

**SÓ HÁ UMA MANEIRA DE SE DEFENDER, NO PROCESSO PENAL
(RESISTINDO)? (BREVES NOTAS SOBRE A RELAÇÃO ENTRE JUSTIÇA PENAL
CONSENSUAL E O DIREITO DE DEFESA DO ARGUIDO)**

***IS THERE ONLY ONE WAY TO DEFEND YOURSELF, IN THE CRIMINAL
PROCESS (BY RESISTING)? (BRIEF NOTES ON THE RELATIONSHIP BETWEEN
CONSENSUAL CRIMINAL JUSTICE AND THE DEFENDANT'S RIGHT OF
DEFENSE)***

Gustavo Henrique Arruda

Centro Regional Universitário de Espírito Santo do Pinhal.

Gabriel Marson Junqueira

Possui graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas (2004), pós-graduação lato sensu em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2007) e mestrado - reconhecido pela UFMG (2019) - em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Coimbra (2018). É autor de artigos científicos e do livro *A prevenção da corrupção na Administração Pública* (Ed. DPlácido, 2019). Membro do Ministério Público do Estado de São Paulo.

RESUMO

O presente trabalho procura responder à seguinte questão: a adoção de institutos de justiça penal consensual importa em afronta aos direitos fundamentais do arguido, mais especificamente ao seu direito de defesa? Após breve análise acerca das finalidades do processo, cotejadas com os objetivos que circundam a regulamentação dos mecanismos consensuais na esfera criminal e, ainda, depois de verificar os requisitos gerais para celebração dos acordos penais e a dimensão do direito de defesa do investigado, conclui-se que os procedimentos desviados de solução do caso penal não redundam, por si só, no aviltamento de direitos fundamentais do arguido, nem ao seu direito de defesa. Ao final, concluímos que se deve responder negativamente à pergunta que motivou o presente trabalho. Em vez disso, há ampliação do direito de defesa do imputado.

PALAVRAS-CHAVE: Finalidades do processo penal. Justiça Penal consensual. Direitos Fundamentais do acusado. Direito de defesa.

ABSTRACT

This paper seeks to answer the following question: does the adoption of consensual criminal justice institutes imply an affront to the fundamental rights of the accused, more specifically to his right of defense? After a brief analysis of the purposes of the process, compared with the objectives that surround the regulation of consensual mechanisms in the criminal sphere, and after verifying the general requirements for the celebration of criminal agreements and the dimension of the right of defense of the accused, we conclude that the procedures deviated from the solution of the criminal case do not result, by themselves, in the degrading of the fundamental rights of the accused, nor his right of defense. In the end, we conclude that the question that motivated this work should be answered in the negative. Instead, there is an amplification of the right of defense of the accused.

KEYWORDS: Purposes of criminal procedure; Consensual Criminal Justice; Fundamental Rights of the accused. Right of defense.

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Breves notas: A complementariedade entre o direito e o processo penal e as finalidades do processo penal. 3. O direito de defesa do arguido. 4. Justiça penal consensual. 4.1. Exceção à obrigatoriedade e indisponibilidade da ação penal. 4.2. O avanço do consenso no cenário criminal: conceitos e motivos. 4.3. Principais institutos consensuais: Panorama Geral. 4.3.1. Transação Penal. 4.3.2. Suspensão Condicional do Processo. 4.3.3. Acordo de não persecução penal. 5. Afinal, a justiça consensual avilta o direito de defesa? 6. Finalidades do processo penal: Uma última palavra. 7. Considerações finais. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Embora não haja total consenso doutrinário, a literatura jurídica costuma apontar três finalidades — não facilmente harmonizáveis — essenciais para o processo penal: a) realização da justiça e descoberta da verdade material; b) proteção dos direitos fundamentais das pessoas, sobretudo do investigado ou acusado; e c) restabelecimento da paz jurídica abalada com a prática da infração penal (Antunes, 2016, p. 14-15). Nos últimos anos, com o avanço aparentemente implacável dos espaços de consenso no âmbito penal — no Brasil e em quase todo canto (Deu, 2012, p. 128) —, parece importante analisar se os institutos correspondentes (transação penal, suspensão condicional do processo e acordo de não persecução penal) concorrem ou constituem obstáculos para o atingimento daquelas finalidades do processo penal, especialmente para a proteção dos direitos fundamentais do acusado.

Nesse contexto, o presente trabalho procurará responder a seguinte pergunta: a adoção de institutos de justiça penal consensual importa em afronta aos direitos fundamentais do arguido, mais especificamente ao seu direito de defesa? Assim esclarecido o propósito deste trabalho, inicialmente, buscaremos compreender as precípuas finalidades do processo penal, bem assim os fatores que fomentaram a ascensão dos espaços de consenso na justiça criminal. Na sequência, iremos tecer considerações sobre os direitos e garantias fundamentais do arguido, sobretudo com relação à extensão e aos consectários do exercício do direito de defesa. Mais próximos do fim, discorreremos sobre os principais requisitos para a celebração dos acordos penais. Ao cabo, verificaremos se a aplicação dos institutos de justiça penal consensual implica violação de direitos fundamentais do réu, mais especificamente do seu direito de defesa.

2 BREVES NOTAS: A COMPLEMENTARIEDADE ENTRE O DIREITO E O PROCESSO PENAL E AS FINALIDADES DO PROCESSO PENAL

Em nossa avaliação, quando da discussão de temas afetos ao processo penal, parece crucial ter sempre em mente quais são as finalidades do processo penal, tema ainda pouco aprofundado na literatura jurídica nacional, mas que inicia o caminho a ser percorrido neste trabalho.

O processo penal parece mesmo ostentar um viés instrumental, afinal, é “o caminho necessário para a pena” (Lopes Jr, 2020, p. 45). Como muitas vezes se lembra (Tourinho Filho, 2010, p. 34), a pretensão punitiva do Estado carece de autoexecutoriedade. Já por aí, nota-se a existência de uma relação de complementariedade entre o direito material e processual penal,

não havendo espaço para o emprego de expressões depreciativas como “direito adjetivo”, afinal, não se presta o direito processual a dar mera assessoria ao direito material. Ao contrário, consubstancia-se no meio de efetivação e concretização das disposições gerais e abstratas da legislação material, transportando-as para um caso penal específico e, portanto, peculiar (Tourinho Filho, 2010, p. 47-48 e 54). Como impressivamente já se afirmou, “não existe delito sem pena, nem pena sem delito e processo, nem processo penal senão para determinar o delito e impor uma pena” (Lopes Jr, 2020, p. 45).

A relação de “mútua complementariedade funcional” (Antunes, 2016, p. 8-11) entre o direito e o processo penal prende-se também com a proteção dos direitos fundamentais arguido, uma das finalidades do processo penal. Na ausência de um devido processo penal, o Estado, detentor do *jus puniendi*, poderia impingir, inadvertidamente, à luz de seu arbitrário critério, uma série de desarrazoadas sanções sem sequer perquirir a realidade dos fatos. Nesse sentido, é o processo penal também um “autêntico freio aos excessos do Estado contra o indivíduo, parte verdadeiramente mais fraca nesse embate” (Nucci, 2020, p. 84).

Por outro lado, inobstante a importância incontestada da interpretação do processo penal como garantia fundamental do investigado, não podemos olvidar a existência de outros fins processuais. Para Guilherme Dezem (2021, p. 64), “o processo penal é o instrumento pelo qual se busca a reconstrução dos fatos afirmados em um processo, para fins de atuação do direito material [...]”. No mesmo sentido, Tourinho Filho (2010, p. 50-51) advoga ser o processo penal algo eminentemente prático, volvido à certeza da veracidade de um fato com repercussão penal.

Posições como essas revelam, com acerto, que o processo penal deve, além de salvaguardar o imputado dos mandos e desmandos do Estado, preocupar-se com a elucidação dos acontecimentos, a fim de angariar o maior número de elementos de convicção, dentro do lícitamente permitido, e que possam, em conjunto, retratar, com a maior proximidade possível, o enredo concernente à materialidade e autoria delitivas, evitando-se a chancela de injustiças pelo Judiciário, seja com a absolvição de culpados, ou pior, com a condenação de inocentes.

