionada à representação)[176]. E, como visto, não há maiores questionamentos quanto a aplicação da oportunidade nessas hipóteses. A vítima possui legítimos poderes para dispor ou não da acusação, até porque, o passo inicial para instauração de eventual processo depende da sua manifestação expressa.

A composição civil pode ocorrer em uma audiência preliminar designada para tal fim, antes de iniciar o processo, em que estará presente a vítima, o infrator e, em regra, um conciliador da justiça, ou também pode ocorrer em audiência de instrução e julgamento, onde antes também de se iniciar a fase processual o juiz pode buscar, junto a vítima e o infrator a realização de composição entre as partes. É importante que ambas as partes estejam acompanhadas de advogado[177].

É fundamental destacar que, na prática, os acordos celebrados entre as partes podem variar amplamente quanto ao seu conteúdo. A negociação não se limita apenas ao pagamento de valores financeiros. Pode envolver, por exemplo, a aceitação de um pedido de desculpas por parte do infrator ou a exigência de uma retratação pública. Além disso, as partes podem pactuar acordos que visam à promoção de uma convivência pacífica e respeitosa no futuro. Essa flexibilidade demonstra a ampla gama de possibilidades oferecidas pelos institutos de conciliação no processo penal brasileiro, adaptando-se às particularidades de cada caso.

---

[175] Para delitos de ação penal pública incondicionada, caberá a aplicação de outros mecanismos consensuais, como a transação penal, a suspensão condicional do processo etc. Veremos mais adiante.

[176] VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. Barganha e Justiça Criminal Negocial: Análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCRIM, 2015. p.101.

[177] GRINOVER, Ada Pellegrini. FILHO, Antonio Magalhães Gomes. FERNANDES, Antonio Scarance. GOMES, Luiz Flávio. *Juizados Especiais Criminais*, p. 133.

Após a celebração do acordo, o termo acordado deve ser submetido à homologação do juiz. A decisão de homologação é irrecorrível, mas terá eficácia de título a ser executado no juízo cível competente. Esse ato acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação, dependendo do tipo de ação penal, seja de iniciativa privada ou pública condicionada. O principal efeito da composição dos danos civis é a extinção da punibilidade do acusado.[178][179] Importante sublinhar que o não cumprimento do acordo não restitui à vítima o direito de queixa ou de representação. Caberá ao ofendido apenas a possibilidade de executar o título executivo judicial obtido com a homologação transitada em julgado.

Considera-se, assim, que tal instituto é, de facto, um caminho alternativo para a resolução do conflito criminal, isso porque em regra, a lei processual penal considera que somente uma sentença penal condenatória transitada em julgado serviria para a vítima como um título executivo judicial[180].

Por fim, vale comentar que essa modalidade de composição aproxima-se de um ideal de justiça restaurativa, tendo como uma de suas principais características a preocupação especial na reparação da vítima pelos danos causados, e a busca pela pacificação do conflito interpessoal por meio de práticas menos danosas que a justiça retributiva[181]. Prevalece o diálogo e a legítima interação entre a vítima e o ofensor[182].

3.1.2. Transação penal

A transação penal, prevista nos artigos 76.[183] e seguintes da Lei n.º 9.099/95, é outro instituto de grande importância no contexto dos Juizados Especiais Criminais e da justiça penal negocial no Brasil. Assim como a composição dos danos civis, a transação

---

[178] JUNIOR, Aury Lopes. *Direito Processual Penal*, p. 1194.

[179] Vale pontuar que na hipótese de se alcançar a composição civil em caso ação penal pública incondicionada, a homologação do acordo não acarreta a extinção da punibilidade e, assim, não impede a atuação do Ministério Público, que pode posteriormente seguir com o procedimento, apresentando proposta de transação penal ou mesmo oferece uma acusação formal. DE LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de Processo Penal*, p. 1565.

[180] O art. 381, inciso IV, do CPP, garante ao juiz a possibilidade de fixar valor mínimo para a reparação dos danos causados pela infração.

[181] Howard Zehr, reconhecido mundialmente como um dos percursores da justiça restaurativa, apresenta, com brilhantismo, as principais diferenças entre este modelo e a justiça retributiva. Nas palavras do citado autor: "Essas duasperspectivas podem ser apresentadas de modo mais extenso. Segundo a justiça retributiva: 1) o crime viola o estado e suas leis; 2) o foco da justiça é o estabelecimento da culpa 3) para que se possa administrar doses de dor; 4) a justiça é buscada através de um conflito entre adversários 5) no qual o ofensor está contra o estado; 6) regras e intenções valem mais que os resultados; 6) um lado ganha e o outro perde. Segundo a justiça restaurativa: 1) o crime viola pessoas e relacionamentos; 2) a justiça visa identificar necessidades e obrigações 3) para que as coisas fiquem bem; 4) a justiça fomenta o diálogo e entendimento mútuo, 5) dá às vítimas e ofensores papéis principais e 6) é avaliada pela medida em que responsabilidades foram assumidas, necessidades atendidas, e cura (de indivíduos e relacionamentos) promovida." ZEHR. Howard. *Trocando as Lentes*: um novo foco sobre o crime e a justiça restaurativa. Athena Editora, 2008. p.29

[182] Há uma aproximação com o pensamento vitimológico, responsável por resgatar o papel da vítima na resolução do conflito. ZAMBIASI. Vinícius Wildner. Justiça Restaurativa e Mediação Penal em Portugal: Contextualização e Reflexos sobre a Lei n.º 21/2007. *Revista Eletrônica de Direito Processual* – REDP. Rio de Janeiro, 2018, Set/Dez, ano 12, vol. 19, n.º 3. ISSN 1982-7636. pp. 657-686.

[183] Art. 76.º. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.

penal visa à resolução de conflitos de maneira célere e consensual, permitindo que o ofensor e o Ministério Público celebrem um acordo para encerrar o caso em andamento.

Trata-se de um instituto previsto no ordenamento jurídico brasileiro que tem uma maior semelhança com a *plea bargaining* norte-americana e também com mecanismos de consenso previstos no ordenamento jurídico europeu. Contudo, não exige que o infrator assuma a culpa e admita que cometeu o ilícito a ele atribuído. Tanto é assim que não gera reincidência ou maus antecedentes.

A Lei n º 9.099/95 prevê a aplicação do instituto da transação penal com relação à ação penal pública condicionada a representação e à ação penal pública incondicionada, não tratando a referida Lei acerca do oferecimento do benefício nas ações penais de iniciativa privada. Conduto, parte majoritária da doutrina e a jurisprudência dos Tribunais Superiores[184] ensinam que é perfeitamente possível a aplicação da transação penal às ações penais de iniciativa privada[185]. Esse entendimento se coaduna com o de que nas ações penais de iniciativa privada aplica-se, sem questionamentos, o princípio da oportunidade. Nesse sentido, veja-se abaixo a lição da eminente Ada Pellegrini Grinover e outros:

> [A] vítima, que viu frustrado o acordo civil do art. 74, quase certamente oferecerá a queixa, se nenhuma outra alternativa lhe for oferecida. Mas, se pode o mais, por que não poderia o menos? Talvez sua satisfação, no âmbito penal se reduza à imposição imediata de uma pena restritiva de direitos ou multa, e não se vêem razões válidas para obstar-se-lhe a via da transação que, se aceita pelo autuado, será mais benéfica também para este. [...] Dentro dessa postura, é possível ao juiz aplicar por analogia o disposto na primeira parte do art. 76, para que também incida nos casos de queixa, valendo lembrar que se trata de norma prevalentemente penal e mais benéfica.[186]

E para os casos de ação penal pública incondicionada, tal instituto também conduz a uma mitigação do princípio da obrigatoriedade/legalidade, pois concede ao Ministério Público certo grau de ponderação quanto ao oferecimento e o prosseguimento da ação penal. Acerca da mitigação do princípio da obrigatoriedade no âmbito da transação penal, Aury Lopes Júnior comenta:

---

[184] "A jurisprudência atenuou o rigor do dispositivo e, atualmente, predomina o entendimento de que a transação penal poderá ser oferecida, inclusive, pelo Ministério Público (que intervém em todos os termos da ação penal de iniciativa privada, art. 45 do CPP). Apenas para sublinhar, a transação penal nos crimes de ação penal de iniciativa privada – se preenchidos os requisitos legais – poderá ser proposta pelo querelante, e, caso ele não o faça, será proposta pelo Ministério Público." JUNIOR, Aury Lopes. *Direito Processual Penal*, p. 1205.

[185] Luis Gustavo Grandinetti C. de Carvalho e Flávio Martins Alves Nunes Júnior, destacam que os principais argumentos contrários ao uso da transação penal nos casos de ação penal privada podem ser descritos como: "a) a literal interpretação da Lei 9.099/95; b) a ausência de interesse da vítima na sanção penal a ser aplicada; c) a transação penal seria uma espécie de renúncia tácita ao direito de oferecer a queixa.". Citam ainda como referência desse entendimento a doutrina de autores como Damásio Evangelista de Jesus, Cezar Roberto Bitencourt, Julio Fabbrini Mirabete, dentre outros. In CARVALHO. Luis Gustavo Grandinetti C. JUNIOR. Flavio Martins Alves Nunes. A Transação nos Crimes de Ação Penal de Iniciativa Privada. *Revista da EMERJ,* 2005, v. 8, n.º. 31, p. 8. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/53708/transacao_penal_crimes_carvalho.pdf.

[186] GRINOVER, Ada Pellegrini. FILHO, Antonio Magalhães Gomes. FERNANDES, Antonio Scarance. GOMES, Luiz Flávio. *Juizados Especiais Criminais*, pp.128-129.

> [O] instituto também conduziu a uma relativização do princípio da obrigatoriedade da ação penal de iniciativa pública, pois permite certa ponderação por parte do Ministério Público. Não se trata de plena consagração dos princípios de oportunidade e conveniência na ação penal de iniciativa pública. Muito longe disso. É uma pequena relativização do dogma da obrigatoriedade, de modo que, preenchidos os requisitos legais, deverá o Ministério Público ofertar a transação penal. Dessa forma, é recorrente a afirmação de que se trata de uma discricionariedade regrada. Noutra dimensão, é um poder-dever.[187]

O alcance dessa relativização do princípio da obrigatoriedade no contexto da transação penal é uma questão que gera debates jurídicos. Uma abordagem interessante envolve a análise da natureza da transação penal, se como um direito subjetivo do acusado ou uma faculdade do órgão encarregado pela acusação.

Parte majoritária da doutrina defende que o Ministério Público, apesar de ser o legítimo titular da pretensão punitiva estatal, não detém poder discricionário sobre o oferecimento da transação penal, ou seja, uma vez preenchidos os requisitos legais para a transação penal, ele está obrigado a oferecê-la e, assim, a sua discricionariedade se torna mais restrita, limitada à escolha da espécie de pena restritivas de direitos (art. 43.º do CP) que se coaduna com a situação, ou o valor da multa a ser aplicada para a celebração do acordo[188]. Trata-se, portanto, de um poder-dever do sujeito acusador em todas as hipóteses que não se enquadrem nas exceções do § 2º do art. 76.º da Lei n.º 9.9099/95.[189]

Nesse sentido, Nereu Giacomolli comenta que "a atuação do Ministério Público não é uma manifestação pura do princípio da oportunidade, ou seja, de uma opção em deduzir ou não uma pretensão alternativa, mas uma atuação determinada pela lei"[190].

---

[187] JUNIOR, Aury Lopes. *Direito Processual Penal*, p. 1196.

[188] Nesse sentido, é o entendimento emanado anteriormente do autor Aury Lopes Junior, *Op. cit*, p. 1196 (Ebbok). Na mesma linha, Eugênio Pacceli leciona que: "Partindo do pressuposto da insuficiência do sistema penal e da inadequação das penas privativas da liberdade, a Lei n° 9.099/95 prevê hipóteses expressas em que a imposição de pena privativa da liberdade não será a melhor solução para o caso penal. (...) segundo o comando expresso da lei, o Estado reconhece o direito do réu a não ser submetido a um modelo processual condenatório, quando presentes os requisitos legais, segundo os quais a medida mais adequada ao facto seria a via conciliatória da transação penal (...) A discricionariedade que se reserva ao Ministério Público é unicamente quanto à pena a ser proposta na transação; restritiva de direitos ou multa." PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 22.ª Ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 783. Marcellus Polastri também comenta que:" se trata de poder-dever do Ministério Público e não mera faculdade de propositura da transação, uma vez que, presentes os requisitos objetivos e subjetivos legais, deverá o parquet apresentar a proposta." (...) "e, caso não o faça, o agente poderá provocá-lo, já que a proposta é um seu direito subjetivo, tratando-se de norma de caráter penal (abstenção do jus puniendi original) mais benéfica". LIMA, Marcellus Polastri. *Juizados Especiais Criminais*: o procedimento sumaríssimo no processo penal. 2.ª Ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 59.

[189]Nos termos do referido artigo, veda-se o oferecimento de proposta de transação penal nos casos de: "I – ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva; II – ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de 5 (cinco) anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo; e III – não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida. GRINOVER, Ada Pellegrini. FILHO, Antonio Magalhães Gomes. FERNANDES, Antonio Scarance. GOMES, Luiz Flávio. *Juizados Especiais Criminais*, p. 131.

[190] GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal na perspectiva das garantias constitucionais*, cit., p. 121

Filiando-se a mesma posição, Eugênio Pacelli afirma que ao Ministério Público a discricionariedade "é unicamente quanto à pena a ser proposta na transação; restritiva de direitos ou multa, nos termos do art. 76.º da Lei n. 9.099/95"[191]

No entanto, uma abordagem alternativa surge quando se considera que a transação penal não constitui um direito subjetivo do acusado[192], conferindo, assim, um poder maior ao Ministério Público. Antes de definir a pena que será aplicada, o órgão acusatório pode deliberar sobre se oferece ou não tal benefício ao infrator do delito.

Essa dualidade de interpretações em relação à natureza da transação penal ressalta a complexidade do instituto e sua influência na mitigação do princípio da obrigatoriedade. Filia-se ao entendimento mais favorável ao réu. Embora a letra da lei diga que o Ministério Público "poderá" oferecer o acordo, essa discricionaridade está limitada à análise do órgão acusador dos requisitos legais previstos no art. 76 da Lei nº 9.9099/95, assim, estando presentes os requisitos, deve a acusação oferecer ao investigado pela prática de crime uma proposta de transação penal. Adotando esse mesmo entendimento, evidencia-se os ensinamentos de Renato Brasileiro de Lima:

> [N]essa hipótese, há uma mitigação ao princípio da obrigatoriedade, denominada de princípio da discricionariedade regrada ou princípio da obrigatoriedade mitigada. Amparado pelo princípio da discricionariedade regrada, a transação penal consiste, então, na faculdade de o órgão acusatório dispor da ação penal, isto é, não promovê-la sob certas condições, atenuando o princípio da obrigatoriedade, que, assim, deixa de ter valor absoluto. Diz-se discricionariedade regrada porque o órgão ministerial não tem discricionariedade absoluta, mas limitada, uma vez que a proposta de pena alternativa somente poderá ser formulada se satisfeitas as exigências legais delimitadas no art. 76 da Lei nº 9.099/95.

Para os casos em que o sujeito acusador se recusa a oferecer a transação penal mesmo quando estão presentes os requisitos legais, a solução sedimentada na jurisprudência das Cortes Superiores é a aplicação subsidiária do art. 28 do Código de Processo penal[193], o qual determina o envio do caso ao Procurador-Geral de Justiça

---

[191] PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 8.ª Ed., p. 575.

[192] Filiando-se a doutrina minoritária, Geraldo Prado, em obra publicada no ano de 2003, defendeu que a transação penal é uma discricionariedade da acusação. Segundo o autor, "o espaço de decisão do Ministério Público, fora dos parâmetros estritamente ajustados pelo legislador, é bastante pequeno. É mínimo, todavia existe!" PRADO, Geraldo. *Elementos para uma análise crítica da transação pena*l. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 156.

[193] Convém aqui trazer o mesmo esclarecimento apresentado no tópico anterior. Com o advento da Lei 13.964/2019 (denominado pacote ou lei anticrime), diversos procedimentos sofreram alterações e um deles foi exatamente o procedimento de arquivamento dos autos das investigações criminais, com previsão legal no art. 28 do CPP. Com efeito, a nova redação aprovada pela lei prevê um controle integral do Ministério Público, alijando o magistrado de qualquer interferência e possibilitando a participação da vítima. Ocorre que a novel redação foi objeto de questionamento no bojo da ADI 6305, proposta pela Associação Nacional de Membros do Ministério Público, que afirmou que o Parquet não estava aparelhado para implementar tal medida. Em decisão liminar, o ministro Luiz Fux entendeu que a alteração legislativa "desconsiderou a dimensão superlativa dos impactos sistêmicos e financeiros que a nova regra de arquivamento do inquérito policial ensejará ao funcionamento dos órgãos ministeriais" Por estas razões, o ministro determinou a suspensão da eficácia da nova redação do artigo 28.º, *caput*, do CPP (Supremo Tribunal Federal, ADIS 6299, 6300 e 6305. Decisão Monocrática. Relator: ministro Luiz Fux. J. 23.02.2020; Dje 03.02.2020). As referidas ações foram julgadas pelo Supremo Tribunal Federal, contudo, até o momento em que se desenvolve a presente dissertação, os acórdãos das mencionadas ADIs ainda não foram disponibilizados. De todo modo, do que se pode extrair da ata de julgamento disponibilizada no site do STF, filia-se às conclusões iniciais destacadas por Aury Lopes Jr., Alexandre Morais da Rosa e Nestor Eduardo A. Santiago, que é, em síntese: - caberá

para ser reanalisado.[194] Essa regra expõe que a proposta da transação penal é um ato privativo do órgão acusatório.[195]

A vítima não tem qualquer poder ou ingerência sobre aplicação ou não do benefício ao acusado e nem pode opinar quanto aos termos do acordo. A escolha da pena restritiva de direitos ou multa fica a cargo do Ministério Público e do aceite do acusado e, após, submetida à apreciação do juiz.

Como adverte Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes e Luiz Flávio Gomes, o ofendido não pode interferir na tentativa de transação penal nos casos de ação penal pública incondicionada e condicionada a representação. A lei é expressa ao considerar apenas a vontade do Ministério Público e do autor da infração. Assim, o acordo sobre a aplicação imediata da pena não privativa de liberdade não pode sofrer qualquer oposição por parte da vítima. Pensa-se que nessa modalidade de acordo já nos distanciamos mais de um modelo de justiça restaurativa, e de um pensamento vitimológico como é o caso da composição dos danos civis estudada no tópico anterior.

Superadas tais questões, voltemos para a parte procedimental. Com efeito, uma vez frustrada a tentativa de composição civil dos danos entre a vítima e o autor da infração penal, o representante do Ministério Público, se presentes os requisitos legais,

---

ao MP ordenar o arquivamento (portanto, não mais um simples pedido submetido à decisão judicial como antes), tendo a Lei 13.964/2019 fortalecido a posição do MP como titular da ação penal pública, cabendo-lhe acusar ou não acusar, ainda que submetido ao controle pela instância superior do próprio MP, o que é coerente e adequado [controle interno; não externo]; - a vítima poderá manifestar sua inconformidade para que a promoção de arquivamento possa ser reexaminada pelo órgão superior do próprio MP, algo inexistente na sistemática do "velho" arquivamento; - o STF inseriu um controle judicial inexistente na lei, em que o juiz, se entender haver teratologia ou patente ilegalidade, poderá submeter a promoção de arquivamento ao reexame do órgão ministerial superior; para tanto, deverá ser somente comunicado da decisão [é do órgão julgador o ônus argumentativo quanto à configuração concreta da "teratologia ou patente ilegalidade", sendo inválida a mera discordância quanto à tipicidade]; - haverá repristinação de parte do "velho" artigo 28 no tocante ao resultado decorrente da revisão pelo órgão superior do MP, seja em razão do provimento do recurso da vítima, seja em razão do acolhimento da manifestação do órgão julgador que foi comunicado do arquivamento: neste caso, o órgão superior deverá designar um membro do MP em primeira instância para a propositura da denúncia, de modo a dar efetividade ao posicionamento do órgão revisional.". Disponível em: https://www.conjur.com.br/2023-out-10/criminal-player-terceiro-modelo-arquivamento-supremo-tribunal-federal.

[194] Importante ressaltar que em bora se defina a aplicação do art. 28 do CPP como a solução apropriada, as discussões doutirnárias e jurisprudencial que se refere ao assunto são extensas. Para conhecer os entendimentos divergentes, aconselha-se a leitura do manual de processo penal do Professor Aury Lopes Junior, citado por diversas vezes no preesente estudo. Nada obstante, ainda que não se pretenda aprofundara as dvergências acerca do tema, convém trazer posicionamento interessante destacado pelo eminente professor Mauricio Zanoide, no sentido de que caso o promotor não oferece proposta de transação penal e apresente uma denúncia, deverá o magistrado rejeitá-la, pois estará viciada, carecerá o interesse de agir. Veja-se: "Os institutos da conciliação (art. 74) e da transação penal (art. 76) representam estágio anterior obrigatório pelo qual deverão os operadores do direito passar antes de se falar em propositura da ação penal. Assim, para as infrações recepcionadas por essa lei, devem-se esgotar todas as formas extraprocessuais de solução do conflito penal para que, somente depois, e acaso aquelas restem infrutíferas ou inaplicáveis, possa o interessado deduzir, validamente, pedido condenatório em face do acusado. [...] a ação carecerá de interesse de agir (interessenecessidade) quando às partes controversistas não for proporcionada a oportunidade de buscarem o consenso pré-processual através da conciliação ou da transação penal". MORAES, Maurício Zanoide de. *Interesse e legitimação para recorrer no processo penal brasileiro*. São Paulo: RT, 2000. p. 82-83. In: VASCONCELLOS. Vinícius Gomes de. *Barganha e justiça criminal negocial*: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2014, p. 106. Disponível em: https://repositorio.pucrs.br/dspace/handle/10923/6943.

[195] GRINOVER, Ada Pellegrini. FILHO, Antonio Magalhães Gomes. FERNANDES, Antonio Scarance. GOMES, Luiz Flávio. *Juizados Especiais Criminais*, p. 131.

apresenta uma proposta de aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa, conforme dispõe o artigo 76.º da Lei nº 9.099/95, ou seja, proposta de transação penal.

Um parêntese é importante para ressaltar que uma das etapas cruciais que o Ministério Público deve cumprir antes de apresentar uma proposta de transação penal é a análise detalhada do caso concreto e das condições processuais que respaldam a proposição de uma ação penal. Essa abordagem é fundamental, porque há uma tendência de o órgão acusador oferecer propostas de transação penal de forma automática, em especial devido ao elevado volume número de procedimentos distribuídos aos Juizados Especiais Criminais. O Ministério Público é influenciado a oferecer uma proposta de transação penal para encerrar rapidamente o caso com a imediata aplicação de pena, quando, no entanto, a situação exigiria um pedido de arquivamento, porque ausentes, desde já, elementos mínimos de autoria e materialidade da suposta conduta ilícita em apuração.

É imperativo, portanto, que o órgão acusador adote uma análise prévia rigorosa das condições da ação, tais como a existência de indícios de prática de facto aparentemente criminoso (*fumus comissi delicti*), a presença de punibilidade concreta, a legitimidade da parte e a existência de justa causa.[196] Essa abordagem contribui para garantir a adequação e a eficácia do uso da transação penal como uma ferramenta no sistema de justiça criminal, respeitando minimamente o princípio da presunção de inocência do suposto autor do delito e do devido processo legal.

Ao adotar uma conduta mais reflexiva e cautelosa nos casos concretos, o Ministério Público contribui para evitar possíveis excessos, equívocos e acordos celebrados de forma “injusta” que possam surgir no contexto da transação penal, promovendo, assim, uma justiça mais equitativa e eficaz.

Por outro lado, tendo a proposta sido oferecida e aceita pelo autor do delito, deverá o juiz então homologar o acordo. Da decisão de homologação, cabe recurso de apelação, contudo, esse recurso se restringe à possíveis vícios no consentimento do acusado ou a situações em que haja abuso com a alteração dos termos pactuados.

Importante ressaltar que a celebração da transação penal não acarreta ao acusado antecedentes ou reincidência, apenas o impede de ser novamente beneficiado no prazo de cinco anos. Também não significa admissão de culpa ou assunção de responsabilidade[197].

No tocante ao descumprimento da transação penal, embora também seja um tema com intensa controvérsia doutrinária, em razão de divergências sobre a natureza

[196] JUNIOR, Aury Lopes. *Direito Procesual Penal*, p. 1197.
[197] DE LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de Processo Penal*, p. 1576.

jurídica da decisão que homologa o acordo de transação penal[198], a questão encontra-atualmente consolidada em virtude da edição da Súmula vinculante nº 35 do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que o descumprimento gera a submissão do processo ao seu estado anterior, oportunizando ao Ministério Público a propositura de ação penal ou a requisição de instauração de inquérito policial.[199] Nos exatos termos da referida Súmula:

> A homologação da transação penal prevista no art. 76 da Lei n. 9.099/1995 não faz coisa julgada material e, descumpridas suas cláusulas, retoma-se o status quo ante, possibilitando-se ao Ministério Público a continuidade da persecução penal mediante oferecimento de denúncia ou requisição de inquérito policial.

Em síntese, a transação penal consiste em um acordo celebrado entre o Ministério Público e o acusado, no qual este último aceita a aplicação de pena antecipada, renunciando a uma série de direitos e garantias que lhe seriam asseguradas ao longo do processo, principalmente em razão da incerteza sobre o resultado de eventual processo. A verdade é que a dúvida de uma sentença condenatória ou absolutória acaba estimulando a parte infratora a aceitar a transação penal para encerrar o quanto antes o procedimento.

3.1.3. Suspensão condicional do processo

A suspensão condicional do processo é um instituto jurídico regulamentado pelo art. 89.º da Lei n.º 9.9099/95 [200] e representa um relevante mecanismo de despenalização dentro desse dispositivo legal. É tida como uma das vias mais promissoras da justiça criminal negocial, pois permite ao mesmo tempo: a resposta estatal ao delito, a reparação dos danos à vítima, a ressocialização dos autores dos fatos e a não-reincidência[201].

Também inspirado em institutos similares previstos na legislação estrangeira, o acordo de suspensão condicional do processo no contexto brasileiro difere da *plea*

---

[198] Em brevíssima síntese: Uma corrente minoritária defendia a conversão da pena restritiva de direitos em pena privativa de liberdade no caso de descumprimento, com base no art. 181, § 1º, alínea "c", da Lei de Execução Penal. No entanto, essa posição foi rejeitada pela doutrina majoritária e pela jurisprudência, visto que a conversão sem o devido processo legal violaria direitos fundamentais. Outra corrente minoritária, sustentada pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), alegava que a sentença homologatória da transação penal tinha natureza condenatória, gerando coisa julgada formal e material. Portanto, o descumprimento injustificado não permitiria a instauração do processo penal, sendo necessária a execução civil. A terceira corrente, que prevalece atualmente, considera que o descumprimento injustificado da transação penal não impede a instauração do processo penal, independentemente da homologação prévia. Essa posição baseia-se no entendimento de que a decisão homologatória não faz coisa julgada material, permitindo que o Ministério Público ou o querelante proponham a ação penal. DE LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de Processo Penal*, pp.1573-1575.

[199] DE LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de Processo Penal*, p. 1573.

[200] Art. 89.º: Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77.º do Código Penal).

[201] GRINOVER, Ada Pellegrini. FILHO, Antonio Magalhães Gomes. FERNANDES, Antonio Scarance. GOMES, Luiz Flávio. *Juizados Especiais Criminais*. p. 37

bargaining norte-americana, uma vez que, assim como o instituto da transação penal, não requer que o acusado admita culpa como condição para sua celebração. Acerca desse aspeto, Ada Pellegrini Grinover e outros bem explicam que "a natureza jurídica da suspensão condicional do processo entre nós, em suma, é o *nolo contendere*, que consiste numa forma de defesa em que o acusado não contesta a imputação, mas não admite culpa nem proclama sua inocência."[202]

Com efeito, nos crimes cominados com pena mínima igual ou inferior a 1 (um) ano[203], abrangidos ou não pela Lei nº 9.099/95, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, pode propor a suspensão condicional do processo, desde que o acusado preencha determinados requisitos legais, como, por exemplo: que o acusado não esteja sendo processado pela prática de outros ilícitos ou que tenha sido condenado por crime, além de caracterizar medida adequada diante das circunstâncias do facto e das condições pessoais do acusado[204].

