

A RELEVÂNCIA DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA COMO FORMA ASSECURATÓRIA DAS GARANTIAS DO ACUSADO NO ÂMBITO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL.

THE RELEVANCE OF THE CRIMINAL DEFENSIVE INVESTIGATION AS AN INSURANCE FOR THE INDICTED'S RIGHTS GUARANTEE UNDER THE CRIMINAL NON-PERSECUTION AGREEMENT

Giovanna Thomaz Todeschini*
Fernanda Corrêa Osório**

RESUMO

O presente artigo propõe-se a analisar a inserção do instituto do acordo de não persecução penal no ordenamento jurídico brasileiro, considerando a sistemática inquisitória ainda presente na gestão da prova utilizada para fundamentar o oferecimento do benefício. Analisam-se as sistemáticas processuais penais vigentes e a indubitável influência gerada sobre a validade dos mecanismos de consenso. É preciso sugerir, pois, a existência de uma modalidade efetiva de atuação defensiva para a produção probatória no curso do procedimento, tendo em vista a sua sumarização simplista. Examinam-se, ainda, os riscos para os quais alerta o acordo de não persecução penal da forma pela qual está instituído, em especial a coação advinda da conduta do órgão acusatório e o valor probatório pleno conferido à confissão. Adota este trabalho o método hipotético-dedutivo, perseguindo, a partir da análise doutrinária, a melhor construção legislativa e prática do instituto.

Palavras-chave: Investigação criminal defensiva. Acordo de não persecução penal. Justiça penal negociada. Garantias constitucionais.

ABSTRACT

The article proposes an analysis on the Institute of the non-criminal prosecution agreement into the brazilian legal system, considering the still present inquisition systematic under which the means of evidence production are used to substantiate the means to offer such benefit. The current criminal procedural systems and its the undoubted influence generated on the validation of consensus mechanisms are analyzed. Therefore, it's necessary to suggest the existence of an effective modality of defensive action on the evidence production during the course of the procedure, considering its simplistic summarization. It also examines the risks that the non-prosecution agreement alerts on the way in which it is instituted, specially when it comes to coercion arising from the prosecutor's conduct and the full probative value conferred to the confession. The hypothetical-deductive method was chosen for this research, pershing, based on doctrinal analysis, the best legislative and practical construction of the institute.

* Graduanda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.
email: giovanna.ttodeschini@gmail.com

** Professora orientadora do presente trabalho. Mestra em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Professora de Direito Penal da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.
email: fernanda.osorio@pucls.br

Keywords: Criminal defensive investigation. Non-criminal prosecution agreement. Criminal justice negotiation. Constitutional guarantees.

1 INTRODUÇÃO

Baseado em um sistema de matriz constitucional acusatória, o processo penal se desenvolve, tradicionalmente, através de um longo e burocrático procedimento destinado à perseguição da verdade e, ao final, à prolação de uma sentença para que, quando necessário, seja aplicada a sanção. Evidentemente que a totalidade desse procedimento, porquanto bastante burocratizado, ocasiona na morosidade do aparato jurídico e acarreta na congestão do Poder Judiciário, que passa a se tornar cada vez mais sobrecarregado e custoso ao Estado.

Em gravame a essa situação, o Direito Processual Penal, influenciado por forte tendência utilitário-economicista, passou a firmar estrita aproximação ao modelo negociado de justiça penal. Certamente reflexo de uma sociedade voltada para a expansão do Direito Penal, essa orientação surgiu a partir de um critério oportunista, no intuito de desafogar o sistema judicial de forma célere e pouco onerosa, de modo a afastar o sentimento geral de impunidade, que se traduz na sensação de insegurança e descrédito nas instituições punitivas.

Nesse sentido, passaram a ser instituídos, no ordenamento jurídico pátrio, meios alternativos à persecução penal, capazes de permitir, além da desburocratização do processo, a participação efetiva do acusado na solução do conflito, com fulcro na noção de autonomia da vontade. É nessa conjuntura que se coloca o acordo de não persecução penal, incorporado ao Código de Processo Penal através da Lei n.º 13.964/2019.

À primeira vista, a alternativa parece ser de extrema eficácia, entretanto, a utilização dessa forma de consenso no sistema processual brasileiro, da maneira como está posta, suscitou inúmeras reflexões críticas dentre os processualistas mais voltados para a defesa das garantias individuais intrínsecas ao procedimento de aplicação da pena¹. É por essa perspectiva que se entende: há de serem debatidas as problemáticas advindas da adoção do acordo de não persecução penal e de sua adesão ao cenário nacional, principalmente em razão da ainda permanente codificação penal cercada por princípios inquisitórios.

Com efeito, o desaparecimento do processo judicializado, conforme proposto pelo instituto de barganha que ora se pretende analisar, acarreta, também, no esgotamento da defesa, sendo imprescindível que se questione acerca da renunciabilidade de determinados direitos. Remete-se aqui, ao entendimento de que o procedimento sumarizado tem como base o inquérito policial, elemento que contém viés tipicamente inquisitório.

Para a elaboração do estudo, partir-se-á de algumas considerações sobre a ainda remanescente sistemática inquisidora que permeia o procedimento preliminar no Brasil. Propor-se-á, para tanto, uma análise comparativa entre as disposições que regem o inquérito policial e o paradigma garantista imposto pela Constituição Federal. Tecidas as ponderações gerais, apresentar-se-á o instituto da investigação criminal defensiva, destacando sua perspectiva de essencialidade em meio às novas diretrizes trazidas pelo consenso no processo penal. Passo seguinte, discutir-se-á o acordo de não persecução penal, sua funcionalidade e contexto de aplicação. Nesse cenário, abordar-se-á uma visão crítica sobre as problemáticas do instituto, perpassando-se pela análise da prova produzida no inquérito; pela coação advinda da atuação ministerial; assim como pela hipervalorização da prova obtida pela confissão.

¹ NADERLLI, Marcela Alves Mascarenhas. Expansão da justiça negociada e as perspectivas para o processo justo: a plea bargaining norte-americana e as suas traduções no âmbito da civil law. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. Rio de Janeiro, v. 14, p. 331-365, 2014. p. 356.

2 SISTEMÁTICA INQUISTORIAL DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

A afirmação acerca da existência de desigualdades materiais capazes de desfavorecer o acusado no curso do processo penal brasileiro é recorrente nas discussões que envolvem o ordenamento jurídico pátrio vigente. Dentre essas desvantagens, provavelmente a mais significativa está situada, justamente, no âmbito da fase de investigação preliminar do delito, oportunidade em que são promovidas diligências destinadas à colheita de elementos informativos acerca da autoria e materialidade da infração².

2.1 Considerações Iniciais Acerca da Estrutura do Processo Penal Brasileiro

O irrefutável reconhecimento acerca do caráter inquisitório presente no Código de Processo Penal advém, conforme assevera Giacomolli³, das influências sociopolíticas da época em que elaborado o diploma. No tópico, conforme destaca o autor, as convicções do período impunham à sociedade o dever de ordem e disciplina, sendo que, no âmbito processual penal, a repercussão desse movimento se deu através da neutralização do imputado em face do poder acusatório estatal. Nesse sentido, o investigado passou a ser percebido como mero submisso às necessidades acusatórias, persecutórias e punitivas, sendo que a sistemática penal tornou-se uma extensão da força autoritária governamental.

Conforme a lógica exposta, não só o réu passou a ser visto como inimigo do Estado, mas também a sua defesa restou tachada como instituição atuante em desconformidade com os interesses sociais e governamentais. É em decorrência dessa lógica que surgiram os anseios por uma força repressiva a fim de neutralizar o dito inimigo, bem como de manter a ordem e a disciplina. A partir dessa perspectiva político-ideológica que o modelo inquisitorial passou a integrar o sistema processual penal brasileiro⁴.

Incontestável é que, com a democratização da sistemática política, através do advento da Constituição Federal de 1988, passou-se a conferir ao imputado garantias inerentes a um processo penal orientado pelo viés acusatório, ainda que as disposições inquisitoriais nunca tenham deixado de constar na legislação infraconstitucional⁵. Dessa forma, constata-se que à forma do sistema acusatório se agregam elementos inquisitoriais, resultando em uma configuração mista ao sistema processual penal brasileiro⁶. Ou seja, tratando-se objetivamente e a partir de uma perspectiva constitucional, o caráter inquisitório estará explícito na primeira fase do procedimento – investigação preliminar – e a qualidade acusatória, na segunda – ação penal propriamente dita.

² MALAN, Diogo. Investigação Defensiva no Processo Penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 96, p. 279-309, 2012. p. 279.

³ GIACOMOLLI, Nereu José. Algumas Marcas Inquisitoriais do Código de Processo Penal Brasileiro e a Resistência às Reformas. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 143-165, 2015. p. 145-149

⁴ GIACOMOLLI, Nereu José. Algumas Marcas Inquisitoriais do Código de Processo Penal Brasileiro e a Resistência às Reformas. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 143-165, 2015.

⁵ Embora o estudo ora proposto esteja restrito à análise do panorama geral acerca da natureza sistemática processual penal vigente no Brasil, importa ressaltar que todos os dispositivos do Código de Processo Penal dotados de natureza inquisitória são, substancialmente, inconstitucionais e devem ser rechaçados. (LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 93-94).

⁶ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 46, n. 183, p. 103-115, jul./set. 2019. p. 109.

2.2 O Inquérito Policial, Inquisitorialidade e a Tentativa de Superação A Partir do Paradigma Constitucional

Como visto, o principal marco inquisitorial existente no processo penal está na investigação preliminar, procedimento administrativo pré-processual realizado, por regra, pela polícia judiciária e materializado, normalmente, através do inquérito policial. Tal instrumento, de fundamento existencial garantista, tem por objetivo dar início à primeira fase da persecução penal, procurando desenvolver um conjunto de atividades suficientes para averiguar indícios sobre a autoria e a materialidade de um fato aparentemente delituoso reportado.

Em suma, presta-se o instrumento a reunir todas as provas preliminares que sejam suficientes para dar segurança à ação penal. Concluído, o inquérito é encaminhado ao Ministério Público – ou ao particular, quando se tratar de ação privada – para que, da percepção dos elementos colhidos, formule sua convicção a fim de levar, ou não, o caso adiante⁷.

Nesse sentido, conforme assevera Carnelutti⁸, o procedimento preparatório preventivo é um obstáculo a ser superado antes da instituição do processo, não sendo, portanto, uma mera preparação ao procedimento definitivo. É a partir dessa premissa que o inquérito policial pode ser visualizado como um elemento instrumental ao processo penal em espécie, sendo destinado a evitar a instauração da demanda judicializada em prejuízo de um inocente, ainda que o resultado do processamento seja, eventualmente, a ele favorável.

