

JUSTIÇA PENAL CONSENSUAL, IMPARCIALIDADE DO JULGADOR E OS LIMITES DA INGERÊNCIA JUDICIAL NO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

CONSENSUAL CRIMINAL JUSTICE, JUDICIAL IMPARTIALITY, AND THE LIMITS OF JUDICIAL INTERFERENCE IN THE NON-PROSECUTION AGREEMENT

Alexandre Rocha Almeida de Moraes

Doutor, Mestre e Professor de Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP).

Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo (MPSP).

aram.mp@gmail.com

Flávio Eduardo Turessi

Pós-Doutor em Ciências Jurídicas e Direito Público pela Universidade Las Palmas de Gran Canaria (ULPGC/Espanha), Doutor em Direito Econômico Pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, Mestre em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP).

Professor de Direito Penal e Processo Penal nos programas de Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP).

Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo (MPSP).

feturessi@terra.com.br

RESUMO

A partir de uma pesquisa jurídico-teórica da legislação, pelo método lógico-indutivo e com apoio na doutrina e na jurisprudência das Cortes Superiores, o presente estudo tem por objetivo analisar o desenvolvimento e os contornos do moderno sistema acusatório constitucionalmente consagrado no processo penal brasileiro e a compatibilidade desse modelo legal de tradição romano-germânica (*Civil Law*), orientado pelo postulado da legalidade em sentido amplo, com a crescente abertura da via consensual na resolução das demandas penais, expressão característica dos sistemas legais de origem anglo-saxão (*Common Law*), com especial destaque para o papel do Poder Judiciário no desenvolvimento válido do acordo de não persecução penal, apontando a necessidade de distanciamento do julgador da mesa de negociações e concluindo pela ingerência judicial indevida em questões não afetadas à voluntariedade e à legalidade do negócio jurídico de partes introduzido ao Código de Processo Penal pela Lei nº 13.964/2019, sob pena de afronta à garantia da imparcialidade.

Palavras-Chave: Sistema acusatório - Justiça penal consensual - Acordo de não persecução penal - Limites da ingerência judicial.

ABSTRACT

Based on a legal-theoretical research of legislation, using the logical-inductive method and supported by the doctrine and jurisprudence of the Superior Courts, this study aims to analyze the development and contours of the modern accusatory system constitutionally enshrined in the Brazilian criminal process and the compatibility of this legal model of Roman-Germanic tradition (Civil Law) guided by the postulate of legality in a broad sense, with the growing openness of the consensual route in the resolution of criminal lawsuits, a characteristic expression of legal systems of Anglo-Saxon origin (Common Law), with special emphasis on the role of the Judiciary in the valid development of the non-prosecution agreement, pointing out the need for the judge to distance himself from the negotiating table and concluding that there is undue judicial interference in matters not affecting the voluntariness and legality of the legal transaction of the parties introduced into the Code of Criminal Procedure by Law nº 13.964/2019, under penalty of violating the guarantee of impartiality.

Keywords: Adversarial system - Consensual criminal justice - Non-prosecution agreement - Limits of judicial interference.

INTRODUÇÃO

A pós-modernidade e a sociedade pós-industrial, líquida e tecnológica, são retratos da sociedade da era dos riscos: o futuro incerto e aberto demanda constante interação social, aperfeiçoamentos e versatilidade própria de um mundo em constante transformação.

Nesse contexto de constante mutação social e tecnológica, marcado por exigências de eficiência e racionalidade, o direito processual penal se vê desafiado a repensar suas formas tradicionais de resolução de conflitos.

Bem por isso, todo o ocidente passou a incorporar mecanismos de justiça penal consensual e, no caso brasileiro, a transação penal, a suspensão condicional do processo, o acordo de colaboração criminosa e, mais recentemente, o acordo de não persecução penal, revelam uma transformação silenciosa, porém profunda nas estruturas do processo penal tradicional.

Esses instrumentos, inspirados em experiências estrangeiras e legitimados por demandas internas de celeridade e racionalização, configuram um novo paradigma de atuação estatal no campo penal, no qual o consenso passa a ocupar lugar de destaque, desafiando os fundamentos clássicos do sistema acusatório garantista.

Nesse novo cenário, marcado pela flexibilização de institutos historicamente associados à rigidez do devido processo legal, surgem inevitáveis tensões dogmáticas, especialmente no que se refere à preservação da imparcialidade do juiz.

Se, por um lado, o modelo negocial busca atender à eficiência da resposta penal e à seletividade inteligente da persecução criminal, por outro, demanda redobrada vigilância quanto à conformidade constitucional dessas práticas, sobretudo diante da crescente atuação do magistrado em etapas preliminares e decisivas da dinâmica consensual.

O envolvimento judicial na condução ou homologação dos acordos pode comprometer sua posição institucional de neutralidade, acarretando prejuízos concretos à legitimidade da própria jurisdição penal.

A presente reflexão propõe, assim, uma análise crítica das implicações teóricas e práticas da justiça penal consensual, com ênfase nas suas interfaces com o princípio da imparcialidade do julgador.

Parte-se de uma revisão histórico-comparada sobre a gênese e a evolução dos mecanismos de consenso no processo penal, com destaque para a transição do modelo da obrigatoriedade da ação penal para formas mais flexíveis de discricionariedade regrada.

Em seguida, explora-se a institucionalização desses mecanismos no Brasil, com especial atenção ao papel do Ministério Público como protagonista da negociação penal e à função do juiz como garantidor dos direitos fundamentais, mas também como ator que, por vezes, participa do processo de composição em termos que desafiam a ortodoxia acusatória.

Ao longo do presente artigo, busca-se problematizar a naturalização da eficiência como valor central da justiça penal e suas consequências sobre o equilíbrio entre partes e o controle judicial da legalidade dos acordos.

A análise recorre à doutrina nacional e estrangeira, bem como à jurisprudência recente, para avaliar em que medida a adesão brasileira aos instrumentos de justiça penal negocial tem respeitado os marcos constitucionais do devido processo legal, da separação de funções e da imparcialidade judicial, pilares indispensáveis à legitimidade democrática do sistema punitivo.

Mais do que rejeitar ou endossar o modelo consensual, o objetivo é refletir sobre seus limites, seus riscos e suas potencialidades dentro de uma concepção substancial de processo penal, no qual a função do juiz permanece vinculada, antes de tudo, à proteção dos direitos fundamentais e à preservação da confiança no exercício da jurisdição, em consonância ao novo sistema acusatório agora previsto explicitamente na lei.

1. SISTEMA ACUSATÓRIO E PROCESSO PENAL DEMOCRÁTICO

O desenvolvimento dos sistemas processuais penais ocidentais ao longo dos séculos, desde a Antiguidade até os dias atuais, desnuda um movimento contínuo de superação e aprimoramento de dois grandes modelos de Justiça Penal: o *sistema inquisitivo* e o *sistema acusatório*.

Na Grécia antiga dos séculos VI a IV a.C., o processo penal correspondia ao modelo acusatório puro, já que qualquer cidadão podia deduzir a sua pretensão acusatória perante a autoridade competente, revelando um sistema de indisfarçável acusação popular.¹

Cuidava-se de um processo penal marcadamente privado, regido pelo *princípio dispositivo*, no qual cabia ao próprio ofendido deduzir sua acusação e, ao acusado, sustentar sua defesa, sem a intervenção ou controle de órgãos públicos oficiais no proceder das partes no desenvolvimento daquele conflito.

Na Roma antiga, as transformações políticas operadas em seu sistema organizacional - *monarquia, república e império* - também impactaram diretamente no desenvolvimento dos sistemas de justiça criminal no ocidente.

O antigo Direito Romano distinguia os delitos capitais (*percidium e perduellio*) dos demais delitos, ditos ordinários: para os delitos capitais, diante do interesse público no desenvolvimento da persecução penal, promovia-se um processo de instrução oficial, denominada *inquisitio*, conduzido pelo *questor*, um funcionário nomeado pelo cônsul para o caso concreto; já para os delitos ordinários, a acusação era privada (*accusatio*), deduzida pelo cidadão e julgada por uma assembleia popular, denominada *iudicium populum*.²

Ocorre que, ao longo dos anos, esse modelo de acusação privada trouxe consigo o extraordinário crescimento de acusações infundadas, motivadas pelo sentimento de vingança pessoal, disfunção sistêmica que conduziu a mudanças paradigmáticas no modelo de Justiça Penal daquele período.