Com a aplicação deste instituto, se suspende o processo pelo prazo de 2 (dois) a 4 (quatro) anos. Esse período em que o processo permanece suspenso é conhecido como "período de prova". Durante o período em que o processo fica suspenso, o autor do crime deve cumprir as obrigações que foram acordadas, tais como: reparar o dano causado, não se ausentar da comarca onde reside sem autorização do juiz, comparecer mensalmente em juízo para justificar suas atividades, comunicar a mudança de endereço, dentre outras condições que poderão ser estabelecidas.[205]

Durante o período de prova, podem surgir situações que levem à revogação da suspensão condicional do processo. Nota-se que as hipóteses estipuladas no §3º do art. 89.º da Lei n.º 9.099/95 resultam na revogação obrigatória da suspensão, como, por exemplo, se o beneficiário for processado por outro crime durante o período de prova ou não efetuar, sem motivo justificado, a reparação do dano. Por outro lado, as situações

---

[202] GRINOVER, Ada Pellegrini. FILHO, Antonio Magalhães Gomes. FERNANDES, Antonio Scarance. GOMES, Luiz Flávio. *Juizados Especiais Criminais*, p. 224

[203] Para análise da pena mínima, importante observar a Súmula 243 do STJ, que diz que "O benefício da suspensão do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de um (01) ano." e também a Súmula nº 723 do STF, que dispõe que "Não se admite a suspensão condicional do processo por crime continuado, se a soma da pena mínima da infração mais grave com o aumento mínimo de um sexto for superior a um ano."

[204] GRINOVER, Ada Pellegrini. FILHO, Antonio Magalhães Gomes. FERNANDES, Antonio Scarance. GOMES, Luiz Flávio. *Op. Cit,* p. 225.

[205] Essas obrigações estão previstas no § 1º do art. 89.º da Lei n.º 9.099/95. Veja-se: "§ 1º Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições: I - reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo; II - proibição de frequentar determinados lugares; III - proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz; IV - comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades. § 2º O Juiz poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao facto e à situação pessoal do acusado.". Importante consignar que a abertura das condições prevista no citado § 2º do art. 89, deve ser aplica com cautela, sempre guardando adequação e proporcionalidade ao facto e às condições pessoas do acusado. São vetadas condições degradantes, que violem a dignidade humana. Da mesma forma, pensa-se que também é vedada a aplicação, por exemplo, de prestação de serviços à comunidade, pois essa é uma "pena restritiva de direitos" que não poderia ser imposta em sede de suspensão condicional do processo. Caso contrário, teríamos uma pena sendo aplica sem o devido processo.

previstas no §4 são passíveis de revogação facultativa, ou seja, se o acusado for processado por uma contravenção durante o prazo ou não cumprir qualquer outra condição imposta, a revogação da suspensão pode ser considerada a critério do juiz.

No que concerne à revogação da suspensão condicional do processo, merece destaque a abordagem mais flexível do renomado Professor Aury Lopes Júnior. Segundo sua perspetiva, todas as situações de revogação devem ser consideradas como facultativas.

Nesse contexto, enfatiza com firmeza a importância da análise individualizada de cada caso, destacando, de modo especial, a necessidade de se aferir a proporcionalidade da medida. Além disso, ressalta que é imperativo ouvir o imputado antes de deliberar sobre a revogação da suspensão condicional do processo. A seguir, seguem trechos que ilustram de maneira precisa a visão desse eminente autor:

> [P]artindo do disposto nos §§ 3º e 4º do art. 89, pensamos que não pode haver revogação automática ou imotivada. Deverá haver uma decisão judicial devidamente fundamentada, devendo o juiz, sempre, conduzir a questão à luz da lógica da ponderação, isto é, a partir do princípio da proporcionalidade e, principalmente, do contraditório. É imprescindível ouvir o imputado antes de decidir pela revogação da suspensão condicional. O simples facto de ser processado por outro crime não pode conduzir à revogação, não só porque representa uma grave violação da garantia da presunção de inocência, mas também porque pode ser uma medida desproporcional. No primeiro caso, o "estar sendo processado" não autoriza um tratamento estigmatizante a ponto de revogar a suspensão condicional antes mesmo de existir uma sentença transitada em julgado. Tal postura representa tratar um mero acusado como se culpado fosse, na medida em que se lhe impõem uma punição (revogação da suspensão condicional do outro processo) antes do julgamento definitivo.[206]

Discute-se ainda na doutrina e na jurisprudência acerca da extinção da punibilidade nas hipóteses em que a causa de revogação do benefício ocorre durante o período de prova, porém é descoberta tão somente após o fim do período de prova. Prevalece o entendimento de que "o benefício da suspensão condicional do processo pode ser revogado mesmo após o período de prova, desde que motivado por fatos ocorridos até o seu término"[207].

Pensa-se como a eminente doutrinada Ada Pellegrini Grinover e outros, no sentido de que "expirado o prazo sem ter havido motivo invocado para a revogação, o juiz declarará extinta a punibilidade. Mesmo que descoberto esse motivo após expirado o prazo, pensamos que pode haver revogação." Contudo, os autores fazem importante ressalva, de que:

---

[206] JUNIOR, Aury Lopes. *Direito Processual Penal*, p. 1225.

[207] Nesse sentido, é a posição do STF, nos termos decidido na AP 512 AgR/BA, Reator Ministro Ayres Britto, julgado em 15/03/2012. Destaca-se também a doutrina de JUNIOR, Aury Lopes. *Direito Processual Penal*, p. 1227, e do DE LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de Processo Penal*, pp. 1601-1602.

> [O] mesmo não pode ser dito se já existe sentença definitiva extintiva da punibilidade, isto é, se o juiz já julgou extinta a punibilidade em sentença definitiva e depois vem a descobrir o motivo da revogação, nada mais pode ser feito, mesmo porque agora deve-se respeitar a coisa julgada. E não existe revisão *pro societate.*[208]

Cumpridas as condições impostas e ultrapassado o prazo fixado para a suspensão do processo, o juiz deve declarar a extinção da punibilidade, conforme dispõe o §5 do art. 89.º da Lei nº 9.099/95. Frisa-se que tal decisão não gera ao acusado ônus como maus antecedentes e/ou reincidência. Em outras palavras, significa que cumprido o período de prova, o processo é extinto, "como se não tivesse existido"[209].

Trata-se, portanto, de um mecanismo consensual e bilateral, que envolve o Ministério Público e o acusado[210]. Após o oferecimento doa proposta de acordo pelo MP, o acusado, assistido por seu advogado, analisa as condições oferecidas e decide se aceita ou recusa. É mais um instituto premial no ordenamento jurídico brasileiro que não conta com a participação do ofendido. A vítima não pode interferir, seja no oferecimento ou não do acordo ou nos termos pactuados.

A negociação acerca da suspensão condicional do processo ocorre em ambiente judicial, assegurando a presença do defensor[211] do acusado para orientá-lo durante o processo, e pode se dar de forma oral, sem a necessidade de formalidades excessivas.

Geralmente a proposta é oferecida e aceita em uma audiência chamada de especial, ou preliminar, presidida pelo juiz competente e com a presença do órgão acusador, do acusado e seu defensor.

Aceitar a suspensão condicional não implica em admissão de culpa e, portanto, não se equipara a uma condenação, contudo, é inegável que, mesmo tendo um caráter negocial, também possui um caráter punitivo, pois representa um ônus a ser suportado pelo réu. Por outro lado, não tendo o acusado aceitado a proposta de suspensão condicional, o processo seguirá tramitando, seguindo para a fase de instrução.

O estudo da suspensão condicional do processo gera também indagações relativas à mitigação do princípio da obrigatoriedade/legalidade e à obrigação de o

---

[208] GRINOVER, Ada Pellegrini. FILHO, Antonio Magalhães Gomes. FERNANDES, Antonio Scarance. GOMES, Luiz Flávio. *Juizados Especiais Criminais,* p. 303.

[209] JUNIOR, Aury Lopes. *Direito Processual Penal*, p. 1224.

[210] No que tange a aplicação da suspensão condicional do processo nos delitos de ação penal privada, embora haja divergência na doutrina, filia-se ao entendimento predominante de que é perfeitamente cabível a suspensão condicional do processo nos crimes de ação penal de iniciativa privada, sublinhando-se, todavia, que cabe ao querelante o oferecimento da suspensão, pois ele é o titular da ação. Nesse sentido: JUNIOR, Aury Lopes. *Direito Processual Penal*, p. 1213; DE LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de Processo Penal*, pp. 1592-1593; BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal, p. 121.; dentro outros. EM sentido contrário, ver JESUS, Damásio Evangelista. *Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada*. 4.ª Ed. Saraiva, 1997, p. 111; e BITENCOURT; Cezar Roberto. *Juizado Especiais Criminais e Alternativas à Pena de Prisão*. 2.ª Ed. Livraria dos Advogados, 1995, p. 121.

[211] "Havendo divergência entre o acusado e seu defensor, deve prevalecer a vontade daquele, já que a própria Lei nº 9.099/95 prevê expressamente que se o acusado não aceitar a proposta, o processo prosseguirá em seus ulteriores termos (art. 89, § 7º)." DE LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de Processo Penal,* p. 1596.

Ministério Público oferecer a proposta de suspensão condicional do processo. Pensa-se que, nesse cenário, assim como na transação penal, o princípio da obrigatoriedade é mitigado quando os requisitos legais se fazem presentes. Logo, defende-se que uma vez observados esses pressupostos legais, o Ministério Público está compelido a oferecer a suspensão condicional do processo, deixando ao réu a decisão de aceitá-la ou não. O Ministério Público tem o poder-dever de propô-la, havendo uma discricionariedade regrada.

Nesse sentido, Nereu Giacomolli comenta que quando "presentes os pressupostos legais, a previsão abstrata se converte numa obrigatoriedade" e ainda que "presentes os requisitos legais, o acusador está obrigado a negociar a suspensão condicional do processo, devendo, nas infrações de médio potencial ofensivo, motivar sua negativa."[212].

Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance e Luiz Flávio Gomes comentando sobre a obrigatoriedade do oferecimento da suspensão condicional e a disposição prevista no art. 89.º da Lei 8.099/95 de que tal benefício "poderá" ser proposto, também se posicionam no sentido de que: "(...) o "poderá" em questão não indica mera faculdade, mas um poder-dever, a ser exercido pelos acusados em todas as hipóteses em que não se configurem as condições do §2º do dispositivo"[213].

Convém comentar também acerca da hipótese possível de o representante do Ministério Público se recursar a oferecer a proposta de suspensão condicional do processo quando presentes os requisitos legais. Nessa hipótese deve ser aplicada a solução definida pelo STF. Nos termos da Súmula 696 do Supremo Tribunal Federal, já destacada no tópico anterior, uma vez reunidos os pressupostos permissivos para a suspensão condicional do processo, mas se recusando o promotor a propô-la, deve se aplicar por analogia a regra do art. 28.º do CPP e, assim, remeter a demanda ao procurador geral, a quem caberia a decidir.[214]

---

[212] GIACOMOLLI, Nereu. *Juizados Especiais Criminais*, p. 192.

[213] GRINOVER, Ada Pellegrini. FILHO, Antonio Magalhães Gomes. FERNANDES, Antonio Scarance. GOMES, Luiz Flávio. *Juizados Especiais Criminais,* p. 153.

[214] Convém aqui trazer o mesmo esclarecimento apresentado no tópico anterior. Com o advento da Lei 13.964/2019 (denominado pacote ou lei anticrime), diversos procedimentos sofreram alterações e um deles foi exatamente o procedimento de arquivamento dos autos das investigações criminais, com previsão legal no art. 28 do CPP. Com efeito, a nova redação aprovada pela lei prevê um controle integral do Ministério Público, alijando o magistrado de qualquer interferência e possibilitando a participação da vítima. Ocorre que a novel redação foi objeto de questionamento no bojo da ADI 6305, proposta pela Associação Nacional de Membros do Ministério Público, que afirmou que o Parquet não estava aparelhado para implementar tal medida. Em decisão liminar, o ministro Luiz Fux entendeu que a alteração legislativa "desconsiderou a dimensão superlativa dos impactos sistêmicos e financeiros que a nova regra de arquivamento do inquérito policial ensejará ao funcionamento dos órgãos ministeriais" Por estas razões, o ministro determinou a suspensão da eficácia da nova redação do artigo 28, caput, do CPP (STF, ADIS 6299, 6300 e 6305. Decisão Monocrática. Relator: ministro Luiz Fux. J. 23.02.2020; Dje 03.02.2020). As referidas ações foram julgadas pelo Supremo Tribunal Federal, contudo, até o momento em que se desenvolve a presente dissertação, os acórdãos das mencionadas ADIs ainda naõ foram disponibilizados. De todo modo, do que se pode extrair da ata de julgamento disponibilizada no site do STF, filia-se às conclusões iniciais destacadas por Aury Lopes Jr., Alexandre Morais da Rosa e Nestor Eduardo A. Santiago, que é, em síntese: - caberá ao MP ordenar o arquivamento (portanto, não mais um simples pedido submetido à decisão judicial como antes), tendo a Lei 13.964/2019 fortalecido a posição do MP como titular da ação penal pública, cabendo-lhe acusar ou não acusar, ainda que submetido ao controle pela

Destaca-se, ainda, a relevância de abordar neste contexto o que o renomado jurista Nereu Giacomolli denomina como a "necessidade de um início ético do processo"[215]. Isso envolve uma responsabilidade atribuída tanto aos membros do Ministério Público quanto aos magistrados, seja no momento de apresentar a acusação, seja no momento de recebê-la. A prática revela que as acusações frequentemente são apresentadas de maneira burocrática, desconsiderando as condições legais e, da mesma forma, os juízes muitas vezes se limitam a receber essas acusações sem a devida análise e fundamentação. Por esses motivos Aury Lopes Júnior é incisivo ao afirmar que “se houvesse uma filtragem, ainda que mínima (pois o pleno conhecimento deve ser reservado para a sentença), muitas acusações infundadas já teriam ali o seu limite.”[216]

Embora não tenhamos explorado exaustivamente todas as nuances de cada um dos institutos abordados na Lei n.º 9.099/95, até porque essa tarefa seria praticamente impossível, em razão da limitação da extensão do presente trabalho. Isso porque cada tópico é, por si só, complexo o bastante para constituir o cerne de dissertações independentes. No entanto, mesmo com essa limitação, pudemos identificar elementos fundamentais que delineiam a criação de espaços consensuais no âmbito do sistema de justiça criminal brasileiro, já tecendo críticas e comentários acerca das suas compatibilidades com as regras procedimentais e princípios fundamentais que regem o processo penal no Brasil.

Mas, sem dúvidas, o que permeia todos esses institutos é o princípio comum da disposição do acusado em assumir obrigações em troca de benefícios, renunciando, assim, à tradicional postura de resistência que caracteriza o processo penal. Essa característica distintiva, aliada à previsão legal de mecanismos de resolução alternativa do conflito, evidencia a crescente expansão desses espaços de consenso no contexto do sistema jurídico-penal brasileiro.

Malograda as críticas, entendemos que a Lei dos Juizados Especiais, ao prever medidas alternativas para a resolução do conflito penal, fez uma opção por uma

---

instância superior do próprio MP, o que é coerente e adequado [controle interno; não externo]; - a vítima poderá manifestar sua inconformidade para que a promoção de arquivamento possa ser reexaminada pelo órgão superior do próprio MP, algo inexistente na sistemática do "velho" arquivamento; - o STF inseriu um controle judicial inexistente na lei, em que o juiz, se entender haver teratologia ou patente ilegalidade, poderá submeter a promoção de arquivamento ao reexame do órgão ministerial superior; para tanto, deverá ser somente comunicado da decisão [é do órgão julgador o ônus argumentativo quanto à configuração concreta da "teratologia ou patente ilegalidade", sendo inválida a mera discordância quanto à tipicidade]; - haverá repristinação de parte do "velho" artigo 28 no tocante ao resultado decorrente da revisão pelo órgão superior do MP, seja em razão do provimento do recurso da vítima, seja em razão do acolhimento da manifestação do órgão julgador que foi comunicado do arquivamento: neste caso, o órgão superior deverá designar um membro do MP em primeira instância para a propositura da denúncia, de modo a dar efetividade ao posicionamento do órgão revisional.”. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2023-out-10/criminal-player-terceiro-modelo-arquivamento-supremo-tribunal-federal.

[215] GIACOMOLLI, Nereu. Os Efeitos da Súmula 337 do STJ no Processo Penal. *Boletim do IBCCrim,* 2008, maio, n.º 186. Disponível em: https://arquivo.ibccrim.org.br/boletim_artigos/222-186-Maio-2008.

[216] JUNIOR, Aury Lopes. *Direito Processual Penal*. p. 1218.

tentativa política de desencarceração, e não de despenalização, pois tratam-se, em sua maioria, de mecanismos que suprimem a fase de instrução processual e antecipam a aplicação de uma pena não privativa de liberdade.[217]

Nada obstante, não se pode deixar de comentar que autores, como a ilustre Maria Lúcia Karam, alertam que com a criação dos Juizados Especiais Criminais aumentou-se a capacidade de controle e punição do Ministério Público, reforçando especialmente uma ideologia de controle das camadas menos abastadas da população. Ou seja, a analisada Lei deu efetividade e ampliou as sanções sobre uma gama de crimes de menor importância, além de ter ampliado as sanções sobre uma população de infratores que antes não recebia punição efetiva[218].

Nada obstante, esse movimento de justiça premial e negociação ganha maior destaque devido à atual necessidade de cooperação na persecução penal, especialmente nos casos mais complexos, que envolvem a apuração de delitos econômicos, com inúmeras partes e elementos fatuais que são praticamente impossíveis de serem totalmente revelados pelas apurações e investigações feitas pela polícia e pelo Ministério Público, o que enfatiza a contínua inadequação da resposta estatal diante da crescente complexidade do fenômeno delitivo[219]. Seguimos então para a análise do instituto da Colaboração Premiada.

3.1.4. Colaboração premiada

Como viemos abordando no presente estudo, a expansão do escopo de aplicação dos mecanismos de colaboração com a justiça é uma tendência notável no cenário jurídico-criminal brasileiro, ocorrendo em paralelo à inserção de espaços de oportunidade no processo penal do país por meio dos institutos negociais dos Juizados Especiais Criminais. Esse fenômeno está intrinsecamente relacionado à ampliação das possibilidades de consenso, consolidando o que conhecemos como direito penal premial.

Os dois últimos mecanismos mencionados no capítulo anterior (transação penal e suspensão condicional do processo) estão perfeitamente alinhados com o conceito de

---

[217] TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de direito processual penal. 12.ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 1185.

[218] Nesse sentido, Maria Lúcia Karam expõe:

No Brasil, não muito depois da criação dos juizados especiais criminais, já se percebia esta "economia" funcional ao agigantamento do sistema penal. Em matéria publicada na imprensa em 1997, registrava-se que a criação dos juizados especiais criminais havia aumentado significativamente a imposição de penas alternativas no país, mas não implicara redução da população carcerária. Um dos entrevistados, embora entusiasta do suposto caráter liberalizante do Lei 9.099/95, reconhecia que as punições haviam aumentado sobre uma população de infratores, que antes não recebia punição efetiva. Era a constatação, no Brasil, no pouco tempo de aplicação da então nova lei, do que Pavarini menciona como "ampliação da rede de controle penal, para inclusão na área da criminalização secundária do que, de facto, antes lhe escapava" KARAM, Maria Lúcia. Juizados especiais criminais: a concretização antecipada do poder de punir. São Paulo: RT, 2004, p. 38-39.

[219] VASCONCELLOS. Vinícius Gomes. Barganha no processo penal e o autoritarismo “consensual” nos sistemas processuais: a justiça negocial entre a patologização do acusatório e o contragolpe inquisitivo, p. 110

justiça criminal negocial. Ambos pressupõem a concordância do réu em aceitar a acusação, ainda que sem uma confissão ou reconhecimento formal de responsabilidade, consentindo com o cumprimento das obrigações acordadas, sem a necessidade de prosseguir com o processo comum para estabelecer a culpa por meio da investigação e produção de provas[220].

No entanto, a dinâmica muda consideravelmente com a colaboração premiada, também conhecida como delação premiada. Essa ferramenta se expandiu para abranger delitos mais graves, inclusive permitindo a negociação e imposição de penas privativas de liberdade.

Apesar das diferenças significativas, a colaboração premiada é, de facto, um instituto negocial que requer o consentimento do réu-colaborador para aceitar a acusação e colaborar, simplificando a persecução penal por meio de sua confissão e da divulgação de informações que podem incluir a incriminação de coautores do delito.

Nesse contexto, o presente tópico tem como objetivo esboçar os principais elementos da colaboração premiada no sistema jurídico brasileiro. Contudo, destaca-se, desde já, que devido à complexidade desse instituto, não será elaborada uma análise exaustiva. O objetivo é contextualizá-lo como parte da justiça negocial.

A colaboração premiada pode ser conceituada como "instituto de Direito Penal que garante ao investigado, indiciado, acusado ou condenado, um prêmio, podendo chegar até a liberação da pena, pela sua confissão e ajuda nos procedimentos persecutórios, prestada de forma voluntária (isso quer dizer, sem qualquer tipo de coação)"[221].

Nada obstante, outros autores dão uma maior relevância a finalidade persecutória do instituto, consignando que se trata de uma:

> [T]écnica especial de investigação (meio extraordinário de obtenção de prova) por meio da qual o coautor e/ou partícipe da infração penal, além de confessar seu envolvimento no facto delituoso, fornece aos órgãos responsáveis pela persecução penal informações objetivamente eficazes para a consecução de um dos objetivos previstos em lei, recebendo, em contrapartida, determinado prêmio legal[222].

Thiago Bottino comenta que o ordenamento jurídico passou a estimular a colaboração do indivíduo por meio de "incentivos positivos" (redução de pena e outros

---

[220] Alexandre Wunderlich, em sua obra, identifica dois momentos de construção de espaço consensual no processo penal brasileiro, de justiça negocial: o primeiro, com a Lei 9.099/1995 (Juizados Especiais Criminais); e o segundo com a colaboração premiada. WUNDERLICH. Alexandre. Colaboração Premiada: O direito à impugnação de cláusulas e decisões judiciais atinentes aos acordos. In: MOURA, Maria Thereza de Assis e BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Coord). *Colaboração Premiada*. São Paulo: RT, 2017, pp.20-21.

[221] BITTAR, Walter Barbosa (Coord.). Delação premiada. Direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 5. In: VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. Barganha e Justiça Crimnal Negocial: Análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. p. 112.

[222] PITOMBO. Antônio Sérgio Altieri de Moraes. (Coord.). *Colaboração Premiada e Outros Acordos*: Análise sistemática e o estudo crítico. São Paulo: Editora Singular, 2022. p. 37

benefícios na execução da pena) a quem coopera e de “incentivos negativos” a quem não coopera (aumento de pena, criminalização da autoacusação falsa etc.)”[223].

Canotilho e Nuno Brandão, por sua vez, assinalam que a colaboração premiada, meio de obtenção de prova, “é um instrumento através do qual se procura incentivar um membro de uma organização criminosa a revelar pessoas e fatos com ela relacionados mediante uma promessa estadual de vantagens penais (*caput* e §5º do art. 4.º) ou processuais (§4º do art. 4º.)[224].

No que concerne à natureza jurídica do acordo de colaboração premiada, embora tenha havido intensos debates jurídicos – como meio de provas ou meio de obtenção de provas -, é crucial observar o estabelecido no artigo 3º-A da Lei nº 12.850/2013, o qual foi modificado pelo denominado Pacote Anticrime (Lei nº 13.964/2019). Esse diploma legal, após ter sofrido alteração legislativa, estabelece que "o acordo de colaboração premiada é um negócio jurídico processual e um meio de obtenção de prova, que presume utilidade e interesse públicos.”[225].

Cuida-se, assim, de um instrumento para se chegar até a prova, embora não através de uma medida judicial (como, por exemplo, a busca e apreensão, as cautelares de quebra de sigilos etc.), mas sim de um ato processual negocial.[226]

Em excelente obra coordenada pela ministra Maria Thereza de Assis Moura e o ilustre professor e doutor Pierpaolo Cruz Bottini, Gustavo Henrique Badaró, com a autoridade de seu magistério, situa muito bem a diferença entre os meios de prova e os meios de obtenção de prova. Nas palavras do mencionado autor:

> [A] diferença é que, enquanto os meios de prova são aptos a servir, diretamente, ao convencimento do juiz sobre a veracidade ou não de uma afirmação fática (por exemplo, o depoimento de uma testemunha, ou o teor de uma escritura pública), os meios de obtenção de provas (por exemplo, a busca e a apreensão) são instrumentos para a colheita de elementos ou fontes de provas, estes, sim, aptos a convencer o julgador (por exemplo, um extrato bancário [documento] encontrado em uma busca e apreensão domiciliar). Ou seja, enquanto o meio de prova se presta ao convencimento direto do julgador, os meios de obtenção de provas somente indiretamente, e dependendo do resultado de sua realização, poderão servir à reconstrução da história dos fatos.[227]

---

[223] BOTTINO, Thiago. Colaboração premiada e incentivos à cooperação no processo penal: uma análise crítica dos acordos firmados na “Operação Lava Jato”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Rt, 2016, nº 122, p.360.

[224] CANOTILHO, J.J. Gomes e BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo; RT, 2017, nº 133, p. 145.

[225] Vale consignar que mesmo antes da alteração legislativa promovida pela Lei nº 13.964/2019, o Supremo Tribunal Federal já vinha adotando o entendimento de que a delação premiada seria “apenas um caminho, um instrumento ara que a pessoa possa colaborar com a investigação criminal, com o processo de apuração”. Supremo Tribunal Federal, HC nº 90688, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgado em 12/02/2008.

[226] CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de; WUNDER, Paulo. Colaboração premiada: justa causa para quê? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo; RT, 2018, out, ano 26, vol. 148, ano 26, p. 285.

[227] BADARÓ, Gustavo Henrique. A Colaboração Premiada: Meio de Prova, Meio de Obtenção de Prova ou um Novo Modelo de Justiça Penal não Epistêmica? In MOURA. Maria Thereza de Assis. BOTTINI. Pierpaolo Cruz. (Coord.). *Colaboração Premiada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 130

Com efeito, os meios de obtenção de prova são instrumentos que servem à busca dos meios de prova, ou seja, ferramentas que podem ou não resultar na colheita de elementos que sirvam à demonstração da verdade e ao convencimento do juiz penal.[228] Essa visão foi consolidada no STF, que afirmou que: "a colaboração premiada, por expressa determinação legal (art. 3.º, I da Lei 12.850/13), é um meio de obtenção de prova, assim como o são a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos, a intercetação de comunicações telefônicas e telemáticas ou o afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal (incisos IV a VI do referido dispositivo legal)"[229]

Ao mesmo tempo em que o investigado (ou acusado) confessa a prática delituosa, renunciando ao seu direito de permanecer em silêncio (*nemo tenetur se detegere*), assume o compromisso de ser fonte de prova para a acusação acerca de determinados fatos e/ou corréus, em troca da redução de sua futura punição, com a finalidade de facilitar a atividade persecutória estatal para a concretização célere e menos onerosa do poder punitivo. Interessante anotar que, na colaboração, as consequências do acordo não se relacionam apenas ao reconhecimento da culpabilidade por parte do acusado visando à redução da sua própria sanção, temos aqui também a necessidade de incriminação de terceiros.[230]

Evidentemente, essa colaboração deve ir além do mero depoimento do colaborador em detrimento dos demais acusados, porquanto não se admite sequer o recebimento de uma peça acusatória baseado única e exclusivamente na colaboração premiada[231]. Não à toa, entre as alterações promovidas na Lei n.º 12.850/13 pelo mencionado pacote anticrime, foi incluída vedação expressa à utilização exclusiva das declarações do colaborador para autorizar medidas cautelares reais e pessoas, receber

---

[228] PITOMBO. Antônio Sérgio Altieri de Moraes. (coord.). Colaboração Premiada e Outros Acordos: Análise sistemática e o estudo crítico, p. 39.

[229] Supremo Tribunal Federal, HC 127.483/PR, plenário, reator Ministro Dias Toffolli, julgado 27.08.2015. p. 18. Assim também em: Supremo Tribunal Federal, Inq. 4.130 QO/PR, plenário, relator Ministro Dias Toffoli, julgado 23.09.2015. p. 55-58; STF. PET 5700, Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 22.09.2015.