O Inquérito Policial é regido por diretrizes positivadas, tanto no Código de Processo Penal, quanto na Constituição Federal, onde constam as normas específicas que versam sobre a investigação criminal preliminar. Em acréscimo, há a afirmação de um paradigma constitucional que elenca conceitos humanizantes e garantistas a serem aplicados ao processo criminal no seu todo, isso é, tanto na etapa instrutória, quanto na judicializada⁹.

Em contrapartida, embora consonante a aceitação teórica das garantias constitucionais previstas¹⁰, a problemática do tema se instaura na concretização e aplicação dessas disposições. Sendo assim, conforme assevera Saad¹¹, o inquérito policial, assim como as demais formas existentes de persecução penal preliminar, são reiteradamente interpretados de

⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **O valor da confissão como meio de prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 188.

⁸ CARNELUTTI, Francesco *apud* LOPES JÚNIOR, Aury. A crise do Inquérito Policial: Breve Análise dos Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal. **Revista Síntese Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, n. 4, p. 44-60, out./nov. 2000. p. 42.

⁹ MENDES, Gerri Adriani. **O paradigma constitucional da investigação criminal**. 2010. Tese (Mestrado em Ciências Criminais) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2010. p. 135.

¹⁰ São alguns dos preceitos e garantias humanizantes dos quais se fala: (a) dignidade da pessoa humana; (b) prevalência dos direitos humanos; (c) ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; (d) 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; (e) são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos; (f) ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; (g) ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei; (h) o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado; (i) o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial. (BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 ago. 2020).

¹¹ SAAD, Marta *apud* MENDES, Gerri Adriani. **O paradigma constitucional da investigação criminal**. 2010. Tese (Mestrado em Ciências Criminais) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2010. p. 135.

forma a restringir as garantias constitucionais conferidas ao imputado, reduzindo-se, praticamente a nada, o direito ao contraditório e à ampla defesa, que são abalizados somente após a conclusão do procedimento de persecução penal prévia. Justifica-se o sacrifício de tais prerrogativas constitucionais através da necessidade de colheita célere de elementos de convicção, situação que confere ao procedimento, necessariamente, caráter de menor formalização¹².

Nesse sentido, é evidente que a decorrência legal direta dessas violações, ainda que parciais, gera a inobservância do princípio do devido processo legal. A principal violação a ser aqui destacada diz respeito ao direito ao contraditório e à ampla defesa, ambos previstos no Art. 5.º, LV, da Constituição Federal. Sem embargo, é necessário esclarecer que, embora existente o posicionamento genérico e, praticamente, consolidado da doutrina sobre a completa inobservância desses direitos, em específico, no inquérito policial, Lopes Júnior afirma que tal entendimento é infundado¹³.

A esse respeito, no que se concerne ao contraditório conferido ao acusado, nota-se que o preceito materializa-se através da possibilidade de acesso aos autos pelo defensor. Conforme dispõe o Art. 7.º, XXI, *a*, da Lei n.º 8.906/94, alterado pela Lei n.º 13.245/2016, é faculdade do procurador constituído a apresentação de razões e quesitos no curso da apuração das circunstâncias fáticas e existências do delito¹⁴. A essa disposição, se acrescenta o recente Provimento n.º 188/2018, da Ordem dos Advogados do Brasil, que versa sobre a prerrogativa do advogado de realizar diligências investigatórias no curso investigação criminal¹⁵. No que tange ao direito à defesa, apesar de não ser amplo, como determina a Carta Magna, a manifestação se dá através da possibilidade do imputado exercer sua autodefesa, tanto positiva, quanto negativa, além de poder fazer-se acompanhado de advogado durante os atos procedimentais, sendo que a defesa técnica poderá intervir ao final do interrogatório, bem como postular a realização de diligências e a juntada de documentos.

Ingênuo seria, nesse contexto, crer que os poderes e faculdades aqui expostos preservam suficientemente as garantias constitucionais e asseguram o desenvolvimento de um procedimento preliminar igualitário. Para a adequação ao devido processo penal acusatório – conforme previsto na Constituição Federal – seria necessária a aplicação de um conjunto mínimo de garantias na fase de investigação preliminar, quais sejam: direito ao silêncio; direito à informação; equilíbrio entre publicidade e sigilo; tutela à intimidade; presunção de inocência; direito à defesa técnica; e direito de não produzir prova contra si. Somente assim, observadas integralmente tais garantias, estaria posto o devido refreamento do poder estatal em face da observância do conjunto de garantias mínimas a serem respeitadas para a estruturação de um devido processo legal¹⁶.

¹²BULHÕES, Gabriel; CAMARGO, Rogerio de Oliveira. Defesa Penal Efetiva no Brasil: Desafios da atuação Defensiva na Investigação Preliminar em Meio ao Sistema Acusatório. *In*: BALLESTEROS, Paula; GONZÁLEZ, Leonel. **Desafiando a inquisição**: ideias e propostas para a reforma processual penal no Brasil. Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, p. 85-99, 2019. v. 3, p. 92.

¹³LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 172-173.

¹⁴Art. 7º, XXI, da Lei n.º 8.906/94: São direitos do advogado: assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração: a) apresentar razões e quesitos. (BRASIL. **Lei n.º 8.906, de 4 de julho de 1994**. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Brasília, 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18906.htm. Acesso em: 10 ago. 2020).

¹⁵ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Provimento n.º 188/2018**. Brasília, 2018. Disponível em: <https://www.oab.org.br/leisnormas/legislacao/provimentos/188-2018>. Acesso em: 10 ago. 2020.

¹⁶CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

Assim sendo, diante da tremenda falta de rigidez procedimental, especialmente quando se observa a dissonância estabelecida entre as previsões do Código de Processo Penal e da Constituição Federal, é imperativo o surgimento de uma margem ao descompromisso com as garantias fundamentais em geral¹⁷. Calha evidenciar que, embora a presença das referidas garantias na fase preliminar do processo criminal, a baixíssima aderência ao exercício de defesa e contraditório no curso da apuração pré-processual faz com que remanesçam severas limitações que resultam no abalizamento da eficácia de tais preceitos constitucionais.

2.3 Direito de Defender-se Provando: A Relevância da Investigação Criminal Defensiva

Evidentemente que os direitos conferidos aos acusados, através da Constituição Federal, não se esgotam em seu teor literal, inclusive, é da ampla defesa que decorrem outros consectários lógicos também de cariz constitucional¹⁸. Assim, muito embora a Carta Magna tenha instituído um novo paradigma de garantias aos indivíduos no processo penal, ainda são escassos os efeitos surtidos no âmbito da investigação preliminar, que se mantém regida por práticas inquisitoriais e autoritárias, conforme visto¹⁹.

Abnitio, entende-se que o problema central que versa a questão diz respeito aos consectários práticos decorrentes da imprecisão das diretrizes a serem seguidas no desenrolar do procedimento investigativo. Perpassa diretamente desse fenômeno a discricionariedade da autoridade policial, porquanto os membros integrantes da instituição ficam autorizados a proceder com significativa liberdade no decorrer da apuração prévia do possível crime cometido. Observa-se, no tópico, que a polícia concentra o poder de direção do inquérito, estando apta a gerir diligências e indeferir requerimentos, sempre que parecerem prejudiciais à perquirição²⁰.

Ao contrário da fase judicial, o procedimento preliminar não prevê formalidades, razão pela qual, conforme já abordado, a autoridade policial poderá proceder com discricionariedade, porquanto estará autorizada a adotar as diligências que entender necessárias em cada caso concreto. Para tanto, as disposições que tangem quanto as atividades policiais a serem desenvolvidas²¹, no curso do inquérito, correspondem a um rol exemplificativo, sendo sua realização mera faculdade²². Aqui, a ausência de um formato procedimental rígido, somada a conseqüente liberdade policial para gerir os elementos da

¹⁷BULHÕES, Gabriel; CAMARGO, Rogerio de Oliveira. Defesa Penal Efetiva no Brasil: Desafios da atuação Defensiva na Investigação Preliminar em Meio ao Sistema Acusatório. In: BALLESTEROS, Paula; GONZÁLEZ, Leonel. **Desafiando a inquisição**: ideias e propostas para a reforma processual penal no Brasil. Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, p. 85-99, 2019. v. 3.

¹⁸MALAN, Diogo. Investigação Defensiva no Processo Penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 96, p. 279-309, 2012. p. 83.

¹⁹BULHÕES, Gabriel; CAMARGO, Rogerio de Oliveira. Defesa Penal Efetiva no Brasil: Desafios da atuação Defensiva na Investigação Preliminar em Meio ao Sistema Acusatório. In: BALLESTEROS, Paula; GONZÁLEZ, Leonel. **Desafiando a inquisição**: ideias e propostas para a reforma processual penal no Brasil. Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, p. 85-99, 2019. v. 3, p. 85.

²⁰RANGEL, Paulo *apud* BULHÕES, Gabriel; CAMARGO, Rogerio de Oliveira. Defesa Penal Efetiva no Brasil: Desafios da atuação Defensiva na Investigação Preliminar em Meio ao Sistema Acusatório. In: BALLESTEROS, Paula; GONZÁLEZ, Leonel. **Desafiando a inquisição**: ideias e propostas para a reforma processual penal no Brasil. Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, p. 85- 99, 2019. v. 3, p. 38.

²¹Vide Art. 6º e 7º, ambos do Código de Processo Penal. (BRASIL. **Decreto-Lei n.º 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 10 ago. 2020).

²²GONÇALVES, Gustavo Santana. **Acordo de Não-Persecução Penal**: análise da compatibilidade principiológica e aspectos legais do novo meio de resolução de conflitos penais. 2020. Trabalho de Conclusão de Curso (Ciências Jurídicas e Sociais) - Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2020. p.16.

investigação, conferem outra margem ao descompromisso para com as garantias fundamentais do imputado.

Por certo, a polícia judiciária poderá se valer de tamanha autonomia para diligenciar perante as disposições da codificação processual penal brasileira, o que acaba por asseverar a violação dos direitos de defesa a serem conferidos ao imputado, assim como formalizar a influência direta da acusação no curso do inquérito. São nesses termos que se destacam as previsões do Art. 13, II e do Art. 14²³, ambos do Código de Processo Penal, uma vez que fica acertada a facultatividade da realização das diligências postuladas pela defesa e determinada a obrigatoriedade da efetivação dos pleitos acusatórios.