Ademais, o processo penal, quando comprovada a ligação de dado indivíduo com a perpetração de uma infração penal, é o ambiente adequado para impor ao delinquente uma sanção penal. Daí a terceira finalidade do processo penal: o restabelecimento da paz jurídica. A propósito, no antigo direito germânico, o crime (*Verbrechen*) era visto como uma forma de quebrar (*brechen*) a paz comunitária (Toledo, 2008, p. 217). Praticada a infração penal, surge na comunidade a dúvida quanto à efetiva validade da normal penal violada. A condenação definitiva — ou esse termo seria exagerado, já que, segundo alguns, não há coisa julgada

material em desfavor do réu? seria a reafirmação contrafática da validade da norma posta em causa.

Ocorre que as finalidades do processo penal não são facilmente harmonizáveis. Maria João Antunes (2016, p. 14-15) menciona o exemplo das provas ilícitas, que, se de um lado busca privilegiar a proteção dos direitos e garantias conferidas ao arguido, de outro “prejudica” a busca pela verdade real. Do mesmo modo, a revisão criminal *pro societate* até poderia ser considerada um vetor na busca da verdade. Contudo, interfere em causa transitada em julgado, relativizando a segurança jurídica e comprometendo a paz social. É nesse contexto que se situa a maior dicotomia do processo penal: “(...) de um lado, o necessário e indispensável respeito aos direitos fundamentais; do outro, o atingimento de um sistema criminal mais operante e eficiente” (Lima, 2020, p. 41).

Malgrado seja difícil a compatibilização entre garantismo e eficiência, estes não são termos antitéticos (Oliveira, 2018, p. 39). Para Figueiredo Dias (*apud* Antunes, 2016, p. 15), devemos, diante do caso concreto, buscar a harmonização, a concordância das finalidades à primeira vista inconciliáveis, de modo a preservar a máxima expressão de cada uma, potencializando os ganhos e minimizando as perdas, guiando-se pelo resguardo à dignidade da pessoa humana.

Seja como for, sem prejuízo das demais finalidades do processo penal e da necessidade de obter uma concordância prática entre elas, sentimos a necessidade de, neste trabalho, em razão dos objetivos para ele traçados, debruçarmo-nos, com maior cautela, sobre o fim consistente na proteção de direitos fundamentais do acusado ou investigado. É o que tentaremos fazer no tópico seguinte.

3 O DIREITO DE DEFESA DO ARGUIDO

O Brasil constitui um Estado Democrático de Direito (art. 1º da CF). O princípio democrático, como ensina Fernandes (2019, p. 323), não abrange apenas a escolha pelo povo de seus representantes políticos, mas avança para “uma proteção constitucional que afirma: a superioridade da Constituição; a existência de direitos fundamentais; da legalidade das ações estatais; um sistema de garantias jurídicas e processuais”. Assim, diante do cenário democrático, o investigado/acusado não pode mais ser visto tão somente como “instrumento de sua própria condenação” (Sales; Santos, 2020, p. 41). O Estado não pode punir de maneira desmedida, vez que o investigado ostenta a condição de sujeito processual, possuindo direitos

e garantias e podendo, através da sua conduta (positiva ou negativa), se defender durante a persecução criminal e influir no desfecho do caso penal.

Neste ponto, um leigo poderia bem dizer: “mas a pessoa praticou um crime e ainda devemos falar de direitos dela?” Em primeiro lugar, durante o processo, ainda não sabemos se realmente o acusado praticou o crime. Em segundo, como bem lembra Jorge Miranda (2012, p. 222), “a dignidade da pessoa permanece independentemente dos seus comportamentos sociais”. As pessoas, todas elas, são o fundamento e o fim da sociedade e do Estado (Miranda, 2012, p. 219). Se mesmo as pessoas condenadas criminalmente, em definitivo, conservam seus direitos fundamentais, ressalvadas, claro, as limitações inerentes à condenação, quiçá aquele que sequer foi ainda condenado.

De fato, precisamos, então, analisar os principais direitos e garantias intrínsecos ao arguido, devido ao seu *status* de sujeito processual, centrando atenções, em homenagem à pergunta que motivou o presente trabalho, notadamente no direito de defesa e nos seus respectivos efeitos e consequências.

Podemos, como ponto de partida, conceituar o direito de defesa como “a possibilidade de utilização de todos os meios legítimos e legais para que [o réu] possa se defender de alegações contrárias e refutar decisões judiciais adversas” (duplo grau de jurisdição) (Martins, 2021, p. 925). Note-se bem: cuida-se de uma *possibilidade*. Ou seja, ao menos no tocante à defesa pessoal, trata-se de uma faculdade de utilização, e não um dever de exercício, como será melhor abordado no decorrer deste ensaio.

A bem da verdade, o direito à defesa compreende a defesa técnica e a autodefesa. A primeira é imperiosa e independe da vontade do acusado. Daí a lição de Lima (2020, p. 59), no sentido de que a defesa técnica é a “defesa necessária, indeclinável, plena e efetiva, não sendo possível que alguém seja processado sem que possua defensor”. Ao encontro da previsão de obrigatoriedade da defesa técnica, inúmeras são as disposições processuais que consagram tal postulado. O artigo 261, *caput*, do Código de Processo Penal, assevera que “nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor”. Em complementação, o parágrafo único do mesmo artigo proclama que não basta a existência de uma defesa *pro forma*, tornando-se imprescindível uma defesa técnica efetiva e fundamentada, sob pena de declaração de nulidade do feito e destituição do causídico inoperante, consoante exegese sistemática do artigo 564, III, “c”, do Código de Processo Penal, Súmula nº 523, primeira parte, do Supremo Tribunal Federal e, ainda, artigo 497, inciso V, do Código de Processo Penal, relacionado ao procedimento especial dos crimes dolosos contra a vida.

De mais a mais, a defesa técnica, operada de forma efetiva, é, para além de um direito fundamental, ou seja, assegurado internamente por meio de disposição constitucional, também um direito humano, porquanto insculpido em documentos de eficácia internacional. A propósito, a Convenção Americana de Direitos Humanos prevê, em seu artigo 8º, 2, alínea “e”, o “direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei”. Logo, inquestionável a necessidade da presença de profissional habilitado para assessorar o arguido.

Ponderamos, todavia, desde já, que nem sempre uma defesa efetiva culminará em um pedido absolutório, podendo, em não raros casos, resultar na busca da minoração dos efeitos da marcha processual ou da condenação criminal, seja pelo pleito de reconhecimento de privilégios, atenuantes, causas de diminuição de pena ou, ainda, por meio da celebração de um acordo penal (transação penal, suspensão condicional do processo, acordo de não persecução penal, etc.).

Ao lado da defesa técnica, como dito acima, encontra-se a autodefesa, que, embora deva ser possibilitada pela autoridade judiciária, poderá ou não ser exercida pelo arguido, a depender de uma análise discricionária deste, com orientação de profissional da advocacia. A autodefesa é, para o investigado, “um direito de imediação com o juiz e com as provas” (Brito; Fabretti; Lima, 2019, p. 62) e se manifesta por meio de três “direitos correlatos”: o direito de presença; o direito de audiência; e o direito de postulação pessoal.

O direito de presença se concretiza na possibilidade de o imputado acompanhar a produção das provas ao lado de seu defensor (Dezem, 2021, p. 119) e, dessa maneira, colaborar com tal mister, como nas hipóteses em que orienta seu causídico a fazer determinada indagação à testemunha que esteja prestando depoimento. O direito de audiência se consubstancia na faculdade conferida ao arguido de apresentar a sua versão dos fatos *sub judice* e influir direta e pessoalmente na formação da convicção judicial (Nucci, 2020, p. 154), seja com escopo absolutório ou mesmo premial. Por fim, existem meios de defesa que podem ser exercidos pessoalmente pelo investigado, sem necessidade de intermediação por alguém que detenha capacidade postulatória — a exemplo da conhecida possibilidade de o acusado interpor recursos autonomamente (artigo 577 do Código de Processo Penal). É o que a doutrina convencionou chamar de capacidade postulatória autônoma.

Muitas vezes, fala-se, ainda, em autodefesa positiva e negativa. A autodefesa positiva pode ser entendida como um direito disponível do arguido que se exterioriza pela prática de atos comissivos volvidos a resistir à pretensão acusatória, a fim de garantir a incolumidade do

seu *status libertatis* (Lopes Jr, 2020, p. 151). O melhor exemplo seria o exercício do direito à manifestação oral na presença do Juiz (interrogatório). Já com relação à autodefesa negativa, parece interessante lembrar o escólio de Eugênio Pacelli:

Atingindo duramente um dos grandes pilares do processo penal antigo, qual seja, o dogma da verdade real, **o direito ao silêncio, ou a garantia contra a autoincriminação, não só permite que o acusado ou aprisionado permaneça em silêncio durante toda a investigação e mesmo em juízo, como impede que ele seja compelido – compulsoriamente, portanto – a produzir ou a contribuir com a formação da prova contrária ao seu interesse** (Pacelli, 2021, p. 72) (g.n).