[230] Ao discorrer sobre a introdução dos mecanismos de consenso nos ordenamentos jurídicos continentais, especialmente ao abordar a diferença entre a barganha e a delação, Vinícius Vasconcellos apresenta interessantes apontamentos. O referido autor aponta que a "diferenciação entre a delação premiada e a *plea bargaining* na natureza de sua consequência premial: aquela seria viabilizada no plano da apenação por meio de dispositivos substanciais, enquanto esta teria conotação tipicamente processual, com a evitação ou concessões advindas do próprio processo.486 Contudo, a introdução de mecanismos negociais em ordenamentos continentais tem afastado tais afirmações, por exemplo, com a inserção de espaços de oportunidade pela Lei 12.850/2013, que autoriza o não oferecimento da denúncia em certos casos de colaboração premiada durante a fase investigatória. Ademais, percebe-se que, em comparação à barganha, ambos os institutos se pautam, em essência, pelo incentivo à confissão do acusado com a expectativa de benefício/prêmio à sua condição processual,488 em regra a partir da redução de sua futura punição, com a finalidade de facilitar a atividade persecutória estatal para concretização célere e menos onerosa do poder punitivo. Sua distinção diz respeito às consequências do acordo a terceiros: na barganha o reconhecimento da culpabilidade pelo acusado visa à sua própria sanção penal, enquanto na delação sua principal função é a incriminação de terceiros (embora acarrete, em regra, a condenação do delator em razão de sua confissão)." VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. Barganha e Justiça Crimnal Negocial: Análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro, p. 116-117.

[231] DE LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de Processo Penal*, p. 865.

denúncia ou proferir sentença condenatória, nos termos do art. 4.º, §16 da Lei nº 12.850/13[232].

É essencial ressaltar também que a necessidade de corroboração das declarações do colaborador impede o uso da chamada "colaboração cruzada," como já estabelecido pelo E. Supremo Tribunal Federal, que assentou a orientação de que "para fins de corroboração das declarações heteroinculpatórias do agente colaborador, não são suficientes, por si só, as declarações harmônicas e convergentes de outro colaborador"[233]. Nesse sentido, destaca-se a doutrina do ilustre prof. Gustavo Badaró:

> [A] lei não define a natureza do meio de prova do qual advirão os elementos de corroboração do conteúdo da delação. Em princípio, portanto, a corroboração pode se dar por intermédio de qualquer meio de prova o meio de obtenção de prova: documentos, depoimentos, perícias, interceptações telefônicas...Mas uma questão interessante é se serão suficientes para justificar uma condenação duas ou mais delações com conteúdo concordes. É o que se denomina *mutual corroboration* ou corroboração cruzada. Ou seja, o conteúdo da delação do corréu A, imputando um facto criminoso ao corréu B, ser corroborado por outra delação, do corréu C, que igualmente atribua o mesmo facto criminoso a B.
> Cabe observar que a regra do §16 do at. 4º da Lei 12.850 não atinge a delação premiada quanto a sua admissibilidade. Ao contrário, é uma prova admissível que, contudo, recebe um descrédito valorativo, por ser proveniente de uma considerada 'impura', o que justifica seu ontológico *quid minus* em relação ao testemunho.
> Se assim for, e se o próprio legislador atribui à delação premiada em si uma categoria inferior ou insuficiente, como se pode admitir que a sua corroboração se dê com base em elementos que ostentam a mesma debilidade ou inferioridade?
> Assim sendo, não deve ser admitido que o elemento extrínseco de corroboração de uma outra delação premiada seja caracterizado pelo conteúdo de outra delação premida. Sendo uma hipótese de grande chance de erro judiciário, a gestão do risco deve ser orientada em prol da liberdade. (...).[234]

Muitos outros aspetos estão atrelados à colaboração premiada. À medida que avançamos nesta análise, será possível explorar melhor algumas implicações e desafios desse instituto, bem como benefícios e controvérsias que ele suscita. A colaboração premiada se apresenta como um instrumento poderoso no âmbito da

---

[232] Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho e Paulo Wunder, apontam para uma interessante questão acerca do reconhecimento do caráter misto da colaboração premiada. Na ótica dos autores, após a realização da ampla defesa e do contraditório, isto é, depois do acordo de colaboração premiada se tornar público e das defesas dos corréus delatados se manifestarem sobre o seu conteúdo e terem a oportunidade de contraditarem a versão do agente colaborador, as palavras do colaborar terão eficácia probatória relativa, uma vez que, isoladamente, não podem embasar uma sentença penal condenatória. Destarte, enquanto no início tratava -se do acordo de colaboração premiada homologado, mas ainda não sujeito ao contraditório diferido pelos corréus delatados, agora a lei dispôs sobre a eficácia da palavra em si do colaborador, proferida já em audiência judicial (art. 4º, §16º, da Lei nº 12.850/13. Nesse sentido, os autores comentam que "A questão, então, deixa de ser de invalidade como prova do acordo homologado sem contraditório e ampla defesa para se relacionar com a sua ineficácia probatória, ou seja, sua inaptidão para gerar os efeitos pretendidos, no caso, a condenação dos corréus delatados. Nesse sentido, tal dispositivo representa uma exceção à regra do artigo 155 do CPP, pela qual todas as provas teriam o mesmo peso abstrato, cabendo ao magistrado, por ocasião da sentença, valorá-las conforme a sua convicção. Há um resgate ao sistema da prova tarifada, na medida em que o valor da colaboração premiada possui peso menor, relativizado e condicionado às demais." Vide CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de; WUNDER, Paulo. Colaboração premiada: justa causa para quê? p. 290.

[233] Supremo Tribunal Federal, HC 127483/2015, Relator Ministro Dias Toffoli. Julg. 26/08/2015.

[234] BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. O valor probatório da delação premiada: sobre o §16 do art. 4.º da Lei n.º 12.850/13. *Revista Jurídica Consulex*. 2015, vol. 443, p. 26-29.

justiça penal premial, mas também demanda uma regulamentação cuidadosa e constante aprimoramento para equilibrar a justiça, a verdade e a proteção dos direitos individuais.

3.1.4.1. Evolução histórica

A colaboração premiada, muitas vezes vista como um elemento recente no cenário jurídico brasileiro, tem, na verdade, raízes mais antigas, já regulada em variadas legislações e aplicada em diferentes contextos muito antes das operações policiais de maior visibilidade mediática. Embora os regimes legais tenham variado em terminologia e regulamentação dos efeitos penais, todos compartilham o objetivo de conceder benefícios àqueles dispostos a colaborar com a investigação criminal.

No Brasil, o reconhecimento da ineficácia dos métodos tradicionais de investigação e a necessidade de adotar a colaboração premiada estão diretamente relacionados ao aumento da criminalidade violenta a partir da década de 90. Esse aumento foi direcionado a segmentos sociais anteriormente menos afetados, levando ao surgimento de crimes mais graves, como sequestros e roubos a estabelecimentos bancários, bem como ao crescimento do tráfico de drogas e ao aumento da criminalidade comum, como roubos e furtos, principalmente nas grandes cidades.[235]

Como resposta a esse cenário, o legislador brasileiro promulgou uma série de leis penais mais rigorosas. Várias dessas leis especiais passaram a tratar da colaboração premiada, variando em seus objetivos e nos benefícios concedidos ao colaborador de acordo com o contexto específico da legislação em questão.

No Brasil, as bases iniciais desse instrumento podem ser identificadas no artigo 8.º, parágrafo único, da Lei de Crimes Hediondos de 1990 (Lei nº 8.072/90), ao dispor que “o participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou a quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá pena reduzida de um a dois terços”. Entretanto, tal regulamentação carecia de procedimentos e orientações processuais detalhadas.[236]

A Lei n.º 9.034/95 expandiu esse conceito, possibilitando a redução da pena em caso de a colaboração espontânea do agente levar ao esclarecimento de infrações penais.[237]

---

[235] DE LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de Processo Penal*, p. 871.

[236] Autores comentam que “mesmo antes da década de 90, não se pode negar que a colaboração premiada já estivesse presente no próprio Código Penal. De facto, sob o manto da atenuante da confissão espontânea (CP, art. 65.º, III, “d”), da atenuante genérica do art. 65, III, “b”, do Código Penal, em que se premia o criminoso que tenha buscado, espontânea e eficazmente, logo após o crime, evitar ou minorar lhe as consequências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano, do arrependimento eficaz (CP, art. 15.º), e do arrependimento posterior (CP, art. 16.º), a expiação pelo mal cometido já integrava a parte geral do Código Penal desde a reforma produzida pela Lei n.º 7.209/84. DE LIMA, Renato Brasileiro. *Op. Cit*., pp. 871-872.

[237] No entanto, essa disposição foi revogada posteriormente pela Lei n.º 12.850/13, que passou a ser o marco regulatório da colaboração premiada. O revogado art. 6º, da Lei n.º 9.034/95, dispunha que: “nos crimes praticados em

Posteriormente, seguindo a ordem cronológica de edição das Leis, veio a Lei nº 9.080/95, cujos artigos 1.º e 2.º introduziram modificações na Lei nº 7.492/86[238], que trata dos crimes contra o sistema financeiro, e na Lei nº 8.137/90[239], que define os crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, permitindo, que nos crimes previstos nestas Leis, os colaboradores que revelassem, através da confissão espontânea toda a trama delituosa, teriam suas penas reduzidas de 1 a 2/3. Contudo, assim como os anteriores, esses diplomas legais não abordaram os aspetos procedimentais.

Destaca-se também a Lei nº 9.613/98, que trata de Lavagem de Capitais, que facultou aos juízes a possibilidade de não aplicar pena ou substituí-la por medidas restritivas de direitos em casos de colaboração premiada, na hipótese de as informações fornecidas pelo agente conduzirem à apuração das infrações penais, à identificação dos autores, coautores e partícipes, ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime.[240] Para além de tais dispositivos não conceberem normas procedimentais para aplicação da colaboração, até aquele momento o instituto também não era frequentemente utilizado entre os atuantes nas defesas criminais.[241]

O instituto passou a ganhar um pouco mais de visibilidade quando começou a ser desenhado na nova Lei de Drogas (Lei nº 11.343/06). O art. 41.º, *caput*, da referida Lei prevê que "o indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais coautores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um terço a dois terços".

Com exceção da Lei nº 9.034/95, que não fazia referência aos tipos de crimes específicos, mas sim a crimes cometidos no contexto de organizações criminosas, todos os outros instrumentos legais que regulavam a colaboração premiada restringiam sua aplicação a categorias específicas de crimes.

Apesar da presença da colaboração premiada na legislação brasileira desde a década de 90, quando a Lei nº 8.072/90 entrou em vigor, até recentemente havia uma falta de regulamentação específica e um roteiro detalhado para efetivamente aplicar essa importante técnica de investigação especial. E foi a promulgação da Lei das Organizações Criminosas, Lei nº 12.850/13, que trouxe inovações na regulamentação

---

organização criminosa, a pena será reduzida de 1 (um) a 2/3 (dois terços), quando a colaboração espontânea do agente levar ao esclarecimento de infrações penais e sua autoria".

[238] Art. 25.º, § 2º da Lei nº 7.492/86, dispõe que: "nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou coautoria, o coautor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá sua pena reduzida de 1 (um) a 2/3 (dois terços)"

[239] Art. 16.º, parágrafo único, da Lei nº 8.137/90: "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"

[240] Vide art. 1º, § 5º, da Lei 9.613/98, com redação alterada pela Lei nº 12.683/12.

[241] PITOMBO, Antônio Sergio Altieri de Moraes. (coord.). *Colaboração Premiada e Outros Acordos*, pp. 37-38.

da colaboração premiada e estabeleceu seu regime procedimental.[242] Maiores detalhes dessa norma serão abordados ainda neste tópico.

Mais recentemente, as últimas alterações legislativas trazidas pelo citado pacote anticrime (Lei n.º 13.964/19), trouxe inovações significativas à colaboração premiada, cujas implicações e alterações serão discutidas em conjunto com suas repercussões adiante.

O leque de normas que, de certa forma, abordam a colaboração premiada, revela que ela se estabeleceu como uma realidade no ordenamento jurídico brasileiro, mas também demonstram a complexidade desse instituto no processo penal negociado.

3.1.4.2. A legalidade e a autonomia da vontade

Mesmo se tratando de um mecanismo de negociação penal, um ponto positivo que visa à proteção dos direitos fundamentais dos acusados no processo penal e revela a compatibilidade desse instituto com a aplicação mitigada do princípio da oportunidade, é que para a celebração do acordo de colaboração premiada deve-se obrigatoriamente observar determinados requisitos e características procedimentais de admissibilidade.

Esses critérios/requisitos de admissibilidade assumem um papel crucial para se evitar a possibilidade de uso indiscriminado desse instituto que, teoricamente, poderia ser aplicado em uma ampla gama de casos criminais, independentemente da gravidade ou complexidade.

Entre os requisitos de validade do acordo de colaboração premiada está a voluntariedade. Ou seja, exige a lei que o colaborador espontaneamente decida por esse caminho negociado[243]. Sobre a voluntariedade, Gustavo Henrique Badaró e Pierpaolo Bottini, comentam que se trata de: “Um ato espontâneo significa aquele em que a ideia de sua prática provém da própria pessoa. Não pode ser um ato provocado por terceiro, mas de iniciativa do delator. Não importa o propósito do delator, sendo irrelevante perquirir os seus motivos.”[244]

Sobre esse aspeto, uma crítica muito adequada relaciona-se a indagação de que em muitos casos o uso da prisão preventiva/segregação cautelar sem a presença concreta de alguma das circunstâncias legais autorizadoras funciona como instrumento de pressão/coação sobre acusados.[245]

---

[242] PITOMBO. Antônio Sérgio Altieri de Moraes. (coord.). *Colaboração Premiada e Outros Acordos*: Análise sistemática e o estudo crítico, p. 36.

[243] Nesse sentido, o art. 4.º, *caput*, da Lei nº 12.850/13, menciona expressamente que a colaboração deve ser efetiva e voluntária com a investigação e com o processo criminal. Na mesma linha, o art. 4º, § 7º, do referido diploma legal, em sua redação original, já previa que, antes de proceder à homologação do acordo de colaboração premiada, incumbe ao juiz verificar sua regularidade, legalidade e voluntariedade, podendo, para tanto, sigilosamente ouvir o colaborador, na presença de seu defensor.

[244] BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de Dinheiro*. 3.ª Ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2017, p. 218.

[245] Carlos Eduardo Gonçalvez pontua sobre o tema que: “Assim, medidas restritivas de liberdade, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, após a nova ordem constitucional de 1988, apresentam-se como

Como se sabe, a prisão provisória, antes de condenação definitiva, é sempre excepcional e de caráter estritamente cautelar. A sua aplicação visando objetivos estranhos aos previstos na lei a torna verdadeiro instrumento de tortura. Situações dessa natureza configuram grave atentado à dignidade da pessoa humana, entre outras agressões aos consagrados princípios individuais detalhados nos capítulos iniciais do presente trabalho. Esta crítica revela a preocupação de que a implementação de mecanismos de consenso penal pode afrontar caros princípios fundamentais que regem o devido processo legal.

Soraia Mendes e Kássia Barbosa afirmam "ser incompatível o expediente da prisão provisória (temporária e preventiva) e a obtenção da 'colaboração' em acordos de investigados/as ou réus/rés com liberdade cerceada"[246].

No entanto, em acórdão paradigma sobre a questão, o STF firmou o entendimento de que o:

> [R]equisito de validade do acordo é a liberdade psíquica do agente, e não a sua liberdade de locomoção. A declaração de vontade do agente deve ser produto de uma escolha com liberdade (= liberdade psíquica), e não necessariamente em liberdade, no sentido de liberdade física. Portanto, não há nenhum óbice a que o acordo seja firmado com imputado que esteja custodiado, provisória ou definitivamente, desde que presente a voluntariedade dessa colaboração. Entendimento em sentido contrário importaria em negar injustamente ao imputado preso a possibilidade de firmar acordo de colaboração e de obter sanções premiais por seu cumprimento, em manifesta vulneração ao princípio da isonomia.[247]

Assim, a partir de uma abordagem mais cautelosa sobre o uso e a expansão da justiça penal negocial, emerge a necessidade de restringir sua aplicação em situações em que se identifica potencial coação significativa que possa influenciar a livre tomada de decisão do infrator em relação à aceitação ou celebração de acordos de colaboração premiada. Ao mesmo tempo, é essencial preservar a diversidade de opções de defesa disponíveis para aqueles que estão privados de sua liberdade.

Pensa-se, nesse contexto, que o foco principal deve ser direcionado para a análise da atuação do Ministério Público no caso específico, juntamente com as condições e benefícios associados a esses acordos.

---

exceção, tendo a sua aplicação permitida, apenas, em situações excepcionais, onde a prisão cautelar seja indispensável, para instrumentalidade da persecução penal, nunca como mera antecipação de pena. Neste contexto, considera-se que a prisão cautelar é completamente desvirtuada quando aplicada para servir como instrumento de coação, qual seja: delate antes de ser preso e evite a prisão; ou, se já preso, delate logo para abreviar o sofrimento". GONÇALVES, Carlos Eduardo. Delação Premiada. In: ESPIÑEIRA, Bruno; CALDEIRA, Felipe. *Estudos em Homenagem ao Ministro Marco Aurélio de Mello*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016, p.100.

[246] MENDES, Soraia da Rosa; BARBOSA, Kássia C. S. Anotações sobre o requisito da voluntariedade e o papel do/a juiz/a em acordos de colaboração premiada envolvendo investigados/as e/ou réus/és presos provisoriamente. In: MENDES, Soraia da Rosa (org.). A Delação/Colaboração Premiada em Perspectiva. Brasília: IDP, 2016. p. 82.

[247] Supremo Tribunal Federal, Pleno, HC 127.483/PR, Rel. Min. Dias Toffoli, 27/08/2015.

É fundamental também que o colaborador tenha total compreensão de sua situação, da acusação, do que se trata o acordo, dos seus direitos e deveres, das consequências ocasionadas pela celebração do acordo. Ou seja, todas essas garantias visam limitar a atuação do Ministério Público, no sentido de que ciente de todas essas questões, o imputado está menos suscetível a ser eventualmente enganado pelo órgão acusador e, assim, tomar uma decisão mais consciente.

A utilização de meios enganosos e arbitrário utilizados pela acusação para a celebração de acordos são inadmissíveis e acarretam a violação do requisito da voluntariedade, essencial quando tratamos de colaboração premiada.

Vinícius Vasconcellos afirma que tal requisito possui três reflexos. Em resumo, são eles: 1) imputado deve conhecer as acusações a eles imputadas, delimitando os fatos e a sua capitulação legal; 2) imputado deve compreender as consequências dos acordos, como a sanção que provavelmente será imposta e seus reflexos – especialmente de eventual condenação em outras esferas. Como na cível e administrativa; 3) imputado deve conhecer seus direitos e as renúncias que realizará, como o direito de defesa e o silêncio, além de outras previstas nos termos do acordo.[248]

O citado autor ainda alerta que:

> [O] delator deve compreender que a formalização e a homologação do acordo garantem maior segurança e previsibilidade à colaboração premiada, mas que a concessão dos benefícios depende da efetividade da cooperação, ou seja, "sua narrativa deve ter coerência e verossimilhança, no cotejo com outros elementos indiciários existentes; do contrário, as declarações do postulante ao benefício não terão nenhuma eficácia no plano premial.[249]

Outro requisito trata-se da eficácia objetiva da colaboração premiada, que é indispensável ser auferida para que o agente faça jus aos benefícios penais e processuais pactuados. Para tanto, não basta a mera confissão acerca da prática delituosa, deve ter sido possível a obtenção de algum resultado prático positivo, resultado este que não teria sido alcançado sem as declarações do colaborador. No entanto, como bem observado por Renato Brasileiro, a eficácia do acordo não significa que o Ministério Público deva ter êxito nos processos que intentar contra os coautores expostos ou delatados. "O que realmente importa é que o colaborador tenha prestado seu depoimento de forma veraz e sem reservas mentais sobre todos os fatos ilícitos de que tinha conhecimento, colaborando de maneira plena e efetiva."[250]

---

[248] VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. *Colaboração Premiada*, p. 215.
[249] VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. *Op. Cit.*, p. 215.
[250] DE LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de Processo Penal*, p. 880.

Destaca-se ainda o requisito da “adequação/exatidão” do acordo. Que nada mais é do que a necessidade de se verificar se há um lastro probatório mínimo, uma justa causa que legitime e autorize a realização do acordo. De modo que “a delação premiada não pode ser o primeiro meio investigativo utilizado”, é necessário que antes da celebração do acordo já haja elementos, ainda que preliminares, para justificar a celebração do acordo[251].

Um parêntese final é importante para consignar que, nos termos do determinado nos artigos 4.º, §15 e 6.º, inciso III, da Lei nº 12.850/13, o acusado deve sempre ser assistido por advogado, inclusive na tramitação prévia à celebração formal do acordo. Sendo essa uma maneira também de se tentar preservar que os princípios fundamentais dos acusados sejam de facto observados, especialmente porque tratamos aqui de um mecanismo premial, de negociação, dentro do âmbito penal. Pensa-se que se seguindo o rito processual tradicional já cabe ao acusado diversos direitos e garantias, muita mais atenção deve-se ter quando estamos tratando de mecanismos de negocial penal. Também sob esse aspeto, a crítica final que se desenvolverá ao final do presente trabalho em relação a atuação da defesa no âmbito da justiça penal negocial será de grande relevo.

3.1.4.3. Benefício previsto na Lei n.º 12.850/2013 e o microssistema da colaboração premiada

Como exposto anteriormente, diversos diplomas legais abordaram o instituto da colaboração premiada, mas deixaram de estabelecer questões procedimentais. No entanto, com o advento da Lei nº 12.850/13, houve uma mudança significativa, pois foram introduzidos novos dispositivos legais que se aplicam à colaboração premiada.

Em síntese, a colaboração é realizada em três fases distintas: i) negociação e celebração; ii) homologação judicial; e iii) aplicação das condições previstas no acordo. Isso permite que o Delegado de Polícia e representante do Ministério Público, iniciem as negociações de colaboração[252].

---

[251] VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. *Colaboração Premiada*, p. 217.

[252] Embora ao texto legal contenha autorização expressa para o delegado de Polícia celebra acordo, tal dispositivo foi muito questionado por juristas que alegavam a sua inconstitucionalidade. Em 29/04/2016, a Procuradoria-Geral da República propôs Ação Direta de Inconstitucionalidade em face dos §§ 2º e 6º, do art. 4º, da Lei nº 12.850/13. Buscando, por esse meio, a declaração de inconstitucionalidade da legitimidade da autoridade policial para firmar acordos de colaboração premiada (ADI 5508). Em 2018 o STF julgou a referida ADI 5508 e assentou, por maioria, a constitucionalidade das normas indicadas e a consequente possibilidade dos delegados de polícia formalizarem acordo de colaboração premiada, respeitadas as prerrogativas do Ministério Público. Acesso aos autos do processo disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4972866. Posteriormente, em maio de 2021, o STF se debruçou novamente em um caso que tratava sobre a celebração de acordo de colaboração premiada pelo Delegado de Polícia e consignou que “2. Matéria novamente suscitada, em menor extensão, pela PGR. Considerada a estrutura acusatória dada ao processo penal conformado à Constituição Federal, a anuência do Ministério Público deve ser posta como condição de eficácia do acordo de colaboração premiada celebrado pela autoridade policial. Posicionamento de menor extensão contido no voto vencido proferido. Possibilidade de submeter a matéria ao mesmo Plenário a fim de que o entendimento majoritário seja confirmado ou eventualmente retificado. Em linha de coerência com o voto vencido, pela retificação do entendimento majoritário na extensão que pleiteia a

De acordo com a Lei nº 12.850/13, a colaboração premiada pode ser realizada em qualquer fase do processo, seja durante a investigação preliminar, ao longo do processo ou até mesmo na fase de cumprimento da pena[253].

Embora a amplitude conferida pela lei quanto ao momento processual para a celebração do acordo seja bem extensa, o legislador diferenciou os benefícios que podem ser pactuados conforme o momento em que o negócio jurídico-processual for firmado.

Com efeito, a Lei nº 12.850/13 estabeleceu os benefícios penais que os negociadores podem oferecer ao potencial colaborador, incluindo i) a redução de pena em até 2/3 (ou até a metade, após a sentença); ii) a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, mesmo quando não preenchidos os requisitos objetivos previstos em lei; iii) o perdão judicial; iv) a imunidade em situações restritas; e v) a progressão de regime, mesmo quando ausentes os requisitos objetivos, nos termos previsto no art. 4.º e §5º da Lei do citado dispositivo legal[254].

Também se discute acerca da possibilidade do celebrante e do colaborador negociar benefícios não previstos na legislação. Para Andrey Borges de Mendonça[255], não há problemas nessa negociação. O referido autor, para defender sua posição, alegada, em síntese, que: o i) princípio da legalidade não impede analogia em *bonna partem*. Sua função é de evitar arbitrariedades do poder estatal, de garantia contra arbitrariedade judicial; ii) art. 5, XI, CF, *in contrario sensu*, admite mitigação do princípio da legalidade; iii) art. 273 do CPC afirma que juiz, nos procedimentos de jurisdição voluntária (seria o caso da colaboração premiada), não está vinculado à legalidade estrita; iv) falsidades em acordo é risco inerente, sem relação com benefícios maiores. Há mecanismos de proteção (filtros) para reduzir esse risco: colaboração falsa é crime (art. 19), falsidade e omissão importam em rescisão do acordo com aproveitamento das provas e acordo depende de elementos de corroboração.

PGR." (STF. PET. 8482 AgR / DF, Relator Ministro Edson Fachin, julgao em 31/05/2021). Pensa-se que o STF reforçou a atribuição do Ministério Público de controle externo da atividade policial, nos termos do art. 129, VII, da CFRB/88.

[253] Como deixa claro a previsão legal do §5º do art. 4º da Lei nº 12.850/13. Veja-se: "§ 5º Se a colaboração for posterior à sentença, a pena poderá ser reduzida até a metade ou será admitida a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos."

[254] O art. 4.º, §4.º, da Lei nº 12.850/13 dispões os requisitos para o não oferecimento de denúncia. São eles: "§ 4.º Nas mesmas hipóteses do caput deste artigo, o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se a proposta de acordo de colaboração referir-se a infração de cuja existência não tenha prévio conhecimento e o colaborador: (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019) I - não for o líder da organização criminosa; II - for o primeiro a prestar efetiva colaboração nos termos deste artigo.". Sobre o tema, vide BITTAR, Walter Barbosa. Delação premiada no Brasil e na Itália. Revista brasileira de ciências criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, jan./fev, v. 19, n. 88, p. 180 e seg..

[255] MENDONÇA, Andrey Borges de. Os benefícios possíveis na colaboração premiada: entre a legalidade e a autonomia de vontade. In: MOURA, Maria Thereza de Assis e BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Colaboração Premiada*. São Paulo: RT, 2017, pp.79-84

Por outro lado, para autores como Bottino[256], Canotilho e Nuno Brandão[257], os benefícios aplicados só podem ser os estabelecidos em lei. Na ótica dos autores, entender de forma diferente violaria o princípio da legalidade, permitindo a aplicação de benefícios exagerados, que causam desequilíbrio e podem estimular colaborações falsas ou redundantes. Nesse sentido, Nefi Cordeiro[258] afirma que juiz e promotor não fazem negociação de direitos seus, mas negociam o direito de persecução penal que recebeu do Estado, das vítimas, da sociedade, que demandam uma resposta controlada (nos limites fixados pelo legitimado legislador) e que não podem criar favores fora da autorização legal.[259]

É verdade que nos primeiros acordos celebrados pela Procuradoria-Geral da República não foram seguidos critérios racionais igualitários o tocante às penas pactuadas [260]. Contudo, ao longo dos anos, o instituto amadureceu e houve aprimoramentos nos processos de negociação conduzidos pelo sujeito acusador. Uma etapa recentemente introduzida permite que ambas as partes exponham seus entendimentos sobre a classificação típica dos fatos confessados pelo colaborador, proporcionando espaço para argumentos técnicos dos defensores do colaborador.

Além disso, as partes podem debater as particularidades do caso concreto, como o momento para celebrar o acordo, a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do crime. Isso possibilita a negociação de benefícios com base em critérios estritamente legais. Caso haja divergências insuperáveis entre os negociadores ou insatisfação do colaborador com os benefícios propostos, o acordo pode não prosseguir, garantindo a voluntariedade do processo.