Outrossim, ainda que seja considerada um órgão imparcial, porquanto não mantém qualquer ajuste com as partes, não é incerto afirmar que a polícia desempenha função relacionada com o efetivo exercício do poder punitivo estatal. Indubitavelmente, essa assertiva vem acompanhada de uma análise geral e panorâmica em relação ao funcionamento da sociedade. Não é novidade dizer que o interesse público acaba por pressionar o órgão investigatório – e também o acusatório – para um desfecho célere, situação que dificulta a abordagem dos fatos através de todas as possibilidades investigativas, e desconsidera, por certo, os preceitos constitucionais básicos para a conclusão da investigação.

Em acréscimo, destaca-se a participação ativa que o procedimento confere ao Ministério Público quanto instituição apartada. Nesse sentido, tem-se que o *Parquet*, ainda que não possa assumir a titularidade do inquérito, porquanto possui participação secundária e acessória, está autorizado a requerer a instauração do procedimento, assim como a acompanhar o desenvolvimento da atividade policial no curso da investigação²⁴.

Possível, portanto, a clara percepção de uma disputa desigual entre as partes. Ferrajoli, sobre o assunto, leciona que para uma contenda leal e paritária, é imprescindível a perfeita igualdade entre os envolvidos. Assim sendo, o autor enfatiza que a defesa deve ser dotada das mesmas capacidades e dos mesmos poderes da acusação, devendo, ainda, o papel contraditor de ambos os envolvidos na demanda ser admitido em todo o estado e grau do procedimento, bem como em relação a cada ato probatório singular²⁵.

A importância em se atribuir à defesa a possibilidade de produzir provas, junto do órgão acusatório, da polícia judiciária e, em alguns casos, do juiz, está na abrangência de elementos relevantes para a garantia do devido processo legal. Nesse sentido, conforme assevera Malan²⁶, o direito à produção de provas defensivas não está limitado à possibilidade de convencer o magistrado, exclusivamente, através de manifestações diretas, como é o caso da sustentação oral e dos memoriais escritos, mas também abrange o direito de produção de elementos para fins de corroborar suas manifestações.

Reconhecendo-se, ainda na fase preliminar, a importância de uma atuação adversarial, surge a investigação criminal defensiva, dotada de uma perspectiva de litigância e destinada a estabelecer, através da outorga de poderes investigativos ao acusado e seus representantes

²³Art. 13. Incumbirá ainda à autoridade policial: II - realizar as diligências requisitadas pelo juiz ou pelo Ministério Público. Art. 14. O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade (BRASIL. **Decreto-Lei n.º 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 10 ago. 2020).

²⁴LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva 2017. p. 123.

²⁵FERRAJOLI, Luigi *apud* DIAS, Gabriel Bulhões Nóbrega. A advocacia criminal, a investigação defensiva e a luta pela paridade de armas. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 150, p. 145-187, dez. 2018. p. 148.

²⁶MALAN, Diogo. Investigação Defensiva no Processo Penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 96, p. 279-309, 2012. p. 281-282.

legais, a promoção igualitária da gestão da prova²⁷. Define-se, para tanto, o uso da investigação defensiva como uma alternativa à promoção de paridade entre acusação e defesa, garantia intrínseca à observância do sistema acusatório.

Nessa toada, Binder define o pressuposto da defesa penal efetiva como condição prévia ao desempenho eficaz das garantias decorrentes da afirmação de um juízo justo. Assevera o autor que é inviável o reconhecimento do exercício pleno das garantias judiciais quando não estiver assegurada, desde a apuração preliminar, uma defesa penal, na medida em que tal fato exigirá a presunção de que as autoridades policiais, assim como o Ministério Público, tenham praticado seus atos com absoluta isenção, situação que, evidentemente, não é uma realidade da investigação preliminar no Brasil²⁸.

A expressão do tema não só diz respeito à participação ativa do imputado e seu representante legal nos atos processuais para a salvaguarda dos direitos constitucionalmente garantidos ao investigado, mas também impõe relevância quanto ao aspecto do controle da legalidade nas persecuções penais, principalmente diante das atuais mudanças estipuladas, conforme abordaremos mais adiante. Dessa forma, atrela-se à investigação defensiva uma finalidade preventiva, servindo como forma de fomentar, através do controle externo, a legalidade na atuação dos agentes estatais, bem como de maneira a viabilizar responsabilizações pelos eventuais, e digam-se, comuns desvios e excessos cometidos pelos agentes do Estado²⁹.

Conforme essa perspectiva, diferentes movimentos políticos criminais contemporâneos, assim como doutrinários, fundamentam a necessidade de instituição de reformas que passem a concretizar as normas que atribuem ao particular a possibilidade de intervir nos atos de investigação preliminar. A adoção do instituto, certamente, causaria impacto direto na prestação do serviço jurisdicional, assim como na concretização de garantias e direitos, tudo através do fortalecimento de princípios constitucionais como a ampla defesa e o contraditório³⁰. É por essa perspectiva que entende-se: a garantia da paridade de armas no desenvolvimento do processo penal é decorrente de uma necessidade democrática e implica que nenhuma das partes poste-se em posição desvantajosa em relação à outra³¹.

3 JUSTIÇA PENAL CONSENSUAL

Visando a análise acerca da repercussão gerada pela instituição e pela ascensão do direito consensual criminal na sociedade brasileira, é necessária, antes de tudo, a compreensão do instituto da negociação da sentença penal no Direito brasileiro. Ainda que sua evidente

²⁷BULHÕES, Gabriel; CAMARGO, Rogerio de Oliveira. Defesa Penal Efetiva no Brasil: Desafios da atuação Defensiva na Investigação Preliminar em Meio ao Sistema Acusatório. In: BALLESTEROS, Paula; GONZÁLEZ, Leonel. **Desafiando a inquisição**: ideias e propostas para a reforma processual penal no Brasil. Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, p. 85-99, 2019. v. 3, p. 86.

²⁸BINDER, Alberto *apud* BULHÕES, Gabriel; CAMARGO, Rogerio de Oliveira. Defesa Penal Efetiva no Brasil: Desafios da atuação Defensiva na Investigação Preliminar em Meio ao Sistema Acusatório. In: BALLESTEROS, Paula; GONZÁLEZ, Leonel. **Desafiando a inquisição**: ideias e propostas para a reforma processual penal no Brasil. Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, p. 85-99, 2019, v. 3, p. 90.

²⁹DIAS, Gabriel Bulhões Nóbrega. A advocacia criminal, a investigação defensiva e a luta pela paridade de armas. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 150, p. 145-187, dez. 2018. p. 148-149

³⁰DIAS, Gabriel Bulhões Nóbrega. A advocacia criminal, a investigação defensiva e a luta pela paridade de armas. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 150, p. 145-187, dez. 2018. p. 148.

³¹BALDAN, Édson Luís *apud* BULHÕES, Gabriel; CAMARGO, Rogerio de Oliveira. Defesa Penal Efetiva no Brasil: Desafios da atuação Defensiva na Investigação Preliminar em Meio ao Sistema Acusatório. In: BALLESTEROS, Paula; GONZÁLEZ, Leonel. **Desafiando a inquisição**: ideias e propostas para a reforma processual penal no Brasil. Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, p. 85-99, 2019. v. 3, p. 90.

adesão pelo ordenamento jurídico pátrio esteja materializada através de diferentes formas, a análise proposta no presente artigo está estritamente direcionada ao instituto do acordo de não persecução penal.

3.1 A Codificação Penal Brasileira em Busca do Consenso

Evidentemente que a tendência pelo consenso da sentença criminal surgiu através da importação, aparentemente exitosa, da experiência anglo-americana³² para com o instituto, sendo recebido de forma calorosa tanto pela doutrina, quanto pela jurisprudência nacional. A despeito da premissa constitucional já analisada, na qual se impõe que a jurisdição penal esteja, necessariamente, vinculada às garantias fundamentais descritas pela Carta Magna³³, a sistemática jurídico-penal, de forma geral, passou a revelar intenso afincamento para com a expansão do controle punitivo estatal, mesmo que para tal efetivação fossem ultrapassadas certas garantias conferidas aos réus.

Nesse sentido, para fins de estabelecimento de um panorama geral acerca da situação, é imperativa a alusão dos crescentes anseios sociais para a prevenção e reprovação do crime, tendência que acaba sendo impulsionada pelo Poder Legislativo, o qual passou a implementar leis cujo único e exclusivo viés é o de adiantar as barreiras de punição através do aumento das reprimendas previstas em abstrato, assim como pela metamorfose do sujeito em *res*, porquanto as regras penais e processuais penais criadas são estritamente antecipatórias da punibilidade e restritivas dos direitos e garantias. Nessa trajetória, a aludida radicalização do Direito Penal do risco passou a impor ao processo penal a adoção de mecanismos promissores no sentido de garantir celeridade no processamento da ação e suavizar quantitativamente as demandas operadas pelo Poder Judiciário, viés esse que passa a afirmar o modelo de justiça negociado como mecanismo de prontidão e eficiência do resultado, principalmente porque à sistemática do consenso é atribuído o caráter resolutivo do conflito estabelecido entre garantias e eficiência.

A título ilustrativo acerca do percurso legislativo percorrido pelo ordenamento jurídico brasileiro ao encontro da desburocratização processual, cumpre destacar o advento Lei n.º 9.099/1995, pioneira na instauração do modelo de justiça negociada na legislação pátria, a qual incorporou, em meio a outras providências despenalizadoras, a transação penal³⁴ e a suspensão condicional do processo³⁵. Na mesma toada prosperou a Lei n.º 12.850/2013, inteligência que positiva e regulamentariza o instituto da colaboração premiada³⁶ no âmbito das organizações criminosas. Mais recentemente, importada através da Resolução n.º 181, de

³²Aqui, se fala em êxito meramente aparente, porquanto é sabido que, nos Estados Unidos da América, por exemplo, o sistema de acordo em matéria penal passou a prestar-se ao cometimento de diferentes abusos, já que a sistemática transformou-se em expediente destinado a superar a excessiva carga de trabalho da justiça, ficando o mérito das imputações em plano menos relevantes. (DALEY, Richard *apud* REALE JÚNIOR, Miguel. Simplificação Processual e Desprezo ao Direito Penal. **Doutrinas Essenciais Processo Penal**, v. 1, p. 231-245, jun. 2012. p. 232-233. Disponível em: <https://bit.ly/3kS9Npu>. Acesso em: 19 out. 2020).