O direito ao silêncio ou à não autoincriminação ("*nemo tenetur se detegere*") é previsto constitucionalmente no artigo 5º, inciso LXIII, primeira parte. É também reconhecido internacionalmente, consoante disposição do artigo 8, 2, "g", da Convenção Americana de Direitos Humanos, que declara o direito da pessoa humana de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada.

Lima (2020, p. 74-81) assim sintetiza os desdobramentos do princípio *nemo tenetur se detegere*. Ele abrange a) o direito ao silêncio ou direito de ficar calado; b) o direito de não ser constrangido a confessar a prática de ilícito penal; c) a inexigibilidade de dizer a verdade; d) o direito de não praticar qualquer comportamento ativo que possa incriminá-lo; e e) o direito de não produzir nenhuma prova incriminadora invasiva. Daí o arguido não possuir a obrigação de fornecer padrões gráficos para realização de perícias em escritos, participar de reconstituição simulada dos fatos, submeter-se a exames laboratoriais etc.

Aqui chegados, isto é, após breve exposição sobre o conteúdo do direito de defesa, importa, no item subsequente, analisar, com algum pormenor, o avanço dos espaços de consenso no âmbito criminal, examinando os principais institutos correlatos, seus requisitos e procedimentos, para que, após, consigamos responder se a adoção de mecanismos desviados de resolução da lide penal causa prejuízo às finalidades do processo e importa em violação ao direito de defesa do arguido.

4 JUSTIÇA PENAL CONSENSUAL

4.1 Exceção à obrigatoriedade e indisponibilidade da ação penal

No sistema processual penal vigente, faz-se presente a regra da obrigatoriedade da ação penal pública, extraída da redação do artigo 24, do Código de Processo Penal: “nos crimes

de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo” (g.n). Dito de outro modo, havendo prova da materialidade e indícios suficientes de autoria delitiva, é dever do Ministério Público, como titular da ação penal de natureza pública, oferecer a denúncia, não podendo desistir de exercer sua função institucional, ante o princípio da indisponibilidade da ação penal e reflexamente do interesse público.

Malgrado tal disposição, os princípios — de índole infraconstitucional — da obrigatoriedade e indisponibilidade da ação penal foram mitigados com o advento dos institutos consensuais, inicialmente por meio da Lei nº 9.099/95. Hoje, há institutos que excepcionaram a regra existente e introduziram a chamada discricionariedade regrada, segundo a qual, preenchidos os requisitos legais e cumpridas determinadas condições, não obstante a presença da justa causa, a denúncia não será ofertada (nos casos de transação penal e de acordo de não persecução penal), ou, ainda, a persecução penal será abortada (no caso da suspensão condicional do processo).

Resta saber os motivos da expansão do consenso na justiça criminal, os principais requisitos, condições e aspectos procedimentais que envolvem os mecanismos consensuais mais aplicados no âmbito nacional.

4.2 O avanço do consenso no cenário criminal: conceitos e motivos

Com o passar dos anos, o emprego do procedimento comum para resolução da totalidade dos conflitos de natureza penal se mostrou impossível. O sistema de justiça se mostrou incapaz de acompanhar a triste, mas real, proliferação e evolução da criminalidade e, ainda, revelou-se inábil para entregar uma eficiente solução à demanda em prazo razoável e condizente com as particularidades da seara penal, que lida com um bem jurídico tão caro ao homem, a sua liberdade de locomoção.

Diante desse quadro e também em face da crise financeira do Estado Social de Direito (o que significou a impossibilidade de resolver o problema com a contratação de pessoal), ganhou terreno a implementação dos institutos de justiça penal consensual, nos quais estão englobados os mecanismos negociais, que outorgam ao arguido e sua defesa real poder de debate acerca do conteúdo do acordo e, também, os institutos consensuais propriamente ditos, que consistem em “submeter determinadas medidas à prévia anuência da pessoa acusada, ao invés de determiná-las unilateralmente” (Leite, 2009, p. 31).

Com elogiável poder de síntese, já se afirmou que:

O objetivo do modelo consensual é: cumprir as exigências de soluções alternativas no processo penal ao proporcionar celeridade na resolução dos casos de baixa ou média gravidade; privilegiar o recurso financeiro e o material humano do Ministério Público e do Poder Judiciário para processamento e julgamento dos casos mais graves; evitar os efeitos deletérios da sentença penal condenatória aos acusados, como os estigmas sociais prejudiciais gerados pela pena e o avolumamento de pessoas nos estabelecimentos prisionais (Mandarino; Santin, 2020, p. 238).

Assim, parece possível dizer que os institutos consensuais — no Brasil, transação penal, suspensão condicional do processo e acordo de não persecução penal, principalmente — buscam obter do agente um reconhecimento da validade da norma violada, por meio da sujeição voluntária a algumas condições e, ao mesmo tempo, dar uma resposta célere e eficiente à sociedade acerca da prática de uma infração penal. Na mesma linha, segundo Vasconcellos, a justiça penal consensual constitui:

[...] modelo que se pautava pela aceitação (consenso) de ambas as partes – acusação e defesa – a um acordo de colaboração processual com o afastamento do réu de sua posição de resistência, em regra impondo encerramento antecipado, abreviação, supressão integral ou de alguma fase do processo [...] (apud Barbugian; Cilião, 2020, p. 219).

Entendidos, desse modo, os aspectos conceituais, principiológicos e finalísticos por trás dos acordos penais, mister analisar o procedimento e os principais requisitos que envolvem a celebração da transação penal, suspensão condicional do processo e acordo de não persecução penal.

4.3 Principais institutos consensuais: Panorama Geral.

4.3.1 Transação Penal

A transação penal é um acordo entre o representante da pretensão punitiva do Estado “e o suposto autor de infração de menor potencial ofensivo, pelo qual fica acertado que este se submeterá, de imediato, a uma pena restritiva de direitos ou multa, com o intuito de evitar o processo e satisfazer o *jus puniendi*” (Leite, 2009, p. 145). Tal conceituação, embora elucidativa, talvez peque num aspecto. É que o termo “pena”, contido no artigo 76, da Lei nº 9.099/95, é, muitas vezes, criticado, pois, no plano pátrio, diferentemente da experiência

estrangeira, inadmite-se, como regra, os “acordos sobre sentença”, que implicam admissão de culpa e, ainda, a antecipação de uma condenação, com todos os seus efeitos, sejam eles penais ou extrapenais (Barbugian; Cilião, 2020, p. 130).

Justamente porque não temos, aqui, verdadeiro “acordo sobre sentença”, a celebração da transação penal, na dicção do que prescreve o § 6º do artigo 76 da Lei nº 9099/95 (“não constará de certidão de antecedentes criminais, salvo para os fins previstos no mesmo dispositivo, e não terá efeitos civis, cabendo aos interessados propor ação cabível no juízo cível”). Tal cânon, além de deixar claro que não se tem, propriamente, acordo sobre “pena”, visa a rechaçar o efeito estigmatizante do processo penal, já que o registro do acordo só será visível aos atores da justiça criminal e terá o exclusivo intuito de impossibilitar a celebração de nova transação penal no prazo de 5 (cinco) anos, conforme previsão do artigo 76, § 2º, II, da Lei dos Juizados Especiais.

Assim, como já se pode perceber, a transação penal não terá cabimento sempre. Como dissemos alhures, ela constitui manifestação de uma discricionariedade regrada, isto é, a celebração do acordo depende da satisfação de condições e requisitos específicos e predeterminados por lei.

Primeiro, a transação penal restringe-se às infrações penais de menor potencial ofensivo, caracterizadas, na dicção do artigo 61, da Lei nº 9099/95, como aquelas cuja pena privativa de liberdade máxima não ultrapasse dois anos, cumulada ou não com a pena de multa. Para além disso, é imprescindível que haja justa causa precedente. Nas palavras de Cunha (2020, p. 837), “a transação só terá lugar quando afirmativo o juízo de opinio delicti realizado pelo Ministério Público”.

No que tange às vedações legais gravadas no § 2º do artigo 76 da Lei 9.099/95, além da limitação temporal insculpida inciso II, existem, ainda, impedimentos de caráter objetivo, atrelados à condenação definitiva anterior com imposição de pena privativa de liberdade (inciso I) ou, também, subjetivo, ligados aos reprováveis antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos ou circunstâncias do delito, os quais denotem não ser suficiente a aplicação da medida alternativa de transação penal (inciso III).