Acerca dos fatos ilícitos que serão narrados pelo colaborador, o novo art. 3.º-C, §3º, introduzido pela Lei n.º 13.964/19, dispõe que “No acordo de colaboração premiada, o colaborador deve narrar todos os fatos ilícitos para os quais concorreu e que tenham relação direta com os fatos investigados”. Importante alteração promovida, que veio

---

[256] BOTTINO, Thiago. Colaboração Premiada e incentivos à cooperação no Processo penal: uma análise crítica dos acordos firmados na Operação Lava-Jato, vol. 122.

[257] CANOTILHO, J.J. Gomes e BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato, p. 150

[258] CORDEIRO, Nefi. *Colaboração Premiada*: caracteres, limites e controles. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p.25.

[259] Ressalta-se que há precedentes do STF admitindo ou homologando acordos com benefícios não previstos na lei (Pet. 289 – Min. Roberto Barroso) e outros indeferindo (Pet. 7074 – Min. Gilmar Mendes; Pet. 7265 – Min. Ricardo Lewandowski). Exemplos de benefícios não previstos na lei, mas já negociados em acordos homologados judicialmente: substituição de prisão preventiva por domiciliar com tornozeleira; limitação do tempo de prisão preventiva independente de efetividade da colaboração; fixação de tempo máximo de cumprimento de pena privativa de liberdade independente das penas fixadas na sentença; regimes de cumprimento de pena “diferenciados”; liberação de recursos produto de crime para o colaborador etc.

[260] Vide GIOVANAZ, Daniel. Delatores da Lava Jato recebem benefícios maiores que o previsto em leis: uso indiscriminado de colaborações premiadas na operação coloca garantias constitucionais em risco. Disponível em: https://www.brasildefatorpr.com.br/2017/08/18/delatores-da-lava-jato-recebem-beneficios-maiores-que-o-previsto-em-lei.

sanar críticas que repudiavam como abusivo o colaborador ter que tratar de todo e qualquer facto ilícito que fosse de interesse das autoridades, mesmo quando estranho ao em apuração.[261]

As tratativas que antecedem a celebração de um acordo de colaboração premiada só foram regulamentadas de uma forma mais substancial com a alteração legislativa ocasionada pela entrada em vigor do conhecido pacote anticrime. Com efeito, atualmente o art. 3.º-B da Lei 12.850/13[262], estabelece que a recepção da proposta de formalização de um acordo de colaboração marca o início das negociações e estabelece um marco de confidencialidade. Qualquer divulgação das tratativas iniciais ou de documentos relacionados a elas configura uma quebra do sigilo, violando a confiança e a boa-fé entre as partes, a menos que haja uma ordem judicial autorizando o levantamento do sigilo. Fica claro que não é a elaboração do termo de confidencialidade que determina o início das negociações, mas sim o recebimento da proposta, o que obriga todas as partes a manterem o sigilo e agirem de boa-fé. O sigilo só pode ser suspenso mediante autorização judicial, conforme estabelecido no art. 7.º, §3º, da Lei nº 12.850/13[263].

O facto de a defesa ter apresentado uma proposta para formalização de um acordo de colaboração premiada, porém, não obriga o órgão ministerial (ou o Delegado de Polícia) a aceitá-la. Em tais hipóteses, incumbe ao Ministério Público (ou à autoridade policial) indeferir sumariamente a proposta, com a devida justificativa, cientificando-se o interessado (Lei n.º 12.850/13, art. 3.º-B, §1º). Por outro lado, tendo sido aceita a proposta, firma-se o Termo de Confidencialidade, que deve ser assinado pelo celebrante, o colaborador e pelo advogado ou defensor público com poderes específicos.[264] Após, então, a proposta deve ser instruída com os anexos com os fatos adequadamente descritos, com todas as suas circunstâncias, indicando as provas e os elementos de corroboração.

É importante destacar que a legislação estabelece que o juiz deve manter uma postura passiva e não participar das negociações do acordo, garantindo assim sua imparcialidade e atuando como guardião da legalidade e dos direitos fundamentais do

---

[261] Nesse ponto, peculiar é a observação do ilustre Guilherme de Souza Nucci: "se este artigo já estivesse em vigor antes de certas operações contra a corrupção, o resultado teria sido outro". NUCCI, Guilherme de Souza. *Pacote anticrime comentado*: Lei n.º 13.964 de 24/12/2019. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 156

[262] "Art. 3º-B. O recebimento da proposta para formalização de acordo de colaboração demarca o início das negociações e constitui também marco de confidencialidade, configurando violação de sigilo e quebra da confiança e da boa-fé a divulgação de tais tratativas iniciais ou de documento que as formalize, até o levantamento de sigilo por decisão judicial."

[263] DE LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de Processo Penal*, p. 895.

[264] Art. 3º-B. "§ 1º A proposta de acordo de colaboração premiada poderá ser sumariamente indeferida, com a devida justificativa, cientificando-se o interessado. § 2º Caso não haja indeferimento sumário, as partes deverão firmar Termo de Confidencialidade para prosseguimento das tratativas, o que vinculará os órgãos envolvidos na negociação e impedirá o indeferimento posterior sem justa causa."

acusado, limitando-se à homologação da colaboração[265]. Assim, recebido o termo do acordo, o juiz poderá realizar uma audiência para ouvir o delator, com o objetivo estrito de examinar a legalidade e a regularidade do acordo e, principalmente, a voluntariedade na sua celebração.

No que se refere à possibilidade de retratação (voltar atrás, arrepender-se) da colaboração, tal hipótese está prevista no § 10 do art. 4.º da Lei nº 12.850/13, resolvendo que as provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas em seu desfavor, especialmente a confissão afirmada em razão do eventual acordo. Por um lado, deve ser criticada a autorização a eventual arrependimento do Ministério Público, a qual se mostra ilegítima em razão do respeito à legalidade e incompatível com a natureza do instituto.[266]

A retratação, sobretudo, não deve ser confundida com a rescisão ou anulação do acordo. No contexto da rescisão, a análise encontra respaldo no artigo 4.º, § 17, da Lei nº 12.850/13, que estabelece que o acordo homologado pode ser rescindido em caso de omissão dolosa relativa aos fatos objeto da colaboração. As implicações resultantes da rescisão variam de acordo com a parte responsável por tal desfecho. Quando a responsabilidade pela rescisão recai unicamente sobre o colaborador, as consequências envolvem a perda dos benefícios acordados, bem como a utilização integral das provas por ele fornecidas, inclusive aquelas de natureza autoincriminatória[267].

Por outro lado, caso a rescisão seja motivada por atos imputáveis ao Ministério Público, o colaborador tem o direito de, a seu critério, interromper a cooperação, com a garantia da manutenção dos benefícios previamente concedidos e a preservação das provas já produzidas (artigo 4.º, §17 da Lei nº 12.850/13). Este delineamento legal destaca a importância de distinção e equidade no tratamento da rescisão do acordo de colaboração, garantindo que as responsabilidades sejam atribuídas de maneira justa e que os direitos dos colaboradores sejam devidamente protegidos.[268]

Por último, é importante observar que a anulação de um acordo de colaboração premiada ocorre quando esse acordo, considerado um negócio jurídico processual,

---

[265] Nesse sentido: "§ 6º O juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor." E, de acordo com o §8º do art.. 4º do mesmo diploma legal, "O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais, ou adequá-la ao caso concreto.".

[266] "Se a proposta já tiver sido homologada pelo juízo competente, não mais será cabível a retratação. De mais a mais, havendo a retratação por qualquer das partes, os elementos probatórios fornecidos poderão ser usados livremente no curso do processo, salvo em desfavor do colaborador." DE LIMA, Renato Brasileiro. Manual de Processo Penal, p. 902.

[267] Supremo Tribunal Federal, Pleno, Inq. 4.483 QO/DF, Rel. Min. Edson Fachin, 21/09/2017. No sentido de que a rescisão do acordo de colaboração premiada não é causa de nulidade das provas, nem tampouco impede a investigação dos fatos noticiados pelos colaboradores, considerados os requisitos do art. 4º, §7º, da Lei n. 12.850/13: Supremo Tribunal Federal, 1ª Turma, Inq. 4.506/DF, Rel. Min. Roberto Barroso, 17/04/2018.

[268] FONSECA, Cibele Benevides Guedes. *Colaboração premiada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2017, p. 158.

apresenta alguma irregularidade ou defeito[269]. Essas irregularidades podem incluir, mas não se limitam: a) a ausência da participação do defensor em todas as fases de negociação, validação e execução da colaboração, violando o disposto no artigo 4.º, §15, da Lei nº 12.850/13; b) a falta de voluntariedade por parte do colaborador ao participar do acordo, o que pode ser evidenciado por qualquer forma de coerção por parte da Polícia ou do Ministério Público; c) a não prestação de informação adequada sobre o direito ao silêncio.[270]

É importante destacar que a anulação de um acordo de colaboração premiada visa garantir a integridade e a legalidade desse instrumento, assegurando que o processo de colaboração seja conduzido de acordo com os princípios legais e respeitando os direitos fundamentais dos colaboradores. Esse aspeto ressalta a importância de um sistema jurídico que preze pela justiça e pelos direitos individuais em todas as etapas da colaboração premiada. O simples facto do infrator se tornar colaborador não autoriza a subtração dos direitos fundamentais a ele inerentes.

Reforça-se que o magistrado não deve estar presente nas negociações de acordo de colaboração, a fim de manter a integridade do sistema acusatório. Conforme o artigo 4.º, §7º, o acordo, juntamente com as declarações do colaborador e uma cópia da investigação, deve ser submetido ao juiz apenas para homologação[271]. Reitera-se que o juiz, ao realizar a homologação, deve assegurar que o acordo atenda aos requisitos legais, verificando a sua regularidade, adequação dos benefícios, e voluntariedade do colaborador, especialmente em casos envolvendo medidas cautelares, em especial, prisão preventiva, em razão das críticas já desenvolvidas anteriormente.

O magistrado não emite juízo de valor sobre as declarações do colaborador nesse momento, preservando a imparcialidade do processo, o que é essencial para a integridade do sistema acusatório, vigente no Brasil. Qualquer análise sobre a veracidade das declarações ocorre no julgamento do processo, na sentença, quando os elementos da colaboração são avaliados, conforme estabelecido no §11 do art. 4.º da

---

[269] Vide art. 166 do Código Civil.

[270] Reconhecendo a possibilidade de a autoridade judiciária analisar fatos supervenientes ou de conhecimento posterior capazes de ferir a legalidade do acordo de colaboração premiada, nos termos do art. 966, §4º, do novo CPC: STF, Pleno, Pet 7.074/DF, Rel. Min. Edson Fachin, j. 21, 22, 28 e 29/06/2017 (Informativo n. 870 do STF).

[271] Art. 4º, § 7º da Lei nº 12.850/13 dispõe que: "§ 7º Realizado o acordo na forma do § 6º deste artigo, serão remetidos ao juiz, para análise, o respectivo termo, as declarações do colaborador e cópia da investigação, devendo o juiz ouvir sigilosamente o colaborador, acompanhado de seu defensor, oportunidade em que analisará os seguintes aspectos na homologação: I - regularidade e legalidade; II - adequação dos benefícios pactuados àqueles previstos no caput e nos §§ 4º e 5º deste artigo, sendo nulas as cláusulas que violem o critério de definição do regime inicial de cumprimento de pena do art. 33 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), as regras de cada um dos regimes previstos no Código Penal e na Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal) e os requisitos de progressão de regime não abrangidos pelo § 5º deste artigo; III - adequação dos resultados da colaboração aos resultados mínimos exigidos nos incisos I, II, III, IV e V do caput deste artigo; IV - voluntariedade da manifestação de vontade, especialmente nos casos em que o colaborador está ou esteve sob efeito de medidas cautelares. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)"

Lei nº 12.850/2013[272]. Este processo garante que o acordo seja justo e que a efetividade da colaboração seja devidamente considerada no momento apropriado, na sentença.

Vinícius Vasconcellos, estudioso do tema, muito bem sintetiza as premissas que devem ser fixadas para a definição de uma base essencial ao regramento da colaboração, são elas: 1) a vontade do acusado para concretizar o acordo deve ser livre, esclarecida e consciente, sob pena de ilegalidade do acordo e ilicitude de eventuais provas produzidas; 2) a confissão não é suficiente para fundamentar uma sentença condenatória, devendo necessariamente ser confirmada pelo lastro probatório produzido; 3) o acusado deve ser acompanhado por advogado em todos os momentos de negociação e concretização do acordo; 4) o juiz deve manter postura passiva, sendo vedada sua participação nas tratativas, em prol da proteção de sua imparcialidade, devendo atuar como garantidor da legalidade e do respeito a direitos fundamentais por meio da homologação ou não do acordo; e, 5) deve ser possível a retratação do acusado, situação em que a confissão não poderá ser considerada como prova lícita.[273]

Assim, ultrapassadas as principais questões procedimentais acerca do instituto do acordo de colaboração premiada, pena-se que este mecanismo premial é também um dos caminhos inseridos no âmbito da justiça penal negocial no Brasil que levam à mitigação da obrigatoriedade da ação penal, pois concede ao Ministério Público a discricionariedade quanto à ação penal podendo, inclusive, conceder a um colaborador o perdão judicial.

Indubitavelmente, na teoria, esse modelo de negociação busca promover a justiça negocial, incentivando uma maior participação das partes no processo de negociação dos acordos. No entanto, a prática revela desafios substanciais, pois desequilíbrios no poder de barganha ainda persistem em muitos casos, com o Ministério Público frequentemente desfrutando de uma posição de superioridade.

Certos autores levantam preocupações em relação a colaboração premiada, argumentando que ela pode entrar em conflito com os princípios do devido processo legal discutidos nos capítulos iniciais. Jacinto Coutinho e Edward de Carvalho, por exemplo, argumentam que a colaboração que envolve a negociação de redução de penas com o órgão acusatório pode violar o princípio constitucional "*nulla poena sine judicio*" ao impor uma sanção penal sem a devida instauração de um processo, uma vez que o papel do órgão jurisdicional é restrito à homologação ou não do acordo celebrado com o Ministério Público[274].

---

[272] Atr. 4º, § 11, da Lei º 12.850/13: " § 11. A sentença apreciará os termos do acordo homologado e sua eficácia."

[273] VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. Barganha e Justiça Criminal Negocial: Analise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro, p. 124.

[274] Conforme previsão do art. 4º, §6 e §7º da Lei nº 12.850/13.

Também se destacada sobre a possibilidade de violação do princípio da presunção de inocência, como discutido anteriormente. Na visão de Lênio Streck, a colaboração ou delação premiada poderia resultar na inversão do ônus da prova, uma vez que a produção de provas deixa de ser exclusivamente responsabilidade do órgão acusatório.

Além disso, a crítica se estende ao Ministério Público que se utilizar de provas obtidas ou produzidas pelo próprio investigado, o que, na visão do autor, reflete a incapacidade do Estado em conduzir investigações independentes e, consequentemente, poderia ferir o princípio constitucional da presunção de inocência.

Evidente que a colaboração premiada não pode ser um instrumento de flexibilização de caros princípios constitucionais que orientam o processo pena, por isso trata-se de um instituo tão complexo e em constante reforma e aprimoramento.

Embora tenham ocorrido melhorias no processo de negociação da colaboração premiada, pensa-se que o sistema permanece suscetível a abusos e inconsistências. Em algumas situações as negociações resultam em tratamentos desiguais, nos quais alguns colaboradores obtêm benefícios excessivos, enquanto outros recebem ofertas menos favoráveis. A pressão exercida sobre o colaborador para alcançar um acordo e a incerteza quanto aos resultados podem suscitar dúvidas sobre a voluntariedade do processo.

Diante dessas e inúmeras outras questões que circundam o tema, é evidente a necessidade de um debate abrangente e consistente sobre o equilíbrio entre os princípios da justiça penal negocial e a preservação dos direitos fundamentais.

Dado que a colaboração premiada continua desempenhando um papel significativo no sistema de justiça criminal, é crucial realizar avaliações contínuas de seu funcionamento para garantir que respeite plenamente os princípios constitucionais, proporcionando segurança e justiça tanto aos colaboradores quanto ao sistema jurídico como um todo.

Como bem observa Moraes Pitombo, ainda que independente de qualquer discussão acerca da flexibilização do princípio da obrigatoriedade, o instituto é constitucionalmente válido, pois reconhece a colaboração premiada não apenas como um meio de prova, mas também como um instrumento de defesa e, por esse motivo, entende-se como um instituto “constitucionalmente” autorizado, nos termos do art. 5.º, LV da CFRB/88.

Sem embargo, foi com a maior adoção da colaboração premiada que passou a introduzir, ainda que “à força”, um modelo de justiça penal negociada mais próximos dos moldes do direito norte-americano, mas com muitos aspetos antagônicos, que foram

necessários serem incluídos para que se respeite, dentro do possível, as regras do devido processo legal e do sistema acusatório.

Na prática, a colaboração premiada é um instituto em constante evolução e debate, adaptando-se às mudanças na legislação e às complexidades do sistema jurídico. A jurisprudência e a doutrina desempenham papéis importantes na definição e interpretação desse mecanismo, esforçando-se para encontrar um equilíbrio entre a eficácia da persecução penal e a proteção de direitos individuais. No entanto, apesar de algumas melhorias na regulamentação, ainda existem desafios a serem enfrentados devido à tentativa de adaptar a justiça consensual às regras do devido processo legal. Vejamos então o próximo mecanismo premial, chamado acordo de não persecução penal.

3.1.5. Acordo de não persecução penal

O acordo de não persecução penal (ANPP), recentemente introduzido no ordenamento jurídico brasileiro, trata de mais um mecanismo de "justiça penal negociada", juntamente com a composição dos danos civis, transação penal, suspensão condicional do processo e colaboração premiada. Embora sejam institutos distintos, com abordagens negociais também distintas, sujeitas a diferentes critérios e consequências, todas elas convergem para um espaço de consenso e negociação na esfera penal.

Inicialmente, o acordo de não persecução penal foi regulamentado pelo art. 18 da Resolução nº 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP)[275]. Posteriormente, essa regulamentação foi modificada pela Resolução nº 183/2017 do CNMP[276], a qual estabeleceu as diretrizes para o procedimento investigatório criminal conduzido pelo órgão ministerial.[277] Esse mecanismo, conhecido como acordo de não persecução penal, foi posteriormente incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro,

[275] Texto revogado: "Art. 18. Nos delitos cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, não sendo o caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor ao investigado acordo de não persecução penal, desde que este confesse formal e detalhadamente a prática do delito e indique eventuais provas de seu cometimento, além de cumprir os seguintes requisitos, de forma cumulativa ou não"

[276] Redação dada pela Resolução n° 183, de 24 de janeiro de 2018: "Art. 18. Não sendo o caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor ao investigado acordo de não persecução penal quando, cominada pena mínima inferior a 4 (quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça a pessoa, o investigado tiver confessado formal e circunstanciadamente a sua prática, mediante as seguintes condições, ajustadas cumulativa ou alternativamente".

[277] As resoluções editadas pelo CNMP que inicialmente regulamentaram o ANPP dispõem sobre a instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público, o que gerou questionamentos sobre a sua constitucionalidade, em razão da competência privativa da União em legislar sobre matéria penal e processual penal, nos termos do artigo 22, inciso I, da Constituição Federal132. Referidos normativos foram objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta tanto pela Ordem dos Advogados do Brasil (ADI 5793/DF), a respeito da extrapolação do poder regulamentar conferido ao CNMP, quanto pela Associação dos Magistrados Brasileiros (ADI 5790/DF), sob o argumento de insegurança jurídica diante da inexistência de lei. Tal discussão perdeu a força com a entrada em vigor da Lei nº 13.964/19.

mais precisamente no Artigo 28.-A do Código de Processo Penal[278], por meio da Lei 13.964/2019, que ficou amplamente conhecida como o pacote anticrime.

Especificamente, o acordo de não persecução penal representa uma forma de consenso entre o Ministério Público e o imputado, com o objetivo de evitar o processo judicial, com a imposição imediata de uma sanção penal. Isso ocorre nos casos em que, de acordo com o artigo 28.-A, o investigado tenha confessado de maneira formal e circunstanciada a prática de uma infração penal que não envolva violência ou ameaça grave, e que tenha uma pena mínima inferior a quatro anos.

O Ministério Público é o único legitimado para propor esse acordo, desde que considere que ele seja necessário e suficiente para censurar e prevenir o crime. Isso acontece sob certas condições, que são estabelecidas cumulativa e alternativamente.

A introdução desse novo mecanismo premial no sistema jurídico brasileiro também se justifica por razões utilitárias e econômicas, clássicas da justiça penal negocial, com o propósito de aliviar a crescente carga de processos que sobrecarrega o poder judiciário, que é ocasionada pela ineficiência sistêmica que prejudica o adequado julgamento dos casos criminais[279]. Isso é alcançado através da oferta de alternativas ao processo penal tradicional, com ênfase na solução consensual do ANPP.[280]

Visualizamos aqui mais um movimento de mitigação do princípio da obrigatoriedade que, como estudado anteriormente, teve início em 1995 com a Lei nº 9.099 e os institutos dos Juizados Especiais Criminais, se ampliou com a Lei º 12.850/13 que versa sobre a colaboração premiada e, agora, novamente é enfraquecido com a aplicação do acordo de não persecução penal.[281]

Em atenção às críticas que apresentamos ao longo do presente trabalho, especialmente quanto à necessidade de se conciliar a ampliação dos espaços de consenso com a preservação das garantias fundamentais e do processo penal democrático, o ideal seria tratar também o ANPP como direito subjetivo à disposição do acusado. E, de facto, alguns autores, como João Paulo Orsini Martinelli e Luís Felipe Sene da Silva, defendem ser o ANPP direito subjetivo do acusado. Veja-se:

> [N]outro turno, outra decorrência de se classificar o dispositivo como uma norma penal é que, por estar diretamente relacionado com a pretensão acusatória, o oferecimento do ANPP, assim como ocorre nos casos da transação penal, constitui um direito público

[278] "Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente".

[279] CARNEIRO, Andréa Walmsley Soares. *Acordo de não-persecução penal*: constitucionalidade do método negocial no processo penal. *DELICTAE*, 2019, Jul-Dez, vol. 4, n.º 7, p. 31.

[280] Vejam que os estudos realizados pelo Ministério Público, que deram origem às resoluções citadas, apontam exatamente o princípio da eficiência para fundamentar a possibilidade do ANPP. Veja-se: CNMP, Pronunciamento final no Procedimento de Estudos e Pesquisas 1/2017, p. 32. Disponível em: https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Pronunciamento_final.pdf.

[281] JUNIOR. Aury Lopes. *Direito Processual Penal*, p. 351.

> subjetivo do réu. É direito do acusado receber uma proposta de acordo e analisá-la, uma vez que, se vantajosa, poderá ter como efeito final a própria extinção daquela pretensão acusatória. Também pode o acusado recusar a proposta caso decida enfrentar a acusação no processo.[282]

No entanto, essa questão esbarra com o princípio fundamental do sistema acusatório, isso porque considerar o ANPP como um direito subjetivo do imputado abriria a possibilidade de o juiz concedê-lo sem levar em consideração a posição do Ministério Público. O dilema reside no facto de que, sob essa interpretação, o órgão judiciário estaria assumindo um papel que é exclusivo do órgão de acusação, o único responsável pelo encargo público de iniciar a ação penal. Essa perspetiva é compartilhada por Gustavo Badaró:

> [Q]uanto à sua natureza jurídica, o acordo de não persecução penal é um negócio jurídico processual penal entre investigado e Ministério Público, que substancialmente constitui um acordo sobre pena, em que se aceita o cumprimento de uma pena restritiva de direitos, com benefício de sua redução, em troca de se abrir mão do processo. Não será correto considerar que, uma vez satisfeitos o pressuposto e os requisitos do art. 28-A do CPP, bem como não havendo qualquer das vedações do § 2º do mesmo artigo, se trata de direito público subjetivo do acusado. A consequência disso seria que, em tal condição, o Ministério Público não pode deixar de formular a proposta. E, se houvesse a sua recusa em propô-la, deveria o juiz, de ofício, formular proposta de não persecução. O juiz não participa da investigação e não pode dispor de um direito que, por força do inciso I do caput do art. 129 da CR, é exclusivo do Ministério Público.[283]

Sem embargo, as Cortes Superiores já se posicionaram sobre o tema. A Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, seguindo posição do Supremo Tribunal Federal, reafirmou que o oferecimento do ANPP é uma decisão de competência exclusiva do Ministério Público, não sendo, portanto, considerado direito subjetivo do acusado. Consignou-se, na referida decisão que o "Previsto no artigo 28-A do código de processo penal – incluído pelo Pacote Anticrime (Lei 13.964/2019) –, o acordo de não persecução é uma espécie de negócio jurídico pré-processual entre a acusação e o investigado."[284] Ou seja, aplica-se aqui o mesmo raciocínio considerado na transação penal e na suspensão condicional do processo.

O ANPP é oferecido pelo MP ainda na fase investigatória, antes do recebimento da acusação. O art. 28.-A do CPP define os requisitos para a realização do acordo, bem como as situações que impedem sua aplicação e as condições que devem ser cumpridas. Os requisitos são: a) não ser caso de arquivamento; b) confissão formal e

---

[282] MARTINELLI, João Paulo Orsini; SILVA, Luís Felipe Sene da. Mecanismos de justiça consensual e o acordo de não persecução penal. pp. 51-75. In BEM, Leonardo Schmitt de. MARTINELLI, João PAULO. Acordo de não persecução penal. Belo Horizonte: Editoria D'Plácido, 2022, p. 70.

[283] BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*, pp. 187-188

[284] Supremo Tribunal de Justiça, RHC 161.251/PR. Quinta Turma. Relator Ministro Ribeiro Dantas, 10/05/2022.

circunstanciada do investigado; c) infração penal sem violência ou grave ameaça; d) pena mínima inferior a 4 (quatro) anos[285].

Preenchidos os requisitos, o Ministério Público propõe o acordo, com algumas condições que podem ser negociadas pelo imputado, mas que devem ser suficientes para a reprovação e prevenção do crime, são elas: a) reparar o dano ou restituir a coisa À vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo; b) renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produtos ou proveito do crime; c) prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução; d) pagar prestação pecuniária a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; e e) cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada[286].

Ainda que com a celebração desse "pacto" entre as partes, o que se busca primordialmente é satisfazer as finalidades do direito penal, de reprovação e prevenção dos crimes, assim, independentemente do uso de medidas privativas de liberdade, o que vem sendo mais importante é a efetividade da ressocialização, com medidas restritivas de direito ou multa, que acabam sendo mais relevantes, desde que atendam a devida proporcionalidade e sejam suficientes para alcançar os citados objetivos.

O acusado tem o direito de aceitar ou recusar o acordo. Caso opte por não o aceitar, a acusação seguirá seu curso normal. No entanto, uma vez que o acusado aceite o acordo e o cumpra integralmente, o juiz deverá declarar a extinção da punibilidade (§ 13), e não haverá mais efeitos legais, com exceção do registro, que servirá para impedir a celebração de um novo acordo no prazo de cinco anos (conforme o § 2º, inciso III). Se o acordo for rescindido devido ao não cumprimento por parte do acusado, o Ministério Público deverá apresentar uma denúncia, e o processo judicial continuará seguindo seu curso natural (§ 10).

A nova previsão legislativa do ANPP demonstra notável incidência em mais de 70% dos crimes penais, expandindo o arcabouço jurídico relacionado à justiça

[285] Situações que impedem a aplicação estão dispostas nos incisos I ao IV do §2º do CPP. Veja-se: § 2º O disposto no caput deste artigo não se aplica nas seguintes hipóteses: I - se for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei; II - se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas; III - ter sido o agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; e IV - nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor."

[286] Conforme disposto nos incisos I a V do art. 4º do CPP.

negociada para além do estabelecido pela lei 9.099/95 e pela colaboração premiada. No entanto, duas questões cruciais relacionadas ao ANPP permanecem sem uma resolução definitiva, demandando uma abordagem no presente trabalho, ainda que de maneira concisa, pois, são temas que poderiam ser objeto de um trabalho exclusivo.