³³COSTA, Victor Cezar Rodrigues da Silva; RIBEIRO, Leo Maciel Junqueira. Acordo de não persecução penal: um caso de direito penal das consequências levado às últimas consequências. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 161, p. 249-276, nov. 2019. p. 249-250

³⁴Importa em instituto pré-processual no qual o acusado estabelece, quando fracassada a tentativa de composição civil, e desde que presentes os requisitos legais, acordo com o Ministério Público, beneficiando-se com a imposição de reprimenda mais célere e branda, tal como pena restritiva de direitos ou multa, condição que interrompe o oferecimento da denúncia.

³⁵Cuida-se de mecanismo destinado, após o recebimento da denúncia, à paralisação do procedimento durante período no qual o acusado aceita submeter-se a determinadas condições que, se atendidas, promovem a extinção de sua punibilidade e, conseqüentemente, do processo.

³⁶Trata-se de negócio jurídico processual consistente na contribuição fornecida, mediante concessões premiaias no plano do apenamento, por parte do investigado ou do processado criminalmente.

07 de agosto de 2017, o Conselho Nacional do Ministério, a Lei n.º 13.964/2019 introduziu ao Código de Processo Penal, por meio do Art. 28-A, o acordo de não persecução penal, instituto que será tratado na sequência.

3.2 A Problemática dos Mecanismos de Negociação Criminal sob a Perspectiva Acusatória

Preliminarmente, vale destacar que a análise ora proposta pretende ultrapassar a experiência internacional em relação aos mecanismos do consenso penal, principalmente porquanto interessa o estudo acerca da aplicação da sistemática à codificação jurídica pátria. Dessa forma, o presente ensaio se faz restrito à eficácia do instituto aplicado à experiência no Brasil.

Portanto, ante a exposição acerca das transformações sociais e, conseqüentemente, jurídicas causadas pelos mecanismos de mediação penal, torna-se imperativo evidenciar a tendência antigarantista impulsionada pela criação de tais ferramentas processuais manifestamente autoritárias. Não fossem prejudiciais o bastante à tutela das disposições constitucionais, as engrenagens ora referidas são capazes de gerar efeitos ainda mais drásticos quando inseridas em um panorama processual penal de matriz histórico-político inquisitiva, como é o caso da experiência brasileira.

A microssistemática advinda pela concretização prática dos mecanismos de barganha, conforme enfatiza Lopes Júnior, não é concebida pelo modelo acusatório proposto pela Constituição Federal. Para tanto, atribui aos institutos consensuais o caráter violador de, pelo menos, seis princípios basilares para a estruturação do garantismo constitucional, quais sejam: o princípio da jurisdicionalidade, da inderrogabilidade do juízo, da presunção de inocência, do contraditório, da fundamentação das decisões judiciais e, por fim, da separação da atividade de julgar e acusar³⁷. Verifica-se, portanto, que os anseios gerados pela oportunidade, intrínseca à justiça consensual tornou-se suficiente para que fosse operada a renúncia dos direitos e garantias processuais próprios à superação do processo inquisitório.

Dentre as citadas distorções acusatórias ocasionadas pela barganha, grande impacto acaba por ser verificado quando da abordagem relativa à temática dos acordos sobre objeto do processo penal, porquanto inviáveis. Evidentemente que, em se tratando de consenso entre autor e réu, se torna imperativa a proeminência das partes envolvidas no processo em detrimento do julgador, que se mantém praticamente inerte ante a disponibilidade do objeto processual. Assim, verifica-se que a negociação criminal sugere a criação de uma órbita extremamente compatível com a presença de uma lide processual penal na qual o acusador – Ministério Público ou querelante – está habilitado ao exercício de uma pretensão punitiva³⁸. É também nesse sentido que a negociação criminal contradiz não só as premissas do modelo acusatório, mas também os contornos do processo penal como um todo³⁹.

Em suma, a pretensão caracterizadora da intenção processual penal do Ministério Público é acusatória e não punitiva, razão pela qual não há se falar em lide no âmbito do processo penal, porquanto o poder punitivo somente se realizará quando da intervenção do Estado-Juiz, titular soberano do poder de penalizar, sobre o *ius ut procedatur*⁴⁰. Forte nessa

³⁷LOPES JÚNIOR, Aury *apud* MALACARNE, Emília Klein; TOVO, Antônio. A marcha triunfal dos institutos transplantados no processo penal brasileiro: passado, presente e futuro. *In*: CAVALCANTI, Fabiane da Rosa; FELDENS, Luciano; RUTKE, Alberto. **Garantias Penais: Estudos Alusivos Aos 20 Anos De Docência Do Professor Alexandre Wunderuch**. Porto Alegre: Boutique Jurídica, 2019. p. 75-97.

³⁸LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva 2017. p. 172-173.

³⁹VASCONCELLOS, Vinicius 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**, São Paulo, v. 953, p. 261-279, mar. 2015. p. 263.

⁴⁰ Leia-se: direito potestativo de acusar – pretensão acusatória.

perspectiva, é inconcebível a ideia de pena fixada pela voluntária submissão do réu, mormente porque a legislação pátria é regida pelo princípio da necessidade⁴¹.

Nessa diapasão, caminhou bem Reale Júnior⁴² ao apontar que as decorrências causadas pelas mudanças legislativas impulsionadas pelo entusiasmo efficientista ultrapassaram o Direito Penal em detrimento do valor atribuído à justiça célere e econômica. É nesse sentido que o autor aponta o instituto ora analisado como sendo o responsável pelo rompimento da necessária intersecção entre o Direito Penal em espécie e o Direito Processual Penal, especialmente porque o processo nada mais é do que o meio legitimado para, a partir de uma hipótese viável da existência de um crime, buscar a comprovação dos elementos essenciais da estrutura do delito apurado no caso concreto. A esse respeito, segue o autor no sentido de afirmar que o processo não pode ser operado, isoladamente, como um fim em si próprio. O modelo negocial é, portanto, um fenômeno processual legitimamente questionável a partir de uma perspectiva processual-democrática⁴³.

Ainda, consectário relevante ocasionado pelos mecanismos consensuais e os acordos no processo penal brasileiro é o risco gerado à obtenção da verdade processual, isso pois a verdade perseguida pelo processo está dissociada do ideal utópico de conformidade estrita para com a realidade. A verdade processual traduz-se em uma modalidade sempre contingente, relativa e limitada a tudo aquilo o que se conhece, razão pela qual é destinada à aproximação, e estruturada a partir de uma certeza jurídica⁴⁴.

Visto assim, a preocupação do Estado, ao se valer do consenso, não é para com a perseguição da verdade, mas tão somente para com as providências voltadas para estabelecer as condições capazes de possibilitar que as partes interessadas prossigam em favor de seus interesses individuais⁴⁵. De tal maneira, a drástica redução da atividade probatória que o consenso firmado entre as partes é capaz de gerar acaba por promover ambiente permeável à condenação de inocentes.

Congruente, portanto, afirmar que a barganha não é decorrência lógica e necessária de um modelo acusatório, estando estritamente alinhada com a essência inquisitiva. Trata-se, evidentemente, de uma versão atualizada e refinada da inquisição⁴⁶.

4 O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Introduzido originalmente através da Resolução n.º 181/201, emitida pelo Conselho Nacional do Ministério Público, o acordo de não persecução penal, conforme já mencionado anteriormente, é uma das engrenagens de barganha instituídas na legislação pátria. Foi

⁴¹Conforme definição trazida por Aury Lopes Júnior, o princípio da necessidade refere o processo penal como o caminho necessário a ser percorrido para chegar-se à pena. Em assim sendo, assevera que “não existe delito sem pena, nem pena sem delito e processo, nem processo penal senão para determinar o delito e impor uma pena”. (LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva 2017. p. 34 e 49.

⁴²REALE JÚNIOR, Miguel. Simplificação Processual e Desprezo ao Direito Penal. **Doutrinas Essenciais Processo Penal**, v. 1, p. 231-345, jun. 2012. p. 237-238. Disponível em: <https://bit.ly/3kS9Npu>. Acesso em: 19 out. 2020).

⁴³VASCONCELLOS, Vinicius 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**, São Paulo, v. 953, p. 261-279, mar. 2015. p. 262.

⁴⁴Relevante enfatizar que a verdade processual não é, sob nenhuma hipótese, obtida mediante indagações inquisitivas alheias ao objeto processual, estando condicionada a si mesma pelos limites legais e do devido processo. (LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020).

⁴⁵VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro**. São Paulo: IBCCrim, 2015. p. 51.

⁴⁶LOPES JÚNIOR, AURY. In: VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro**. São Paulo: IBCCrim, 2015. p. 13.

incorporado ao Código de Processo Penal por meio da alteração legislativa ocasionada pela Lei n.º 13.964/2019 (Pacote Anticrime), a inteligência do Art. 28-A, do referido diploma legal.

Por persecução penal, entende-se o exercício da atividade estatal em busca da elucidação acerca da eventual existência e autoria de uma infração penal, sendo essa abordagem dividida entre a fase pré-processual - exercida pela polícia e concretizada através do inquérito policial - e a fase processual – desenvolvida perante o Poder Judiciário e materializada pelo processo acusatório⁴⁷. Assim, ainda que para a efetivação do acordo seja necessário tanto o desenvolvimento, quanto a conclusão da fase pré-processual⁴⁸, ele será proposto em momento que antecede o oferecimento da denúncia, sumarizando, para tanto, a segunda etapa persecutória.

Cuida o instituto, portanto, da possibilidade de celebração de acordo entre o Ministério Público e o suposto autor do fato delituoso, desde que devidamente assistido por seu defensor, no qual o investigado confessa formal e circunstancialmente a autoria do crime, sujeitando-se ao cumprimento de determinadas condições não privativas de liberdade para que, em troca, o caso penal não seja perseguido judicialmente. Trata-se, nesse sentido, de negócio jurídico de natureza extrajudicial⁴⁹.

Basicamente, o ajuste impõe a presença de quatro requisitos estritamente necessários para que possa ser positivado. Portanto, o Ministério Público – legitimado único para o oferecimento do acordo - deverá entender, primeiramente, pelo não arquivamento do inquérito, considerando suficientes à imputação do acusado os indícios de autoria e materialidade colhidos em Delegacia de Polícia (Art. 28-A, *caput*, CPP). Por aí, percebe-se que o acordo somente poderá ser celebrado quando for viável a instauração do processo penal. Em segundo, as observâncias dirão respeito ao tipo penal em que o indiciado ficou enquadrado, demandando o acordo que o crime possua pena mínima fixada em patamar inferior a quatro anos, observadas as causas de aumento e de diminuição aplicáveis ao caso (Art. 28-A, § 1º, CPP). Bem ainda, exige a disposição que o crime não tenha sido cometido mediante o emprego de violência ou grave ameaça à pessoa, pontuando-se para o entendimento de que a hostilidade da conduta deve ser advinda, necessariamente, do dolo⁵⁰ (Art. 28-A, *caput*, CPP). Necessário, também, que o acusado confesse a prática delituosa de maneira formal e detalhada⁵¹ (Art. 28-A, *caput*, CPP).