A proposta de transação penal é, em regra, formulada antes do aforamento da ação penal, sem prejuízo de, em caso de não oferecimento na fase preliminar, ser ofertada em sede de audiência de instrução e julgamento (art. 79 da Lei nº 9.099/95).

Com relação às condições pactuadas — as quais, como visto, não têm verdadeira natureza de “pena” —, por expressa previsão legal, elas não podem envolver a aplicação de pena privativa de liberdade; tão somente podem versar acerca da sujeição voluntária do

investigado ao cumprimento de obrigações de caráter restritivo de direitos (prestação pecuniária, perda de bens e valores, limitação de fim de semana, prestação de serviços à comunidade, interdição temporária de direitos) ou multa. Ou seja, todas as condições passíveis de pactuação ainda estão na esfera de disponibilidade do autor do fato.

Para a fixação das obrigações, deve-se levar em consideração a natureza da infração em tese cometida, a projeção da pena in concreto que poderia ser aplicada em caso de continuidade da persecução penal e, ainda, as condições pessoais e financeiras do arguido (Junqueira; Costa, 2021, p. 257-268). O raciocínio é válido, uma vez que, ilustrativamente, numa infração penal cuja pena máxima projetada não ultrapasse seis meses, não se admitirá a aplicação de prestação de serviços à comunidade, consoante disposição do artigo 46, caput, do Código Penal.

Justamente pela existência de regras de adequação e proporcionalidade, bem assim porque, como veremos melhor, a opção do investigado pela transação penal representa uma forma diferente dele se defender, a lei exige a presença de defesa técnica (art. 76, § 3º, da Lei nº 9099/95), que irá verificar a existência ou não de abusos na proposta previamente formulada pelo Ministério Público.

Além da presença do defensor, o mesmo § 3º preceitua que o teor da avença deve passar pelo crivo da autoridade judiciária. Será função do juiz, principalmente, em apertada síntese, certificar a presença de todos os requisitos autorizadores do acordo – o que inclui a adesão a ele voluntária do investigado – e a ausência de descomedimentos na proposta (Junqueira; Costa, 2021, p. 257-268). Mais ou menos nos mesmos termos, Cunha (2020, p. 847) afirma que “o juiz atua como instância de controle e aferição da legalidade, da voluntariedade e da regularidade dos termos do acordo processual”.

Pelo até aqui expandido, vemos que a voluntariedade marca a celebração do acordo, o que o distancia da ideia de imposição, inerente à sanção penal. Com efeito, como esclarece Luís Greco, “pena [materialmente] é a supressão de um direito inato – nos dias de hoje, portanto, da liberdade de locomoção – como reação a um comportamento errôneo (censura)” (2019, p. 75). No caso de transação penal, nem se chega a verificar a existência de comportamento errôneo. Logo, não chega a haver censura imposta. Do mesmo modo, não se põe em causa a liberdade de locomoção do investigado.

Ademais, como já delineado acima, a consequência do adimplemento das condições fixadas é a extinção de punibilidade do agente, sem a produção de efeitos penais ou extrapenais, o que novamente fragiliza a interpretação de que as condições da transação penal constituem penas. Igualmente, o descumprimento das condições impostas não resulta em conversão das

medidas restritivas em pena privativa de liberdade; logo, não perfazem uma condenação automática. Nesse caso, o processo segue a tramitação normal e, agora, alargada, e o acusado poderá se valer de todos os instrumentos dirigidos a resistir à procedência da pretensão acusatória (Súmula Vinculante nº 35 do STF).

Como muitos aspectos da transação penal se aplicam também aos institutos da suspensão condicional do processo e do acordo de não persecução penal, não obstante a menção ao já explanado, dedicaremos maior atenção aos pontos de distinção entre eles, os quais serão abordados nos itens a seguir.

4.3.2 Suspensão Condicional do Processo

Diferentemente da transação penal, a suspensão condicional do processo, regulamentada pelo artigo 89, da Lei nº 9099/95, aplica-se a qualquer infração penal cuja pena mínima abstratamente cominada não ultrapasse 1 (um) ano. A exceção refere-se às infrações penais perpetradas no contexto de violência doméstica ou familiar contra a mulher, nas quais, por expressa previsão do artigo 41 da Lei nº 11.340/06 (Lei Maria da Penha), não se aplica a Lei nº 9.099/95 — logo, nesse caso, também não se pode cogitar de transação penal, prevista no art. 76 daquele diploma.

Outra diferença entre o instituto já analisado e a suspensão condicional do processo diz respeito ao momento de oferecimento do acordo. Enquanto a transação é, em regra, ofertada anteriormente à instauração formal do processo penal, a suspensão condicional do processo só será proposta após um “juízo afirmativo de admissibilidade da ação penal” (Cunha, 2020, p. 870). Em outros termos, só terá viabilidade após o recebimento da denúncia pelo juízo competente.

Assim como na transação penal, é indispensável a participação de defesa técnica e da autoridade judiciária para os mesmos fins já mencionados quando da abordagem da transação penal.

Os requisitos para a concessão da benesse em comento estão gravados no artigo 89, caput, da Lei dos Juizados Especiais, e artigo 77 do Código Penal, aplicável à suspensão condicional da pena, mas que complementa as disposições legais sobre a suspensão condicional do processo. Além do já citado limite atinente à reprimenda mínima, temos, ainda, a impossibilidade de concessão quando o agente estiver sendo processado ou tenha sido condenado por outro crime, respeitado, no último caso, o período depurador de cinco anos

(artigo 64, I, do Código Penal). Além disso, necessária, também, a não reincidência e a presença de circunstâncias judiciais favoráveis.

Preenchidos os requisitos, o denunciado fará jus à proposta a ser formulada pelo Ministério Público. A proposta terá em seu bojo, como condições obrigatórias, na dicção do artigo 89, § 1º, da Lei 9099/95:

I - reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo; II - proibição de frequentar determinados lugares; III - proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz; IV - comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

Além das condições de caráter obrigatório, o juiz poderá fixar, aderindo a eventual sugestão do Ministério Público (Junqueira; Costa, 2021, p. 257-268), condição especial, desde que com a devida fundamentação da aplicação e respeitado o vetor da adequação e as condições pessoais do acusado (artigo 89, § 2º).

A aceitação dos termos da avença, conforme alertado por Cunha (2020, p. 876), será fruto da “[...] exigência de manifestação complexa, isto é, que reúna tanto a vontade do acusado quanto do defensor [...]”. Isso, uma vez mais, exterioriza o importante papel do advogado na efetivação do consenso. Manifestado o assentimento das partes envolvidas, preenchidos os requisitos legais e respeitadas as finalidades do instituto, o juiz irá homologar o acordo, para que produza efeitos. Consideradas as peculiaridades de cada caso, o processo será sobrestado pelo período de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, lapso denominado “período de prova”, no qual o beneficiário deve cumprir todas as condições a que voluntariamente se sujeitou.

De modo semelhante ao que ocorre com a transação penal, se não aceita a proposta ofertada ou, outrossim, sobrevindo causa revogatória do acordo, o processo segue seus ulteriores termos, com a produção de provas e prolação de sentença, não havendo que se cogitar de condenação antecipada do agente. Logo, uma vez mais, não há que se falar, aqui, em “acordo sobre sentença” (*Urteilsabsprachen*). Por outro lado, cumpridas as condições, ou seja, escoado o período de prova sem revogação, haverá a extinção de punibilidade, sem produção de quaisquer dos deletérios efeitos condenatórios, penais ou extrapenais (artigo 89, § 5º).

Posto isso, falta, ainda, examinar as principais características do acordo de não persecução penal, o mais jovem dos institutos consensuais do cenário processual penal brasileiro, introduzido no ordenamento jurídico a partir da Lei nº 13.964/19, que foi alcunhada de “Pacote Anticrime” — sem prejuízo da prévia previsão do instituto em conhecida resolução do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP).

4.3.3 Acordo de não persecução penal

O acordo de não persecução penal, introduzido no Código de Processo Penal no artigo 28-A por meio da edição da Lei nº 13.964/19, é conceituado didaticamente por Carvalho (2021, p. 20) como sendo:

[...] um acordo celebrado entre o Ministério Público e o investigado (**devidamente assistido por advogado/defensor**), notadamente na fase de investigação de um ilícito penal, **necessariamente homologado judicialmente**, onde o investigado **assume a responsabilidade do fato delituoso** investigado, **aceitando voluntariamente cumprir determinadas condições não privativas de liberdade, em troca do compromisso do Ministério Público de não promover a ação penal** e pugnar pela extinção de punibilidade, caso o acordo seja integralmente cumprido (*g.n.*).