Em esboço histórico, Maier lembra que

El golpe de gracia para un sistema de injuiciamiento y persecución penal como la *accusatio*, tan puro teóricamente y consecuente con las ideas políticas de las que partía, lo asestó la aparición de funcionarios oficiales encargados de velar por la

¹ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 125-126.

² AMBOS, Kai; LIMA, Marcellus Polastri. *O processo acusatório e a vedação probatória: perante as realidades alemã e brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 11-12.

seguridad pública y, por tanto, de perseguir penalmente los hechos punibles que caían bajo su conocimiento. Nació el sistema de persecução penal pública que llega hasta nuestros días, después de haber sido receptado como pilar fundamental de la Inquisición.³

Com a queda do Império Romano e a invasão dos povos germânicos no séc. V, tem início a Idade Média, com a formação de feudos descentralizados e pulverizados sob múltiplas formas de governo, e o cristianismo se consolida como doutrina hegemônica naquela época.

O Direito aplicado no período medieval, marcadamente consuetudinário, é moldado pelos costumes e restrito às relações dos senhores feudais com seus respectivos vassallos.

A Alta Idade Média (séculos V a XI) é caracterizada por indisfarçável imbricamento entre o Direito Germânico e o Direito Romano, com diversas regras regionalizadas, não sendo dado distinguir-se causas cíveis de criminais.⁴ A Baixa Idade Média (séculos XII a XIII) assiste ao fortalecimento do poder da Igreja e da Inquisição na organização do poder político daquele período.

Sob o papado de Inocência III (1161-1216) inaugura-se, no Direito Canônico do século XIII, o processo inquisitivo *stricto sensu*, distinto do processo canônico anterior, ao deixar de exigir a “queixa de um particular” e contentar-se, doravante, com uma delação ou rumor publicamente divulgado de má fama para que fosse provocada a atuação oficial persecutória com vistas à busca da verdade material.⁵

Nesse período, devidamente autorizado pela Bula do Papa Inocência IV, em 1252, o recurso à tortura para se obter a confissão contra atos de bruxaria desponta como método recorrente para trazer o herege à verdadeira fé.

E, como era esperado, a expansão da jurisdição eclesiástica vivida naquele período refletiu diretamente no exercício da jurisdição criminal que, até então, se encontrava repartida em pequenas circunscrições feudais, de forma assistemática, desordenada e desprovida de unidade e coerência jurídicas.⁶

Como se não bastasse, o processo penal acusatório privado tornou-se incapaz de fazer frente ao crescimento da criminalidade de massa que acompanhava o desenvolvimento urbano daquela época.

³ MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal: fundamentos*. 2. ed. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004. p. 286.

⁴ ANDRADE, Roberta Lofrano. *Processo penal e sistema acusatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 18.

⁵ AMBOS, Kai; LIMA, Marcellus Polastri. *O processo acusatório e a vedação probatória: perante as realidades alemã e brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 17-18.

⁶ TURESSI, Flávio Eduardo. *Justiça penal negociada e criminalidade macroeconômica organizada*. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 194.

Não tardou para que o processo acusatório privado fosse substituído pelo processo inquisitório, e que a solução de conflitos assumisse um viés predominantemente público, apoiado na busca da verdade material, com a adoção de um sistema de racionalidade dos meios de prova no qual a confissão era sua principal expressão - *confessio est regina probationum* -, e a tortura, por sua vez, a principal forma de obtenção dessa prova.

Aqui, não se falava em livre convencimento motivado, mas na verificação de condições legais para a condenação do acusado, instaurando-se um período de valorização legal da prova e limitação do poder do julgador.

Em suma, os sécs. XVI e XVII foram marcados pelo protagonismo da Inquisição.

Mais adiante, contrário aos dogmas do *ancien régime*, o século XVIII inaugura um movimento de renovação intelectual, cultural e política que, indiscutivelmente, também impactou no funcionamento das engrenagens da Justiça Criminal, surgindo as primeiras vozes contrárias ao uso da tortura e expiação humana na obtenção da prova.

Expoente do movimento humanista, Cesare Bonesana, em sua consagrada obra *Dos delitos e das penas*, chega até mesmo a afirmar que

É uma barbárie consagrada pelo uso na maioria dos governos aplicar a tortura a um acusado enquanto se faz o processo, quer para arrancar dele a confissão do crime, quer para esclarecer as contradições em que caiu, quer para descobrir os cúmplices ou outros crimes de que não é acusado, mas quais poderia ser culpado, quer enfim porque sofistas incompreensíveis pretenderam que a tortura purgava a infâmia.⁷

Na França, já no período do Iluminismo, credita-se ao *Code d'instruction criminelle*, de 1808, a pedra fundamental da reforma penal que se seguiu em toda a Europa continental, texto normativo que, partindo de um sistema de organização judicial, estrutura o Ministério Público e lhe confere o monopólio exclusivo da persecução penal, conferindo-lhe titularidade para promover e sustentar a ação penal pública.⁸

Dessa forma, transpondo o modelo inquisitivo, o sistema acusatório promove a justa separação entre quem acusa, quem defende e quem julga, e confere ao Ministério Público o necessário controle sobre a persecução penal.

Nas palavras de Hassemer:

⁷ BONESANA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Paulo M. Oliveira. 13. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1999. p. 46-47.

⁸ TURESSI, Flávio Eduardo. *Justiça penal negociada e criminalidade macroeconômica organizada*. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 196.

La superación del procedimiento inquisitivo en el actual proceso penal constituye una piedra angular en el desarrollo hacia el estado de derecho. El juez inquisidor reunía en sus manos prácticamente todas las funciones del estado penante y se encontraba ampliamente a cubierto de controles y correcciones.⁹

O nascimento do Ministério Público, órgão de Estado, para fazer parte do modelo acusatório, representa um grande avanço em relação ao inquisitório, com dupla justificativa: efetividade da persecução criminal e busca da imparcialidade do órgão julgador, garantia não presente no modelo anterior.¹⁰

À toda evidência, o sistema inquisitório não convive com o processo penal de viés democrático, sendo certo que a Constituição Federal de 1988, conferindo ao Ministério Público, em seu art. 129, I, a legitimidade privativa para a propositura da ação penal pública, adotou claramente o sistema acusatório, vale dizer, um processo penal de partes, com clara separação entre as funções de acusar, defender e julgar.

Nessa direção, Demercian e Maluly¹¹ afirmam que, no Brasil, o processo penal tem estrutura acusatória, e a previsão de uma fase investigatória preliminar não lhe retira essa conotação, pois o inquérito policial não integra a instrução do processo, sendo instrumento dispensável e cuja única finalidade é fornecer ao titular da ação penal elementos suficientes para a formação da *opinio delicti* e consequente oferecimento da acusação (CPP, arts. 40, 39, § 5º, e 46, § 1º).

De fato, o próprio art. 155 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei nº 11.690 de 2008, deixa bastante claro que os elementos de convicção coligidos na fase extrajudicial da persecução criminal possuem, salvo exceções relacionadas às provas irrepetíveis, validade limitada.

Bem por isso, Polastri¹² leciona que “o nosso sistema é acusatório; entretanto, não tem a “estrutura *adversarial*” – adota-se um sistema acusatório em que se tem a busca de prova pela estrutura processual do “inquisitorial system”. E arremata o autor:

Enquanto nos sistemas de Common Law acabou se dando lugar a um processo com estrutura de busca de provas adversarial (*adversary sistem of litigation*), o certo é que no processo moderno europeu continental, mormente o penal, acaba sendo criado um novo processo acusatório ou acusatório do tipo *inquisitorial system*, o que vem aos

⁹ HASSEMER, Winfried. *Crítica al derecho penal de hoy: norma, interpretación, procedimiento. Límites de la prisión preventiva*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2003. p. 91.

¹⁰ MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Curso de investigação criminal*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 11.

¹¹ DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. *Curso de processo penal*. 10. ed. São Paulo: Rideel, 2023. p. 18.