Será vedado, entretanto, o oferecimento do acordo nas hipóteses em que for cabível a transação penal (Art. 28-A, § 2º, I, CPP). Outro fator impeditivo de oferecimento do consenso será quando existirem elementos probatórios razoáveis para demonstrar que o imputado possui conduta criminal habitual, ressalvadas as situações em que as infrações penais pretéritas forem insignificantes⁵² (Art. 28-A, § 2º, II, CPP).

Negar-se-á, ainda, a propositura do acordo, quando se verificar que, nos cinco anos anteriores, o agente beneficiou-se de outra solução penal cooperativa, estando abrangido o acordo de não persecução penal, a transação penal ou a suspensão condicional do processo

⁴⁷AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho. Considerações processuais sobre os acordos previstos no projeto de Lei n.º 882/2019 (Projeto “Anticrime”). **Juris Plenum**, Caxias do Sul, n. 88, p. 43-58, jul. 2019. p. 44-45.

⁴⁸Nesse sentido, a doutrina aponta para um equívoco legislativo no momento da escolha do nome que rege o instituto, pois, em existindo informações enviadas ao acusador, por meio da realização de diligências policiais, ou não, a persecução penal foi, indiscutivelmente, iniciada.

⁴⁹LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de Processo Penal Comentado**. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 244.

⁵⁰A violência que impede o oferecimento do acordo será aquela presente na conduta, e não no resultado. Por essa razão, os crimes cometidos de forma culposa, mas com resultado violento, poderão ser contemplados pela barganha. (LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de Processo Penal Comentado**. Salvador: Juspodivm, 2020. p.249).

⁵¹NUCCI, Guilherme de Souza. **Pacote Anticrime Comentado**. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 60.

⁵²NUCCI, Guilherme de Souza. **Pacote Anticrime Comentado**. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 62.

(Art. 28-A, § 2º, III, CPP). Por fim, a última vedação prevista diz respeito aos casos que envolverem violência doméstica ou familiar, ou, ainda, quando forem cometidos contra a mulher em detrimento da condição específica do sexo feminino⁵³ (Art. 28-A, § 2º, IV, CPP).

Uma vez celebrado o acordo por escrito, e firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e pelo seu respectivo defensor (Art. 28-A, § 3º, CPP), será realizada audiência exclusivamente destinada à homologação judicial do termo. Neste ato, o juiz deverá verificar, através da oitiva do investigado, desde que na presença de seu defensor, a voluntariedade do acordo, com a intenção de avaliar a legalidade do ajuste (Art. 28-A, § 4º, CPP).

Conforme aferível, o juiz não participa propriamente do ajuste firmado entre as partes, sendo ativo apenas quando da homologação da avença. Cabe ao magistrado a atividade de analisar o acordo, na intenção de conter eventuais cláusulas inadequadas, insuficientes ou abusivas. Por essa razão, caso a autoridade entenda por uma dessas condições impróprias, determinará, havendo a concordância do investigado e de seu representante legal, a devolução dos autos ao Ministério Público para que reformule a proposta (Art. 28-A, § 5º, CPP). Caso o juiz ainda verifique alguma irregularidade ou ilegalidade nos termos do acordo, poderá recusar-se a efetivar a homologação (Art. 28-A, § 7º, CPP). Percebe-se, portanto, que o magistrado não está autorizado a intervir na redação final da proposta consensual, situação que acarreta manifesta violação ao sistema acusatório, tendo em vista a parcialidade objetiva ministerial, compreendido, *in casu*, como julgador⁵⁴.

Devolvida a proposta, o *Parquet* deverá fazer análise para fins de determinar o complemento das investigações ou, ainda, oferecer denúncia formal contra o investigado (Art. 28-A, § 8º, CPP). O instrumento para a impugnação da ação do juiz de não homologar o acordo, cabível tanto à defesa, quanto à acusação, é o recurso em sentido estrito.

Verificada a presença de todos os requisitos necessários, deverá o juiz homologar a avença. Através deste ato, os autos serão encaminhados ao Ministério Público, que dará início à efetivação do acordo perante o Juízo de Execução Penal (Art. 28-A, § 6º, CPP). Nesse momento, o signatário do termo passará a cumprir as condições a ele impostas, sendo que essas poderão ficar ajustadas de maneira alternativa ou cumulativa, conforme dispõe a lei. É do ato de homologação, também, que a vítima será intimada (Art. 28-A, § 9º, CPP).

No que diz respeito às condições a serem cumpridas pelo imputado, está presente a necessária reparação do dano causado à vítima ou a restituição da coisa, exceto quando não houver a possibilidade de fazê-la (Art. 28-A, I, CPP). Acresce ao rol previsto em lei a necessária renúncia voluntária aos bens e direitos indicados pela acusação como sendo instrumento, produto ou proveito do crime, não sendo essencial a demonstração de arrependimento do agente pela prática do crime (Art. 28-A, II, CPP). Ainda, outra circunstância passível de ser imposta é a prestação de serviços à comunidade ou à entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao crime, diminuída de um a dois terços (Art. 28-A, III, CPP). Outra conjuntura está relacionada ao pagamento de prestação pecuniária à entidade pública ou de interesse social, cujo montante variável de 01 a 360 salários mínimos guarda correspondência com o bem jurídico lesado pelo delito (Art. 28-A, IV, CPP). Por fim, a última determinação passível de prescrição pelo acordo de não persecução penal será o cumprimento, por prazo determinado, de outra condição imposta pelo *Parquet*, desde que proporcional e compatível com a infração penal abordada no caso concreto (Art. 28-A, V, CPP)⁵⁵.

Cumprido o acordo nos termos exatos conforme estabelecido, o agente terá declarada extinta sua punibilidade (Art. 28-A, § 13, CPP), sem que conste qualquer registro na certidão

⁵³NUCCI, Guilherme de Souza. **Pacote Anticrime Comentado**. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 62-63.

⁵⁴LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de Processo Penal Comentado**. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 254.

⁵⁵NUCCI, Guilherme de Souza. **Pacote Anticrime Comentado**. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 61.

de antecedentes criminais do então investigado, exceto para fins de impossibilitar, dentro do prazo de cinco anos, a obtenção de oferecimento de novo acordo de não persecução penal, transação penal, ou suspensão condicional do processo, conforme já explicado (Art. 28-A, § 12, CPP). Em havendo qualquer registro de descumprimento das condições impostas, o Ministério Público deverá comunicar o juízo de origem para que haja a rescisão da avença e o consequente oferecimento de denúncia (Art. 28-A, § 10, CPP). Nestes casos, a vítima também deverá ser intimada (Art. 28-A, § 9º, CPP). O descumprimento do acordo de não persecução penal pelo investigado também poderá ser utilizado pelo Ministério Público como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo (Art. 28-A, § 11, CPP).

Por fim, verificada a recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo de não persecução penal, o investigado poderá requerer a remessa dos autos ao Procurador-Geral de Justiça, que decidirá pela oferta, ou não, da avença (Art. 28-A, § 14, CPP). Questão ainda polêmica sobre o instituto, diz respeito acerca da obrigatoriedade de seu oferecimento. Muito embora exista dissenso entre os entendimentos firmados pela doutrina, compreende-se aqui que a propositura do acordo de não persecução penal é mera faculdade do agente ministerial. A par deste entendimento, parte-se da premissa que a celebração do acordo deve resultar da convergência de vontades, sendo imperativa a participação ativa das partes, não parecendo possível, nesse sentido, que se trate de direito subjetivo do acusado⁵⁶.

Tal interpretação se dá com base na analogia de *decisum* do Superior Tribunal de Justiça que afirmou, quando do julgamento do Agravo Regimental no Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* n.º 74.464/PR, que o instituto negocial da suspensão condicional do processo não é direito subjetivo do investigado, mas sim um poder-dever da acusação⁵⁷. Outro elemento fundante acerca do entendimento aqui adotado está no Enunciado n.º 19, do CNPG (Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União) e do GNCCRIM (Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal), que positiva o acordo de não persecução penal como faculdade ministerial, cabendo à instituição avaliar, inclusive, se o instrumento é suficiente para a reprovação e prevenção do crime apurado no caso⁵⁸.

4.1 Problemática Estrutural e Sistêmica do Acordo de Não Persecução Penal

A proposta do acordo de não persecução penal, consistente na confissão do acusado em troca do abrandamento da pena a ser fixada em seu desfavor, apresenta uma série de problemas estruturais e sistêmicos capazes de prejudicar tanto o devido processo legal, quanto os valores fundamentais que regem o sistema criminal⁵⁹. Para Miranda Coutinho⁶⁰, a inserção do instituto negocial em meio ao processo brasileiro leva a crer em uma experiência desastrosa, especialmente porque ainda presente o caráter inquisitorial em meio às demandas.

⁵⁶LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de Processo Penal Comentado**. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 246.

⁵⁷JOSITA, Higyna. LOPES JÚNIOR, Aury. Questões polêmicas do acordo de não persecução penal. **Consultor Jurídico**, [S. l.], 06 mar. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-06/limite-penal-questoes-polemicas-acordo-nao-persecucao-penal>. Acesso em: 19 out. 2020.

⁵⁸LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de Processo Penal Comentado**. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 246.

⁵⁹SCHULHOFER, Stephen J *apud* COSTA, Victor Cezar Rodrigues da Silva; RIBEIRO, Leo Maciel Junqueira. Acordo de não persecução penal: um caso de direito penal das consequências levado às últimas consequências. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 161, p.249-276, nov. 2019. p. 254.

⁶⁰COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Plea bargaining no projeto anticrime: crônica de um desastre anunciado. **Boletim do IBCCrim**, ano 27, n. 317, 2019.

4.1.1 As Provas Obtidas por Indícios

O primeiro elemento a ser pontuado diz respeito à impossibilidade de realização de uma solução processual cooperativa durante a primeira etapa da persecução do processo, isto é, a fase investigativa, percepção que vai de encontro ao novo acordo previsto. Nesse sentido, remete-se à análise anteriormente já feita: o inquérito policial desautoriza a participação ativa da defesa, desatentando, entre outros, para os princípios da ampla defesa e do contraditório, situação que impossibilita, substancialmente, que o acusado e seu defensor questionem eventuais arbitrariedades e demonstrem a sua perspectiva acerca da ocorrência dos fatos.