A primeira questão diz respeito à necessidade de confissão da prática criminosa e ao momento adequado para essa confissão, requisitos objetivos estipulados no art. 28.-A do CPP. A imposição da confissão como condição para a barganha entre o órgão acusador e o acusado gera um conflito com o estudado direito ao silêncio, protegido pelo artigo 5.º, LXIII, da CFRB/98, que assegura ao indivíduo acusado o direito de permanecer calado para evitar autoincriminação, conforme a regra do *nemo tenetur se detegere*.

Autores como Cezar Roberto Bitencourt e Paulo César Busato destacam a inconstitucionalidade dessa exigência no âmbito da colaboração premiada, cuja lógica se aplica ao ANPP. Os autores argumentam que obrigar o réu a renunciar o seu direito de permanecer em silêncio viola não apenas a Constituição, mas também pactos internacionais de direitos humanos. A confissão, quando imposta como requisito, assemelha-se à rainha das provas, comprometendo a desjudicialização em prol da busca pela verdade real.[287] Na justiça consensual essa autoacusação não é essencial, o importante é a convenção entre as partes.

Guilherme de Souza Nucci também expressa a preocupação de obrigar o investigado a confessar formalmente o crime, considerando tal prática inválida e uma afronta ao direito à imunidade contra a autoacusação. Nas palavras do citado autor:

> [...] obrigar o investigado a confessar formalmente o cometimento do crime para depois fixar penas alternativas e outras condições não nos parece válido, ferindo o direito à imunidade contra a autoacusação. Imagine-se que o investigado celebre o acordo e depois não o cumpra. O Ministério Público pode pedir a rescisão do pacto e propor denúncia, lembrando, então, que, a essa altura, já terá havido confissão por parte do acusado. Cremos que esse acordo possa e deva ser celebrado sem necessidade de confissão plena e detalhada.[288]

A celebração do acordo sem a necessidade de uma confissão plena e detalhada é vista como mais coerente e respeitosa aos direitos fundamentais do acusado.

É inconcebível que uma confissão realizada nessas condições sirva como prova em futura ação penal, pois isso comprometeria gravemente a lógica acusatória, o princípio do contraditório e da ampla defesa, bem como o direito à não autoincriminação.

---

[287] BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa*. São Paulo: Saraiva, 2014. p.134/135.

[288] NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Direito Processual Penal*, p. 383

Diante desse cenário, pensa-se que a confissão como requisito para o ANPP viola princípios fundamentais, e é possível atingir os objetivos do instituto sem comprometer as garantias processuais do investigado.

Em outras palavras, sugere-se que a confissão como requisito para o acordo de não persecução penal é incompatível com os princípios da não autoincriminação, presunção de inocência, ampla defesa e direito ao silêncio. Não há razões legais que justifiquem essa exigência, e é possível alcançar os objetivos do instituto de forma mais equitativa, respeitando as garantias processuais do investigado.

Salienta-se que outros institutos despenalizadores, como a transação penal e a suspensão condicional do processo não exigem do infrator a confissão, demonstrando ser possível atingir os objetivos a que se pretendem a justiça penal negocial sem a necessidade da confissão.

A segunda questão que suscita considerável debate é o alcance da aplicação retroativa do ANPP aos casos que já estavam em andamento quando a lei que o instituiu entrou em vigor. Nesse contexto, o entendimento é pacífico no que diz respeito à aplicação do ANPP a todos os casos em que o Ministério Público ainda não tenha oferecido denúncia, desde que os requisitos legais sejam preenchidos, excluindo as situações de arquivamento.

O problema maior está relacionado aos casos que envolvem fatos ocorridos antes da entrada em vigor da Lei nº 13.964/2019, em que as ações penais se encontram em curso, em fase posterior ao oferecimento de denúncia, o que vai desde os casos em que o Ministério Público já tenha oferecido denúncia, mas ainda não tenha sido recebida pelo magistrado, até aqueles em que ainda não tenha havido o trânsito em julgado das condenações – e inclusive para além disso, em hipóteses de revisão criminal. [289]

As opiniões divergem na doutrina e jurisprudência. O Superior Tribunal de Justiça (STJ/BR) atualmente entende que a retroatividade do artigo 28-A do CPP, introduzido pela Lei nº 13.964/2019, não se aplica quando a denúncia já foi recebida e o julgamento nas instâncias ordinárias foi concluído.

Além disso, a Terceira Seção do STJ/BR, por unanimidade, aprovou proposta de afetação dos julgamentos dos Recursos Especiais 1.890.343/SC e 1.890.344/RS, à sistemática de recursos repetitivos, cuja controvérsia foi delimitada como "(im)possibilidade de acordo de não persecução penal posteriormente ao recebimento

[289] O próprio Ministério Público Federal, que já vinha tratando internamente do tema antes mesmo da entrada em vigor da nova lei, como, por exemplo, através da Orientação Conjunta nº 03/2018, das três Câmaras de Coordenação e Revisão do MPF que cuidam da matéria criminal, destacava a possibilidade de aplicação do ANPP no curso da ação penal, ou dos Enunciado nº 98 e 101, da 2ª Câmara Criminal do MPF que, além de entenderem pela possibilidade de propor o acordo aos processos em andamento antes do transito em julgado estabelecem atribuição para propositura do acordo em grau recursal, por retroação do art. 28-A do CPP. Disponível em: https://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/orientacoes/orientacao-conjunta-no-3-2018-assinada-pgr-006676712018.pdf e https://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/enunciados.

da denúncia" e decidiu “não determinar a suspensão do trâmite dos processos pendentes que versem sobre a matéria jurídica em questão”.

No Supremo Tribunal Federal, as posições também divergem. A Primeira Turma fixou entendimento de que o limite temporal para oferecimento do ANPP seria o recebimento da denúncia[290]. A Segunda Turma, enquanto isso, vem ampliando a possibilidade do ANPP. A posição que vinha sendo consolidada era do cabimento do acordo até o trânsito em julgado[291]. Em recente julgado, no entanto, da relatoria do Ministro Edson Fachin, a Turma fixou entendimento inédito de que o acordo deve ser oferecido e pode ser aplicado mesmo após o trânsito em julgado[292].

Enquanto essas questões são debatidas, o HC 185.913/DF, da relatoria do Ministro Gilmar Mendes, foi afetado ao Plenário do Supremo Tribunal Federal, sob o relevante fundamento de que “a retroatividade e potencial cabimento do acordo de não persecução penal (art. 28-A do CPP) é questão afeita à interpretação constitucional, com expressivo interesse jurídico e social, além de potencial divergência entre julgados”. Este caso é considerado de grande interesse jurídico e social e ainda está pendente de julgamento[293]. Importante ressaltar que até o momento de elaboração do presente trabalho ainda não se encerrou o julgamento do referido HC.

Há divergências entre doutrinadores quanto à possibilidade de aplicar retroativamente do acordo de não persecução Penal (ANPP). Eugênio Pacelli e Douglas Fischer entendem que a norma somente permite sua aplicação antes do oferecimento da denúncia.[294]

---

[290] Por ocasião do julgamento do HC 191.464/SC, Relator o Ministro Roberto Barroso.

[291] Como foi decidido recentemente no ARE 1379168/, Relator Ministro Ricardo Lewandowski

[292] Supremo Tribunal Federal, HC nº 217.215 AgG/SP. Segunda Turma. Relator Ministro Edson Fachin, 27/03/2023.

[293] Na decisão do eminente Ministro Gilmar Mendes que reafirma a sua prevenção para o julgamento da causa, ao determinar a abertura de vista à Procuradoria Geral da República para que se manifeste dada a relevância temática, destaca-se que as principais questões da decisão monocrática que afetou o caso ao Plenário envolvem saber se a) o ANPP pode ser oferecido em processos já em curso quando do surgimento da Lei nº 13.964/2019; b) qual é a natureza da norma inserida no art. 28-A do CPP; c) se é possível a sua aplicação retroativa em benefício do imputado e b) se é potencialmente cabível o oferecimento do ANPP mesmo em casos nos quais o imputado não tenha confessado anteriormente, durante a investigação ou o processo.

[294] Nas palavras dos citados autores: “A própria natureza do instituto parece sugerir que a proposta deverá ser feita na fase pré-processual, tanto pelo texto da lei (“Não sendo o caso de arquivamento e tendo o investigado confessado…”) quanto pela consequência de seu descumprimento ou não homologação (possibilidade de oferecimento de denúncia). Contudo, a lei diz que cabe ao juiz das garantias decidir sobre a homologação de acordo de não persecução penal ou os de colaboração premiada, quando formalizados durante a investigação (art. 3º-B, XVII). Ora, se é certo que as colaborações premiadas podem ser formalizadas ao longo do processo (art. 4º, § 5º da Lei nº 12.850/13), o mesmo não pode ser dito quanto ao acordo de não persecução penal, que deveria ser proposto em momento anterior. A única possibilidade que conseguimos visualizar de esta questão surgir durante o processo é a de o Ministério Público oferecer diretamente a denúncia sem ter proposto o acordo de não persecução, e após o recebimento da exordial, o réu se insurgir contra a ausência de possibilidade de formalizar o acordo.” PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência*. 12.º Ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 116.

De outro lado, Vladimir Aras já considera admissível a celebração do ANPP após o início da ação penal, pois isso beneficia o acusado, desde que seja limitado até a prolação de uma eventual sentença condenatória.[295]

Por seu turno, Leonardo de Bem e João Paulo Martinelli adotam uma abordagem mais ampla, permitindo a aplicação do instituto a processos em andamento e até mesmo em casos já transitados em julgado, desde que haja diretrizes específicas para essa última hipótese[296].

A discussão é complexa, e não se pretende esgotar o assunto neste estudo. Pensa-se que admitir a aplicação retroativa do ANPP é mais benéfico ao réu, contudo, neste cenário de incertezas, é fundamental que o Supremo Tribunal Federal se posicione sobre o tema. Compete aquela mais alta Corte a difícil tarefa de uniformizar o entendimento da jurisprudência em matéria constitucional. Enquanto isso, milhares de acusados convivem com a incerteza em relação ao cabimento ou não do ANPP ou, pior ainda, convivem com a loteria de ter um recurso distribuído para uma ou outra Turma dos Tribunais Superiores, o que gera uma inconcebível insegurança jurídica e viola princípios e garantias fundamentais como igualdade e devido processo legal.

A implementação do acordo de não persecução penal, como outros mecanismos consensuais no processo penal, suscita preocupações sobre sua conformidade com as garantias constitucionais que regem o processo penal brasileiro. Essas preocupações incluem renúncias de direitos fundamentais e imposição de penas ou condições sem o devido processo e respeito aos direitos inerentes a ele. Acertadamente, Soraia Mendes e Augusto Souza, comenta que é necessária:

> "[U]ma remodelação da forma de atuação dos órgãos integrantes do sistema de justiça a quem incumbe a efetivação de políticas criminais em âmbito jurisdicional, especialmente o Ministério Público e o Poder Judiciário, para que se adequem a essa nova realidade, rompendo antigos modelos de atuação que se mostraram ineficazes e explorando os novos instrumentos"[297]

Conforme discutido ao longo deste estudo, a atuação do órgão acusador não deve ser completamente discricionária, mas sim limitada aos requisitos estabelecidos por lei, com decisões fundamentadas e sujeitas a controle interno no próprio órgão ministerial

---

[295] ARAS, Vladimir. O acordo de não persecução penal após a Lei 13.964/2019. In CAVALCANTE, André Clark Nunes; LIMA, Antônio Edilberto Oliveira; PINHEIRO, Igor Pereira; VACCARO, Luciano; ARAS, Vladimir. Lei Anticrime Comentada. Editora Mizuno, 2022, p. 214.

[296] BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo. O limite temporal da retroatividade do acordo de não persecução penal. In BEM, Leonardo Schmitt de. MARTINELLI, João Paulo. Acordo de não persecução penal, p. 129.

[297] MENDES, Soraia da Rosa; SOUZA, Augusto César Borges. O acordo de não persecução penal e o paradigma da prevenção no enfrentamento à corrupção e à macrocriminalidade econômica no Brasil: novas alternativas ao modelo punitivista tradicional. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*. Porto Alegre, 2020, set-dez, vol. 6, n. 3, p. 1175-1208.

ou a controle externo pelo Poder Judiciário. Como Vladimir Aras afirma: "A discricionariedade não pode existir sem controle."[298]

Ressalta-se que em casos de recusa injustificada, a defesa pode solicitar ao juiz que encaminhe a questão ao órgão superior do Ministério Público, garantindo que o acusado tenha uma justificativa adequada para a decisão de não propor o acordo, como discutido anteriormente.

Pensa-se que é necessário criar normas internas que definam os princípios e as diretrizes para as negociações no âmbito criminal, incluindo a possibilidade de impor sanções administrativas em caso de conduta inadequada. O objetivo é evitar violações dos princípios constitucionais. E isso não implica enfraquecer a independência funcional dos membros do Ministério Público, mas sim fortalecer a posição institucional em relação a políticas criminais de grande importância, como o ANPP.

Vistos, portanto, os principais mecanismos de consenso no direto brasileiro, com as devidas críticas e questionamentos que os circundam, passemos adiante para a análise dos institutos previstos em Portugal.

[298] ARAS, Vladimir. O acordo de não persecução penal após a Lei 13.964/2019. In CAVALCANTE, André Clark Nunes; LIMA, Antônio Edilberto Oliveira; PINHEIRO, Igor Pereira; VACCARO, Luciano; ARAS, Vladimir. Lei Anticrime Comentada, p. 168.

Capítulo 4

4. Espaços de consenso no processo penal português

A preocupação com a celeridade e eficácia também motivou a introdução de mecanismos simplificados no processo penal português, buscando capacitar o sistema para uma resolução ágil dos conflitos penais. Como discutido ao longo deste trabalho, uma das principais questões debatidas está relacionada ao enquadramento dos institutos consensuais aos princípios que regem o processo penal, especialmente a relação entre os princípios da legalidade/obrigatoriedade e o princípio da oportunidade.

O Princípio da obrigatoriedade/legalidade também domina o processo penal português, impondo ao Ministério Público a obrigação de promover o processo sempre que tomar ciência da prática de crime, e a oferecer a acusação sempre que presentes indícios de autoria e materialidade. Tal princípio decorre dos artigos 262.º, nº 2 e 283.º, nº 1 do CPP, e do artigo 219.º, nº 1, da CRP[299]. A previsão da CRP defere ao Ministério Público o exercício da ação penal sempre em observância ao princípio da legalidade.

No mesmo sentido, o Estatuto do Ministério Público Português estabelece que "a autonomia do Ministério Público se caracteriza pela sua vinculação a critérios de legalidade e objetividade e pela exclusiva sujeição dos magistrados do Ministério Público às diretivas, ordens e instruções previstas na lei"[300].

Nesse sentido, o ilustre professor Germano Marques assinala que "se o Ministério Público está vinculado a critérios de legalidade e lhe cumpre defender a legalidade democrática não pode aceitar nenhuma ordem ou instrução que se afaste da legalidade, venha ela de onde vier e, por isso, a sua consequente autonomia funcional."[301]

No entanto, as consagrações legais de formas de consenso na esfera penal apontam para limitações ao princípio da legalidade no sentido da oportunidade.

Figueiredo Dias fundamenta jurídico-constitucionalmente a validade de acordos sobre a sentença no princípio do favorecimento do processo. Segundo o autor, só existe verdadeiro Estado de Direito quando "se torne seguro de que o agente criminoso será, no quadro das leis vigentes, perseguido, sentenciado e punido em tempo razoável com

[299] Os artigos do CPP determinam a regra de que "a notícia de um crime dá sempre lugar à abertura do inquérito" e, também "porque impõe ao Ministério Público a dedução da acusação se, durante o inquérito, tiverem sido recolhidos indícios suficientes de se ter verificado crime e de quem foi seu agente. ANTUNES. Maria João. Direito Processual Penal, p. 70.

[300] SILVA. Germano Marques da. *Direito Processual Penal Português*: noções e princípios gerais, sujeitos processuais, responsabilidade civil conexa com a criminal, objeto do processo. 2ª ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2017, p. 239

[301] *Op. Cit.*, p. 240.

uma pena justa", o que se logrará alcançar com soluções processuais "destinados a favorecer e a facilitar radicalmente o decurso do processo penal"[302]

Com efeito, no direito processual penal português encontramos alguns exemplos de justiça penal consensual. O Ministério Público, em determinados casos previstos na lei, pode decidir pelo arquivamento em caso de dispensa de pena (artigo 280º do Código do Processo Penal) ou pela suspensão provisória do processo (artigo 281º CPP), mediante a imposição ao arguido de regras e condições a serem cumpridas, e adotar o processo sumaríssimo (art. 392.º do CPP). Acrescentando-se ainda o mecanismo de mediação, previsto na Lei nº 21/2007.

Essas possibilidades de consenso não representa um julgamento por parte do Ministério Público discricionário ou desvinculado da lei, baseado em qualquer conveniência ou oportunidade individual ou institucional. Pelo contrário, constitui uma avaliação a ser feita em circunstâncias específicas, desde que atendidos os respetivos pressupostos legais e sujeita a um acordo judicial em qualquer dos casos.

A jurisprudência portuguesa, apoiando-se na experiência alemã dos acordos sobre a sentença e na obra do Prof. Figueiredo Dias, avança na negociação penal no sentido de homologar acordos para fixação de sentença ou arquivamento do processo, sempre no sentido de existir uma colaboração prévia do arguido sobre os fatos que vem sendo acusado[303].

Portanto, os institutos mencionados, que escolhemos para analisar como faculdades do Ministério Público enquanto titular da ação penal, como abordado nos capítulos inaugurais, trata-se de uma aplicação da "oportunidade legalmente regulada". Assim, no cenário do ordenamento jurídico Português, o que temos também é a aplicação do princípio da legalidade, com determinadas alternativas consensuais previstas em lei que caracterizam certa oportunidade de o Ministério Público optar por escolher um mecanismo consensual à apresentação da acusação.

Não há dúvidas que há resistência na aplicação desses institutos[304], em especial por força de uma tradição acusatória, eles têm uma relevância significativa. Assim sendo, e desde que respeitados os direitos dos arguidos, assistentes e partes civis, sujeitos processuais que procuramos sempre considerar no presente trabalho, o emprego dos mecanismos premiais acima referidos sempre serão uma opção importante, seja para o arguido ou para o Ministério Público enquanto titular da ação penal.

---

[302] DIAS, Jorge de Figueiredo. Acordos sobre a sentença em processo penal - O "fim" do Estado de Direito ou um novo "princípio"? p. 38

[303] *Op. Cit.*, p. 24.

[304] Cita-se, por exemplo, Eduardo Maia Costa, autor que rejeita soluções negociaidas de justiça penal porque não se coadunam com preceitos constitucionais.

Concluída essa breve introdução, faremos em seguida comentários às normas jurídicas que compõem estes três principais institutos, com análises críticas de algumas dessas normas. Ao final, comentaremos também sobre a mediação.

4.1. Arquivamento em caso de Dispensa da Pena

O arquivamento em caso de dispensa da pena é um mecanismo de solução consensual penal previsto no art. 280.º do CPP e possibilita ao Ministério Público, com a aprovação do juiz de instrução, arquivar processos referentes a crimes nos quais a lei expressamente prevê a dispensa de pena.[305] Isso se aplica especialmente a crimes puníveis com pena de prisão não superior a seis meses ou apenas com multa não superior a 120 dias, mediante o cumprimento dos requisitos estabelecidos para essa dispensa, conforme disposto no artigo 74.º do CP.

Nos termos do citado artigo, a dispensa da pena é admitida quando "a) a ilicitude do facto e a culpa do agente forem diminutas; b) o dano tiver sido reparado; e c) à dispensa de pena se não opuserem razões de prevenção"[306].

Na fase investigatória não há necessidade do assistente e do arguido concordarem com a aplicação deste instituto. Diferentemente sucede se uma acusação já tiver sido apresentada. Nesta segunda hipótese, o juiz também pode arquivar o processo caso os requisitos para a dispensa de pena sejam cumpridos, mas desde que com a concordância do Ministério Público e do arguido, como exposto no art. 280.º n.º2 do CPP. Ambas as decisões de arquivamento estão isentas de impugnação, conforme disposto no art. 280.º, n.º 3 do CPP[307].

Maria João Antunes comenta que para que o Ministério Público se decida pelo arquivamento em caso de dispensa da pena deve haver indícios suficientes da prática do crime[308]. Ou seja, um procedimento que carece de justa causa não poderá ser objeto de arquivamento por dispensa da pena. Nesse caso, o procedimento seque deveria estar tramitando.

---

[305] Art. 280.º do CPP, n 1º "Se o processo for por crime relativamente ao qual se encontre expressamente prevista na lei penal a possibilidade de dispensa da pena, o Ministério Público, com a concordância do juiz de instrução, pode decidir-se pelo arquivamento do processo se se verificarem os pressupostos daquela dispensa."

[306] Art. 74.º, n.1º do CP "Quando o crime for punível com pena de prisão não superior a 6 meses, ou só com multa não superior a 120 dias, pode o tribunal declarar o arguido culpado mas não aplicar qualquer pena se: a) A ilicitude do facto e a culpa do agente forem diminutas; b) O dano tiver sido reparado; e c) À dispensa de pena se não opuserem razões de prevenção."

[307] Nada obstante, quando a hipótese for de violação da "violação da lei por falta de verificação dos pressupostos legais para a dispensa da pena (pressupostos materiais exigidos pela lei substantiva e pressupostos processuais estabelecidos nos n.ºs 1 e 2 do citado artigo 280.º), a decisão de arquivamento considerada ilegal é susceptível de impugnação através de reclamação hierárquica ou, em casos como os dos presentes autos, por meio de recurso.", Como decidido no Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, nos autos do Processo 260/14.0GDCBR.C1, julgado em 10/01/2018. Disponível em: http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/8fe0e606d8f56b22802576c0005637dc/aa3590df62e941128025821300419 1b7?OpenDocument.

[308] ANTUNES. Maria João. Direito Processual Penal, p. 92

Figueiredo Dias utiliza a expressão "um mecanismo de diversão pura e simples"[309] para descrever o arquivamento nos casos de dispensa de pena. Segundo o autor, essa denominação reflete a ideia de que embora durante a fase de inquérito haja indícios suficientes para fundamentar uma acusação, o processo não prossegue para a fase de julgamento e, assim, o arguido não será condenado por ilícitos que efetivamente tenha praticado.

Trata-se de um instituto limitado, em regra, aos casos de pequena criminalidade, ou de bagatelas penais ou, como utilizamos no Brasil, de menor potencial ofensivo. Mesmo com esse aspeto, o arquivamento decretado em consonância com o art. 280.º do CPP, nos termos da jurisprudência portuguesa, "consiste numa manifestação do *princípio da oportunidade,* entendido este como a faculdade reconhecida ao Ministério Público de promover ou não o processo em razão do juízo que formule sobre a sua conveniência."[310] A aplicação do princípio da oportunidade neste caso procura evitar a estigmatização do arguido, e promover a sua melhor reinserção social[311].

Interessante ressaltar que nessa modalidade de consenso não aparece a figura do assistente/vítima, ao contrário do que ocorre na suspensão provisória do processo que veremos a seguir.

4.2. Suspensão Provisória do Processo

O instituo da suspensão provisória do processo encontra previsão legal nos artigos 281.º e 282.º do código de processo penal português. De acordo com o disposto no referido art. 281.º do CPP, este instituto pode ser aplicado aos delitos punidos com pena de prisão não superior a cinco anos ou com sanção diferente da prisão.

A responsabilidade pela aplicação desse instituto recai sobre o Ministério Público, que pode fazê-lo de ofício ou mediante solicitação do arguido ou do assistente. Além da observância dos demais requisitos legais, é essencial obter a concordância de todos os envolvidos no processo, incluindo o juiz de instrução. Nessas circunstâncias, o órgão acusador, com a aprovação do juiz[312], tem a prerrogativa de optar pela suspensão do processo, estabelecendo injunções específicas e regras de conduta para

[309] DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito Penal Português. Parte Geral II – As consequências jurídicas do crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 67.

[310] Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, nos autos do Processo 260/14.0GDCBR.C1.. Op. Cit.

[311] Idem.

[312] Como bem situa Diana Andreia Mendes, "Esta fiscalização judicial abrange não só a verificação dos pressupostos de aplicação do instituto, mas também a sua adequação e oportunidade410. Assim, além da verificação dos pressupostos de aplicação do instituto, o juiz de instrução deverá aferir, de igual modo, o mérito da decisão." CUNHA. Diana Andreia Mendes da Silva Cunha. *Os acordos sobre sentença penal*: questões, desafios e prospetivas. Dissertação de mestrado. Universidade do Minho: Escola de Direito, 2016, p. 95. Sobre o tema, Aida Ferreira da Silva também adverte que "compete ao Juiz de Instrução elaborar um juízo de verificação dos pressupostos de que depende a suspensão provisória do processo, dando despacho de concordância ou discordância à sua determinação, o qual, considerando o Acórdão Uniformizador de Jurisprudência n.º 16/2009 é irrecorrível." In FIDALGO, Sónia. O consenso no processo penal: reflexões sobre a suspensão provisória do processo e o processo sumaríssimo. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 2008, ano 18, fascículo 2, n.º 3.

o arguido. Embora tais injunções que não tenham qualquer caráter de sanção penal, assumem um papel de "representar" um sacrifício do arguido[313].

Para tanto, mostra-se necessário, nos termos do artigo 281.º, nº 1, a) a f), do CPP, a devida concordância do arguido e do assistente. Além disso, exige-se que o arguido não tenha prévia condenação "por crime da mesma natureza", não tenha sido anteriormente beneficiado com a suspensão provisória do processo "por crime da mesma natureza", e o seu grau de culpa não seja elevado[314], sendo possível um juízo de prognose de satisfação de exigências preventivas concretas com o "cumprimento das injunções e regras de conduta"[315].

Injunções e regras de condutas são consideradas encargos que visam a reparação material ou moral da vítima, a compensação do interesso público e social e a ressocialização do agente.

As injunções e regras de condutas aplicadas ao arguido estão definidas no nº 2 do art. 281.º do CPP e incluem a indenização do lesado ou a sua "adequada satisfação moral"; pagamento de valores ao Estado ou instituição particular de solidariedade social ou "prestação de serviços de interesse público"; limitação de residir em determinadas regiões, ou de frequentar certos programas, atividades, lugares, associações, reuniões, etc., que facilitem a prática de novo crime, o não exercício de determinada profissão; a impossibilidade de portar determinados objetos[316]. Ressaltando-se que, assim como no ordenamento jurídico brasileiro, tais condições impostas não podem ofender a dignidade do arguido, conforme expressamente disposto no nº 5º do art. 281.º do CPP.

---

[313] FIDALGO, Sónia. O consenso no processo penal: reflexões sobre a suspensão provisória do processo e o processo sumaríssimo, p. 22.

[314] Esse requisito foi alterado com a revisão da Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto, ao Código de Processo Penal, no qual se previa o "carácter diminuto da culpa". Deve aqui sopesar-se, entre outros, o grau de ilicitude do facto, as suas consequências, a conduta anterior, as condições pessoais, familiares, sociais e profissionais do agente. Essa alteração foi importante porque esse requisito gerava muita resistência na aplicação do instituto, em razão da sua elevada exigência. In Ibid, p.20.

[315] Art. 281º do CPP, nº 1 – "Se o crime for punível com pena de prisão não superior a 5 anos ou com sanção diferente da prisão, o Ministério Público, oficiosamente ou a requerimento do arguido ou do assistente, determina, com a concordância do juiz de instrução, a suspensão do processo, mediante a imposição ao arguido de injunções e regras de conduta, sempre que se verificarem os seguintes pressupostos: a) Concordância do arguido e do assistente; b) Ausência de condenação anterior por crime da mesma natureza; c) Ausência de aplicação anterior de suspensão provisória de processo por crime da mesma natureza; d) Não haver lugar a medida de segurança de internamento; e) Ausência de um grau de culpa elevado; e f) Ser de prever que o cumprimento das injunções e regras de conduta responda suficientemente às exigências de prevenção que no caso se façam sentir."

[316] Art. 281º do CPP, nº 2 – "São oponíveis ao arguido, cumulativa ou separadamente, as seguintes injunções e regras de conduta: a) Indemnizar o lesado; b) Dar ao lesado satisfação moral adequada; c) Entregar ao Estado, a instituições privadas de solidariedade social, associação de utilidade pública ou associações zoófilas legalmente constituídas certa quantia ou efetuar prestação de serviço de interesse público; d) Residir em determinado lugar; e) Frequentar certos programas ou actividades; f) Não exercer determinadas profissões; g) Não frequentar certos meios ou lugares; h) Não residir em certos lugares ou regiões; i) Não acompanhar, alojar ou receber certas pessoas; j) Não frequentar certas associações ou participar em determinadas reuniões; l) Não ter em seu poder determinados animais, coisas ou objetos capazes de facilitar a prática de outro crime; m) Qualquer outro comportamento especialmente exigido pelo caso."