¹² POLASTRI, Marcellus. *A prova penal*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 14.

poucos sendo adotado no processo penal brasileiro (a reforma de 2008, de certa forma mostra isso).¹³

Não por acaso, a recente e multidisciplinar Lei nº 13.964/2019, reafirmando a adoção do sistema acusatório no ordenamento pátrio, introduziu ao Código de Processo Penal o novo art. 3º-A: “*O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação*”.

E, conferindo interpretação conforme ao art. 3º-A do CPP (ADIs 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305), o STF, na síntese de Pacelli e Fischer, deixou claro que:

[...] a legítima vedação à substituição da atuação probatória do órgão de acusação significa que o juiz não pode, em hipótese alguma, tornar-se protagonista do processo. Simultaneamente, remanesce a possibilidade de o juiz, de ofício: (a) “determinar no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante” (artigo 156, II); (b) determinar a oitiva de uma testemunha (artigo 209); (c) complementar a sua inquirição (artigo 212) e (d) “proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição” (artigo 385).¹⁴

Não obstante a expressa afirmação do sistema acusatório no corpo do Código de Processo Penal se revele de indiscutível importância, a adoção desse modelo já era facilmente percebida no plano infraconstitucional a partir das alterações promovidas no texto adjetivo.

A título ilustrativo, a Lei nº 11.690/2008, em especial no tocante ao regramento conferido aos poderes instrutórios do juiz, como se verifica, por exemplo, com a disposição prevista em seu art. 212, *caput*, e parágrafo único, que expressamente coloca o julgador em posição subsidiária e complementar na atividade de inquirição das testemunhas, privilegiando a atuação das partes na produção da prova oral. De igual modo a mudança da redação do art. 384 dada pela Lei nº 11.719/2008 que passou a impedir que o magistrado julgasse qualquer caso, sem aditamento à inicial, na hipótese de prova nova que implicasse o reconhecimento de outro crime com pena igual ou menor à imputação inicial, representa exemplo da preocupação de excluir qualquer possibilidade de o juiz agir como se fosse parte.

Aliás, é preciso dizer que a adoção do sistema acusatório no processo penal brasileiro já vinha sendo afirmada e reafirmada pela jurisprudência do próprio Supremo Tribunal Federal (STF), com especial destaque para o quanto decidido pela Corte (Pleno) nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.104, relator o Ministro Roberto Barroso, que, com

¹³ POLASTRI, Marcellus. *A prova penal*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 17.

¹⁴ PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao código de processo penal e sua jurisprudência*. 17. ed. São Paulo: JusPodivm, 2025. p. 626.

fundamento no regime jurídico constitucional do Ministério Público, deferiu medida cautelar para suspender a eficácia do artigo 8º da Resolução nº 23.396, de 17 de dezembro de 2013, do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), que, no ponto, condicionava a instauração de inquérito policial eleitoral à prévia autorização judicial, instituindo infundada modalidade de controle judicial prévio sobre investigações de natureza criminal.¹⁵

Nesse sistema de aplicação da lei penal, a imparcialidade do julgador desponta como expressão democrática da própria jurisdicionalidade, com importantes reflexos na existência válida do processo penal como um todo, como se verá a seguir.

1.1. Imparcialidade do juiz como expressão da jurisdicionalidade no sistema acusatório

De acordo com o art. 5º, LIII, da Constituição Federal de 1988, *ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente.*

Pedra angular do processo penal democrático, o juiz natural, vale dizer, aquele órgão do Poder Judiciário previamente constituído a partir de regras legais antecipadas para analisar a controvérsia concreta (CF, art. 92, *caput*), contrapõe-se ao juízo ou Tribunal de exceção, este criado especificamente para apreciar o fato já consumado (CF, art. 5º, XXXVII).

Juiz ou Tribunal competente é aquele predeterminado em lei.

¹⁵ RESOLUÇÃO Nº 23.396/2013, DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. INSTITUIÇÃO DE CONTROLE JURISDICIONAL GENÉRICO E PRÉVIO À INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITOS POLICIAIS. SISTEMA ACUSATÓRIO E PAPEL INSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. 1. Inexistência de inconstitucionalidade formal em Resolução do TSE que sistematiza as normas aplicáveis ao processo eleitoral. Competência normativa fundada no art. 23, IX, do Código Eleitoral, e no art. 105, da Lei nº 9.504/97. 2. A Constituição de 1988 fez uma opção inequívoca pelo sistema penal acusatório. Disso decorre uma separação rígida entre, de um lado, as tarefas de investigar e acusar e, de outro, a função propriamente jurisdicional. Além de preservar a imparcialidade do Judiciário, essa separação promove a paridade de armas entre acusação e defesa, em harmonia com os princípios da isonomia e do devido processo legal. Precedentes. 3. Parâmetro de avaliação jurisdicional dos atos normativos editados pelo TSE: ainda que o legislador disponha de alguma margem de conformação do conteúdo concreto do princípio acusatório – e, nessa atuação, possa instituir temperamentos pontuais à versão pura do sistema, sobretudo em contextos específicos como o processo eleitoral – essa mesma prerrogativa não é atribuída ao TSE, no exercício de sua competência normativa atípica. 4. Forte plausibilidade na alegação de inconstitucionalidade do art. 8º, da Resolução nº 23.396/2013. Ao condicionar a instauração de inquérito policial eleitoral a uma autorização do Poder Judiciário, a Resolução questionada institui modalidade de controle judicial prévio sobre a condução das investigações, em aparente violação ao núcleo essencial do princípio acusatório. 5. Medida cautelar parcialmente deferida para determinar a suspensão da eficácia do referido art. 8º, até o julgamento definitivo da ação direta de inconstitucionalidade. Indeferimento quanto aos demais dispositivos questionados, tendo em vista o fato de reproduzirem: (i) disposições legais, de modo que inexistiria *fumus boni juris*; ou (ii) previsões que já constaram de Resoluções anteriores do próprio TSE, aplicadas sem maior questionamento. Essa circunstância afastaria, quanto a esses pontos, a caracterização de *periculum in mora*. (STF, Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.104- DF, Relator. Min. ROBERTO BARROSO, m.v., j. 21.05.2014.

Justamente por isso, Badaró afirma que “o escopo ou a finalidade da garantia do juiz natural é assegurar a imparcialidade do julgador, ou melhor, o direito de todo e qualquer acusado ser julgado por um juiz imparcial”.¹⁶

Indissociáveis, a garantia do juiz natural conduz à imparcialidade do julgador.

Como afirma Nucci:

A imparcialidade do magistrado exige a sua dormência em matéria de iniciativa da persecução penal, mormente quando provocar o nascimento da relação processual. Não se concebe a identidade entre órgão acusatório e órgão julgador, visto ser antinatural a possibilidade de atuação distinta e desapaixonada por dois módulos tão diferenciados.¹⁷

Não obstante, é certo que, concebida no plano teórico dogmático, a garantia da imparcialidade do julgador, como não poderia deixar de ser, indiscutivelmente convive com as imperfeições humanas na realidade das coisas.

Imparcialidade não se confunde com *neutralidade*. A imparcialidade é objetiva e se relaciona com o regramento legal que, no contexto da dogmática processual penal constitucional, veda ao julgador a iniciativa da persecução penal e impõe limites à sua atuação *ex officio* durante a fase instrutória. Neutralidade, de outro lado, é componente de caráter subjetivo que, inerente ao ser humano, reflete suas emoções, preferências e vivências pessoais.

Bem por isso, Giacomolli¹⁸ chega a afirmar a utopia de se acreditar que a interpretação das normas positivadas possa se dar à margem de valores pessoais sociais, históricos, filosóficos e psicológicos, vale dizer, de forma absolutamente neutra e equidistante pelo julgador, pois várias teias interferem no ato de julgar, até mesmo processos inconscientes, sendo a neutralidade das decisões rompida justamente por essa gama de interferências subjetivas.

Seja como for, na busca pela primazia do juiz imparcial, a mesma Lei nº 13.964 de 2019 introduziu ao Código de Processo Penal novo Capítulo denominado *Juiz das Garantias*, com disciplina traçada pelos arts. 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E e 3º-F.

A regulamentação, pelo Código de Processo Penal, do Juiz de Garantias, impacta fortemente na fase extrajudicial da persecução penal, não sendo equivocado falar-se, por exemplo, na revogação tácita do seu art. 156, I, que permite ao julgador ordenar, *ex officio*, no

¹⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 44.

¹⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 331.