A esse respeito, é imprescindível destacar que o inquérito policial não se presta a produzir atos de prova, mas meramente atos de investigação. Assim, enquanto o valor probatório do segundo é deveras limitado, o primeiro ato mencionado corresponde ao verdadeiro legitimado para a aplicação de uma sanção, porquanto é produzido, exclusivamente, no âmbito do processo judicializado e regido sobre as regras do devido processo legal.

Explica Lopes Júnior que os atos de investigação se destinam à formação de um juízo de probabilidade, ou seja, se referem a uma hipótese, e não a uma afirmação. Nessa toada, o autor demonstra que o material probatório utilizado para servir de base às negociações não está destinado a justificar um juízo condenatório, mas tão somente a fundamentar a tomada de medidas de natureza meramente endoprocedimental, bem como para admitir a acusação, porquanto se presta à demonstração da possibilidade de existência do crime⁶¹.

A codificação penal, inclusive, determina que, no processo, as decisões devem estar fundadas na apreciação da prova produzida em contraditório judicial, sendo imperativo o entendimento acerca da impossibilidade da fundamentação firmada, exclusivamente, nos elementos informativos colhidos durante a investigação criminal, exceto nas hipóteses em que os atos de investigação tiverem produzido provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. É a partir dessa perspectiva que se percebe que a outorga, no caso do acordo de não persecução penal, de valor mais significativo à atividade realizada extrajudicialmente, mediante a inobservância do contraditório e qualquer outra possibilidade de defesa, é um grande contrassenso legal e constitucional⁶².

Para tanto, o inquérito policial traz ao conhecimento dos agentes processuais mera conjectura produzida por circunstâncias de um fato, ou seja, a investigação preliminar apresenta única e exclusivamente argumento probatório indireto destinado à dedução do desconhecido por meio da relação de causalidade⁶³. Portanto, considera-se que a prova colhida no procedimento preliminar tem validade somente como indício, razão pela qual merece ser confirmada em juízo⁶⁴.

A despeito da análise, pontua-se que os indícios colhidos durante a apuração preliminar do crime somente recebem fundamento quando estiverem ligados a um princípio da experiência, ou seja, devem estar fundados em elementos ou fatos específicos. Por esse motivo, Gianturco afirma que o instituto, sempre que unido a uma concreta referência fática, dará lugar à presunção⁶⁵.

⁶¹LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva 2017.

⁶²Vide Art. 155, do Código de Processo Penal. (BRASIL. **Decreto-Lei n.º 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/de13689.htm. Acesso em: 10 ago. 2020).

⁶³MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **A prova por indícios no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1994. p.24-25.

⁶⁴NUCCI, Guilherme de Souza. **O valor da confissão como meio de prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 192.

⁶⁵GIANTURCO, Vito *apud* MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **A prova por indícios no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 47.

Sobre a presunção, em verdade, nada mais é do que a dedução que tanto a lei, quanto o magistrado, tiram de um fato conhecido para afirmar, antecipadamente, como provável ou certa, a ocorrência de um fato desconhecido e suas circunstâncias⁶⁶. Por essa análise, na qual o indício corresponde ao fato indicador, ao passo em que a presunção diz respeito ao fato indicado, entende-se que o inquérito policial produz conclusões fáticas frágeis e inseguras, baseadas em inferências desprovidas de qualquer contorno judicial. Eminentemente por esse motivo é que a instrução prévia possui, tradicionalmente, o viés de fundamentar, exclusivamente, o eventual fornecimento de denúncia, ou, ainda a adesão de medidas transitórias e inexas durante o desenvolvimento processual.

A par dessa situação, a doutrina ainda descreve outra decorrência baseada na fragilidade das provas colhidas durante a apuração preliminar do delito e que somente é viável através do uso dos institutos de barganha⁶⁷. Fala-se aqui no crescente aumento das propostas de mediação processual penal quando os elementos colhidos no ato do inquérito, ainda que demonstrem indícios da prática criminosa, não são suficientemente robustos para justificar o ajuizamento da ação penal tal qual a conhecemos, se prestando a gerar, substancialmente, a dúvida⁶⁸.

A esse respeito, não parece plausível, portanto, que o acordo de não persecução penal imponha uma condenação ao investigado, ainda que menos lesiva, com base nos elementos produzidos unilateralmente pela polícia e em colaboração com a acusação, principalmente porque os indícios de materialidade e autoria do crime percebidos no inquérito geram juízo raso de probabilidade e imputação presumida. Situação descrita essa que deixa margem para a dúvida, instituto a ser sempre interpretado em favor do acusado.

4.1.2 A Coação do Órgão Acusatório: Protagonismo do Ministério Público

Delineadas por meio do Art. 127 e Art. 129, ambos da Constituição Federal, as atribuições ministeriais no âmbito da ação penal consistem na fiscalização da aplicação idônea das leis – *custus legis* -, assim como na função de acusar. Contudo, ainda que determinada constitucionalmente, a atribuição de fiscal da lei conferida ao *Parquet* é diminuta, restando prevalente o posicionamento institucional como titular da ação penal, que, dotado de estreita parcialidade, persegue a confirmação da hipótese acusatória⁶⁹.

Somado ao referido funcionamento, o instituto da não persecução penal ora analisado conferiu incremento às incumbências do Ministério Público. Com o advento da reforma processual, o órgão passou a determinar as sanções a serem imputadas em desfavor dos investigados, situação que incursiona a instituição em uma área tradicional e devidamente ocupada pelo Poder Judiciário, que estará cernido de homologar o resultado do acordo firmado entre acusado e acusação, exclusivamente⁷⁰.

⁶⁶MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **A prova por indícios no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 44-51.

⁶⁷VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro**. São Paulo: IBCCrim, 2015. p.172-175.

⁶⁸LIPKE, Richard L *apud* VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro**. São Paulo: IBCCrim, 2015. p.172.

⁶⁹CASARA, Rubens *apud* COSTA, Victor Cezar Rodrigues da Silva; RIBEIRO, Leo Maciel Junqueira. Acordo de não persecução penal: um caso de direito penal das consequências levado às últimas consequências. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**, São Paulo, v. 161, p. 249-276, nov. 2019. p. 257.

⁷⁰LOPES JÚNIOR, AURY. *In*: VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro**. São Paulo: IBCCrim, 2015. p. 13.

Ao se perverterem as funções de acusar e julgar⁷¹, o Ministério Público, quando da atuação no ambiente negocial, incumbe-se de autoridade estatal, se singularizando através de extrema discricionariedade, que pode, inclusive, ser observada do texto da lei⁷². Por certo, o ponto mais significativo desse aspecto voltado à procedência arbitrária está na faculdade de reduzir a gravidade de uma acusação, poder este que impulsiona o processo de negociação⁷³.

Ciente do intenso domínio de barganha que detém, o Ministério Público vislumbra, no processo, as perspectivas de desfecho antes de propor a mediação. Portanto, o promotor, da análise de todos os elementos probatórios colhidos através da realização dos atos investigativos, pondera as suas chances de êxito no caso de oferecimento formal de denúncia⁷⁴. Não é de se desconsiderar, principalmente porque o sistema consensual rege-se pelo princípio da oportunidade, que a complexidade da causa, assim como o *quantum* de acúmulo processual, também influem diretamente na tomada de decisão do *Parquet*.

É conforme essa perspectiva que o agente ministerial estabelece o seu posicionamento mais ou menos confortável para dissuadir a defesa a firmar a avença⁷⁵. Para tanto, constata-se que o parâmetro deliberativo fatal sobre a propositura dos termos do acordo de não persecução penal a ser oferecido movimenta-se sempre em sentido oposto à concisão das provas colhidas na fase de apuração preliminar do delito.

Entretanto, a discricionariedade institucional não se faz presente, de modo exclusivo, no momento de escolha entre a proposição, ou não, do acordo. Comumente, o Ministério Público se vale de formas de constrangimento, para fins de atingir o consenso e declarar vencida, conforme seus interesses particulares, a demanda.

Para tanto, o promotor se vale do intenso poder coercitivo, imposto através da proposta de barganha, para consumir práticas censuráveis destinadas ao constrangimento e à ameaça de sobrecarregar a imputação feita ao acusado⁷⁶, seja de forma a enquadrá-lo em uma pluralidade de condutas, seja pela elevação do *quantum* da pena pretendida⁷⁷. O pacto estabelecido entre as partes processuais, para tanto, corresponde a um perverso intercâmbio que habilita a acusação como um instrumento de pressão capaz de gerar autorresponsabilizações falaciosas, testemunhos caluniosos por conveniência, obstrucionismo ou prevaricações sobre a defesa, desigualdade de tratamento e insegurança⁷⁸.

⁷¹VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e justiça criminal negocial**: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCrim, 2015.p. 162-163.

⁷²Diz-se respeito à arbitrariedade constante no Art. 28-A, V, do Código de Processo Penal, que possibilita a imposição de condições escolhidas e estipuladas, arbitrariamente, pelo Ministério Público e em desfavor do acusado que escolher valer-se do acordo de não persecução penal.

⁷³ALBERGARIA, Pedro Soares de. **Plea Bargaining**: aproximação à justiça negociada nos E.U.A. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 2007. p. 54. Ao analisar a atuação do promotor norte-americano no processo criminal.

⁷⁴NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas. Expansão da justiça negociada e as perspectivas para o processo justo: a plea bargaining norte-americana e suas traduções no âmbito da civil law. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v.14, p. 331-365, 2014. p. 345.

⁷⁵NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas. Expansão da justiça negociada e as perspectivas para o processo justo: a plea bargaining norte-americana e suas traduções no âmbito da civil law. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v.14, p. 331-365, 2014. p. 345.

⁷⁶Fala-se aqui em *overcharging*, instituto pelo qual o promotor denuncia o réu pela prática de infrações penais muito mais sérias do que a que ele realmente praticou ou até mesmo pelo cometimento de diversas infrações, ainda que não as tenha perpetrado. (NAVES, Luciana Freire. Plea Bargaining: a transação penal nos Estados Unidos da América. **Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios**, Brasília, v. 3, n. 5, p. 219-260, jan. 1995. p. 235-238).

⁷⁷NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas. Expansão da justiça negociada e as perspectivas para o processo justo: a plea bargaining norte-americana e suas traduções no âmbito da civil law. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v.14, p. 331-365, 2014. p. 345.