De acordo com Fernando Torrão, estas injunções e regras de conduta mostram-se adequadas para a reposição do bem jurídico violado em três perspectivas: "na reparação da vítima, na reparação do Estado e na ressocialização do delinquente"[317].

O art. 282.º, nº 1, do CPP, estabelece que o prazo de suspensão do processo pode ser de até 2 anos, com exceção dos casos que envolvem crimes de violência doméstica não agravado pelo resultado, crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual de menor também não agravado pelo resultado, sobre os quais a duração da suspensão pode ser de até 5 anos.

Interessante nesse ponto fazer um parêntese para se analisar a referida exceção à norma vigente no Brasil. O legislador português previu um período de prova maior para situações consideradas mais graves o que, ao nosso ver, parece ser um entendimento coerente. Não se retira a possibilidade do consenso, mas o torna, de certa forma, mais rigoroso. No Brasil, o legislador e as Cortes Superiores adotaram entendimento diverso e mais duro. Institutos premiais, como transação penal, suspensão condicional do processo e acordo de não persecução penal são proibidos de serem aplicados à casos, por exemplo, quem envolvam violência doméstica. Ou seja, ainda que estejamos diante da prática de um crime de menor potencial ofensivo, quando este está inserido no âmbito de violência doméstica ou outros, são suprimidas todas as possibilidades de acordo. Assim, pensa-se que agiu melhor o legislador Português.

Retomando para o instituto da suspensão provisória do processo, que muito se compara ao estudado instituto da suspensão condicional do processo previsto no ordenamento jurídico brasileiro, temos que, uma vez cumpridas as injunções e regras de conduta, o processo é arquivado pelo Ministério Público e não pode ser reaberto (art. 282.º, nº 3 do CPP).

Nada obstante, caso o arguido não cumpra alguma das injunções e regras de conduta ou se durante o prazo de suspensão do processo ele cometer crime da mesma natureza "pelo qual venha ser condenado", o processo segue e as prestações feitas não podem ser repetidas[318].

O artigo 281.º, n.º 6, do CPP estabelece que a decisão de suspensão do processo realizada pelo Ministério Público não pode ser objeto de impugnação. Portanto, se tanto o arguido quanto o assistente concordaram com as injunções e regras de conduta estabelecidas pelo MP, e o juiz de instrução expressou sua concordância, resultando na decisão de suspensão temporária do processo, parece-nos inconsistente

[317] TORRÃO, Fernando. A Relevância Político-Criminal da Suspensão Provisória do Processo. Coimbra, Almedina, 2000, p.143. In CUNHA. Diana Andreia Mendes da Silva Cunha. *Os acordos sobre sentença penal*: questões, desafios e prospetivas. Dissertação de Mestrado. Universidade do Minho, Escola de Direito, 2016, p. 96.

[318] art. 282.º, nº 4, a) e b), do CPP.

que, posteriormente, tanto o arguido quanto o assistente tenham legitimidade para contestar uma decisão à qual previamente anuíram.

Diana Andreia Mendes da Silva Cunha, tomando de empréstimos os ensinamentos de Fernando Torrão, afirma que na suspensão provisória não está em causa "nem a negociação do objeto processual, nem a negociação da pena", distinguindo claramente, esta possibilidade processual do instituto estado-unidense de *plea bargaining* ou do *patteggiamento* italiano. Na verdade, a suspensão provisória do processo é um "acordo quanto ao processo" [319].

A suspensão provisória do processo não apresenta qualquer obstáculo constitucional quanto a sua admissibilidade, trata-se, como bem pontuado pela ilustre Professora Maria João Antunes, de uma:

> [A]lternativa para os casos que a lei expressamente prevê e segundo pressupostos legalmente fixados, devidamente enquadra do ponto de vista político-criminal a partir dos tópicos da resolução consensual e divertida do conflito jurídico-penal, do tratamento diferenciado da pequena e média criminalidade, da não estigmatização do arguido e da menor intervenção do sistema formal de controlo. Na medida em que este sistema se orienta por finalidade preventivas da punição e aceita o caráter unilateral do princípio da culpa. Num sentido mais rigoroso, a aplicação destes institutos traduz-se afinal em *obediência à lei*.[320]

Sendo, portanto, um mecanismo de consenso legítimo, pensa-se que deve ser sempre incentivado. Deve ser analisado, seja pelo Ministério Público ou pelo arguido e seu defensor, como um caminho de solução do processo que pode, em determinados casos, ser mais benéfico ao arguido e ser sim um mecanismo de defesa coerente. Não por outra razão desde 2014 a Diretiva n.º 1/2014, foi emitida pela Procuradoria-Geral da República no intuito de "apoiar e incrementar" a aplicação das soluções de consenso, determinando que "Os magistrados do Ministério Público devem optar, no tratamento da pequena e média criminalidade, pelas soluções de consenso previstas na lei, entre as quais assume particular relevo a suspensão provisória do processo."[321]

A crítica que encapamos encontra-se relacionada à efetividade da negociação nas hipóteses de suspensão provisória do processo. Isso porque, nos parece que há certa similaridade com o que ocorre no Brasil, que é uma mera concordância dos sujeitos processuais com os termos do acordo que são apresentados pelo Ministério Público. Não há uma negociação efetiva.

---

[319] TORRÃO, Fernando, A Relevância Político-Criminal...,op.cit., p. 156 e 234. In CUNHA. Diana Andreia Mendes da Silva Cunha. Os acordos sobre sentença... Op. Cit. p. 101.

[320] ANTUNES. Maria João. Direito Processual Penal, 2ª ed., Op. Cit. p. 71

[321] Diretiva n.º 1/2014, de 15-01-2014, Procuradoria-Geral da República, p. 1. Disponível em: https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/diretiva/1-2014-1856948.

Necessário, contudo, pontuar uma ressalva, porque pensa-se que o sistema português caminhou bem ao exigir o aceite da participação do assistente/vítima para a suspensão provisória do processo. No ordenamento jurídico brasileiro a aplicação de institutos como transação penal, suspensão condicional do processo e acordo de não persecução penal, tratados detalhadamente no capítulo anterior, a participação da vítima é muito reduzida e, em muitos casos, sequer é considerada. Não há uma exigência legal do aceite da vítima/assistente para a celebração desses acordos.

Encerramos assim com a crítica do renomado Professor Jorge de Figueiredo Dias, a qual nos filiamos:

> [A] decantada e já operada consensualização do processo penal português – como igualmente do italiano, do espanhol, do francês, do brasileiro - não se baseia assumidamente em estruturas e procedimentos de verdadeiro 'consenso', mas mais simplesmente em meras concordâncias perante (ou na aceitação de) propostas ou requerimentos de um ou mais sujeitos processuais dirigidos a outro ou a outros. Vistas as coisas à luz do sistema português: por exemplos, a concordância entre o juiz e o Ministério Público (...).[322]

4.3. Processo sumaríssimo

O processo sumaríssimo, delineado nos artigos 392.º e seguintes do CPP, representa o terceiro mecanismo de justiça premial no sistema jurídico português. Novamente, observamos a atenuação do princípio da legalidade/obrigatoriedade, em favor da aplicação do princípio da oportunidade, ainda que de forma mitigada.

Esta forma especial de processo é admitida quando o crime em questão é punível com "pena de prisão não superior a 5 anos ou só com pena de multa". Nessas situações, o Ministério Público, seguindo a iniciativa do arguido ou após ouvi-lo, e quando entende que a aplicação de uma pena ou medida de segurança não privativas de liberdade é apropriada, solicita ao tribunal que o processo ocorra sob a modalidade sumaríssima, conforme estabelecido no art. 392.º, n.º 1, do CPP[323].

Conforme o artigo mencionado, para o Ministério Público requerer essa forma de processo é necessário que o arguido a sugira ou, na ausência dessa sugestão, o promotor de justiça deve ouvir o arguido antes de solicitar esse processo especial. Essa imposição traz benefícios, permitindo ao Ministério Público conhecer a posição do arguido e antecipar se este concorda ou não com a aplicação do processo sumaríssimo.

---

[322] DIAS, Jorge de Figueiredo. *Acordos sobre a sentença em processo penal - O "fim" do Estado de Direito ou um novo "princípio"?* p. 21.

[323] Art. 392.º, n.º 1 "Em caso de crime punível com pena de prisão não superior a 5 anos ou só com pena de multa, o Ministério Público, por iniciativa do arguido ou depois de o ter ouvido e quando entender que ao caso deve ser concretamente aplicada pena ou medida de segurança não privativas da liberdade, requer ao tribunal que a aplicação tenha lugar em processo sumaríssimo."

O arguido, nesse contexto, pode recusar essa aplicação, buscando uma declaração de inocência por meio de sentença judicial.

É importante ressaltar que, neste instituto, não há preocupação com a participação efetiva das partes civis, conforme expressamente disposto no art. 393.º, n.º 1, do CPP[324], no entanto, o n.º 2 do mesmo artigo garante, ao menos ao lesado, o direito de obter a reparação dos danos sofridos[325]. Essa abordagem suscita críticas semelhantes às desenvolvidas anteriormente, relacionadas à maior atenção à vítima nos acordos de negociação penal.

Em caso de rejeição do requerimento pelo juiz, o processo pode ser encaminhado para outra forma[326], sendo que, nessas circunstâncias, o requerimento do Ministério Público equivale à acusação[327]. O legislador demonstra preocupação em aproveitar os atos processuais anteriores, visto que, na sequência, o arguido deve ser notificado da acusação. O procedimento, então, segue normalmente, como se não tivesse havido requerimento para a aplicação do processo sumaríssimo.

Se o juiz não rejeitar o requerimento, o arguido é notificado, e ele pode, no prazo de 15 dias, opor-se ao pedido do Ministério Público[328]. Caso o arguido não apresente oposição, o juiz, por despacho, aplica a sanção e condena ao pagamento das taxas judiciárias, sendo que, nos termos do art. 397.º, n.º 2, esse despacho tem a força de uma sentença condenatória irrecorrível[329].

Convém ainda mencionar que, em regra, o juiz não pode aplicar uma pena diferente da proposta ou fixada, como estabelecido no art. 397.º, n.º 3, do CPP. No entanto, uma exceção é prevista no art. 395.º do mesmo diploma legal, permitindo que o juiz imponha uma sanção diferente da proposta pelo Ministério Público, desde que este entenda que "a sanção proposta é manifestamente insusceptível de realizar de

[324] Art. 393.º, n.º 1, "Não é permitida, em processo sumaríssimo, a intervenção de partes civis, sem prejuízo do disposto no número seguinte."

[325] Vide também o exposto no art. 394.º do CPP. *In verbis:* "1 - O requerimento do Ministério Público é escrito e contém as indicações tendentes à identificação do arguido, a descrição dos factos imputados e a menção das disposições legais violadas, a prova existente e o enunciado sumário das razões pelas quais entende que ao caso não deve concretamente ser aplicada pena de prisão. 2 - O requerimento termina com a indicação precisa pelo Ministério Público: a) Das sanções concretamente propostas; b) Da quantia exacta a atribuir a título de reparação, nos termos do disposto no artigo 82.º-A, quando este deva ser aplicado."

[326] Art. 395.º, n1.º "O juiz rejeita o requerimento e reenvia o processo para outra forma que lhe caiba: a) Quando for legalmente inadmissível o procedimento; b) Quando o requerimento for manifestamente infundado, nos termos do disposto no n.º 3 do artigo 311.º; c) Quando entender que a sanção proposta é manifestamente insusceptível de realizar de forma adequada e suficiente as finalidades da punição. 2 - No caso previsto na alínea c) do número anterior, o juiz pode, em alternativa ao reenvio do processo para outra forma, fixar sanção diferente, na sua espécie ou medida, da proposta pelo Ministério Público, com a concordância deste e do arguido."

[327] Art. 395.º, n.º 3 "Se o juiz reenviar o processo para outra forma, o requerimento do Ministério Público equivale, em todos os casos, à acusação." Reforça tal entendimento a previsão legal do art. 398.º, n.º 1 e 2: "Se o arguido deduzir oposição, o juiz ordena o reenvio do processo para outra forma que lhe caiba, equivalendo à acusação, em todos os casos, o requerimento do Ministério Público formulado nos termos do artigo 394.º 2 - Ordenado o reenvio, o arguido é notificado da acusação, bem como para requerer, no caso de o processo seguir a forma comum, a abertura de instrução."

[328] Art. 396.º do CPP.

[329] Art. 397.º do CPP.

forma adequada e suficiente as finalidades da punição"[330]. Essa decisão requer a concordância do Ministério Público e do arguido.

A autora Sónia Fidalgo, ao tratar sobre o tema, comenta acerca das penas aplicáveis no processo sumaríssimo, destacando que entre elas estão incluídas o pagamento de multa como pena principal e penas de substituição em sentido próprio, tais como proibição do exercício de profissão, função ou atividade, suspensão da execução da pena de prisão e prestação de trabalho em favor da comunidade, entre outras[331][332]. Com a aplicação do processo sumaríssimo não são aplicadas penas privativas de liberdade.

Por fim, citamos dois problemas relacionados ao processo sumaríssimo: a possível violação de princípios fundamentais, como o da culpabilidade, da amplitude de defesa, do contraditório, da presunção de inocência, bem como uma possível violação do princípio da reserva de Juiz.

No que diz respeito ao primeiro problema, é crucial mencionar que ninguém pode ser condenado sem que sua responsabilidade tenha sido devidamente demonstrada em uma audiência de julgamento. E, quando submetido ao julgamento, tem o arguido a oportunidade de se defender utilizando todos os meios de provas, bem como de contraditar todos os argumentos da acusação, sendo certo ainda que, até seja proferida uma decisão condenatória final, prevalece em favor do arguido o princípio da presunção de inocência.

E, de facto, temos de reconhecer que a aplicação imediata de pena por meio do processo sumaríssimo supri muitos desses direitos. No entanto, pensa-se que tais violações acabam sendo mitigadas, em razão da legalidade do instituto e da concordância do arguido para a sua aplicação.

Por outro lado, quanto a segunda questão, a determinação da medida da pena é, muitas vezes, de natureza judicial. No entanto, para a adoção do processo sumaríssimo o juiz deve concordar com a pena indicada, ou até mesmo propor uma pena diferente da sugerida pelo Ministério Público, desde que obtenha a concordância de ambas as partes.

Em síntese, o processo sumaríssimo, com seus contornos e procedimentos específicos, apresenta-se como um mecanismo legal e regulamentado. Embora suscite

---

[330] Art.395.º n.º 1 al. c) do CPP.

[331] FIDALGO, Sónia. O Processo Sumaríssimo na Revisão do Código de Processo Penal. Jornadas sobre a Revisão do Código de Processo Penal. *Revista do CEJ*. Coimbra, 2007, pp. 19 e 20. Cfr, também, MONTEIRO, Cristina Líbano. Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial. Tomo III. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, artigo 353º, §1. In MOITINHA. Catarina Isabel Figueiredo. Consenso e Celeridade no processo Penal. Coimbra, 2014, p. 33.

[332] Interessante, neste ponto, observar também o disposto no art. 353 do CP dispõe que "Quem violar imposições, proibições ou interdições determinadas por sentença criminal, a título de pena aplicada em processo sumaríssimo, de pena acessória ou de medida de segurança não privativa da liberdade, é punido com pena de prisão até dois anos ou com pena de multa até 240 dias."

dúvidas e questionamentos, a utilização desse instituto deve ser ponderada pelo arguido e sua defesa, considerando a legalidade de sua aplicação e a garantia da concordância das partes envolvidas.

4.4. Mediação penal (Lei n.º 21/2007 de 12 de junho): necessidade de incentivar caminhos alternativos

O estímulo às soluções negociadas no âmbito da justiça penal não exclui a necessidade de fomentar abordagens de resoluções fora do sistema formal punitivo do Estado, sobretudo as restaurativas, quando devidamente justificadas. Além do sistema punitivo formal do Estado, o legislador português incorporou práticas de justiça restaurativa, instituindo o regime de "mediação penal" pela Lei 21/2007, de 12 de junho, em resposta à Decisão-Quadro 2001/220/JAI do Conselho[333], que versa sobre a maior atenção à vítima no processo penal.

A Lei n.º 21/2007 não se limitou a instituir a mediação penal como uma técnica de solução alternativa no contexto do processo penal em Portugal, mas também estabeleceu a estrutura necessária para seu desenvolvimento, abrangendo a definição do mecanismo, agentes responsáveis, requisitos para qualificação, órgãos vinculados, remuneração e outros aspetos técnicos.[334].

Nos termos do seu art. 2.º, a mediação pode ser aplicada nos casos de crimes privados e semipúblicos[335], desde que a pena máxima prevista não ultrapasse 5 (cinco) anos, não envolva crimes contra a autodeterminação ou liberdade sexual, não esteja tipificado como peculato, corrupção ou tráfico de influência, que a vítima não seja menor de 16 anos e que o crime não seja processado sob os ritos sumário ou sumaríssimo.

Nos termos do art. 3.º da Lei 21/2007, tanto o Ministério Público quanto o ofendido podem requerer a mediação na fase do inquérito policial. Iniciada a mediação, as partes são convocadas para sessões confidenciais, podendo estar acompanhadas por defensores (como disposto no art. 8.º). Em caso de não acordo, o inquérito segue seu curso normal.

---

[333] O artigo 10.º desta decisão, que versa sobre mediação penal no âmbito processual penal dispõe que: “1. Cada Estado-Membro esforça-se por promover a mediação nos processos penais relativos a infracções que considere adequadas para este tipo de medida.; 2. Cada Estado-Membro assegura que possam ser tidos em conta quaisquer acordos entre a vítima e o autor da infracção, obtidos através da mediação em processos penais.” Decisão-quadro do Conselho, de 15 de Março de 2001, relativa ao estatuto da vítima em processo penal. *Jornal Oficial da União Europeia*, L 82. Luxemburgo: Serviço das Publicações da União Europeia, 2001-03-22, p. 1–4. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/?uri=CELEX:32001F0220.

[334] OLIVEIRA. André Ferreira. Soluções negociada de justiça penal no direito português: uma realidade atual numa galáxia distante? *Revista Brasileira de Direito Processual Penal.* Coimbra: Universidade de Coimbra,2017, vol. 3, n. 1, p. 75.

[335] No Brasil, são conhecidos como de ação penal privada e pública condicionada a representação, respectivamente.

A mediação é um processo de negociação facilitado por um terceiro especializado[336] que busca promover o diálogo entre as partes em litígio, para que elas mesmas alcancem soluções bem amplas, excluindo-se das possibilidades de acordo as "sanções privativas da liberdade ou deveres que ofendam a dignidade do arguido ou cujo cumprimento se deva prolongar por mais de seis meses"[337].

André de Oliveira, destaca que a solução acordada pode consistir, por exemplo, no pagamento de quantia pecuniária (diretamente ao ofendido ou a entidade por ele indicada), apresentação de pedido de desculpas (público ou não), reconstrução ou reparação do bem danificado.[338] Realizada a mediação, seu resultado terá o mesmo status das decisões judiciais, bem como torna preclusa a possibilidade de persecução estatal sobre os fatos acordados.

A mediação é regida pelos princípios da autonomia da vontade e voluntariedade, permitindo que o arguido ou ofendido desistam a qualquer momento. E os mediadores atuam de forma neutra, sem dar conselhos ou tomar decisões, promovendo um diálogo positivo para identificar as reais necessidades das partes.

Ressalte-se que inexiste mediação que envolva juiz e acusador, pois isto seria uma forma de reparação/conciliação.[339] Na mediação, a relação se faz entre o ofendido e o arguido e um mediador. Por conta disso, Rodrigo da Silva Brandalise comenta que a mediação é um importante mecanismo de diversão (forma de solução de conflito penal fora do sistema formal de aplicação da justiça penal, uma forma diversa do exame da culpa), já que há a presença de um árbitro (mediador) para encontro de uma solução conciliatória[340].

A introdução da mediação penal em Portugal, sem dúvida, representa um significativo avanço no sistema de justiça penal do país. A despeito do âmbito limitado definido pelo art. 2.º da Lei n.º 21/2007, trata-se também de um mecanismo que mitiga o princípio da legalidade, ao permitir que alguns conflitos "fujam" ao processo formal e ao rito tradicional do processo penal.

Ao contrário dos modelos de consenso centrados no Ministério Público, a mediação penal busca promover um diálogo direto entre as partes envolvidas no conflito

---

[336] Entende-se que o medidor não está incluído no sistema processual formal-punitivo e, de facto, sequer está relacionado no CPP como um sujeito processual. Nada obstante, a Lei 21/2007 em estudo, impõe alguns deveres aos mediadores como, por exemplo, a imparcialidade, independência, confidencialidade e diligência (art. 10.º, n.º 1 da Lei 27/2007).

[337] Art. 6.º da Lei 21/2007.

[338] OLIVEIRA. André Ferreira. Soluções negociada de justiça penal no direito português: uma realidade atual numa galáxia distante? p.76

[339] Ibid.

[340] BRADALISE. Rodrigo da Silva. Algumas observações sobre a justiça restaurativa na europa e a mediação penal de adultos portuguesa. *Revista do Ministério Público do RS*. Porto Alegre, 2015, set-dez, n. 78, p. 18. Disponível em: chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1473363242.pdf.

criminal: o arguido e o ofendido, mais do que a punição propriamente dita. No entanto, a noção de prevenção, tanto especial positiva quanto geral positiva, permanece presente, confrontando o agressor com as consequências do crime e contribuindo para a validade das regras sociais.

Essa abordagem oferece não apenas uma alternativa ao processo formal punitivo do Estado, mas também destaca a importância da autonomia da vontade e voluntariedade no processo. No entanto, conforme alertado por Fernando Laércio da Silva e Luca Verezelloni no artigo "A mediação penal em Portugal doze anos depois: início, meio e fim?" (2020), a trajetória da mediação penal revela um declínio progressivo no seu uso, culminando com o abandono quase total do modelo em 2017[341].

Segundo o autor, a dificuldade em identificar as razões para esse abandono pode refletir-se na dependência do Ministério Público no encaminhamento de casos para a mediação penal. Pensa-se que a falta de formação adequada dos membros do Ministério Público e outros sujeitos processuais, juntamente com uma cultura punitivista arraigada, também contribuiu para a não efetivação desse método alternativo de resolução de conflitos.

A análise sugere que, apesar da previsão legal na legislação, a mediação não foi efetivamente implementada. Pensa-se como os citados autores quanto à necessidade de um trabalho contínuo e progressivo de formação e transformação da mentalidade dos sujeitos processuais. A ausência de atividades significativas de formação, inclusive na Escola da Magistratura, e a necessidade de um programa abrangente para os membros do Ministério Público são apontadas como lacunas cruciais. Acrescenta-se ainda a precária especialização dos advogados, que também deixam de pensar na mediação como um mecanismo de defesa para os seus clientes.

A introdução de novas culturas jurídicas e modelos comportamentais requer mais do que abordagens técnico-procedimentais, demanda uma compreensão profunda dos fundamentos da mediação penal, da justiça restaurativa, da democratização processual e dos princípios constitucionais das garantias fundamentais[342]. Trata-se, portanto, de um importante caminho alternativo para a resolução das demandas penais que deve, assim como a justiça negocial, ser sempre objeto de estudo e análise.

---

[341] SILVA. Fernando Laércio Alves da. A mediação penal em Portugal doze anos depois: Início, meio e fim (?). *RIL*, Brasília, 2020, jul/set, ano 57 n.º 227, pp. 81-104. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/596805/001183909_RIL_v.57_n.227_p.081-104.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

[342] Idem.

Capítulo 5

5. Equilibrando mecanismos de consenso com os sistemas processuais penais e os princípios do devido processo legal

Como mencionado no primeiro capítulo, tanto o Brasil quanto Portugal adotam o sistema acusatório em seus ordenamentos jurídicos. Esse sistema implica a separação clara das funções e dos sujeitos do processo, com ênfase nos direitos fundamentais do acusado/arguido e na gestão da prova, que é atribuída às partes.

O sistema acusatório tradicional repousa na ideia de que as partes devem ser responsáveis pela produção das provas e que o juiz deve julgar com base nos elementos probatórios apresentados por elas. Entretanto, na análise dos mecanismos de consenso aplicados tanto no Brasil quanto em Portugal, incluindo a transação penal, suspensão condicional do processo, acordo de não persecução penal, suspensão provisória do processo, processo sumaríssimo etc, é notável a supressão da fase de instrução processual.

Essa supressão representa uma mudança estrutural que afeta significativamente as posições dos sujeitos no processo. O Ministério Público ganha maior destaque, atuando como proponente de acordos e detentor da discricionariedade na avaliação dos casos, desempenhando um papel que se assemelha ao de um julgador. Por outro lado, a defesa, historicamente responsável por proteger os direitos do acusado, agora é instada a aceitar a acusação e, em alguns mecanismos de justiça penal consensual, até mesmo a colaborar com ela, produzindo provas para a acusação (por exemplo, na Colaboração Premiada).

A supressão da fase instrutória do processo acaba comprometendo a participação efetiva da defesa, prejudicando os princípios do contraditório e da amplitude de defesa. Citando o modelo norte-americano, Schunemann afirma que: “com o *plea bargaining* vem a ser aniquilada uma das maiores conquistas evolutivas do processo penal reformado na Europa: a posição de sujeito de direito do acusado”[343].

Acrescenta-se ainda que a posição de destaque do MP afeta diretamente a paridade de forças no processo penal. Em regra, acusação e defesa, devem ter as mesmas oportunidades e meios para provar o que sustenta. Trata-se de característica inerente dos sistemas acusatórios. Contudo, quando falamos em meios alternativos de

[343] SCHUNEMANN, Bernd. Do templo ao mercado? Sistemas Processuais Penais. Florianópolis:Empório do Direito, 2017, p. 192. In RIBEIRO. Marcelo Herval e outros. Justiça Negocial e Garantismo Penal: A Fragilização da Epistemologia Garantista a partir da Expansão dos Espaços de Consenso no Processo Penal Brasileiro. *Revista do Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais da Unijuí*, 2021, jun, pp. 215-229.

resolução do conflito penal, podemos citar algumas situações que claramente o MP se apresenta em maior vantagem do que a acusação. Por exemplo, o promotor tem amplo acesso a todos os elementos de provas produzido, enquanto à defesa muitas vezes esse acesso não é concedido ou é até mesmo limitado propositalmente pelo MP para constranger o acusado a aceitar um acordo, a partir de acusações exageradas e descoladas das provas produzidas no processo. A exigência em determinados acordos da confissão como requisito também subverte a lógica processual, porque o MP passa a ter maior vantagem, mesmo que sob o argumento de se evitar a persecução penal. O Promotor deixa de se esforçar para aprimorar a investigação, descobrir provas contundentes e, em muitos casos, utiliza-se da própria confissão como uma "prova contundente" da prática do crime.

Aury Lopes Júnior, nos seus estudos sobre a justiça penal negocial, comenta ainda sobre a violação do fundamento legitimante da pena, "a pena torna-se fruto apenas da negociação entre as partes, sem qualquer ancoragem nos argumentos que historicamente a justificaram". Consignando que o "poder de penar" não passa mais pelo controle jurisdicional e aos limites da legalidade, agora "está nas mãos do Ministério Público e vinculado à sua discricionariedade"[344]. Esse desvio em relação ao sistema acusatório tradicional levanta preocupações sobre a equidade do processo penal.

Os mecanismos consensuais, embora ofereçam uma opção mais rápida e eficiente, podem pressionar os acusados a aceitar soluções consensuais em detrimento de seus direitos. Isso coloca em risco os direitos dos acusados ao longo do processo e pode retroceder para práticas inquisitoriais, onde o acusado é pressionado a abrir mão de sua defesa em nome de um processo mais ágil[345].

A utilização generalizada dos acordos muitas vezes leva os acusados a renunciarem a seus direitos de defesa, afetando diretamente o controle judicial nos casos criminais. No entanto, essa abordagem rápida muitas vezes está associada a uma ausência de debate sobre a necessidade de redução do poder punitivo e a criação

---

[344] JUNIOR. Aury Lopes. A Crise Existencial da Justiça Negocial e o que (não) Aprendemos com o JECRIM, p.4-6.