¹⁸ GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 278.

curso da investigação criminal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes.

Com isso, desponta a importância do Ministério Público na condução da fase pré-processual da persecução criminal, seja por meio de suas investigações criminais autônomas, seja pelo exercício do controle externo da atividade policial. De acordo com Maya,

A opção por um juiz tutor da devida investigação criminal e dos direitos e garantias dos investigados reforça a importância do Ministério Público, a quem é definitivamente atribuído o controle da investigação criminal. A atuação *ex officio* do juiz nessa fase processual significa indevida interferência na formação da *opinio delicti* do Ministério Público.¹⁹

Todavia, mesmo deitando raízes no modelo legal de origem romano-germânica (*Civil Law*), orientado pela lei em sentido amplo e pela obrigatoriedade da ação penal pública, o processo penal brasileiro, a partir do desenho de discricionariedade regrada previsto no art. 98, I, da Constituição Federal, seguindo a tendência vista em diversos ordenamentos jurídicos igualmente pautados pela legalidade, passou a sentir os reflexos e influxos de um novo modelo de resolução das controvérsias na natureza penal: a Justiça Penal Consensual.

Atualmente, a inflexível obrigatoriedade da ação penal pública deixou de ser aceita a partir da incorporação de um novo modelo de enfrentamento das controvérsias penais: *o consenso como forma abreviada e alternativa de solução do conflito*.

2. JUSTIÇA PENAL CONSENSUAL

2.1. Direito comparado e os modelos de barganha

Nos países de tradição anglo-saxônica, como os Estados Unidos e o Reino Unido, a política de barganha se desenvolveu gradualmente.

No sistema norte-americano, o *plea bargaining* atingiu níveis massivos, com aproximadamente 94% dos casos resolvidos por acordo. Já os países de *civil law* - como França, Alemanha, Itália e Portugal - adotaram mecanismos de consenso de forma mais recente e

¹⁹ MAYA, André Machado. *Juiz de garantias: fundamentos, origem e análise da Lei 13.964/19*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. p. 91.

cautelosa, muitas vezes impulsionados por práticas informais antes de receberem respaldo legislativo.

A Alemanha, por exemplo, regulamentou os acordos penais em 2009 após intensa atuação jurisprudencial. Em Portugal e na França, medidas de arquivamento por oportunidade e mediação penal foram sendo incorporadas como resposta à sobrecarga do sistema. Mesmo na Itália e na Espanha, países nos quais a obrigatoriedade tem status constitucional, surgiram mecanismos como o *patteggiamento* e o processo abreviado, evidenciando a tendência à flexibilização.

Aliás, na Alemanha, referência histórica de nosso direito penal, a rigor, os acordos consensuais surgiram na prática forense, sem qualquer autorização legal, desenvolvendo-se de modo informal até a consagração de sua importância na postura dos atores processuais, o que incitou o judiciário e, posteriormente, o legislativo a atuarem para sua regulação.²⁰

Conforme escólio de Rauxloh²¹, na época em que Langbein fez seus estudos na Alemanha, já era recorrente a realização de acordos informais, o que se estabeleceu em larga escala em meados dos anos 1970. Contudo, Peters²² afirma que “não pode se descartar a possibilidade de ela existir desde que houve processo penal”.

Para Swenson²³, a partir de 1982, com a publicação de um artigo anônimo, iniciou-se um intenso debate doutrinário acerca desse fenômeno, ao passo que a barganha paulatinamente tornou-se rotina no direito germânico.

Em 1997, uma decisão do Supremo Tribunal de Justiça (BGH) fixou pela primeira vez importantes diretrizes para a legalidade dos acordos²⁴. Posteriormente, em 2005, uma nova

²⁰ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de; MOELLER, Uriel. *Acordos no processo penal alemão: da informalidade à regulamentação normativa*. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, v. 49, n. 147, p. 13-33, 2016.

²¹ RAUXLOH, Regina. *Formalization of plea bargaining in Germany: will the new legislation be able to square the circle*. *Fordham International Law Journal*, v. 34, 2011. p. 298.

²² PETERS, Julia. *Urteilsabsprachen im Strafprozess*. Göttingen: Universitätsverlag Göttingen, 2011. p. 7.

²³ SWENSON, Thomas. *The German plea bargaining debate*. *Pace International Law Review*, v. 7, 1995. p. 375.

²⁴ As negociações foram consideradas válidas, mas deveriam, desde então, ser descritas publicamente no momento do juízo oral; seu resultado deveria ser gravado e incluído nos expedientes processuais; os juízes leigos e o réu deveriam participar e poder se pronunciar acerca da barganha; é proibida a barganha sobre as imputações penais (*charge bargaining*); a Corte não pode prometer uma sanção penal específica, mas somente determinar um limite máximo; o réu não pode ser indevidamente pressionado, sem ameaças e intimidações, e sua liberdade de escolha deve ser respeitada; a punição deve refletir a gravidade do delito e a culpabilidade do autor; a confissão do acusado deve ser verificada pelo Tribunal, necessariamente precisa ser plausível e precisa de modo a confirmar os atos de investigação existentes; e, o acordo não pode incluir renúncia ao recurso (BGH, Urteil vom 28. 8. 1997 – 4 StR 240/97, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1998, pp. 86-90). Ver, nesse sentido: MORAES, Alexandre Rocha Almeida de; PEZZOTTI, Olavo Evangelista, SMANIO, Gian Gianpaolo Poggio.; A DISCRICIONARIEDADE DA AÇÃO PENAL PÚBLICA. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho, n. 30, p. 353–390, 2019. DOI: 10.35356/argumenta.v0i30.1589. Disponível em:

<https://periodicos.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/389>. Acesso em: 21 jul. 2025.

decisão do plenário ratificou tais pressupostos, atestando seu não cumprimento na prática judiciária e ressaltando, especialmente, a vedação de renúncia ao recurso, visto que sua realização impede o acesso dos casos aos tribunais superiores. Por fim, tal decisão exigiu a atuação urgente do legislativo, de modo a introduzir nova regulação jurídica no ordenamento germânico para finalmente disciplinar a realização dos acordos”.²⁵

Foi assim, ressaltam Vasconcellos e Moeller²⁶, que em maio de 2009 surgiu a Lei de Regulamentação dos Acordos no Processo Penal, a qual fundamentalmente adicionou um parágrafo (§ 257c) ao Código de Processo Penal alemão (StPO), regulando a realização de barganhas de modo semelhante ao determinado pelo BGH nas referidas decisões paradigmáticas.

A regulamentação foi criticada em razão do excessivo poder discricionário fornecido aos julgadores para incentivar o acordo, além de parte da doutrina germânica se mostrar cética à concretização dos limites impostos pela nova legislação, ao passo que, se a barganha surgiu de modo informal, não há que se acreditar em uma possível (e repentina) vinculação da atuação dos atores do sistema criminal às previsões legais.²⁷

De qualquer sorte, em recente manifestação de julgamento datado de março de 2013, o Tribunal Federal Constitucional alemão (BVerfG) analisou a constitucionalidade da nova legislação de 2009 acerca dos acordos no processo penal, visto que, se atendidas na prática, as limitações previstas respeitariam as garantias essenciais aos acusados e as premissas do processo penal germânico, além de alguns requisitos para a legalidade da barganha foram ressaltados: a confissão precisaria necessariamente ser verificada por provas complementares, de modo que, por si só, não pode fundamentar uma veredicto condenatório; o acusado deve ser avisado de seus direitos e das consequências do acordo; e as negociações devem ser descritas publicamente e registradas nos autos do processo.²⁸

Em breve resumo, países com nenhuma tradição de negociação passaram a adotar, ainda que de forma implícita, a política de barganha e não persecução penal.

²⁵ BGH, *Beschluß* vom 3. 3. 2005 – GSSt 1/04, *Neue Juristische Wochenschrift*, 2005, p. 1440.

²⁶ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de; MOELLER, Uriel. *Acordos no processo penal alemão: da informalidade à regulamentação normativa*. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, v. 49, n. 147, p. 13-33, 2016.

²⁷ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de; MOELLER, Uriel. *Acordos no processo penal alemão: da informalidade à regulamentação normativa*. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, v. 49, n. 147, p. 13-33, 2016.