⁷⁸LOPES JÚNIOR, Aury *apud* MALACARNE, Emília Klein; TOVO, Antônio. A marcha triunfal dos institutos transplantados no processo penal brasileiro: passado, presente e futuro. *In*: CAVALCANTI, Fabiane da Rosa;

De forma colaborativa para o empreendimento dessa lógica de intimidação, o *Parquet* mantém sua faculdade discricionária, porquanto, a partir de seu desempenho negocial, afirma a injustiça intrínseca do sistema. Nesse sentido, os réus que recusam o consenso passam a ser considerados incômodos e perturbadores, situação que inevitavelmente reflete no peso de suas punições futuras⁷⁹. Por isso, entende-se que, ao mesmo tempo em que o acordo se propõe a oferecer uma redução de pena, automaticamente ele também ameaça o acusado à aplicação de outra reprimenda deveras grave em face da recusa.

Cabe pontuar que a fase investigatória é predominantemente inquisitiva e se desenvolve sem a participação ativa da defesa, que nem sempre tem acesso à íntegra das informações. Portanto, em não conhecendo totalmente as provas existentes, é impossível que a defesa avalie com sobriedade as verdadeiras possibilidades de obtenção de um decreto absolutório caso instaurada uma ação penal propriamente dita, a não ser que o acusado tenha condições de arcar com os custos de uma investigação privada⁸⁰.

Gravame desta deliberação unilateral do promotor de justiça a respeito do grau de culpabilidade do investigado e da sua punição adequada, é a ausência de fiscalização sobre a instituição, fator que atribui autonomia descabida e desigual à acusação. Por essa lógica, o Ministério Público, através da atuação de seus membros, procede da maneira que melhor entender nos casos em que atua, tendo em vista que o próprio promotor estabelece julgamento de valor a respeito do interesse público em ter-se admitida a culpa⁸¹.

Por todo o exposto, é imperioso afirmar que, na prática, o consenso é uma mera ficção procedimental. O que existe, efetivamente, é um compromisso perante o qual a parte mais fraca – *in casu*, o acusado – adere, por extrema necessidade e medo de submissão a uma pena mais árdua, ao ponto de vista apresentado pela parte mais forte, sendo severamente pressionado a declarar-se culpada⁸².

4.1.3 A Prova Obtida pela Confissão

Merece crítica, ainda, a sumarização do instituto da culpa, que é conferida pelo acordo através da simples confissão, sendo este elemento imprescindível para a homologação do termo negocial, assim como suficiente à formação do convencimento destinado à prolação de um decreto condenatório. De acordo com o Art. 28-A, *caput* do Código de Processo Penal, será considerado como pré-requisito de admissibilidade do acordo que o investigado confesse formal e circunstancialmente a prática delitiva apurada.

Por confissão, para tanto, entende-se a admissão, por parte do investigado, da prática dos fatos que lhe são atribuídos desfavoravelmente. Assim, no caso do acordo de não persecução penal, para valer-se da benesse, o acusado está condicionado a reconhecer a

FELDENS, Luciano; RUTKE, Alberto. **Garantias Penais: Estudos Alusivos Aos 20 Anos De Docência Do Professor Alexandre Wunderuch**. Porto Alegre: Boutique Jurídica, p. 75-97, 2019. p. 88.

⁷⁹DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa *apud* VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de.

Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCrim, 2015. p.167

⁸⁰NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas. Expansão da justiça negociada e as perspectivas para o processo justo: a plea bargaining norte-americana e suas traduções no âmbito da civil law. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v.14, p. 331-365, 2014. p. 346.

⁸¹NAVES, Luciana Freire. Plea Bargaining: a transação penal nos Estados Unidos da América. **Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios**, Brasília, v. 3, n. 5, p. 219-260, jan. 1995. p. 235-238

⁸²NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas. Expansão da justiça negociada e as perspectivas para o processo justo: a plea bargaining norte-americana e suas traduções no âmbito da civil law. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v.14, p. 331-365, 2014. p. 346.

autoria da imputação ou dos fatos objeto da investigação preliminar⁸³. Ainda, a título elucidativo, vale pontuar as modalidades de confissão exigidas para possibilidade de positividade da avença, tendo em vista que a cláusula legal que prevê o instituto exige, cumulativamente, que a confissão seja formal e material. Assim, a confissão formal será realizada de forma escrita, perante autoridade policial ou membro do Ministério Público. Já a confissão material, corresponderá ao fornecimento de detalhes e especificações, por parte do acusado, acerca das características da infração a ele imputada⁸⁴.

Estabelecido o panorama geral acerca do instituto, vale destacar que a redação constante na exposição de motivos do Código de Processo Penal determina que o ato de confissão do acusado não constitui, fatalmente, prova plena de sua culpabilidade. Logo, o valor da prova obtida através da autoincriminação do investigado pela prática criminosa é relativo e não goza de maior prestígio em relação a quaisquer dos demais elementos probatórios existentes, razão pela qual não pode o julgador se satisfazer, tão somente, com a prova obtida pela confissão.

O fenômeno descrito ocorre não só pela confissão ser insuficiente à formação de um juízo de certeza, mas também porque dela são advindos riscos concretos de manipulação persecutória, sendo imprescindível a utilização de técnicas de confirmação, confronto e controle, destinadas à averiguação de sua coerência e compatibilidade para com os demais elementos de prova colhidos. A justificativa primordial pela insistência de respaldo complementar à prova obtida pela confissão se consagra pelo princípio do *in dubio pro reo*, instituto que determina a condução do processo sempre no sentido contrário à condenação, em virtude do sempre presente ideal da presunção de inocência⁸⁵.

Ainda assim, a barganha ocasiona a hipervalorização da confissão, tendo em vista que seu andamento procedimental autoriza a condenação do investigado com base, fundamentalmente, no seu próprio reconhecimento de culpabilidade⁸⁶. Há, nesse sentido, um regresso a uma sistemática autoritária, na qual a confissão se apresenta como a prova suprema a ser obtida, situação que relativiza e desautoriza a democrática necessidade do procedimento investigativo e acusatório ostentar, necessariamente, provas sólidas e lícitas, voltadas a fragilizar o conteúdo advindo da presunção de inocência⁸⁷.

No que tange à descrição minuciosa dos fatos exigida pelo dispositivo legal, fator que possivelmente poderia se prestar a evitar falsas responsabilizações pessoais proferidas na intenção de valer-se do benefício, Albergaria afirma que a confissão não deve estar adstrita à perfeita correspondência dos fatos imputados ao indiciado, porquanto tal exigência seria contraditória à essência da negociação. Para o autor, a assunção de culpa não deve ser levada ao ponto de exigir a exatidão da declaração, sendo suficiente para a aplicação de mecanismos de consenso que o crime, em tese cometido, seja tão grave quanto aquele a que o acusado se

⁸³TÁVORA, Nestor. ANTONNI, Rosmar *apud* GONÇALVES, Gustavo Santana. **Acordo de Não-Persecução Penal**: análise da compatibilidade principiológica e aspectos legais do novo meio de resolução de conflitos penais. 2020. Trabalho de Conclusão de Curso (Ciências Jurídicas e Sociais) - Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2020. p. 69.

⁸⁴GONÇALVES, Gustavo Santana. **Acordo de Não-Persecução Penal**: análise da compatibilidade principiológica e aspectos legais do novo meio de resolução de conflitos penais. 2020. Trabalho de Conclusão de Curso (Ciências Jurídicas e Sociais) - Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2020. p. 71.

⁸⁵RODRIGUES, Paulo Gustavo. A convicção contextualizada e a verdade negociada no processo penal: desmistificando a confissão como elemento do convencimento pelo do julgador penal. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 3, n. 1, jan./abr. 2017.

⁸⁶VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e justiça criminal negocial**: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCrim, 2015. p. 176.

⁸⁷GIACOMOLLI, Nereu José. LOPES JÚNIOR, Aury *apud* VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e justiça criminal negocial**: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCrim, 2015. p. 177.

propôs a confessar⁸⁸. Por essa perspectiva, a valorização da confissão fica ainda mais potencializada, porquanto o grau de exigência de certeza sobre a ocorrência dos fatos dispensa a unanimidade das evidências.

Supõe-se apreensivo quanto ao descontrolo do valor atribuído a declaração de culpa o Art. 28-A, do Código de Processo Penal, que procurou estabelecer uma ressalva à análise do instituto ao incumbir o juiz da tarefa de verificar, em audiência destinada especialmente para esse fim, a voluntariedade e a legalidade da confissão. Nesse sentido, o magistrado deverá, antes da homologação do acordo certificar-se de que a declaração proferida é resultante de liberdade plena e autônoma do acusado, não podendo ser advinda, em nenhuma hipótese, de coação ilícita⁸⁹.

A discussão que permeia o ensaio ora proposto percorre os fatores anteriormente analisados e gera dúvidas sobre a real possibilidade de que haja, efetivamente, voluntariedade no acordo. Não se procura aqui referir sobre a capacidade decisória do imputado, inclusive porque apenas será submetido ao instituto aquele que for penalmente capaz para tanto⁹⁰, mas refere-se, tão somente, às inúmeras influências relacionadas à tomada de decisão do agente, porquanto as discricionariedades que compõem o procedimento são plenamente capazes de viciar a voluntariedade da confissão e, portanto, a sua legitimidade, fator que não poderá ser identificado pela oitiva do acusado diante do *jurisdictio*.

Injusto, entretanto, seria desconsiderar, ao que se parece, a única hipótese em que o acordo permite a relativização da declaração de culpa, mas não quanto elemento de prova. A hipótese citada ocorrerá nos casos em que o acordante descumprir as condições estabelecidas pelo acordo firmado com o Ministério Público, oportunidade que será instaurada ação penal propriamente dita⁹¹. Nessa situação, a confissão feita extrajudicialmente e validada pelo magistrado não será considerada como prova nos autos do processo, sendo desautorizado o espraiamento dos efeitos da confissão para fins diversos do estabelecimento do acordo.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por tudo, conforme logrou este trabalho demonstrar, entende-se que, diante do desenvolvimento do constitucionalismo ao longo das últimas décadas, é nítido o entendimento que atrela à legitimidade da jurisdição penal, necessariamente, a submissão e o vínculo do processo para com as garantias fundamentais do acusado. Contudo, embora essa legitimação esteja associada à referida compreensão, a tendência penal instaurada através mecanismos de consenso e barganha criminal caminham em sentido contrário, sendo crescente a orientação do Direito Penal pelas consequências.

A crítica aqui apresentada persiste porquanto as premissas que legitimam a aplicação do acordo de não persecução penal não são recepcionadas pela sistemática jurídica brasileira, especialmente porque o país não possui uma estrutura processual favorável à aplicação do instituto. Ilusório, portanto, o entendimento de que o acusado é plenamente livre em optar pela realização, ou não da barganha, haja vista que a proposta a ele oferecida é necessariamente coercitiva. Inverídica, também, a atribuição de igualdade entre as partes

⁸⁸ALBERGARIA, Pedro Soares de. **Plea Bargaining**: aproximação à justiça negociada nos E.U.A. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 2007. p. 87.