Da conceituação acima, já é possível extrair alguns pontos comuns entre os institutos consensuais já abordados neste trabalho e o recém-instituído acordo de não persecução penal, a começar pela necessidade de advogado e de homologação judicial. O nome, contudo, atribuído ao instituto não nos parece o mais adequado. É que a persecução penal se inicia na fase investigativa. De conseguinte, no momento da avença, a persecução penal já teve seu início. Ela será interrompida antes da sua conclusão tradicional, mas começou, de modo que parece inapropriado falar-se em “não-persecução”.

Seja como for, os requisitos que devem ser satisfeitos para o gozo do benefício se encontram no artigo 28-A do Código de Processo Penal, em seu *caput* e parágrafos. Como nos demais institutos, é imperiosa a justa causa precedente, ou seja, elementos prévios que comprovem a materialidade e indiciem solidamente a autoria delitiva. Além disso, o crime cometido deve ter reprimenda mínima inferior a 4 (quatro) anos, deve ser praticado sem violência ou grave ameaça contra a pessoa e o acordo deve ser suficiente para repressão e prevenção da conduta levada a efeito.

O § 2º do artigo 28-A elenca os chamados requisitos negativos de concessão, ou seja, a presença de qualquer deles inviabiliza a propositura de acordo. São eles: a) o cabimento de transação penal; b) a reincidência ou a conduta criminal reiterada, habitual ou profissional; c) ter sido beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores à prática do crime por transação penal, suspensão condicional do processo ou outro acordo de não persecução penal; d) crime praticado no contexto da Lei nº 11.340/06 (Lei Maria da Penha). Como último requisito a ser objeto de comentário, temos a obrigatoriedade de o arguido confessar formal e circunstancialmente a prática dos fatos.

Aqui, nesse ponto, como já se pode imaginar, instalou-se grave divergência doutrinária. Para parcela dos estudiosos, tal exigência de confissão se revela inconstitucional, porquanto materializaria uma autoincriminação para fins premiais que afrontaria o direito à defesa sob o seu aspecto negativo (*nemo tenetur se detegere*). Nesse sentido, já se afirmou que “o reconhecimento da prática delitiva como condição do ANPP contraria a norma constitucional em análise, eis que obriga o indiciado a produzir, para livrar-se da pena privativa de liberdade, prova (confissão) contra si mesmo, autoincriminando-se, em desconformidade com a CF/88” (Fari; Rodrigues; Marques, 2021, p. 73).

Ousamos discordar desse modo de ver as coisas. Já se disse que a exigência de confissão tem um duplo efeito: busca evitar a autoacusação falsa (donde a necessidade de a confissão ser *circunstanciada*) e, ainda, produzir no confitente um arrependimento interior, efeitos intimamente ligados aos fins processuais da busca da verdade e restabelecimento da paz social. Ora, a nosso ver, quem confessa e se dispõe a cumprir determinadas “penas” não privativas de liberdade, possui menor necessidade de ressocialização. Logo, com base na teoria da prevenção especial positiva, pode ter um tratamento mais brando. Do mesmo modo, quem confessa e se dispõe a cumprir determinadas condições, reconhece a validade da norma violada. Assim, o tratamento mais brando pode ser justificado também à luz da teoria da prevenção geral positiva.

Se o legislador optou por não exigir confissão na transação penal e na suspensão condicional do processo, provavelmente foi porque, lá, estamos diante de criminalidade menos grave do que a que, em regra, aparece aqui. De qualquer modo, aqui estamos a fazer adiantamento porventura indevido de algo que será melhor analisado à frente. Maiores considerações sobre a constitucionalidade ou não da confissão para o aperfeiçoamento do acordo de não persecução penal estão reservadas para o item seguinte.

Com relação às condições que poderão compor os termos do acordo de não persecução penal, elas muito se assemelham às já vistas na transação penal e suspensão condicional do processo, com o acréscimo da renúncia voluntária a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produtos ou proveitos do crime.

Aceita a proposta pelo arguido e seu defensor e homologado judicialmente o acordo, este passará a produzir efeitos. O seu integral cumprimento levará à extinção da punibilidade do agente, com a permanência da primariedade e ausência de reflexos em outras áreas. Por outro lado, descumprido o acordo, será oferecida a denúncia pelo Ministério Público e o processo seguirá seu itinerário normal, podendo levar ou não à condenação do réu – à semelhança do que se passa com a transação penal.

Feitas essas digressões, que nos pareceram as mais pertinentes *para este estudo*, isto é, compreendido o conteúdo do direito de defesa e vistas as características principais dos principais institutos de justiça penal consensual, julgamos, agora, ter condições de ir ao núcleo do nosso trabalho. Enfim, os institutos estudados acima, ainda que superficialmente, integrantes da justiça penal consensual, implicam ou não violação ao direito de defesa do investigado ou acusado?

5 AFINAL, A JUSTIÇA CONSENSUAL AVILTA O DIREITO DE DEFESA?

Depois de feitas as considerações acima, em nosso sentir, só podemos responder negativamente à pergunta que motivou o presente trabalho. Assim, a adesão aos sistemas diversificados de solução do caso penal não importa em afronta à Constituição da República, tampouco em desprestígio e aviltamento das finalidades do processo penal, nem mesmo no que atine à proteção dos direitos e garantias conferidos ao arguido em razão do seu *status* de sujeito de direito. Vejamos as razões que levaram a tal conclusão.

Causa alguma estranheza a afirmação de que os mecanismos alternativos de solução dos casos criminais padecem de inconstitucionalidade, porquanto foi o próprio constituinte *originário* que determinou a criação dos Juizados Especiais Criminais para fins de resolução — inclusive por meio do consenso — de infrações penais de menor potencial ofensivo, conforme artigo 98, I, da Constituição Federal. Importante observar, também, que o constituinte não fixou parâmetros para a definição do que seria infração de menor potencial ofensivo. A questão foi delegada ao legislador ordinário (Leite, 2013, p. 148-149). Ora, se o legislador pode ampliar o conceito de infração de menor potencial ofensivo, por que não poderia, em vez disso, simplesmente autorizar o consenso para outros crimes?

Por vezes, fala-se que os instrumentos de diversificação processual afrontam o princípio democrático e não se coadunam com um “processo penal democrático” (Vasconcellos, 2020, p. 143 e ss.). Antes de mais nada, não nos parece democrático chamar de democrática a própria visão de processo penal, inquinando automaticamente de antidemocrática qualquer visão diferente e, assim, obstando o debate acadêmico. Ademais, parece-nos que o princípio democrático implica, também, a necessidade de facilitar a participação de todos nas decisões que os afetem. Por que não estender essa ideia para o réu no processo penal?

Com relação aos clássicos princípios do processo penal da obrigatoriedade e da indisponibilidade da ação penal pública, vale lembrar que eles não têm *status* constitucional. Sua previsão é legal. Natural, assim, que o legislador ordinário possa excepcioná-lo em determinados casos, como o fez nos artigos 76 e 89 da Lei nº 9.099/95 e no art. 28-A do Código

de Processo Penal. É bom que se diga, ainda, que o surgimento e a ampliação dos espaços do consenso no processo penal prendem-se também à evolução do princípio da igualdade, que deixa de ser uma igualdade meramente formal para se transformar numa igualdade material (Santos, 2020, p. 179 e ss.). Assim como é fundamental tratar igualmente os iguais, também o é tratar desigualmente os desiguais, na medida da desigualdade. Em outros termos, não parece fazer sentido tratar a pequena criminalidade e a criminalidade organizada, *v.g.*, da mesma forma, sujeitando-as praticamente ao mesmo procedimento.

Não bastasse, no caso brasileiro, diferentemente do que se verifica nos EUA (Stith, 2008, p. 1.422), quando do manejo dos institutos de justiça penal consensual não foi conferida ao Ministério Público ampla discricionariedade. Em vez disso, temos no Brasil discricionariedade regrada, como já dito acima, isto é, discricionariedade sujeita a requisitos, limites bem definidos, cuja observância será ainda certificada pelo juiz.

Não nos parece haver espaço, portanto, para se imaginar a ilegitimidade dos institutos de justiça penal consensual.