²⁸ BVerfG, Urt. v. 19. 3. 2013 – 2 BvR 2628/10, 2 BvR 2883/10, 2 BvR 2155/11. BVerfG, *Neue Juristische Wochenschrift*, 2013, pp. 1058-1072. Em inglês disponível em: <http://www.bundesverfassungsgericht.de/pressmitteilungen/bvlg13-017en> (acesso em: 22 de julho de 2025).

2.2. Cenário nacional: entre tradição e inovação

A ação penal pública no Brasil sempre foi marcada pela tradição da obrigatoriedade, herdada dos modelos romano-germânicos.

No Brasil, as Ordenações Filipinas vigoraram até a promulgação do primeiro Código de Processo Criminal (“Código de Processo Criminal da Primeira Instância”).²⁹ Este diploma legal aboliu o sistema inquisitivo e implantou um sistema híbrido em que o processo podia ser instaurado por provocação ou de ofício pelo magistrado: tratava-se do procedimento judicialiforme que, logicamente, não foi recepcionado pela Constituição de 1988, embora estivesse previsto no Código de Processo Penal de 1941.³⁰

No que se refere à obrigatoriedade da ação penal, estava prevista expressamente nos artigos 37³¹ e 74³² do Código de Processo Criminal do Império. E, as alterações sofridas com o advento da Lei n. 261, de 03 de dezembro de 1841 e seu regulamento n° 120, de 31 de janeiro de 1842, confirmavam, para a doutrina³³, essa obrigatoriedade no art. 222 do regulamento.³⁴

²⁹ Lei de 29 de novembro de 1832.

³⁰ A redação original do art. 26 previa que “A ação penal, nas contravenções, será iniciada com o auto de prisão em flagrante ou por meio de portaria expedida pela autoridade judiciária ou policial”.

³¹ Art. 37. Ao Promotor pertencem as attribuições seguintes: 1º Denunciar os crimes publicos, e policiaes, e accusar os delinquentes perante os Jurados, assim como os crimes de reduzir á escravidão pessoas livres, carcere privado, homicidio, ou a tentativa d'elle, ou ferimentos com as qualificações dos [artigos 202, 203, 204 do Codigo Criminal](#); e roubos, calumnias, e injurias contra o Imperador, e membros da Familia Imperial, contra a Regencia, e cada um de seus membros, contra a Assembléa Geral, e contra cada uma das Camaras. 2º Solicitar a prisão, e punição dos criminosos, e promover a execução das sentenças, e mandados judiciais. 3º Dar parte ás autoridades competentes das negligencias, omissões, e prevaricações dos empregados na administração da Justiça.

³² Art. 74. A denuncia compete ao Promotor Publico, e a qualquer do povo: § 1º Nos crimes, que não admittem fiança. § 2º Nos crimes de peculato, peita, concussão, suborno, ou qualquer outro de responsabilidade. § 3º Nos crimes contra o Imperador, Imperatriz, ou algum dos Principes, ou Princezas da Imperial Familia, Regente, ou Regencia. § 4º Em todos os crimes publicos. § 5º Nos crimes de resistencia ás autoridades, e seus officiaes no exercicio de suas funções. § 6º Nos crimes em que o delinquente fôr preso em flagrante, não havendo parte que o accuse.

Já o art. 75 previa as espécies de imunidades materiais ou escusas absolutórias: Não serão admittidas denuncias: § 1º Do pai contra o filho; do marido contra a mulher, ou vice-versa; do irmão contra o irmão. § 2º Do escravo contra o senhor. § 3º Do Advogado contra o cliente. § 4º Do impubere, mentecapto, ou furioso. § 5º Do filho famílias sem autoridade de seu pai. § 6º Do inimigo capital.

³³ CAMPOS, Clisia Eline dos Anjos. Obrigatoriedade da ação penal e Ministério Público, Disponível em http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11627, Acesso em 2 jun. 2018.

³⁴ Art. 221. Aos Promotores pertencem as attribuições marcadas no art. 37 do Codigo do Processo Criminal. Requererão por meio de petição, como outra qualquer parte, e sómente se dirigirão por meio de officios ás Autoridades, quando tiverem de pedir providencias a bem da justiça em geral, sem referencia a este, ou aquelle outro caso especial. Art. 222. Nos casos em que ao Promotor incumbe denunciar, incumbe igualmente promover a accusação, e todos os termos do processo, nos quaes, bem como na concessão e arbitramento das fianças, deverá ser sempre ouvido

Posteriormente, outras modificações ocorreram. A Lei nº 2.033 de 20 de setembro de 1871³⁵, regulamentada pelo Decreto nº 4.824 de 22 de novembro de 1871, criou o inquérito policial, o que possibilitou uma melhor separação da função da polícia judiciária da atividade jurisdicional dos magistrados e extinguiu a possibilidade do juiz *ex officio* dar início à persecução penal. Com isso, observa-se que esta lei estabeleceu normas que fortaleciam o sistema acusatório, afastando-se do sistema misto.³⁶

Essa lei, aliás, expressamente disciplinava a obrigatoriedade da ação penal, na medida em que previa no art. 15, §5º, a possibilidade de os magistrados aplicarem multas aos promotores nos casos em que não a denúncia não fosse oferecida tempestivamente.³⁷

Com o advento da primeira Constituição Republicana, em 1891, foi conferido aos Estados da Federação competência para legislar sobre matéria processual penal. Alguns Estados, lembra Afrânio Jardim, preferiram manter a aplicação do Código de Processo Criminal da Primeira Instância de 1832, como o Estado de São Paulo.³⁸

No entanto, a maioria dos Estados optou por promulgar seu próprio Código de Processo Penal e, neste sentido, vale dizer que a maior parte estabelecia de forma expressa a obrigatoriedade do exercício da ação penal. Dentre os Códigos estaduais que previam

³⁵ Art. 15. Fica abolido o procedimento ex-officio dos Juizes formadores da culpa, excepto nos casos de flagrante delicto; nos crimes policiaes; e nas especies dos §§ 5º e 7º deste artigo. § 1º No caso de flagrante delicto, se o réo obtiver fiança, a queixa ou denuncia será apresentada dentro dos 30 dias da perpetração do delicto. § 2º Se o réo estiver preso, a queixa ou denuncia será offercida dentro de cinco dias. § 3º Não estando o réo preso nem a fiançado, o prazo para a queixa ou denuncia será igualmente de cinco dias, contados da data em que o Promotor Publico receber os esclarecimentos e provas do crime ou em que este se tornar notorio. § 4º As autoridades competentes remetterão aos Promotores Publicos ou seus adjuntos as provas que obtiverem sobre a existencia de qualquer delicto, a fim de que elles procedam na fórma das leis. § 5º Se esgotados os prazos acima declarados, os Promotores Publicos ou seus adjuntos não apresentarem a queixa ou denuncia, a autoridade formadora da culpa procederá ex-officio, e o Juiz de Direito multará os Promotores ou adjuntos omissos na quantia de 20\$000 a 100\$000, se não offercerem motivos justificativos de sua falta. § 6º O Promotor Publico, a quem o adjunto deverá communicar a queixa ou denuncia que tiver apresentado, poderá adicional-a como entender mais justo, e proseguir nos termos da formação da culpa. § 7º As autoridades judiciarias, sempre que reconhecerem casos de responsabilidade, formarão culpa a quem a tiver, sendo de sua competencia; e não sendo, remetterão ao Promotor Publico ou seu adjunto as provas que sirvam para fundamentar a denuncia; participando esta remessa á autoridade a quem competir a formação da culpa. Se, porém, o Promotor ou seu adjunto não officiar nos prazos dos §§ 1º, 2º e 3º, applicar-se-ha a disposição do § 5º. Art. 16. Aos Promotores Publicos, além das actuaes attribuições, compete: § 1º Assistir, como parte integrante do Tribunal do Jury, a todos os julgamentos, inclusive aquelles em que haja accusador particular; e por parte da Justiça dizer de facto e de direito sobre o processo em julgamento. § 2º Nos processos por crimes em que caiba a acção publica, embora promovidos por accusação particular, pertence tambem ao Promotor Publico promover os termos da accusação e interpôr qualquer recurso que no caso couber, quer na formação da culpa, quer no julgamento.