[345] Autores comentam também acerca do 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 pré-processualmente, na fase da investigatória. A produção do lastro probatório que determinará a condenação do réu ocorre na investigação, sob o comando do Ministério Público, visando "reunir o arsenal suficiente ao convencimento do suspeito a receber antecipadamente uma pena sem processo". O que afeta diretamente o contraditório da defesa, em razão da supervalorização de atos produzidos unilateralmente pela acusação, sem o devido controle judicial, Cf. VASCONCELLOS. Vinícius Gomes. Barganha no processo penal e o autoritarismo "consensual" nos sistemas processuais: a justiça negocial entre a patologização do acusatório e o contragolpe inquisitivo. Acrescenta-se aqui observação importante trazida por Nereu José Giacomollo, de que "em um sistema permeado pelos mecanismos da barganha, impossibilita-se qualquer controle acerca da licitude das provas, já que a deliberação do acusador público sobre a pertinência e o conteúdo da proposta foge de limitações jurisdicionais, o que possibilita a consideração de qualquer elemento para a formação da decisão, inclusive provas ilícitas ou preferenciais pautadas por preocnceitos, por exemplo." Cf. GIACOMOLLI. Nereu José *et al*. Justiça Criminal Negocial: Crítica à Fragilização da Jurisdição Penal em um Cenário de Expansão dos Espaços de Consenso no Processo penal. *Univali Periódicos*, pp. 1128-1129. Doi: 10.14210/nej.v20n3.p1108-1134, ISSN Eletrônico 2175-0491.

de novos tipos penais, como abordamos no capítulo inaugural, resultando em uma atuação mais dura em relação aos delitos já tipificados no ordenamento jurídico.

O que se critica é que esses caminhos céleres adotados levam a uma certa distorção da função primordial do processo penal como limite do poder punitivo. O Professor, e Juiz, Rubens Casara utiliza o termo "*fast food* jurisdicional" para descrever a hiperaceleração do processo penal. Isso ocorre quando a busca por eficiência transforma o cidadão em consumidor de um processo penal rápido e desvinculado do tempo do direito, o que ameaça o Estado Democrático de Direito. Nas palavras do ilustre professor Carioca:

> [A] hiperaceleração conduz ao risco extremo para o Estado democrático de direito, principalmente quando não há a compreensão de que existe um tempo do direito que é desvinculado do tempo da sociedade. Nesse contexto, o que se identifica? Uma compulsão por eficiência que transforma o cidadão em consumidor de um genuíno '*fast food* jurisdicional'.[346]

Assim, o equilíbrio entre a eficiência do sistema premial e a proteção das garantias individuais é visto como um desafio complexo e crucial para o desenvolvimento do processo penal nos países que adotam o sistema acusatório, como Brasil e Portugal.

Nesse contexto, o professor Geraldo Prado sugere medidas, as quais nos filiamos, para minimizar os prejuízos ao sistema acusatório ao adotar institutos consensuais. Entre essas medidas estão: i) a garantia da publicidade interna do procedimento; ii) a disponibilização de informações claras sobre as consequências das escolhas do acusado; iii) a permissão para que o próprio acusado apresente informações relevantes ao caso; e iv) a manutenção da presunção de inocência, a participação efetiva da defesa do acusado/arguido nas negociações. Essas medidas visam garantir que a defesa possa exercer, de certa forma, a ampla defesa e o contraditório, mesmo em um contexto consensual.[347]

5.1. O papel da Defesa nas negociações dos acordos: desafios e considerações

Considerando que a prática da negociação de acordos penais supera a teoria no Brasil e em Portugal, é preciso fornecer subsídios ao que já vem acontecendo nos países, a fim de resguardar o direito de defesa. É importante debatermos maneiras de preservar o direito de defesa do acusado e evitar que as "negociações" sejam meramente "pró-forma".

---

[346] CASARA, Rubens R. R.; MELCHIOR, Antonio Pedro. *Teoria do processo penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 152. Também citado pelo Professor Vinícius Gomes Vasconcellos, em sua clássica obra "Barganha e Justiça Criminal Negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro.

[347] PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório*. A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais.

Ao abordamos os institutos premiais aplicados especialmente nos ordenamentos jurídicos brasileiro e português, vimos que o uso desses mecanismos está condicionado a usa série de requisitos e condições legais que devem ser observadas. Entre esses elementos destaca-se especialmente a importância da presença do advogado (ou defensor público) do acusado/arguido em todos os estágios de negociação de acordos com o Ministério Público. Essa exigência visa assegurar a proteção dos direitos e interesses dos acusados, bem como garantir que o processo de negociação se desenvolva de maneira justa e equitativa.[348]

É a partir da atuação efetiva do advogado ou do defensor público que o arguido terá acesso a todos os elementos de prova existentes contra ele até aquele momento, que ele poderá compreender sobre o que se trata o acordo que lhe está sendo oferecido, quais as consequências da celebração desse acordo, compreender também todos os direitos e garantias fundamentais das quais está abrindo mão ao optar pelo caminho da justiça negocial. Ou seja, é a partir de uma "proteção" técnica que podemos falar na minimização dos danos da aplicação e expansão da justiça penal negocial.

De facto, trata-se de uma garantia importantíssima que em muitos casos evita abusos. No entanto, a mera previsão legal não é garantia suficiente de que a defesa atue de maneira ética e eficaz na busca pela justiça no contexto da barganha penal. Podemos identificar cenários nos quais advogados particulares, lamentavelmente, adotam posturas antiéticas que podem prejudicar os interesses de seus clientes. Por exemplo, um advogado poder orientar seu cliente a celebrar um acordo visando apenas um interesse econômico pessoal. Isso ocorre quando o advogado aconselha o cliente a aceitar um acordo, possibilitando o recebimento mais rápido de honorários, em detrimento de uma avaliação cuidadosa do caso e da defesa eficaz que poderia ser conduzida. Ou, ainda, esse tipo de orientação pode ser motivada pela busca de um volume maior de casos e clientes em detrimento da qualidade e da defesa técnica necessária.

Outra preocupação reside na possibilidade de advogados buscarem manter relações harmoniosas com juízes e promotores, adotando uma postura de consenso em suas abordagens. A intenção por trás desse comportamento pode ser a de obter benefícios em outros casos mais relevantes para os causídicos, que envolvam o mesmo promotor ou juiz. Essa conexão entre a defesa e o sistema de justiça pode criar conflitos de interesse que ameaçam a imparcialidade e a integridade do processo.

[348] No ordenamento jurídico brasileiro citamos, à título exemplificativo, os art. 72 da Lei nº 9.099/95, que garante a participação dos advogados na composição dos danos civis; art. 76, § 3º da Lei nº 9.099/95, exige que o autor do facto esteja com seu defensor para aceitar a proposta de transação penal; art. 89, § 1º da Lei nº 9.099/95, também prevê a participação do defensor para celebração do acordo de suspensão do processo, dentro outros.

Além disso, é importante abordar a questão dos advogados que, devido a suas limitações técnicas, orientam seus clientes a optar pelo caminho mais simples e menos trabalhoso, ou seja, a celebração de acordos. Essa abordagem pode ser resultado de um déficit na capacidade técnica do advogado em lidar eficazmente com o processo, levando-o a aconselhar seus clientes a evitar a complexidade do litígio.

Vale ainda ressaltar a dificuldade enfrentada pelos defensores públicos na prestação de uma assessoria jurídica adequada aos seus assistidos. Isso ocorre devido ao volume impressionante de casos sob a responsabilidade da defensoria pública na realidade do Brasil. Com um corpo jurídico frequentemente deficitário de defensores públicos, a sobrecarga de trabalho se torna uma barreira significativa para a entrega eficaz de serviços jurídicos.

Essa sobrecarga pode resultar a falta de tempo para uma análise minuciosa de cada caso e recursos limitados para investigações aprofundadas. Como consequência, os assistidos pela defensoria pública podem não receber a atenção individualizada que seus casos demandam. Isso não apenas coloca em risco a qualidade da defesa, mas também a capacidade de os defensores públicos explorarem todas as possibilidades de negociação de acordos que possam ser mais benéficos para seus clientes. Impacta, portanto, negativamente o acesso à justiça e a capacidade dos assistidos de obter acordos justos no sistema de negociação penal.

Em resumo, embora a presença do advogado seja fundamental na celebração de acordos no sistema de justiça penal, é necessário um exame mais aprofundado dessa questão. A simples previsão legal não garante a proteção completa dos direitos e interesses do acusado, e considerações éticas e conflitos de interesse podem surgir. Portanto, é fundamental estabelecer salvaguardas adicionais para garantir que a defesa atue de maneira ética e eficaz na busca pela justiça no contexto da barganha penal.

É preciso reforçar o papel do advogado como negociador na realidade da sociedade atual e apresentar-lhe técnicas de negociação fundamentais para a solução do conflito de seu cliente, de forma célere e eficiente. É o que será analisado no próximo capítulo.

5.2. Estratégias para a efetividade das negociações: um novo paradigma para os defensores

Sob a ótica da Justiça Penal Negociada, conforme mencionado anteriormente, observamos um novo paradigma no processo penal fundamentado em consenso, boa-fé, lealdade e autonomia privada.[349] Nessas circunstâncias, é imperativo que a atuação

[349] MENDONÇA, Andrey Borges de. Os benefícios possíveis na colaboração premiada: entre a legalidade e a autonomia da vontade. In: BOTTINI, Pierpaolo Cruz; MOURA, Maria Thereza de Assis (Coord.). Colaboração premiada.

da defesa não se restrinja a um papel passivo de observadora. Pelo contrário, é essencial que a defensor participe ativamente em todas as etapas da persecução penal, tanto na fase preliminar, de investigação policial,[350] quanto no transcorrer da ação penal em si.

A verdade é que o defensor desempenha um papel central e deve possuir habilidades para lidar com o processo penal, participar de negociações e acordos penais de uma maneira eficiente e significativa não apenas de obter resultados favoráveis para o acusado, mas também para assegurar o pleno exercício do direito de defesa. A atuação combativa é necessária em muitas ocasiões e a escolha por um caminho consensual é uma das várias opções de defesa disponíveis[351].

Se, no caso específico, a probabilidade de condenação for maior do que a de absolvição, cabe ao defensor, com conhecimento técnico, avaliar os riscos entre seguir o processo penal tradicional ou buscar um acordo com benefícios (por exemplo, redução de pena, regime menos severo, substituição por pena restritiva de direitos). Se o acordo for mais vantajoso para o acusado e for de sua vontade optar pela negociação em vez do processo penal convencional, essa intenção deve ser respeitada e até incentivada.

É crucial destacar que a premissa central da negociação se concretiza, pois existe uma lógica de ganha-ganha para ambas as partes ao firmar o acordo, visto que o acusado obtém benefícios e o Estado responde de maneira eficiente ao delito cometido.[352]

Todos aqueles submetidos a um processo penal devem ter acesso às mesmas opções de estratégias defensivas, e não ficar dependendo de um acaso (se o advogado é ético e está visando apenas o melhor resultado para o cliente, se está preocupado em estudar a possibilidade de acordo etc). Como afirma Luisa Walter da Rosa, não pode existir um processo penal "*a la carte*"[353].

Nesse contexto, urge uma mudança profunda na mentalidade dos operadores do direito, especialmente os advogados, sejam eles públicos ou privados. É fundamental que esses profissionais compreendam que os mecanismos de justiça penal negocial são legítimos, estão inseridos no ordenamento jurídico e devem, portanto, ser considerados como parte integrante da estratégia, em especial a de defesa. Isso demanda a superação da cultura tradicional da atuação adversarial, favorecendo uma abordagem mais centrada na negociação.[354]

---

[350] Destaca-se aqui o uso da investigação defensiva.

[351] ROSA, Alexandre Morais da. Guia do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos. 6. ed. Florianópolis: Emais, 2020, p.39.

[352] *Idem*.

[353] ROSA, Luisa Walter da. A necessária relação entre liberdade negocial e protagonismo da defesa nos acordos penais. *Boletim do IBCCrim*. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2022, maio, ano 30, n.º 354, pp. 26-28. ISSN 1676-3661.

[354] O advogado desempenha um papel crucial na sociedade, atuando como defensor dos direitos das pessoas e colaborando com outros órgãos para a prestação eficaz da justiça. Sua indispensabilidade é reconhecida no Brasil pela

Durante o período da conhecida Operação Lava Jato, foram formalizados diversos acordos de colaboração premiada no Brasil, o que provocou críticas significativas no âmbito da advocacia criminal. Algumas vozes proeminentes na comunidade jurídica levantaram questionamentos sobre a ética do advogado envolvido nesse tipo de acordo, alegando que tal participação poderia comprometer sua função essencial de conter o poder punitivo do Estado. Em resumo, o advogado estaria traindo seu dever ético e desviando-se de sua responsabilidade profissional.

No entanto, o Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil estabelece, em seu artigo 23, que "É direito e dever do advogado assumir a defesa criminal, sem considerar sua própria opinião sobre a culpa do acusado", complementando, em seu parágrafo único, que "Não há causa criminal indigna de defesa, cumprindo ao advogado agir, como defensor, no sentido de que a todos seja concedido tratamento condizente com a dignidade da pessoa humana, sob a égide das garantias constitucionais."

Assim, cabe ao advogado analisar detalhadamente o caso concreto e apresentar aos clientes todas as estratégias possíveis de defesa, incluindo os mecanismos de consenso. Na sociedade contemporânea, a advocacia, tanto pública quanto privada[355], deve estar preparada para resolver conflitos antes que cheguem à fase processual, exigindo uma amplitude de conhecimentos que vai além do direito, abrangendo também disciplinas como economia e psicologia.

Com efeito, a relevância do acesso efetivo à Justiça também está intrinsecamente vinculada à indispensabilidade do advogado na defesa dos direitos fundamentais. Michele Faria de Sousa e Kelly Cristine de Campos Gandra destacam a essencialidade do trabalho do advogado no contexto jurisdicional, comentando que ele desempenha papel crucial ao informar as partes sobre seus direitos legais e orientar sobre os procedimentos adequados.[356]

Sublinha-se que as estratégias de qualificação dos advogados para além do direito não apenas os habilitam para enfrentar esse novo paradigma consensual, mas

---

Constituição Federal e pelo Estatuto da OAB (art. 133 da Constituição Federal e do art. 2º do Estatuto da OAB), sendo incumbido de defender a Constituição, a ordem jurídica, os direitos humanos e a justiça social. Além de realizar atividades tradicionais como postulação, consultoria e assessoria, o advogado também desempenha um papel significativo na negociação, buscando resolver conflitos antes mesmo de chegarem ao tribunal. Essa abordagem reflete uma preocupação atual em lidar proativamente com disputas, exigindo do advogado conhecimentos não apenas em direito, mas também em disciplinas como economia, psicologia e antropologia. In BRANDÃO. Fernanda Holanda de Vasconcelos. D*esjudicialização dos Conflitos: Novo Paradigma para uma educação jurídica voltada à prática da atividade advocatícia negocial*. Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2014. p. 153.

[355] Sempre que falamos na atuação do advogado, é importante lembrarmos que não existe apenas o advogado privado, que exerce suas atividades em escritórios de advocacia. Há também a advocacia pública, exercida especialmente pelos integrantes das defensorias públicas, da Advocacia-Geral da União, da Procuradoria da Fazenda Nacional etc. Para Elias Farah, "pouco importa como a advocacia seja classificada: função, ofício ou múnus público. Importa que seja exercida com arte, sabedoria, amor, vocação e leal desvelo". In FARAH, Elias. *Caminhos tortuosos da advocacia*. São Paulo: LTr, 1999, pp. 168-169.

[356] SOUSA, Michele Faria de; GANDRA, Kelly Cristine de Campos. A crise do Judiciário e a mediação como uma forma alternativa para resolução de conflitos familiares. Revista de Direito Brasileira, 2013, jan/abr, ano 3, vol. 4, p. 569.

também desempenham um papel crucial na mitigação dos riscos associados à supressão de diretos do acusado em razão da abreviação do trâmite do processo penal. Assim, a redução desses abusos contribui para preservar os direitos dos acusados.

A necessidade de uma mudança na abordagem dos advogados, sejam eles públicos ou privados, é enfatizada de maneira contundente pelo renomado advogado criminalista, professor e doutor Diogo Malan.

De acordo com Diogo Malan[357], é fundamental que os defensores adotem uma abordagem proativa ao lidar com casos de negociação penal. O autor destaca a importância de um profundo entendimento do cliente, identificando suas prioridades[358], como também conhecer minuciosamente o caso penal para realizar prognósticos precisos sobre as probabilidades de êxito ou perda. Esse conhecimento detalhado, inclusive acerca de aspetos que possam enfraquecer a acusação, como a ilicitude de uma prova, confere ao acusado uma posição mais competitiva durante a negociação.

Outro ponto relevante abordado por Malan[359] é a necessidade de realizar uma investigação defensiva, buscando meios de prova para avaliar a robustez da acusação. Isso não apenas permite expor argumentos defensivos desde o início, mas também pode ser fundamental para excluir eventual justa causa para o oferecimento de acordo e a formulação de uma acusação formal pelo Ministério Público.

Em contextos de justiça negocial, a agilidade desempenha um papel crucial, pois, geralmente, quem chega primeiro tem maiores chances de obter condições mais vantajosas para a celebração de acordos. Além disso, é de grande importância que o defensor compreenda que sua função vai além da mera transmissão de propostas ou contrapropostas. É fundamental estar em constante contato com o órgão acusador, expondo minuciosamente os interesses do cliente e insistindo em propostas que atendam efetivamente aos melhores interesses do cliente.

Comentando sobre os benefícios do acordo de colaboração premiada e o momento processual para a sua celebração, Moraes Pitombo traz importante análise acerca de estratégias de defesa. De acordo com o referido autor, tende a ser mais benéfico ao colaborador celebrar o acordo ainda na fase de investigação, pois possibilita alternativas mais vantajosas quanto aos termos do acordo e, obviamente, aumenta o poder de barganha. A tendência é que a outra parte negociante, a que deseja fechar o acordo, tenda a oferecer cláusulas mais benéficas ao imputado. Dentro dessa análise,

---

[357] MALAN. Diogo. Advocacia criminal e a arte da negociação. 21 de outubro de 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-out-21/diogo-malan-advocacia-criminal-arte-negociacao/#_ftn11.

[358] Isso é fundamental porque existem clientes com perfis diferentes. Alguns chegam até o escritório já informando que não temem o processo, que querem brigar e se defender até o fim, independente do direito ser bom ou ruim. Já outros, querem se livrar do processo o quanto o antes, e estão mais suscetíveis a aceitar os acordos previstos no âmbito da justiça penal negocial.

[359] MALAN. Diogo. Advocacia criminal e a arte da negociação. 21 de outubro de 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-out-21/diogo-malan-advocacia-criminal-arte-negociacao/#_ftn11.

o referido autor comenta sobre a estratégia denominada BATNA "*best alternative to a negotiated agrément"*, expressão revelada por Roger Fischer e William Ury, na renomada obra "*Geting to Yes – Negocotiation Agreemente Without Givinig In*[360]. Em resumo, destaca-se:

> [O] livro ensina que, para ponderar se determinadas condições de uma negociação são, ou não, vantajosas, é preciso conhecer, da forma a mais precisa possível, qual seria o melhor cenário alternativo para aquela parte, caso o acordo que se busque celebrar reste frustrado. Conhecendo a melhor alternativa possível, e tomando ela como *standard* para análise das cláusulas sujeitas à negociação, é possível se proteger de aceitar, de forma desnecessária, termos muito desfavoráveis, ou, ainda, de rejeitar condições que seriam interessantes, dadas as demais alternativas viáveis.

Reitera-se que para garantir a validade da negociação e evitar violações aos direitos fundamentais dos acusados, é primordial que o defensor seja ético ao celebrar acordos. A decisão de firmar um acordo deve ser tomada em conjunto com o cliente, buscando expressar a melhor defesa possível para ele, e não por mero comodismo, conforme já exposto.

No âmbito da negociação, o advogado também desempenha o papel crucial de persuadir a outra parte de que a proposta oferecida representa a melhor alternativa em caso de falta de acordo. Para isso, são essenciais técnicas como descobrir os interesses envolvidos, criar opções de ganhos mútuos, propor critérios objetivos, discutir o processo de negociação e estabelecer alternativas para o caso de insucesso. Essas estratégias constituem a base para que o advogado se torne um negociador efetivo, capaz de alcançar acordos bem-sucedidos[361].

Apesar da contemporânea expansão do modelo negocial de Justiça criminal, a teoria e prática da negociação permanecem excluídas da matriz curricular de formação dos bacharéis em direito, bem como dos cursos de capacitação de advogados e defensores públicos. Estes continuam centrados em habilidades ligadas à prática jurídica contenciosa e adversarial. Alessandra Gomes do Nascimento Silva, citada por Fernanda Brandão, lamenta que, mesmo em uma análise mais voltada ao âmbito do direito civil, o foco persiste no litígio:

> [S]omos verdadeiramente fruto da formação que recebemos na faculdade. Nosso material de trabalho é o litígio. Vivemos dele e dele nos alimentamos. Daí a crença de que, fomentando o litígio, estamos contribuindo para a continuidade da oferta de trabalho. E muitos que se portam dessa maneira esquecem que o Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil indica que é dever do advogado

---

[360] PITOMBO. Antônio Sérgio Altieri de Moraes. *Colaboração Premiada e Outros Acordos*, pp. 153-154.

[361] BRANDÃO. Fernanda Holanda de Vasconcelos. Desjudicialização dos Conflitos: Novo Paradigma para uma educação jurídica voltada à prática da atividade advocatícia negocial, p. 164.

> “estimular a conciliação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios” (art. 2º, parágrafo único, VI).[362]

Para Diogo Malan, é crucial que os advogados estejam familiarizados com técnicas de negociação para uma atuação eficiente na justiça negocial, destacando as desenvolvidas em Harvard, nos Estados Unidos, como a integrativa e a cooperativa. A integrativa, mais difundida, baseia-se na ideia de que a negociação não necessita de um vencedor e um perdedor; todos podem e devem ganhar. Luis Fernando Rabelo Chacon, ao discutir especialmente a técnica integrativa, destaca que ela está associada à noção de que todos os envolvidos podem sair satisfeitos e integrados ao final do processo, possibilitando a reconstrução do relacionamento e, crucialmente, a solução do conflito[363].

Nesse contexto, o citado autor menciona sete elementos de aproximação entre os negociadores: comunicação, relacionamento, alternativas, interesses, legitimidade, opções e compromisso. Ele enfatiza a importância da comunicação, essencial em qualquer processo de negociação:

> [A] primeira dica é sobre um dos sete elementos, a comunicação. Ela deve ser a mais natural possível, mesmo em situações de adversidade e aqui o advogado tem um papel importante, qual seja, de criar o clima e permitir que ele apareça e se mantenha.O local precisa ser adequado: pense no conforto, no silêncio, na privacidade e até mesmo na segurança das pessoas. É preciso que os litigantes se sintam bem antes de tudo, pois sem isso não há boa comunicação. Na comunicação é preciso afastar os ruídos. Não falar mal do oponente, não deixar de perguntar o que não entendeu, não mentir etc. Um exemplo muito importante em busca de uma comunicação sem ruídos: ao terminar uma explicação, pergunte ao interlocutor se ele entendeu e peça que ele lhe explique. Se alguém consegueexplicar o que acabou de ouvir, é porque compreendeu (lembre- se, compreendeu, não necessariamente concordou). Isso garante uma comunicação eficaz em busca do acordo.

Frente a essa situação, torna-se essencial não apenas reconhecer a relevância da negociação na prática advocatícia, mas também fomentar uma mudança significativa na mentalidade dos profissionais do direito. Este capítulo, portanto, delineia uma abordagem para uma advocacia mais ágil, colaborativa e adaptada aos desafios contemporâneos. Essa abordagem busca, fundamentalmente, assegurar que o acusado tenha seus direitos constitucionais respeitados mesmo no contexto da justiça penal negociada.

---

[362] SILVA, Alessandra Gomes do Nascimento. *Técnicas de negociação para advogados*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 10.

[363] CHACON, Luis; RABELO, Fernando. Todo advogado é negociador? Disponível em: http://advocaciahoje.blogspot.com.br/2012/06/todo-advogado-e-negociador.html. Acessado em 02/12/2023.

Conclusão

A expansão da justiça penal negociada tem sido uma resposta a desafios sistêmicos, como a morosidade nos processos judiciais, a superlotação carcerária e a eficácia limitada do sistema prisional na reintegração de condenados à sociedade. A complexidade crescente dos casos e a sobrecarga nos tribunais também demandam uma abordagem adaptativa, onde os instrumentos de consenso no âmbito penal podem acelerar processos e aliviar a carga sobre um sistema frequentemente congestionado.

Embora essa abordagem ofereça uma maior eficiência, com a resolução de conflitos mais rápida e um alívio para o sistema sobrecarregado, ela também levanta preocupações significativas. Apesar de seus benefícios evidentes, a análise crítica desses instrumentos premiais revela não apenas suas potenciais vantagens, como a desobstrução dos tribunais e a economia de recursos, mas também impõe uma reflexão sobre as preocupações éticas e os limites que tais práticas podem impor aos princípios fundamentais do devido processo legal. Portanto, a validade desses mecanismos em um Estado Democrático de Direito depende da clara definição de regras, limites, consequências e efeitos desses mecanismos de consenso.

Nesta análise, ao longo desta dissertação, explorou-se os diversos mecanismos presentes nos ordenamentos jurídicos do Brasil e de Portugal, visando a eficiência e a celeridade na resolução dos litígios.

Contudo, também se destacou no desenvolvimento desta investigação que a expansão da justiça penal negociada deve ser vista com a devida reserva, pois os mecanismos negociais de aplicação da pena não fazem parte da tradição cultural inerente aos sistemas processais de ambos os países, com fundamento no princípio da obrigatoriedade/legalidade da ação penal, para além de servir de aumento aos poderes do sujeito acusador no sistema de administração da justiça criminal. Além disso, há a imposição de restrições consideráveis às garantias processuais penais do acusado, especialmente pela supressão da fase de instrução do processo penal.

É crucial destacar a necessidade de reforçar a prevenção do crime e a resolução de conflitos de maneira abrangente e eficaz. A justiça penal negociada, embora ofereça eficiência processual, não deve ser encarada como uma solução isolada. Políticas criminais mais equitativas e eficazes devem abordar as causas subjacentes do crime e as necessidades de reinserção social dos infratores.

De outro lado, evidente que ao incorporar esses mecanismos, Brasil e Portugal demonstram uma abordagem progressista na busca por um sistema penal mais eficaz e justo. Em um contexto mais amplo, destaca-se a Recomendação nº R(87)18, do

Comitê de Ministros do Conselho da Europa, que cuida da simplificação da justiça criminal e respalda a aplicação de mecanismos consensuais da pena, desde que sejam compatíveis com as tradições constitucionais e legais de cada Estado.[364] O exemplo do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) no caso "*Natsvlishvili e Togonidze vs. Geórgia*" enfatiza a aceitação desses mecanismos nos sistemas europeus de administração da justiça criminal.[365]

Embora haja questionamentos sobre a compatibilização do sistema de justiça consensual com o sistema acusatório e a supressão de direitos fundamentais do acusado, a realidade é que os mecanismos de justiça penal negocial já existem e vieram para ficar, então, o que se pode fazer agora é adequar o modelo processual penal acusatório à transformação ideológica, cultural e social e às exigências acrescidas de eficácia processual[366].

A implementação e supervisão cuidadosas dessas práticas são essenciais para evitar abusos e garantir a proteção dos direitos individuais. A falta de clareza nesse sentido pode resultar em violações contraproducentes. O desafio constante reside no equilíbrio entre a flexibilidade do sistema e a garantia dos direitos fundamentais.

A ética por trás dos acordos de colaboração premiada no Brasil, por exemplo, levanta questões importantes sobre o equilíbrio entre a obtenção de informações cruciais e a concessão de benefícios adequados. Outras modalidades de acordo, embora promovam a resolução rápida de casos, não estão isentas de possíveis abusos, como acordos de aplicação de penas desproporcionais à gravidade dos delitos.

A expansão da justiça penal negocial também pode gerar desigualdades na aplicação da lei, com determinados grupos sociais, como minorias étnicas e economicamente desfavorecidas, enfrentando penalizações desproporcionais. Isso amplia as disparidades sociais e perpetua os ciclos de criminalidade. Não abordam a raiz do problema. Portanto os Estados, e no caso desta investigação, Brasil e Portugal, devem desempenhar um papel importante nas soluções de consenso em matéria criminal, evitando disparidades na resolução dos procedimentos criminais e considerando razões que vão além da relação facto-agente-vítima/ofendido.