Outro aspecto que contribui para uma resposta negativa ao problema proposto nesta pesquisa se relaciona com a impossibilidade de condenação imediata do investigado com base na aceitação da proposta feita pelo representante do interesse punitivo do Estado (o Ministério Público). Não temos, no Brasil, verdadeiro “acordo sobre julgamento”, diferentemente do que se observa na Alemanha, com o *Urteilsabsprachen*, inserido na StPO em 2009, mas já admitido na prática forense há décadas. Dito de outro modo, a aceitação da proposta feita pelo Ministério Público, no Brasil, não resulta na antecipação de uma sentença condenatória, razão pela qual nos parece impróprio falar em “sanção penal” a propósito das condições do acordo para solução antecipada do caso penal. Houvesse realmente uma pena, o inadimplemento de uma prestação pecuniária, por exemplo, redundaria na conversão de tal condição insatisfeita em pena privativa de liberdade, o que não ocorre nos institutos ora analisados — como visto de modo mais cauteloso acima.

Esse traço, aliás, parece revelar com bastante clareza a voluntariedade do acordo, vez que o Estado não pode compulsoriamente, por meio do recolhimento ao cárcere, obrigar a satisfação dos termos pactuados, devendo ser resolvida a questão por meio da continuidade da persecução penal nos seus ulteriores termos, podendo agora o averiguado se valer dos seus direitos fundamentais para resistir à pretensão acusatória que pesa contra si. De se notar, então, que a aceitação do acordo, por si só, não implica ainda qualquer renúncia ou limitação ao direito de defesa do arguido. Seu direito de se defender resistindo à pretensão estatal apenas

desaparecerá depois do efetivo cumprimento das condições acordadas com o representante do interesse punitivo estatal.

Com efeito, no Brasil, ao aderir a um negócio jurídico processual, diferentemente do que ocorre na maioria dos países onde vigora o *common law*, o investigado não renuncia propriamente aos seus direitos fundamentais, abdicando por completo de sua utilização. O que há em verdade é um compromisso casuístico de não exercício voluntário — limitação voluntária — de tais direitos. Na eventualidade da rescisão do acordo, poderá o arguido voltar a exercer aqueles direitos que, por sua vontade, estavam inertes.

Aliás, acerca da diferenciação entre renúncia e limitação voluntária, veja-se a clássica lição de José Joaquim Gomes Canotilho:

[...] 1) é irrenunciável qualquer direito medularmente inerente à dignidade da pessoa humana [...] 2) os direitos fundamentais, como totalidade, são irrenunciáveis; 3) os direitos, liberdades e garantias, isoladamente considerados, são também irrenunciáveis, devendo distinguir-se entre renúncia ao núcleo substancial do direito (constitucionalmente proibida) e **limitação voluntária ao exercício (aceitável sob certas condições) de direitos; [...] 5) a admissibilidade de uma auto-restricção mais ampla que a restrição legal está sujeita ao mesmo limite absoluto da reserva da lei restritiva – manutenção do núcleo essencial do direito afectado; [...] Da renúncia de direitos deve destinguir-se o não exercício fático de um direito[...] e o não exercício por não utilização oportuna dos instrumentos de protecção jurídica [...]. Poderá, assim, existir uma disposição individual acerca de posições de direitos fundamentais, mas o “uso negativo” de um direito não significa renúncia a esse mesmo direito (g.n.) (2003, p. 464-465).**

Finalmente, como já exposto alhures, reforça ainda mais o caráter de não-pena das condições do acordo penal o fato de ele não produzir qualquer efeito penal (reincidência, maus antecedentes) ou extrapenal (obrigação de indenizar na esfera cível). Daí nossa conclusão de que não se tem, no caso brasileiro, a admissão de culpa por parte do suposto autor do crime, bem assim a pronta imposição de sanção penal *stricto sensu* àquele que descumpriu as cláusulas do ajuste aperfeiçoado.

Não compreendemos, outrossim, a concepção de que o direito de se defender resistindo à pretensão acusatória seja um dever do acusado. Em primeiro lugar, nenhum direito é absoluto, por vezes devendo compulsoriamente, e outras, podendo voluntariamente, sofrer limitações em benefício de outros interesses que, naquele determinado momento, julgam-se mais importantes. Não se trata de aniquilação dos direitos preteridos, mas prevalência daqueles que em maior grau auxiliarão na consecução de um dado propósito social ou individual perseguido em uma específica situação concreta.

Como explica Jorge Miranda (2012, p. 426), embora, em princípio, direitos fundamentais sejam indisponíveis e irrenunciáveis, “isso não significa que o seu exercício seja

obrigatório”. Em dadas circunstâncias e para fins não contrários aos princípios do Estado de Direito, seus titulares podem aceitar sua restrição, ou podem, por sua vontade, suspender seu exercício. Ainda segundo o professor português (2012, p. 428), autorrestrições e autossuspensões são admitidas, desde que: a) haja consentimento livre; b) sejam reguladas por lei; c) sejam limitadas no tempo; e d) sejam livremente revogáveis. No âmbito da justiça penal consensual brasileira, todos esses requisitos encontram-se satisfeitos.

À medida que desenvolvemos nossas ponderações, vai, como se pode notar, ganhando relevo a autonomia da vontade, que confere ao cidadão o poder de regular seus próprios interesses da maneira que melhor lhe aprouver. De fato, os institutos consensuais colocam em jogo alguns interesses importantes do arguido: o patrimônio, o direito de se defender resistindo ao interesse contrário etc. Ocorre que, como dito, afigura-se perfeitamente possível o não exercício de alguns direitos fundamentais, em prol de outros igualmente fundamentais e casuisticamente mais relevantes. A propósito, explicam Danni Sales e Fernanda Marinela de Sousa Santos o seguinte:

Não parece correta a noção de que o indivíduo teria o dever/a obrigação de exercitar um direito fundamental em desfavor de seu interesse pessoal. Ao abdicar da instrução processual para se ver inserido em uma política premial penal, o investigado restringe alguns de seus direitos e suas garantias individuais na perspectiva de alcançar a “reprimenda” mínima. (2020, p. 46).

Em corroboração, Lima (2020, p. 41) pontua que os institutos consensuais são:

[...] forma distinta da tradicional para a resolução da causa, sendo admitida a solução consensual em infrações de menor gravidade, mediante supervisão jurisdicional, privilegiando-se, assim, a vontade das partes e, principalmente, do autor do fato que pretende evitar os dissabores do processo e o risco da condenação.

Aqui, já vai ficando claro algo fundamental para a compreensão da nossa posição acerca do problema que motivou nossa pesquisa: a aceitação de quaisquer dos acordos penais, em verdade, não importa, por si só, em ultraje ao direito de defesa do arguido. Antes, implica uma maneira diferente da tradicional de se defender. Como diz Rosimeire Ventura Leite (2013, p. 27), “a opção de recorrer a institutos consensuais no processo penal é difundida como estratégia de defesa, no sentido de evitar condenação mais grave ou as incertezas inerentes ao resultado do processo”.

Dito de outro modo, embora autorrestrições e autossuspensões de direitos fundamentais — inclusive do direito de defesa — sejam admitidas, não é bem isso o que se tem no âmbito da justiça penal consensual. Nesses casos, como manifestação da autodeterminação

do imputado, ele opta por se beneficiar do seu direito fundamental de maneira não convencional. Autoriza limitação ao seu direito fundamental (de se defender resistindo), mas em troca de vantagens que de outra maneira não alcançaria. Cuida-se de uma forma diferente de exercer o direito fundamental (LEITE, 2013, p. 31). Há uma *negociação* da sua restrição ou suspensão; em última análise, tem-se previsão de uma forma diferente de se defender e, portanto, ampliação — e não aviltamento! — do direito fundamental de defesa. Diz Rosimeire Ventura Leite (2013, p. 33):

[...] a anuência do imputado pode ser vista como manifestação do seu poder de decidir o modo pelo qual prefere exercer as vantagens inerentes à posição de direito fundamental, o que revela [...] a face positiva da renúncia, ou seja, de exercício do direito”.

Lembre-se, ainda, que todos os institutos analisados neste ensaio necessitam da presença da defesa técnica. A preocupação tem uma razão de ser, afinal, na esmagadora maioria das vezes o arguido estará em uma situação de manifesta hipossuficiência técnica se comparado aos membros do Ministério Público. Desse modo, de rigor a presença de advogado para auxiliar o imputado no eventual exercício não convencional do seu direito de defesa e, se o caso, garantir que a solução do caso penal proposta pelo Ministério Público seja efetivamente vantajosa para ele. Assim, a intervenção cogente do defensor busca evitar dois fenômenos comuns no direito norte-americano: o *bluffing* e o *overcharging* (Messias, 2020, p. 72).