³⁶ MORAES, Alexandre Rocha Almeida de; PEZZOTTI, Olavo Evangelista; SMANIO, Gianpaolo Poggio. *A discricionariedade da ação penal pública*. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho, n. 30, p. 353-390, 2019.

³⁷ JARDIM, Afrânio Silva. *Ação penal pública: princípio da obrigatoriedade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 93-94.

³⁸ JARDIM, Afrânio Silva. *Ação penal pública: princípio da obrigatoriedade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 95-99.

expressamente a obrigatoriedade, pode-se citar o do Distrito Federal³⁹, de Minas Gerais⁴⁰, do Rio Grande do Sul⁴¹ e da Bahia⁴².

Justamente por tais heranças históricas, a doutrina sempre compreendeu que o monopólio da vingança pública fez com que o Estado passasse a ter o dever de punir no combate à criminalidade.

Neste contexto, segundo Afrânio Jardim, o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública não seria uma opção arbitrária do legislador. Ao contrário, estaria “inserido dentro de um contexto democrático, no qual ao funcionário do Estado não é dado dispor do interesse coletivo”.⁴³

A maior parte da doutrina clássica brasileira, com arrimo em autores como Tourinho Filho, Mirabete e Frederico Marques, afirma que o princípio da obrigatoriedade decorre implicitamente do sistema, sendo uma exigência do Estado Democrático de Direito para evitar discricionariedades arbitrárias do Ministério Público.

Para Tourinho Filho, o princípio da obrigatoriedade é o que melhor atende aos interesses do Estado: “dispondo o Ministério Público dos elementos mínimos para a propositura da ação deve promovê-la (sem inspirar-se em critérios políticos ou de utilidade social)”.⁴⁴

Frederico Marques, de igual modo, afirma que “no Direito brasileiro, apesar de não haver texto explícito sobre o assunto, o que se deduz da sistemática legal é que nele vigora o chamado ‘princípio da ação penal obrigatória’”.⁴⁵

Neste contexto, afirma concordar com o posicionamento de Custódio da Silveira, o qual sustenta que no mesmo art. 28 do CPP, no qual está previsto o controle jurisdicional da obrigatoriedade da ação penal, também há uma certa mitigação ao mesmo princípio. Isto porque considera não haver regra legal que determine quais seriam as *razões invocadas* pelo órgão ministerial e, com isso, defende que de acordo com o termo expresso no referido artigo, não há nada que impeça que sejam invocados “motivos de oportunidade que, se forem relevantes, podem ser atendidos ou pelo juiz, ou pelo chefe do *parquet*”.⁴⁶

³⁹ Arts. 3º e 22, do Decreto-Lei nº 16.751/1924.

⁴⁰ Arts. 26 e 29, do Decreto nº 9.640/1930.

⁴¹ Art.100, da Lei nº 24/1898.

⁴² Arts. 1.779 e 1.787, da Lei nº 1.121/ 1915.

⁴³ JARDIM, Afrânio Silva. *Ação penal pública: princípio da obrigatoriedade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 12.

⁴⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1, p. 333.

⁴⁵ MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 2, p. 310.

⁴⁶ MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 2, p. 312.

O princípio da obrigatoriedade, segundo Mirabete, significa o dever da autoridade policial a instaurar inquérito policial e do órgão do Ministério Público a promover a ação penal quando da ocorrência da prática de crime que se apure mediante ação penal pública.⁴⁷ Nesse mesmo sentido, sustenta Nucci, “não ter o órgão acusatório, nem tampouco o encarregado da investigação, a faculdade de investigar e buscar a punição do autor da infração penal, mas o dever de fazê-lo”.⁴⁸

Pacelli, por sua vez, afirma que a obrigatoriedade se refere à vinculação do Ministério Público em formar seu convencimento acerca dos fatos investigados. Para ele,

Estar obrigado à promoção da ação penal significa dizer que não se reserva ao *parquet* qualquer juízo de discricionariedade, isto é, não se atribui a ele qualquer liberdade de opção acerca da conveniência ou oportunidade da iniciativa penal, quando constatada a presença de conduta delituosa, e desde que satisfeitas as condições da ação penal.⁴⁹

É de se avaliar, aliás, no contexto de um procedimento cada vez mais acusatório, se a aplicação do art. 28 do CPP, mesmo com a modulação dada pelo Supremo Tribunal Federal, assim como a vigência do atual art. 156 do CPP, mesmo modificado, não implicariam a perda de sua imparcialidade e isenção para o julgamento do mérito da causa, como já assinalado.

De qualquer sorte, com a crescente demanda por eficiência e racionalidade no sistema de justiça criminal, especialmente na era da pós-modernidade, observou-se um movimento global rumo à flexibilização dessa obrigatoriedade, abrindo espaço para políticas de consenso e negociação.

Essa transformação reflete mudanças estruturais na sociedade, nas funções do Estado e nas instituições de justiça, especialmente no Ministério Público, cuja atuação passou a incorporar valores como celeridade, consensualidade, utilidade e eficiência -características de um modelo penal de “segunda velocidade”.⁵⁰

Defender a obrigatoriedade da ação penal pública se coadunava com o modelo de processo penal de inspiração clássica e iluminista. A pós-modernidade, no entanto, tem demandado, por critérios de eficiência e utilidade, novos parâmetros.

⁴⁷ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo penal*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1993. p. 47.

⁴⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 47-48.

⁴⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2024. p. 114-115.

⁵⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 148.

A Constituição Federal de 1988 não contém qualquer dispositivo que, de maneira explícita, imponha ao Ministério Público o dever absoluto de propor ação penal sempre que presentes indícios de autoria e materialidade.

O art. 129, inciso I, apenas atribui ao Ministério Público a titularidade privativa da ação penal pública, “na forma da lei”, sem utilizar a expressão “obrigatoriedade”.

A redação é significativa, eis que a Constituição conferiu competência, mas condicionou seu exercício à disciplina legal, isto é, a Carta Magna não consagra a obrigatoriedade como um princípio rígido, mas abre espaço para que o legislador ordinário regule, com maior ou menor flexibilidade, o exercício dessa atribuição.

Esse silêncio constitucional contrasta, por exemplo, com a Constituição italiana, que expressamente prevê a obrigatoriedade no art. 112, ou com o modelo espanhol, que constitucionalizou a obrigatoriedade como garantia de imparcialidade e isonomia.

Portanto, ao contrário de alguns ordenamentos que positivaram o princípio como cláusula pétrea, o sistema constitucional brasileiro adotou uma fórmula mais aberta e instrumental, que admite interpretações evolutivas conforme a realidade social e a política criminal vigente.

Aliás, o Supremo Tribunal Federal, por sua vez, tem sido provocado sobre o assunto e, recentemente, a Associação Nacional da Advocacia Criminal questionou, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 1122, a vigência e extensão do artigo 385 do Código de Processo Penal (CPP), que autoriza o magistrado a adotar medidas em desfavor ao réu, independentemente de um pedido do Ministério Público⁵¹. Como bem salientado pelo próprio STF,

O Ministério Público, sob pena de abuso no exercício da prerrogativa extraordinária de acusar, não pode ser constrangido, diante da insuficiência dos elementos probatórios existentes, a denunciar pessoa contra quem não haja qualquer prova segura e idônea de haver cometido determinada infração penal.⁵²

Em suma, embora o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública tenha formado uma tradição jurídica relevante no Brasil, ele não é expresso na Constituição, tampouco de

⁵¹ Nesse sentido: DEMERCAN, Pedro Henrique; TORRES, Tiago Caruso. A constitucionalidade do art. 385 do Código de Processo Penal. *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo*, v. 12, n. 2, 2017. Disponível em: http://www.esmp.sp.gov.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/347. Acesso em: 21 jul. 2025.

⁵² HC 71429, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Primeira Turma, julgado em 25/10/1994, DJ 25-08-1995 PP-26023 EMENT VOL-01797-02 PP-00387.

maneira categórica no CPP. Sua vigência decorre de construções doutrinárias e jurisprudenciais, hoje cada vez mais relativizadas por um modelo de justiça penal negocial.

A transição da obrigatoriedade para a oportunidade controlada da ação penal pública é reflexo de uma dogmática penal mais realista, funcional e voltada à eficiência. Essa mudança é impulsionada por fatores como: crescente complexidade social e criminal; limitações estruturais do sistema de justiça; adoção de modelos consensuais globalmente; e valorização da atuação estratégica do Ministério Público.