Em vez de resistência, a compreensão de que medidas consensuais substituirão estruturas tradicionais de processo e resolução de conflitos é fundamental. A estratégia

---

[364] "Wherever constitutional and legal traditions so allow, the procedure of "guilty pleas", whereby an alleged offender is required to appear before a court at an early stage of the proceedings in order to state publicly to the court whether he accepts or denies the charges against him, or similar procedures, should be introduced. In such cases, the trial court should be able to decide to do without all or part of the investigation process and proceed immediately to the consideration of the personality of the offender, the imposition of the sentence and, where appropriate, to decide the question of compensation." In MALAN. Diogo. Nova Legislação simplifica advocacia criminal europeia contemporânea. 20 de maio de 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-mai-20/malan-legislacao-simplifica-advocacia-criminal-europeia/#sdfootnote2sym Acessado em 02/12/2023.

[365] *Idem.*

[366] DIAS. Jorge de Figueiredo. Acordos Sobre a Sentença em Processo Penal: O "fim" do Estado de Direito ou um novo "princípio"? p. 16

recomendada para lidar com críticas e questionamentos sobre a expansão da justiça penal negociada é a aplicação de mecanismos que visem minimizar danos, conforme destacado professor Diogo Mala, focando no aprimoramento do marco deontológico e normativo dos mecanismos negociais de aplicação da pena para mitigar riscos de abusos e excessos do poder punitivo[367].

Neste cenário de mudanças, é essencial que a comunidade jurídica, os legisladores e a sociedade civil continuem engajados em um diálogo construtivo para aprimorar e ajustar esses mecanismos, garantindo que a justiça penal negociada seja um instrumento eficaz e ético na promoção da justiça.

E sob esse aspeto, cresce a importância de uma atuação efetiva da defesa, que deve abandonar parte das habilidades relacionadas ao litígio e a uma atuação adversarial, em busca de novos conhecimentos e habilidades negociais. Isso prepara a defesa para fornecer estratégias defensivas mais benéficas e, consequentemente, alcançar acordos mais vantajosos para seus clientes ou assistidos, no caso dos defensores públicos.

A busca por um sistema penal mais equitativo e eficiente é um compromisso contínuo que requer a colaboração de todos os intervenientes no processo penal. O debate sobre a justiça penal negociada deve focar em sua aplicação justa, proporcionando soluções eficazes e respeitando os valores fundamentais da justiça e do devido processo legal. Portanto, a análise constante e o aprimoramento dessas práticas fortalecem a posição dos Estados na evolução de sistemas judiciais que buscam equilibrar eficiência com a proteção dos direitos individuais, promovendo legitimidade e confiança na administração da justiça penal.

[367] MALAN, Diogo. Aplicação consensual da pena, In: MIRZA, Flávio (Org.). Direito processual, pp. 331-343. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015.

Bibliografia

ALSCHULER, Albert W. Plea Bargaining and Its History. *Chicago Unbound*. University of Chicago Law School, 1979, pp. 3-5. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2005&context=journal_articles

ANTONELLI, Sofia Antonelli, BRIOSCHI, Federica CECCA, Dario di Cecca. Trial Waiver Systems in Europe Report on the Italian system of alternatives to the trial. *Associazione Antigone*, 2021, pp. 11-18. Disponível em: https://www.antigone.it/upload2/uploads/docs/TWSE%20Domestic%20Report%20-%20Italy.pdf.

ANTUNES, Maria João. Direito Processual Penal. Coimbra: Almedina, 2017.

ARAS, Vladimir. O acordo de não persecução penal após a Lei 13.964/2019. In CAVALCANTE, André Clark Nunes; LIMA, Antônio Edilberto Oliveira; PINHEIRO, Igor Pereira; VACCARO, Luciano; ARAS, Vladimir. Lei Anticrime Comentada. Editora Mizuno, 2022.

BARNES, Harry Elmer. *An Introduction to the history of sociology*. Chicago: The University of Chicago Press. Disponível em: https://ia802907.us.archive.org/19/items/in.ernet.dli.2015.148499/2015.148499.An-Introduction-To-The-History-Of-Sociology_text.pdf.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 11.ª Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

BADARÓ, Gustavo Henrique. A Colaboração Premiada: Meio de Prova, Meio de Obtenção de Prova ou um Novo Modelo de Justiça Penal não Epistêmica? In MOURA. Maria Thereza de Assis. BOTTINI. Pierpaolo Cruz. (Coord.). *Colaboração Premiada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. O valor probatório da delação premiada: sobre o §16 do art. 4.º da Lei n.º 12.850/13. *Revista Jurídica Consulex*. 2015, vol. 443.

BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de Dinheiro*. 3.ª Ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2017.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 9.ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo. O limite temporal da retroatividade do acordo de não persecução penal. In BEM, Leonardo Schmitt de. MARTINELLI, João PAULO. Acordo de não persecução penal. Belo Horizonte: Editoria D'Plácido, 2022.

BITTAR, Walter Barbosa. Delação premiada no Brasil e na Itália. Revista brasileira de ciências criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, jan./fev, v. 19, n. 88.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal* – Parte Geral. 24.ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BITENCOURT. Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Volume 1, parte geral (arts. 1º a 1120). 29ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2023.

BITENCOURT; Cezar Roberto. *Juizado Especiais Criminais e Alternativas à Pena de Prisão*. 2.ª Ed. Livraria dos Advogados, 1995.

BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa*. São Paulo: Saraiva, 2014.

BOBBIO, Norberto. *As ideologias e o poder em crise*. 4.ª Ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

BOTTINO, Thiago. Colaboração premiada e incentivos à cooperação no processo penal: uma análise crítica dos acordos firmados na "Operação Lava Jato". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Rt, 2016, nº 122.

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

BRANDALISE. Rodrigo da Silva. Algumas observações sobre a justiça restaurativa na europa e a mediação penal de adultos portuguesa. *Revista do Ministério Público do RS*. Porto Alegre, 2015, set-dez, n. 78, p. 18. Disponível em: chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1473363242.pdf

BRANDÃO. Fernanda Holanda de Vasconcelos. D*esjudicialização dos Conflitos: Novo Paradigma para uma educação jurídica voltada à prática da atividade advocatícia negocial*. Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2014

BUREAU OF JUSTICE ASSISTANCE. Plea and Charge Bargaining *Research Summary*. 2011, U.S. Department of Justice. Disponível em: https://bja.ojp.gov/sites/g/files/xyckuh186/files/media/document/pleabargainingresearchsummary.pdf.

BURGEL. Letícia. A problemática dos tipos penais abertos no direito penal contemporâneo. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*. Coimbra: Centro de Investigação de Direito Privado, 2017, ano 3, n.º 4, pp. 981-1015. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2017/4/2017_04_0981_1015.pdf.

CANOTILHO, J. G. MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa Anotada. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

CANOTILHO, J.J. Gomes e BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo; RT, 2017, nº 133.

CARNEIRO, Andréa Walmsley Soares. *Acordo de não-persecução penal*: constitucionalidade do método negocial no processo penal. *DELICTAE*, 2019, Jul-Dez, vol. 4, n.º 7.

CARVALHO. Luis Gustavo Grandinetti C. JUNIOR. Flavio Martins Alves Nunes. A Transação nos Crimes de Ação Penal de Iniciativa Privada. *Revista da EMERJ,* 2005, v. 8, n.º. 31, p. 8. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/53708/transacao_penal_crimes_carvalho.pdf.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de; WUNDER, Paulo. Colaboração premiada: justa causa para quê? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo; RT, 2018, out, ano 26, vol. 148, ano 26.

CASARA, Rubens R. R.; MELCHIOR, Antonio Pedro. *Teoria do processo penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

CAVALI, Marcelo Costenaro. Duas faces da Colaboração Premiada: Visões "conservadora" e "arrojada" do instituto da Lei 12.850/13. In: MOURA, Maria Thereza de Assis; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Colaboração Premiada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

CHACON, Luis; RABELO, Fernando. Todo advogado é negociador?, 27 de junho de 2012. Disponível em: http://advocaciahoje.blogspot.com.br/2012/06/todo-advogado-e-negociador.html.

CORDEIRO, Nefi. *Colaboração Premiada*: caracteres, limites e controles. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

COSCAS-WILIAMS, Béatrice & ALBERSTEIN, Michal. A Patchwork of Doors: Accelerated Proceedings in Continental Criminal Justice Systems. *Bar Ilan University Faculty of Law Research Paper*, 2019, n.º 19-22, pp. 18-19. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=3468305.

COSTA, José de Faria. Um olhar cruzado entre a Constituição e o processo penal. In: Fundação Luso-Americana para o Desenvolvimento || Procuradoria-Geral da República. *A Justiça nos Dois Lados do Atlântico*. Lisboa: Fundação Luso-Americana para o Desenvolvimento, 1998.

CUNHA. Diana Andreia Mendes da Silva Cunha. *Os acordos sobre sentença penal*: questões, desafios e prospetivas. Dissertação de mestrado. Universidade do Minho: Escola de Direito, 2016.

DE LIMA, Renato Brasilero. *Manual de Processo Penal*. 3.ª Ed. Bahia: Editora Jus Podivm, 2015.

DIAS, Jorge de Figueiredo. A Nova Constituição da República e o Processo Penal. Revista da Ordem dos Advogados. Lisboa: Ordem dos Advogados, 1976

DIAS, Jorge Figueiredo. Direito Processual Penal. Coimbra: Almedina, 2004.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal*: parte geral. Tomo I. São Paulo: RT, 2007.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito Penal Português. Parte Geral II – As consequências jurídicas do crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Acordos sobre a sentença em processo penal - O "fim" do Estado de Direito ou um novo "princípio"?* Porto: Conselho Distrital do Porto, 2011.

DOS SANTOS, Juarez Cirino. *Direito Penal. Parte Geral.* Florianópolis: Contexto, 2012.

FARAH, Elias. *Caminhos tortuosos da advocacia*. São Paulo: LTr, 1999.

FENECH, Miguel. *Derecho procesal penal*. V. 1. Barcelona: Labor, 1952.

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

FERNANDES, António Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 5.ª Ed. Editora Revista dos Tribunais, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal – São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

FIDALGO, Sónia. O consenso no processo penal: reflexões sobre a suspensão provisória do processo e o processo sumaríssimo. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 2008, ano 18, fascículo 2, n.º 3

FIDALGO, Sónia. O Processo Sumaríssimo na Revisão do Código de Processo Penal. Jornadas sobre a Revisão do Código de Processo Penal. *Revista do CEJ*. Coimbra, 2007.

FONSECA, Cibele Benevides Guedes. *Colaboração premiada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2017.

FROMANN, Maike. Regulating Plea-Bargaining in Germany: Can the Italian Approach Serve as a Model to Guarantee the Independence of German Judges? *Hanse Law Review*, 2009, vol. 5, n.º 1, pp. 211-213. Disponível em: http://hanselawreview.eu/wp-content/uploads/2016/08/Vol5No2Art04.pdf

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

GIACOMOLLI, Nereu. Os Efeitos da Súmula 337 do STJ no Processo Penal. *Boletim do IBCCrim,* 2008, maio, n.º 186. Disponível em: https://arquivo.ibccrim.org.br/boletim_artigos/222-186-Maio-2008.

GIACOMOLLI. Nereu José *et al*. Justiça Criminal Negocial: Crítica à Fragilização da Jurisdição Penal em um Cenário de Expansão dos Espaços de Consenso no Processo penal. *Univali Periódicos*, pp. 1128-1129. Doi: 10.14210/nej.v20n3. ISSN Eletrônico 2175-0491.

GRINOVER, Ada Pellegrini. FILHO, Antonio Magalhães Gomes. FERNANDES, Antonio Scarance. GOMES, Luiz Flávio. *Juizados Especiais Criminais*. Comentários à Lei 9.909, de 26.09.1995. 2.ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

GONÇALVES, Carlos Eduardo. Delação Premiada. In: ESPIÑEIRA, Bruno; CALDEIRA, Felipe. *Estudos em Homenagem ao Ministro Marco Aurélio de Mello*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

HUNGRIA. Nelson. *Comentário ao Código Penal*. Vol. III. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*. 6.ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

JESUS, Damásio Evangelista. *Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada*. 4.ª Ed. Saraiva, 1997.

JUNIOR, Aury Lopes. *Direito Processual Penal*. 17.ª Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

JUNIOR. Aury Lopes. A Crise Existencial da Justiça Negocial e o que (não) Aprendemos com o JECRIM. Boletim Especial Justiça Penal Negocial: Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2021, julho, ano 29, nº 344. ISSN 1676-3661.

LATAS, António João. *Mudar a Justiça Penal* – Linhas de reforma do processo penal português –Coimbra: Almedina, 2012.

LEITE, Rosimeire Ventura. *Justiça consensual e efetividade do processo penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013

LIMA. Marcellus Polastri. *Manual de Processo penal*. 5ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

LIMA, Marcellus Polastri. *Juizados Especiais Criminais*: o procedimento sumaríssimo no processo penal. 2.ª Ed. São Paulo: Atlas, 2013.

LUPÁRIA, Luca. Model code or broken dream? The italian criminal procedure in a comparative perspective. In: GIALUZ, Mitja; LUPARIA, Luca; SCARPA, Federica. *The italian code of criminal procedure. Critical essays and english translation*. CEDAM, 2014. Disponível em: http://shop.wki.it/documenti/00149783_est.pdf.

LUSTOSA, Sheila. *Justiça Penal Negociada*. Rio de Janeiro: Gramma, 2017.

MALAN. Diogo. Nova Legislação simplifica advocacia criminal europeia contemporânea. 20 de maio de 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-mai-20/malan-legislacao-simplifica-advocacia-criminal-europeia/#sdfootnote2sym

MALAN. Diogo. Advocacia criminal e a arte da negociação. 21 de outubro de 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-out-21/diogo-malan-advocacia-criminal-arte-negociacao/#_ftn11.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Vol. 1, São Paulo: Bookseller, 1997.

MARTINELLI, João Paulo Orsini; SILVA, Luís Felipe Sene da. Mecanismos de justiça consensual e o acordo de não persecução penal. pp. 51-75. In BEM, Leonardo Schmitt de. MARTINELLI, João PAULO. Acordo de não persecução penal. Belo Horizonte: Editoria D'Plácido, 2022.

MENDES, Paulo de Sousa. Lições de Direito Processual Penal. Coimbra: Almedina, 2015.

MENDES, Soraia da Rosa; SOUZA, Augusto César Borges. O acordo de não persecução penal e o paradigma da prevenção no enfrentamento à corrupção e à macrocriminalidade econômica no Brasil: novas alternativas ao modelo punitivista tradicional. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*. Porto Alegre, 2020, set-dez, vol. 6, n. 3.

MENDONÇA, Andrey Borges de. Os benefícios possíveis na colaboração premiada: entre a legalidade e a autonomia de vontade. In: MOURA, Maria Thereza de Assis e BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Colaboração Premiada*. São Paulo: RT, 2017.

MERRYMAN, John Henry; PEREZ-PERDOMO, Rogelio. The Civil Law tradition: a introduction to the legal systems of Europe and Latin America. 3.º Ed. California: Stanford University Press, 2007, p. 121. In: PEREIRA, Diogo Abineder Ferreira Nolasco. *Justiça Penal Negociada*: uma análise do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Espirito Santo.

MIRANDA, Jorge, e, MEDEIROS, Rui. *Constituição da República Portuguesa Anotada.* Tomo I. Coimbra Editora, 2005.

MIRZA, Flávio (Org.). Direito processual, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015.

MOITINHA. Catarina Isabel Figueiredo. Consenso e Celeridade no processo Penal. Coimbra, 2014.

MORAES, Maurício Zanoide de. *Interesse e legitimação para recorrer no processo penal brasileiro*. São Paulo: RT, 2000.

MOURA, Gabriel Vassilakis. ALMEIDA, Andréia Alves Almeida. Os Princípios da Legalidade e Oportunidade no Processo Penal. *Ciências Jurídicas*. 2023, maio, n.º 122.

MONTEIRO, Cristina Líbano. Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial. Tomo III. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

NEVES, Paulo Vitor Moreira. GAMA, Giliarde Benavinuto Albuquerque Cavalcante Virgulino Ribeiro Nascimento. A Privatização dos Presídios Brasileiros à Luz da Dignidade do Preso. *Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciências e Educação*. São Paulo, 2023, out vol. 9, n.º 10. 2023.doi.org/10.51891/rease.v9i10.11604.

NICOLITT, André Luiz. A garantia do contraditório: consagrada na Constituição de 1988 e olvidada na reforma do Código de Processo Penal de 2008. In: PRADO, Geraldo. MALAN. Diogo (coord.). *Processo Penal e Democracia*. Estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Direito Processual Penal*. 17.ª Ed. Rio de janeiro: Forense, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Pacote anticrime comentado*: Lei n.º 13.964 de 24/12/2019. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

OLIVEIRA. André Ferreira. Soluções negociada de justiça penal no direito português: uma realidade atual numa galáxia distante? *Revista Brasileira de Direito Processual Penal.* Coimbra: Universidade de Coimbra,2017, vol. 3, n. 1.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Nova Iorque: Organização das Nações Unidas. Disponível em: https://www.ohchr.org/en/human-rights/universal-declaration/translations/portuguese.

PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 22.ª Ed. São Paulo: Atlas, 2018.

PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência*. 12.º Ed. São Paulo: Atlas, 2020.

PEREIRA, Diogo Abineder Ferreira Nolasco. *Justiça Penal Negociada*: uma análise do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Espirito Santo, 2019.

PITOMBO. Antônio Sérgio Altieri de Moraes. (Coord.). *Colaboração Premiada e Outros Acordos*: Análise sistemática e o estudo crítico. São Paulo: Editora Singular, 2022.

OLI, Camilin Marcie de. *Sistemas Processuais Penais*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

PRADO, Geraldo. Sistema Acusatório. *A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. 3.ª Ed. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro. 2005.

PRADO. Luiz Regis. *Tratado de Direito Penal Brasileiro*. Parte Geral (arts. 1º a 120). Vol. 1. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PRADO, Geraldo. *Elementos para uma análise crítica da transação pena*l. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

RAPOZA, Phillip. A experiência americana do plea bargaining: a excepção transformada em regra. *Julgar*. Coimbra: Almedina, 2013, jan, abr, n.º 19, p. 208. Disponível em: https://julgar.pt/wp-content/uploads/2013/01/207-220-Plea-bargaining.pdf.

ROSA, Alexandre Morais da. Guia do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos. 6.º Ed. Florianópolis: Emais, 2020.

ROSA, Luisa Walter da. A necessária relação entre liberdade negocial e protagonismo da defesa nos acordos penais*. Boletim do IBCCrim*. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2022, maio, ano 30, n.º 354, pp. 26-28. ISSN 1676-3661

SANCHEZ, Bernardo Feijoo. *Sobre a "Administrativização" do Direito Penal na "Sociedade de Riscoa"*. Notas sobre a Política Criminal no Início do Século XXI. *Revista Liberdades*. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2011, maio-agosto, n.º 7, p. 40. Disponível em: https://ibccrim.org.br/media/publicacoes/arquivos_pdf/integra7.pdf

SCHUNERMANN. Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SCHUNEMANN, Bernd. Do templo ao mercado? Sistemas Processuais Penais. Florianópolis:Empório do Direito, 2017, p. 192. In RIBEIRO. Marcelo Herval e outros. Justiça Negocial e Garantismo Penal: A Fragilização da Epistemologia Garantista a partir da Expansão dos Espaços de Consenso no Processo Penal Brasileiro. *Revista do Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais da Unijuí*, 2021, jun, pp. 215-229.

SEMER, Marcelo. *Princípios Penais no Estado Democrático de Direito*. 2.ª Ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2022.

SILVA, Germano Marques. Direito Processual Penal Português. Vol. I. 2.º Ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2017.

SILVA. Germano Marques da. *Direito Processual Penal Português*: noções e princípios gerais, sujeitos processuais, responsabilidade civil conexa com a criminal, objeto do processo. 2ª ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2017.

SILVA. Fernando Laércio Alves da. A mediação penal em Portugal doze anos depois: Início, meio e fim (?). *RIL*, Brasília, 2020, jul/set, ano 57 n.º 227, pp. 81-104. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/596805/001183909_RIL_v.57_n.227_p.081-104.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *La expansión del derecho penal*: aspetos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Madrid, Civitas, 1999, pp. 141 e ss. In JUNIOR. José Roberto Macri. MACRI. Bianka Jaquetti. Expansão do direito penal:

abordagem sociológica. *Revista Reflexão e Crítica do Direito*, 2017, jan./dez, ano. V, n. 5, p. 185-203. ISSN 2358-7008. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5298253/mod_resource/content/1/Expans%C3%A3o%20penal.%20Sociologia.pdf.

SILVA, Alessandra Gomes do Nascimento. *Técnicas de negociação para advogados*. São Paulo: Saraiva, 2022.

SOUZA, Luciano Anderson de. *Expansão do Direito Penal e Globalização*. Editora Quartier Latin. São Paulo: 2007.

SUXBERGER, Antonio. GOMES FILHO, Dermeval. *Funcionalização E Expansão Do Direito Penal*: O Direito Penal Negocial (The Criminal Law's Functionalization and Expansion: The Negotiation on Criminal Law), 2016, vol. 13, n.º 1. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2866413.

TAVORA. Nestor. ALENCAR. Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 14ª ed., Salvador: Editora Jus Podivm, 2019.

TOURINHO FILHO. Fernando da Costa. *Processo Penal*. 1º Vol. 26.ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

TORNAGI, Hélio. *Instituições de Processo Penal*. 1º vol. São Paulo: Saraiva, 1977

TORRÃO, Fernando. A Relevância Político-Criminal da Suspensão Provisória do Processo. Coimbra, Almedina, 2000, p.143. In CUNHA. Diana Andreia Mendes da Silva Cunha. *Os acordos sobre sentença penal*: questões, desafios e prospetivas. Dissertação de Mestrado. Universidade do Minho, Escola de Direito, 2016, p. 96.

VASCONCELLOS. Vinícius Gomes de. Barganha no processo penal e o autoritarismo "consensual" nos sistemas processuais: a justiça negocial entre a patologização do acusatório e o contragolpe inquisitivo. *Revista dos Tribunais*, RT 953. Março de 2015.

VASCONCELLOS. Vinícius Gomes de. Acordos no processo penal alemão: descrição do avanço da barganha da informalidade à regulamentação normativa. Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Ciudad de México, 2016, sep./dic, vol.49, n.º.147. ISSN 2448-4873.

VASCONCELLOS. Vinícius Gomes de. Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCRIM, 2015.

VASCONCELLOS. Vinícius Gomes de. Acordo de Não Persecução Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

WUNDERLICH. Alexandre. Colaboração Premiada: O direito à impugnação de cláusulas e decisões judiciais atinentes aos acordos. In: MOURA, Maria Thereza de

Assis e BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Coord). *Colaboração Premiada*. São Paulo: RT, 2017, pp.20-21.

ZAMBIASI. Vinícius Wildner. Justiça Restaurativa e Mediação Penal em Portugal: Contextualização e Reflexos sobre a Lei n.º 21/2007. *Revista Eletrônica de Direito Processual* – REDP. Rio de Janeiro, 2018, Set/Dez, ano 12, vol. 19, n.º 3. ISSN 1982-7636.

ZEHR. Howard. *Trocando as Lentes*: um novo foco sobre o crime e a justiça restaurativa. Athena Editora, 2008

Legislação consultada

Brasil

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário da União*. Brasília: Imprensa Nacional, 1988-10-05. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

Lei nº. 9.099 de 26 de setembro de 1995. *Diário da União.* Brasília: Imprensa Nacional, 1995-09-27. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm

Decreto-Lei nº. 3.689 de 3 de outubro de 1941. *Diário Oficial da União.* Brasília. Imprensa Nacional, 1941-10-13. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm

Decreto-Lei nº. 2.848 de 7 de dezembro de 1940. *Diário da União*. Brasília: Imprensa Nacional, 1940-12-31. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm#art361

Lei nº. 8.072 de 25 de junho de 1990. *Diário da União*. Brasília: Imprensa Nacional, 1990-07-26. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm

Lei nº. 9.080 de 19 de julho de 1995. *Diário da União*. Brasília: Imprensa Nacional, 1995-07-20. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9080.htm

Lei nº 9.613 de 3 de março de 1998. *Diário da União*. Brasília: Imprensa Nacional, 1998-03-04. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9613.htm

Lei nº 11.343 de 23 de agosto de 2006. *Diário da União*. Brasília: Imprensa Nacional, 2006-08-24. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm

Lei nº 12.850 de 2 de agosto de 2013. *Diário da União*. Brasília: Imprensa Nacional, 2013-08-05. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm

Lei nº 13.964 de 24 de dezembro de 2019. *Diário da União*. Brasília: Imprensa Nacional, 2019-12-24. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13964.htm

Portugal

Lei n.º 21/2007. Diário da República - Série I. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2007-06-12, n.º 161, pp. 3978 - 3801. Disponível em: https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/lei/21-2007-639130

Decreto-Lei n.º 48/95. *Diário da República* - Série I-A. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1995-03-15, n.º 63. Disponível em: https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/decreto-lei/1995-34437675.

Decreto-Lei nº. 78/87. *Diário da República* – Série I. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1987-02-17, nº 40. Disponível em: https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/decreto-lei/1987-34570075

Decreto de Aprovação da Constituição. Diário da República – Série I. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1976-04-10, n.º 86. Disponível em: https://www.parlamento.pt/ArquivoDocumentacao/Documents/CRPVIIrevisao.pdf.

Comunitária

Decisão-quadro do Conselho, de 15 de Março de 2001, relativa ao estatuto da vítima em processo penal. *Jornal Oficial da União Europeia*, L 82. Luxemburgo: Serviço das Publicações da União Europeia, 2001-03-22, p. 1–4. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/?uri=CELEX:32001F0220.

Jurisprudência Consultada

Brasil

Supremo Tribunal Federal, 2.ª Turma, HC 99.936/CE, relatora Ministra Ellen Gracie, DJe 10/12/2009;

Supremo Tribunal Federal, 2ª Turma, HC 83.233/RJ, relator Ministro Nelson Jobim, Dje, 19/03/2004;

Supremo Tribunal Federal, 2ª Turma, relator Ministro Dias Toffoli, Dje 26/02/2016;

Supremo Tribunal Federal, RHC 224701/SC, Relator Ministro Dias Toffoli, Dje. 10/02/2023

Supremo Tribunal de Justiça, Quinta Turma, HC nº 58.043/SP. relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, 15/12/2009.

Supremo Tribunal Federal, HC nº 90688, relator Ministro Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, 12/02/2008.

Supremo Tribunal Federal, HC 127.483/PR, plenário, releator Ministro Dias Toffolli, julgado 27.08.2015

Supremo Tribunal Federal, Inq. 4.130 QO/PR, plenário, relator Ministro Dias Toffoli, julgado 23.09.2015. p. 55-58; STF. PET 5700, Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 22.09.2015.

Supremo Tribunal Federal, HC 127483/2015, relator Ministro Dias Toffoli. Julg. 26/08/2015.

Supremo Tribunal Federal, Pleno, HC 127.483/PR, relator Ministro Dias Toffoli, 27/08/2015.

Supremo Tribunal Federal, Pleno, Inq. 4.483 QO/DF, relator Mininistro Edson Fachin, 21/09/2017

Supremo Tribunal Federal, 1ª Turma, Inq. 4.506/DF, relator Mininistro Roberto Barroso, 17/04/2018.

Supremo Tribunal Federal, HC nº 217.215 AgG/SP. Segunda Turma. relator Ministro Edson Fachin, 27/03/2023.

Supremo Tribunal de Justiça, RHC 161.251/PR. Quinta Turma. relator Ministro Ribeiro Dantas, 10/05/2022.

Estados Unidos da América

Acórdão do Supremo Tribunal dos Estados Unidos da América, de 29 de setembro de 2022. Processo n.º 22-186, Troy Mansfield c. Williamson County, pp. 6-8. Disponível em: https://www.supremecourt.gov/DocketPDF/22/22-186/242130/20220929163237206_22-186_Amicus%20Brief.pdf

Universidade Portucalense Infante D. Henrique | Rua Dr. António Bernardino de Almeida,
541 4200-072 Porto | Telefone: +351 225 572 000 | email: upt@upt.pt