⁸⁹ALBERGARIA, Pedro Soares de. **Plea Bargaining**: aproximação à justiça negociada nos E.U.A. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 2007. p. 82-86.

⁹⁰ALBERGARIA, Pedro Soares de. **Plea Bargaining**: aproximação à justiça negociada nos E.U.A. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 2007. p. 80-81.

⁹¹GONÇALVES, Gustavo Santana. **Acordo de Não-Persecução Penal**: análise da compatibilidade principiológica e aspectos legais do novo meio de resolução de conflitos penais. 2020. Trabalho de Conclusão de Curso (Ciências Jurídicas e Sociais) - Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2020. p 70.

componentes da relação negocial, já que ocorre, escancaradamente, a confusão entre órgão acusatório e decisório⁹².

É através desse cenário que a investigação criminal defensiva surge como alternativa relevante para assegurar as garantias fundamentais do investigado e, conseqüentemente, possibilitar a atuação paritária dos agentes envolvidos no consenso. Não há razões para que se rechace a aplicação do instituto, principalmente porque a ampla defesa e o contraditório, previstos na Constituição Federal, correspondem aos elementos necessários para o embasamento da investigação criminal defensiva, sendo os referidos princípios os pilares de sustentação do instituto no sistema jurídico interno⁹³.

Para tanto, atuar de forma a excluir a incidência do instituto da investigação defensiva durante a apuração preliminar do delito implica em negligência de todo o conteúdo advindo do princípio do devido processo legal, situação que, especialmente no contexto aqui apurado, potencializa a possibilidade da condenação de inocentes. Veja-se que inexistente qualquer oportunidade concreta para que o acusado exerça o contraditório como direito de influência perante o Ministério Público, já que a decisão acerca da imputação, ou não, do investigado, será tomada com base nos elementos constantes no inquérito policial, procedimento unilateral e contaminado por fortes perspectivas inquisitórias⁹⁴.

Conforme demonstrada, a sumarização do procedimento processual penal proposta pelo Art. 28-A, do Código de Processo Penal, impõe como base - em decidindo o Ministério Público, discricionariamente, pela propositura do acordo - os elementos colhidos no curso da investigação preliminar. É através desse viés que se percebe que a admissibilidade do consenso vai de encontro a limites impassíveis de serem ultrapassados, impondo, portanto, compreensão e conformação que penhoram a legalidade e a constitucionalidade procedimental⁹⁵.

Por esse entendimento, é imperioso apontar para a necessária e urgente reformulação das diretrizes e procedimentos que estruturam a investigação preliminar, de modo que tal apuração seja suficiente para suprir a retirada da segunda etapa da persecução penal, assim como acessível a todos os sujeitos contemplados pelo processamento. Os direitos e garantias processuais conferidos aos indiciados, e que são próprios de um modelo acusatório, não podem ser renunciados em detrimento do desejo e da busca por eficiência do sistema⁹⁶.

Portanto, entende-se perfeitamente possível e tranquila a instituição das soluções baseadas no consenso, desde que o processo penal brasileiro, em sua totalidade procedimental, venha a ser regido pela sistemática acusatória, tendo em vista que tanto a defesa, quanto a acusação atuam de forma simétrica no decurso da investigação preliminar⁹⁷. Para tanto, não se percebe alternativa diversa da inserção da participação ativa

⁹²VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e justiça criminal negocial**: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCrim, 2015. p. 210-211.

⁹³SILVA, Franklyn Roger Alves. Investigação defensiva é direito decorrente das regras do ordenamento jurídico. **Consultor Jurídico**, [S.l.], 19 fev. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-19/tribuna-defensoria-investigacao-defensiva-direito-decorrente-ordenamento-juridico>. Acesso em: 5 nov. 2020.

⁹⁴NADERLLI, Marcela Alves Mascarenhas. Expansão da justiça negociada e as perspectivas para o processo justo: a plea bargaining norte-americana e as suas traduções no âmbito da civil law. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. Rio de Janeiro, v. 14, p. 331-365, 2014. p. 349.

⁹⁵DIAS, Jorge de Figueiredo *apud* NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas. Expansão da justiça negociada e as perspectivas para o processo justo: a *plea bargaining* norte-americana e suas traduções no âmbito da *civil law*. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v.14, p. 331-365, 2014. p. 359.

⁹⁶MALACARNE, Emília Klein; TOVO, Antônio. A marcha triunfal dos institutos transplantados no processo penal brasileiro: passado, presente e futuro. In: CAVALCANTI, Fabiane da Rosa; FELDENS, Luciano; RUTKE, Alberto. **Garantias Penais**: Estudos Alusivos Aos 20 Anos De Docência Do Professor Alexandre Wunderlich. Porto Alegre: Boutique Jurídica, p. 75-97, 2019. p. 82.

⁹⁷COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Plea bargaining no Projeto Anticrime: Crônica de Um Desastre Anunciado. **Boletim do IBCCrim**, ano 27, n. 317, 2019.

da defesa nas demandas desenvolvidas na fase investigatória, sendo imperativa a regulamentação legal para essa finalística.

REFERÊNCIAS

ALBERGARIA, Pedro Soares de. **Plea Bargaining**: aproximação à justiça negociada nos E.U.A. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 2007.

AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho. Considerações processuais sobre os acordos previstos no projeto de Lei n. 882/2019 (Projeto “Anticrime”). **Juris Plenum**, Caxias do Sul, n. 88, p. 43-58, jul. 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 ago. 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 10 ago. 2020.

BRASIL. **Lei n.º 8.906, de 4 de julho de 1994**. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Brasília, 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm. Acesso em: 10 ago. 2020.

BRASIL. **Lei n.º 13.245 de 12 de janeiro de 2016**. Altera o art. 7º da Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13245.htm. Acesso em: 10 ago. 2020.

BRASIL. **Lei n.º 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, 24 de dezembro de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 10 ago. 2020.

BULHÕES, Gabriel; CAMARGO, Rogerio de Oliveira. Defesa Penal Efetiva no Brasil: Desafios da atuação Defensiva na Investigação Preliminar em Meio ao Sistema Acusatório. *In*: BALLESTEROS, Paula; GONZÁLEZ, Leonel. **Desafiando a inquisição**: ideias e propostas para a reforma processual penal no Brasil. Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2019. v. 3. p. 85-99.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

COSTA, Victor Cezar Rodrigues da Silva; RIBEIRO, Leo Maciel Junqueira. Acordo de não persecução penal: um caso de direito penal das consequências levado às últimas consequências. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 161, p. 249-276, nov. 2019.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Plea bargaining no Projeto Anticrime: Crônica de Um Desastre Anunciado. **Boletim do IBCCrim**, São Paulo, ano 27, n. 317, 2019.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 46, n. 183, p. 103-115, jul./set. 2019.

DIAS, Gabriel Bulhões Nóbrega. A advocacia criminal, a investigação defensiva e a luta pela paridade de armas. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 150, p. 145-187, dez. 2018.

GIACOMOLLI, Nereu José. Algumas Marcas Inquisitoriais do Código de Processo Penal Brasileiro e a Resistência às Reformas. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 143-165, 2015.

GONÇALVES, Gustavo Santana. **Acordo de Não-Persecução Penal**: análise da compatibilidade principiológica e aspectos legais do novo meio de resolução de conflitos penais. 2020. Trabalho de Conclusão de Curso (Ciências Jurídicas e Sociais) - Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2020.

JOSITA, Higyna. LOPES JÚNIOR, Aury. Questões polêmicas do acordo de não persecução penal. **Consultor Jurídico**, [S. l.], 6 mar. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-06/limite-penal-questoes-polemicas-acordo-nao-persecucao-penal>. Acesso em: 19 out. 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de Processo Penal Comentado**. Salvador: Juspodivm, 2020.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

LOPES JÚNIOR, Aury. A crise do Inquérito Policial: Breve Análise dos Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal. **Revista Síntese Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, n. 4, p. 40-66, out./nov. 2000.

MALAN, Diogo. Investigação Defensiva no Processo Penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 96, p. 279-309, 2012.

MALACARNE, Emília Klein; TOVO, Antônio. A marcha triunfal dos institutos transplantados no processo penal brasileiro: passado, presente e futuro. In: CAVALCANTI, Fabiane da Rosa; FELDENS, Luciano; RUTKE, Alberto. **Garantias Penais**: Estudos Alusivos Aos 20 Anos De Docência Do Professor Alexandre Wunderuch. Porto Alegre: Boutique Jurídica, 2019. p. 75-97.

MENDES, Gerri Adriani. **O paradigma constitucional da investigação criminal**. 2010. Tese (Mestrado em Ciências Criminais) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2010.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **A prova por indícios no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1994.

NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas. Expansão da justiça negociada e as perspectivas para o processo justo: a plea bargaining norte-americana e suas traduções no âmbito da civil law. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. 14, p. 331-365, 2014.

NAVES, Luciana Freire. Plea Bargaining: a transação penal nos Estados Unidos da América. **Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios**, Brasília, v. 3, n. 5, p. 219-260, jan. 1995.

NUCCI, Guilherme de Souza. **O valor da confissão como meio de prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Pacote Anticrime Comentado**. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Provimento 188/2018**. Brasília, 2018.

Disponível em:

<https://www.oab.org.br/leisnormas/legislacao/provimentos/188-2018> . Acesso em: 10 ago. 2020.

REALE JÚNIOR, Miguel. Simplificação Processual e Desprezo ao Direito Penal. **Doutrinas Essenciais Processo Penal**, v. 1, p. 231-345. jun. 2012. Disponível em: <https://bit.ly/3kS9Npu>. Acesso em: 19 out. 2020.

RODRIGUES, Paulo Gustavo. A convicção contextualizada e a verdade negociada no processo penal: desmistificando a confissão como elemento do convencimento pelo do julgador penal. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 3, n. 1, jan./abr. 2017.

SILVA, Franklyn Roger Alves. Investigação defensiva é direito decorrente das regras do ordenamento jurídico. **Consultor Jurídico**, [S.l.], 19 fev. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-19/tribuna-defensoria-investigacao-defensiva-direito-decorrente-ordenamento-juridico>. Acesso em: 5 nov. 2020.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e justiça criminal negocial**: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCrim, 2015.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes 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**, São Paulo, v. 953, p. 261-279, mar. 2015.