Esse espaço normativo aberto, somado à constitucionalização da eficiência, à ampliação do papel do Ministério Público e ao reconhecimento da seletividade daquilo que é mais relevante para o procedimento padrão, autoriza a construção de uma nova racionalidade processual, pautada na utilidade da ação penal, na adequação à prevenção criminal e na proporcionalidade da intervenção punitiva.

Esse é o solo normativo e teórico sobre o qual se ergue o Acordo de Não Persecução Penal.

3. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Malgrado inicialmente previsto no art. 18 da Resolução nº 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público, com as alterações que lhe foram feitas pela Resolução nº 183/2018 daquele mesmo órgão colegiado, o acordo de não persecução penal, inequívoca expressão de Justiça Penal negociada, foi finalmente incorporado ao Código de Processo Penal pela Lei nº 13.964, de 2019.

Ao lado dos institutos da *transação penal* (art. 76 da Lei nº 9.099/1995), *suspensão condicional do processo* (art. 89 da Lei nº 9.099/95) e *acordo de colaboração premiada* (com a disciplina dada pela Lei nº 12.850/2013), o *acordo de não persecução penal* alarga ainda mais as hipóteses de consenso no processo penal brasileiro, flexibilizando a obrigatoriedade da ação penal pública, mas com eles não se confunde.

A transação penal, como se sabe, consiste num acordo entre o Ministério Público e o autor do fato criminoso, por meio do qual é oferecida a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa, evitando-se o processo para as infrações penais de menor potencial ofensivo.

Já a suspensão condicional do processo é instituto despenalizador que mitiga a indisponibilidade da ação penal pública, permitindo o sobrestamento do processo por um determinado período de prova, observado o cumprimento de determinadas condições.

Na lição de Lima:

[...] o que bem explica a natureza da suspensão condicional do processo é o *nolo contendere*, que consiste numa forma de defesa em que o acusado não contesta a imputação, mas não admite culpa nem proclama sua inocência. Por isso, não se confunde com o *guilty plea*, nem tampouco com o *plea bargaining*.⁵³

Portanto, na transação penal ajusta-se o cumprimento de penas não privativas de liberdade e, na suspensão condicional do processo, fala-se no cumprimento de determinadas condições, durante o período de prova, em ação penal já validamente instaurada. Ademais, transação penal e suspensão condicional do processo, ao contrário do regramento do ANPP, não estão condicionadas à prévia confissão do investigado ou réu.

Também não se confunde o ANPP, como já adiantado, com o acordo de colaboração premiada, com a disciplina que lhe foi conferida pela Lei de Organização Criminosa (Lei nº 12.850/2013, arts. 3º e ss.).

No ordenamento jurídico pátrio, o instituto da colaboração premiada, aqui compreendido como técnica especial de investigação criminal, encontra-se alocado na moldura de direito penal premial, com a previsão de benefícios para aquele que, depois de realizar a conduta punível, de forma reativa, atua para elidir ou minimizar os efeitos e as consequências de seus atos.⁵⁴

O próprio Supremo Tribunal Federal já pacificou orientação que define o acordo de colaboração premiada como um negócio jurídico processual⁵⁵ que, orientado pela efetividade, condiciona a aplicação dos benefícios à verificação concreta de resultados úteis à persecução penal; cuida-se, no limite, de meio de obtenção de prova.

Diferentemente, o novo art. 28-A do Código de Processo Penal prevê expressamente que, não sendo o caso de arquivamento da investigação e, dessa forma, existindo prova da materialidade e indícios de autoria da infração penal, tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a autoria de infração penal praticada sem violência ou grave ameaça e com

⁵³ LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada*. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 568.

⁵⁴ TURESSI, Flávio Eduardo. Organização criminosa – Lei nº 12.850/2013. In: MORAES, Alexandre Rocha Almeida de; GOLDFINGER, Fábio Ianni (coord.). *Legislação penal extravagante*. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 386.

⁵⁵ Nesse sentido: STF, HC nº 127.483/PR, rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, J. 27/08/2015, processo eletrônico DJe-021, divulg. 03/02/2016, public. 04/02/2016.

pena mínima inferior a 04 anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, *mediante determinadas condições*.

Por meio do ANPP não se aplica pena. O acordo de não persecução penal não se reveste da natureza de direito subjetivo da pessoa investigada, somente podendo ser proposto pelo Ministério Público quando, diante do caso concreto, revelar-se *necessário e suficiente* para a reprovação e a prevenção da infração penal, conforme já decidido pelo STJ⁵⁶ (Superior Tribunal de Justiça) e pelo próprio STF (Supremo Tribunal Federal)⁵⁷. Ainda assim, trata-se de negócio jurídico e, pois, sujeito à negociação entre as partes.

⁵⁶ EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM *HABEAS CORPUS*. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE DE OFERECIMENTO MEDIANTE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA. CONDENAÇÃO SUPERIOR A QUATRO ANOS DE RECLUSÃO. POSSIBILIDADE DE OFERECIMENTO A SER AFERIDA, EXCLUSIVAMENTE, PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, COMO TITULAR DA AÇÃO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. I – *In casu*, o acórdão recorrido invocou fundamentos para manter a inaplicabilidade do art. 28-A do CPP, na redação dada pela Lei nº 11.964/2019, que não comportam qualquer censura por parte deste Sodalício, seja pela pena efetivamente aplicada na sentença condenatória, superior a 4 (quatro) anos, seja em face da gravidade concreta da conduta, dada a grande quantidade de droga apreendida, tratando-se de mais de 3 (três) quilos de cocaína pura com destino internacional, o que poderia inclusive obstar a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, servindo para lastrear a fixação da causa de redução em seu patamar mínimo legal, como feito pela sentença condenatória. II – Afere-se da leitura do art. 28-A do CPP, que é cabível o acordo de não persecução penal quando o acusado confessa formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, consideradas eventuais causas de aumento e diminuição de pena, na forma do § 1º do mesmo artigo, a critério do Ministério Público, desde que necessário e suficiente para a reprovação do crime, devendo ser levada a gravidade da conduta, como no presente caso, em que a agravante foi presa com mais de 3 Kg de cocaína pura com destinação internacional, o que levou ao *Parquet* a, de forma legítima, recusar a proposta haja vista a pretensão de condenação a pena superior a 4 anos como, de fato, ocorreu no édito condenatório, que condenou a agravante à pena de 4 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em face da incidência da minorante do tráfico privilegiado em seu patamar mínimo legal que, ao contrário do alegado pela defesa, deve ser considerado na possibilidade de aferição dos requisitos para a proposta pretendida pela combativa defesa. III – Outrossim, como bem asseverado no parecer ministerial, “O acordo de não persecução penal não constitui direito subjetivo do investigado, podendo ser proposto pelo MPF conforme as peculiaridades do caso concreto e quando considerado necessário e suficiente para a reprovação e a prevenção da infração penal”, não podendo prevalecer neste caso a interpretação dada a outras benesses legais que, satisfeitas as exigências legais, constitui direito subjetivo do réu, tanto que a redação do art. 28-A do CPP preceitua que o Ministério Público poderá e não deverá propor ou não o referido acordo, na medida em que é o titular absoluto da ação penal pública, *ex vi* do art. 129, inc. I, da Carta Magna. Agravo regimental desprovido. (STJ, AgRg no RHC 130587/SP, rel. Min. Felix Fischer, 5ª T., J. 17/11/2020, DJe 23/11/2020).

⁵⁷ EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL. *HABEAS CORPUS*. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. INEXISTÊNCIA DE DIREITO SUBJETIVO DO ACUSADO. CONDENAÇÃO CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU. INVIABILIDADE. 1. As condições descritas em lei são requisitos necessários para o oferecimento do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), importante instrumento de política criminal dentro da nova realidade do sistema acusatório brasileiro. Entretanto, não obriga o Ministério Público, nem tampouco garante ao acusado verdadeiro direito subjetivo em realizá-lo. Simplesmente, permite ao *Parquet* a opção, devidamente fundamentada, entre denunciar ou realizar o acordo, a partir da estratégia de política criminal adotada pela Instituição. 2. O art. 28-A do Código de Processo Penal, alterado pela Lei 13.964/19, foi muito claro nesse aspecto, estabelecendo que o Ministério Público “*poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições*”. 3. A finalidade do ANPP é evitar que se inicie o processo, não havendo lógica em se discutir a composição depois da condenação, como pretende a defesa (cf. HC 191.494-AgR/SC, Primeira Turma, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, DJe de 26/11/2020). 4. Agravo Regimental a que se nega provimento. (STF, AgRg no HC 195.327/PR, rel. Min. Alexandre de Moraes, J. 08/04/2021).