Ademais, nenhum dos institutos estudados prescinde de homologação judicial. Compete a ela verificar a efetiva presença de consentimento livre e informado, a legalidade da proposta e sua proporcionalidade, sendo o ato judicante condição de eficácia dos termos convencionados (Araújo, 2021, p. 147). Portanto, a proposta feita pelo Ministério Público deve passar por um duplo filtro: a concordância do imputado, assistido por seu defensor, e a homologação judicial, de modo a conferir ainda mais segurança à solução alternativa dada ao caso penal.

Um leitor mais crítico, neste ponto, poderia se perguntar: mas o raciocínio aqui desenvolvido aplica-se também ao acordo de não persecução penal, que, como visto, exige para sua celebração confissão formal e circunstanciada do investigado? Não haveria violação, nesse caso, do direito ao silêncio, conectado à autodefesa negativa? Novamente, parece-nos que não.

A vedação constitucional refere-se à autoincriminação forçada, o que não tem lugar no acordo de não persecução penal, já que, como observado, este é voltado ao resguardo da voluntariedade na manifestação da vontade externada pelo arguido. Igualmente, a disposição

constitucional insculpida no artigo 5º, inciso LXIII, revela o *direito* do acusado de permanecer calado, não se tratando, portanto, de um *dever* de silêncio, podendo o investigado fazer uso da palavra para fins de exercício de sua defesa, inclusive em um cenário de jaez premial. Como impressivamente diz Jordi Nieva Fenoll (2012, p. 94), “ao fim e ao cabo, o acusado não pode deixar de ser dono do seu destino”. É por isso que, se ele quer acrescentar algo à tese a ser sustentada pelo defensor, ele pode fazê-lo, ainda que isso se mostre absolutamente contraproducente ou prejudicial.

De mais a mais, ao contrário do que se poderia supor, a exigência da confissão para o fechamento de um acordo de não persecução penal não pretende angariar elementos de convicção que levem à formação de uma *opinio delicti* positiva, ou mesmo robusteçam a tese acusatória. Isso porque a justa causa deve preexistir ao momento da manifestação do arguido para fins de acordo, afinal, ausentes provas prévias da materialidade e indícios suficientes e antecedentes de autoria, o acordo sequer pode ser ofertado. A investigação deve ser prontamente arquivada. A confissão é “condição de evitação da denúncia, e não de início de prova” (Messias, 2020, p. 63 e. s.).

Não bastasse, o artigo 155 do Código de Processo Penal veda a condenação de qualquer acusado com base exclusivamente nos elementos produzidos antes do início do processo em si, ou seja, antes do recebimento da denúncia, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis ou antecipadas. Dessa forma, a confissão em sede de acordo de não persecução penal não se presta a, em caso de descumprimento da avença e deflagração do processo-crime, selar, por si só, a condenação do acusado, devendo a decisão ser embasada por elementos produzidos em Juízo.

Embora defendam o contrário do que aqui sustentamos, concordamos, no ponto, com Aline e Daniel Lovatto (2020, p. 72), no sentido de que a confissão no contexto de acordo de não persecução penal não possui *status* de prova, devendo ser ratificada em Juízo para que assuma relevância na comprovação dos termos da exordial acusatória. Em verdade, no processo penal brasileiro, nem mesmo a confissão judicial possui valor absoluto, conforme bem revela o art. 197, do Código de Processo Penal.

O argumento de que a exigência de confissão para celebração do acordo de não persecução penal conflitaria com o postulado constitucional da presunção de inocência, igualmente, não nos convence. O próprio sistema jurídico, mais precisamente o artigo 65, inciso III, alínea “d”, do Código Penal, admite que a confissão espontânea atenua a pena eventualmente impingida ao condenado. Indaga-se: se é válida a confissão para fins de mera atenuação da pena, por que não seria para algo ainda mais vantajoso, isto é, a evitação do

processo, mediante medidas menos pesadas que a pena projetada, e a permanência da primariedade?

Sobre isso, salienta José Lucas Perroni Kalil:

[...] jamais alguma defesa reclamou quando o juiz, ao fixar a pena de uma eventual condenação, reconhecia a atenuante do art. 65, III, d, do Código Penal, quando esta era feita somente extrajudicialmente. São até frequentes os recursos para tentar a aplicação da atenuante mesmo quando o juiz não a utiliza para fundamentar a condenação (2020, p. 57).

Por fim, não há que se falar em exigência desarrazoada ou desproporcional. Como visto acima, a nosso ver, quem confessa e se dispõe a cumprir determinadas “penas” não privativas de liberdade, possui menor necessidade de ressocialização. Logo, com base na teoria da prevenção especial positiva, pode ter um tratamento mais brando. Do mesmo modo, quem confessa e se dispõe a cumprir determinadas condições, reconhece a validade da norma violada. Assim, o tratamento mais brando pode ser justificado também à luz da teoria da prevenção geral positiva. Legítimo, portanto, o requisito da confissão formal e circunstanciada, cujo cumprimento é necessário para possibilitar o gozo da benesse do acordo de não persecução penal.

6 FINALIDADES DO PROCESSO PENAL: UMA ÚLTIMA PALAVRA

O Estado exerce poder por meio do processo penal. Num Estado de Direito, esse poder não pode mesmo ser ilimitado. Afinal, Estado de Direito pressupõe divisão do poder e limitação material do poder estatal, principalmente por meio da salvaguarda de direitos fundamentais (MIRANDA, 2012, p. 240). Por outro lado, nas sociedades modernas, a autodefesa é, em regra, proibida, o que é o mesmo que dizer que o Estado possui o monopólio da função jurisdicional. Daí, no entanto, resulta que o Estado possui não só o direito de punir quem quer que venha a praticar infração penal, mas também o *dever* de fazê-lo. Se, regra geral, ninguém pode “fazer justiça pelas próprias mãos” (art. 345 do CP), o Estado possui o *dever* de administrar e realizar a justiça, máxime a penal (Figueiredo Dias, 1974, p. 24). Inclusive, é do princípio do Estado de Direito que a jurisprudência alemã extrai uma das mais importantes justificativas para autorizar, na persecução penal, intervenções em direitos fundamentais: a noção de capacidade de funcionamento da justiça penal (*Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege*). Destarte, é importante que o processo penal encontre um equilíbrio entre a eficiência e a proteção dos direitos fundamentais do acusado.

Parece-nos que a justiça penal consensual satisfaz essa diretriz. Os mecanismos de diversão processual conseguem, a seus modos, velar pela sintonia na interseção dos fins atrelados ao processo penal, mantendo-os convergentes e complementares e esquivando de uma ideia antinômica e excludente. A busca da verdade não foi totalmente sacrificada, seja pela necessária presença de justa causa, seja pela confissão formal e *circunstanciada* dos fatos em relação aos crimes de média gravidade passíveis de celebração do acordo de não persecução penal. Há algum prejuízo para a obtenção da verdade material, inegavelmente, já que todos os institutos estudados abortam a instrução processual, em contraditório. No entanto, salvou-se desse fim do processo penal o máximo possível, ao mesmo tempo em que o legislador fez um aceno, talvez, à verdade consensuada — em contraposição à verdade como correspondência (Arantes, 2013, p. 13). No mais, obteve-se ganho em eficiência do processo, conectada ao fim da pacificação social.

O restabelecimento da paz jurídica foi também fruto de preocupação do legislador quando da criação dos institutos consensuais, vez que previu soluções abreviadas do conflito com o fito de dar uma rápida e eficiente resposta à sociedade com relação ao cometimento de infrações penais. Desse modo, os acordos prestam relevante contribuição para a reafirmação da vigência da norma estatal.

Por derradeiro, com relação ao fim do processo penal de proteção dos direitos fundamentais do arguido, a nosso ver, não houve qualquer prejuízo. Com a adoção dos institutos de justiça penal consensual, o que há é uma ampliação do direito de defesa do imputado, que passa a dispor de mais uma alternativa: “negociar” seu direito de se defender resistindo à pretensão acusatória, obtendo, em contrapartida, vantagens que, de outra maneira, não conseguiria alcançar. A aceitação do acordo também é meio de defesa, na medida em que acarreta a minoração relevante dos nocivos efeitos causados pelo processo (*process is the punishment*) e por uma eventual condenação criminal.

Não se verifica, desse modo, sacrifícios proibidos ou criticáveis aos fins do processo; ao revés, procurou-se harmonizar tais finalidades, em busca de um sistema criminal atual, justo e eficiente.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como consignado desde o princípio, o objetivo deste trabalho sempre foi responder à seguinte pergunta: a adoção de institutos de justiça penal consensual importa em afronta ao direito de defesa do arguido? A nosso ver, a resposta deve ser negativa. A transação penal, a

suspensão condicional do processo e o acordo de não persecução penal, institutos que buscam abreviar a resposta do Estado à prática delitiva, conseguiram conjugar, de forma satisfatória, a busca pela verdade, o respeito pelos direitos e garantias do investigado e o ideal de pacificação social.

Com relação ao direito de defesa, em última análise, tem-se ampliação, e não aviltamento. Isso porque, sem prejuízo de qualquer das posições que tradicionalmente integram o conteúdo do direito de defesa do acusado, permitiu o legislador, em determinados casos e satisfeitos certos requisitos, a “negociação” pelo imputado do seu direito de se defender se opondo à pretensão acusatória estatal. Por meio dessa “negociação”, o imputado consegue ficar livre do processo e de suas indesejáveis consequências, em termos de estigmatização, mas sobretudo da condenação criminal.

Parece-nos inegável, de qualquer maneira, que a ampliação dos espaços de consenso na seara criminal seja um caminho sem volta. Está claro, inclusive em países mais ricos, que o sistema de Justiça não consegue processar, pelo caminho completo, todas as infrações penais. E, por outro lado, em razão da crise do Estado Social de Direito, verificável no Brasil e em toda a Europa, o Estado simplesmente não consegue resolver o problema contratando mais gente. A sociedade avança, as relações interpessoais se multiplicam e a ciência criminal não pode estar alheia a isso, sob pena de o já ineficiente sistema ser totalmente implodido, com o retorno da vingança privada.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Maria João. **Direito Processual Penal**. Coimbra: Editora Almedina, 2016.

ARANTES, Francine Nunes. **Justiça consensual e eficiência do processo penal**. 2016. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2016. Disponível em: https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/26360/1/ulfd132654_tese.pdf. Acesso em: 12 dez. 2021.

ARAÚJO, Brena Diniz. O Acordo de Não Persecução Penal. **Revista Acadêmica Escola Superior do Ministério Público do Ceará**, [S. l.], v. 13, n. 2, p. 133–152, 2021. Disponível em: <https://revistaacademica.mpce.mp.br/revista/article/view/193>. Acesso: 20 nov. 2021.

BARBUGIANI, Fernando Augusto Sormani; CILIÃO Ellen Crissiane de Oliveira. **O consenso na justiça criminal: expansão dos institutos e o advento do acordo de não persecução penal**. Pacote anticrime. Curitiba: Escola Superior do MPPR, vol. 1, p. 125-145, 2020. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/publicacoes/961-livros/13748-revista-do-cnmp-o-ministerio-publico-e-a-liberdade-de-expressao-2>. Acesso em: 14 out. 2021.

BRITO, Alexis Couto de; FABRETTI, Humberto Barrionuevo; LIMA, Marco Antônio Ferreira. **Processo Penal Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. *Plea bargaining* e justiça criminal consensual: entre os ideais de funcionalidade e garantismo. **Custos Legis–Revista Eletrônica do Ministério Público**. Curitiba, v. 4 2012. Disponível em: <https://revistacustoslegis.wordpress.com/2016/05/20/plea-bargaining-e-justica-criminal-consensual-entre-os-ideiais-de-funcionalidade-e-garantismo/>. Acesso em 1º nov. 2021.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, Sandro Carvalho Lobato de. **Questões práticas sobre o acordo de não persecução penal**. São Luís: Procuradoria Geral de Justiça, 2021.

CONSTANTINO, Lúcio Santoro. de. Considerações sobre a confissão como pressuposto para o acordo de não persecução penal (Lei nº13.964/19). **Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 26, p. 620–639, 2020. Disponível em: <https://revistadpers.emnuvens.com.br/defensoria/article/view/55>. Acesso: 13 nov. 2021.

CUNHA, Rogério Sanches. **Leis penais especiais comentadas**. 3. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2020.

DEU, Teresa Armenta. **Sistemas procesales penales**. La justicia penal en Europa y América. ¿Un camino de ida y vuelta? Madrid: Marcial Pons, 2012.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de Processo Penal**. 7. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2021.

FARIAS, Gabriel Henrique; RODRIGUES, Ana Cristina Medeiros; MARQUES, Heitor Romero. Acordo de não persecução penal: exigência de confissão à luz da Constituição Federal. **Lex Cult Revista do CCJF**, [S.l.], v. 5, n. 2, p. 57-76, ago. 2021. ISSN 2594-8261. Disponível em: <http://lexcultccjf.trf2.jus.br/index.php/LexCult/article/view/515>. Acesso em: 13 nov. 2021.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito Processual Penal**. 1. v. Coimbra: Coimbra Editora LTDA. 1974.

GRECO, Luis. **As Razões do Direito Penal**, Quatro Estudos. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

JUNQUEIRA, Gabriel Marson; COSTA, Rafael de OLIVEIRA. Breves Considerações sobre o papel do juiz- e do Ministério Público- no acordo de não persecução penal. **Pacote anticrime**, Curitiba: Escola Superior do MPPR, vol. 2, p. 257-268, 2021.

KALIL, José Lucas Perroni. Sobre a Constitucionalidade da Confissão no Acordo de Não Persecução Penal. **Direito Penal e Processo Penal**, v. 2, n. 1, p. 50-60, 2020. Disponível em:

<https://revistas.anchieta.br/index.php/DireitoPenalProcessoPenal/article/view/1632>. Acesso em: 21 nov. 2021.

LEITE, Rosimeire Ventura. **Justiça consensual como instrumento de efetividade do processo penal no ordenamento jurídico brasileiro**. 2009. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. doi:10.11606/T.2.2009.tde-17112011-110813. Acesso em: 1º de nov. 2021.

LEITE, Rosimeire Ventura. **Justiça consensual como instrumento de efetividade do processo penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

LOVATTO, Aline Correa; LOVATTO, Daniel Correa. Confissão como (des) acordo de não persecução penal. **Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul**, n. 26, p. 65-84, 2020. Disponível em: <https://revista.defensoria.rs.def.br/defensoria/article/view/17>. Acesso em: 21 nov. 2021.

MANDARINO, Renan Posella; SANTIN, Valter Foletto. A atuação do Ministério Público ante a expansão da justiça penal negociada no pacote anticrime. **Pacote anticrime**, Curitiba: Escola Superior do MPPR, vol. 1, p. 236-251, 2020. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/publicacoes/961-livros/13748-revista-do-cnmp-o-ministerio-publico-e-a-liberdade-de-expressao-2>. Acesso em: 14 out. 2021.

MARTINS, Flávio. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

MESSIAS, Mauro. **Acordo de não persecução penal: teoria e prática**, 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**: Tomo IV: Direitos Fundamentais. 5. ed. Lisboa: Coimbra, 2012.

NIEVA FENOLL, Jordi. **Fundamentos de Derecho Procesal Penal** (Madrid, Buenos Aires, Montevideo, Edisofer; B de F, 2012

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

SALES, Danni; SANTOS, Fernanda Marinela de Souza. Acordo de não persecução penal e os limites da renúncia aos direitos e às garantias fundamentais. **Pacote anticrime**. Curitiba: Escola Superior do MPPR, vol. 1, p. 40-54, 2020. Disponível em:

<https://www.cnmp.mp.br/portal/publicacoes/961-livros/13748-revista-do-cnmp-o-ministerio-publico-e-a-liberdade-de-expressao-2>. Acesso em: 11 de out. 2021.

SANTOS, Cláudia Maria Cruz. **O direito processual penal português em mudança: rupturas e continuidades**. Coimbra: Editora Almedina, 2020.

STITH, Kate. *The Arc of the Pendulum: Judges, Procecutors, and the Excercise of Discretion*, *The Yale Law Journal*, nº 117, 2008.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos do Direito Penal**: de acordo com a Lei n. 7.209, de 11-7-1984 e com a Constituição Federal de 1988. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 3.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e justiça criminal negocial**: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. 2. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D' Plácido, 2020.

Artigo recebido em: 13 abr. 2022

Aceito para publicação em: 13 dez. 2023.