Na válida advertência de Fischer

De certa forma, difundiu-se sobretudo em terras brasileiras que tudo que for mais benéfico ao acusado/imputado/réu (genericamente falando) se apresenta como um direito subjetivo por ele exigível. Não é assim, salvo melhor juízo. É que, pela própria essência, o ANPP -se tem certo cunho mais benéfico – demanda também uma duplicidade de ações positivas, não apenas da vontade do suposto autor do fato criminoso. Não se pode impor ao Ministério Público via judicial a obrigação de fazer acordo, tanto que a lei prevê o “recurso interno” na forma do § 14 do art. 28-A do CPP (“No caso de recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo de não persecução penal, o investigado poderá requerer a remessa dos autos a órgão superior, na forma do art. 28 deste Código”).⁵⁸

Nesse sentido, cabe, desde já, questionar: no democrático processo penal brasileiro, de indisfarçável natureza acusatória, com clara separação entre as atividades de acusar, defender e julgar, quais devem ser os limites da ingerência judicial na política de acordos conduzida pelo Ministério Público e, em especial, no acordo de não persecução penal? A imparcialidade do juiz a qual sustenta e impulsiona a própria jurisdição criminal e, no limite, prega seu distanciamento e orienta para sua atuação complementar na atividade de produção da prova, permite que ele também se sente à mesa de negociações e discuta o mérito e as condições do negócio jurídico entre partes? A imparcialidade do julgador, pedra angular do processo penal democrático, permite avaliações subjetivas pelo juiz a respeito da (in)suficiência das condições entabuladas pelas partes?

Justamente por não se revestir da qualidade de direito subjetivo da pessoa investigada, não é dado ao Poder Judiciário determinar ao Ministério Público que ofereça a proposta de acordo, por se tratar de exclusiva atribuição ministerial, inexistindo qualquer ilegalidade na sua recusa fundamentada pelo órgão acusatório, sob pena de indisfarçável afronta ao sistema acusatório e, no limite, violação à garantia do juiz imparcial, como já decidido pelo Superior Tribunal de Justiça⁵⁹.

⁵⁸ FISCHER, Douglas. Apontamentos sobre algumas questões relevantes do acordo de não persecução penal – ANPP. In: SALGADO, Daniel de Resende; KIRCHER, Luis Felipe Schneider; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (coord.). *Justiça consensual: acordos criminais, cíveis e administrativos*. São Paulo: JusPodivm, 2022. p. 388.

⁵⁹ EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM *HABEAS CORPUS*. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL – ANPP. PLEITO DE REALIZAÇÃO DO ACORDO. NÃO CABIMENTO APÓS O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. FACULDADE DO *PARQUET*. RECUSA DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. O acordo de não persecução penal, previsto no art. 28-A do Código Penal, implementado pela Lei n. 13.964/2019, indica a possibilidade de realização do negócio jurídico pré-processual entre a acusação e o investigado. Trata-se de fase prévia e alternativa à propositura de ação penal, que exige, dentre outros requisitos, aqueles previstos no *caput* do artigo: 1) delito sem violência ou grave ameaça com pena mínima inferior a 4 anos; 2) ter o investigado confessado formal e circunstancialmente a infração; 3) suficiência e necessidade da medida para reprovação e prevenção do crime. Além disso, extrai-se do § 2º, inciso II, que a reincidência ou a conduta criminal habitual, reiterada ou profissional afasta a possibilidade da proposta. 2. A Corte de origem entendeu que a negativa do Ministério Público Federal em ofertar a proposta de ANPP estava devidamente fundamentada. Consoante se extrai dos autos, a denúncia foi recebida pelo juízo de primeiro grau em

Coerente com o sistema acusatório, o art. 28-A, § 14, do Código de Processo Penal, ao estabelecer verdadeiro controle interno sobre a recusa ao ANPP, deixa claro que a decisão final sobre o cabimento da proposta cabe, de fato, ao próprio Ministério Público, fundamentadamente.

A jurisprudência do STJ orienta, ainda, para a desnecessidade da intimação do investigado, pelo Ministério Público, para que possa recorrer da decisão denegatória do acordo⁶⁰.

Ocorre que, ao incorporar o ANPP ao Código de Processo Penal, inadvertidamente deixou o legislador de 2019 de estabelecer prazo certo e determinado para o exercício, pelo investigado, do pleito revisional (interno) da recusa ministerial, omissão legislativa que levou a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça a eleger o momento previsto para o oferecimento de resposta à acusação como o mais adequado para tanto⁶¹.

abril de 2017. De fato, “o acordo de não persecução penal (ANPP) previsto no art. 28-A do Código de Processo Penal, introduzido pela Lei n. 13.964/2019, terá aplicação somente nos procedimentos em curso até o recebimento da denúncia (ARE 1294303 AgRED, Relatora ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 19/4/2021). Além do mais, o acordo pretendido deixou de ser ofertado ao recorrente em razão do Ministério Público ter considerado que a celebração do acordo, no caso concreto, não seria suficiente para a reprovação e prevenção do crime, pois violaria o postulado da proporcionalidade em sua vertente de proibição de proteção deficiente, destacando que a conduta criminosa foi praticada no contexto de uma rede criminosa envolvendo vários empresários do ramo alimentício e servidores do Ministério da Agricultura. 4. Esta Corte Superior entende que não há ilegalidade na recusa do oferecimento de proposta de acordo de não persecução penal quando o representante do Ministério Público, de forma fundamentada, constata a ausência dos requisitos subjetivos legais necessários à elaboração do acordo, de modo que este não atenderia aos critérios de necessidade e suficiência em face do caso concreto. 5. De acordo com entendimento já esposado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, a possibilidade de oferecimento do acordo de não persecução penal é conferida exclusivamente ao Ministério Público, não constituindo direito subjetivo do investigado. 6. Cuidando-se de faculdade do *Parquet*, a partir da ponderação da discricionariedade da propositura do acordo, mitigada pela devida observância do cumprimento dos requisitos legais, não cabe ao Poder Judiciário determinar ao Ministério Público que ofereça o acordo de não persecução penal. 7. Recurso não provido. (STJ, RHC 161251/PR, rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª T., J. 10/05/2022, DJe 16/05/2022).
⁶⁰ Nesse sentido: STJ, AgRg no REsp 1.948.350/RS, rel. Min. Jesuíno Rissato (Desembargador convocado do TJDFT), 5ª T., J. 09/11/2021, DJe 17/11/2021.

⁶¹ EMENTA: *HABEAS CORPUS*. SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. FURTO QUALIFICADO. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. RECUSA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. REMESSA À INSTÂNCIA REVISORA. REQUERIMENTO TEMPESTIVO DA DEFESA. EXAME DE MÉRITO PELO MAGISTRADO. OBSERVÂNCIA DAS REGRAS DO SISTEMA ACUSATÓRIO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. 2. Embora seja incontestável a natureza negocial do acordo de não persecução penal, o que afasta a tese de a propositura do acordo consistir direito subjetivo do acusado, a ele foi assegurada a possibilidade de, em caso de recusa, requerer a remessa dos autos ao órgão superior do Ministério Público, nos termos do art. 28-A, § 14, do Código de Processo Penal, no prazo assinalado para a resposta à acusação (art. 396 do CPP). 3. Neste caso, o Ministério Público deixou de propor o acordo de não persecução penal. Tempestivamente, a defesa apresentou pedido de remessa dos autos à instância revisora, mas teve seu pleito negado pelo magistrado de primeiro grau, com base nos mesmos fundamentos apresentados pelo órgão acusador. 4. O controle do Poder Judiciário quanto à remessa dos autos ao órgão superior do Ministério Público deve se limitar a questões relacionadas aos requisitos objetivos, não sendo legítimo o exame do mérito a fim de impedir a remessa dos autos ao órgão superior do Ministério Público. 5. Nesse sentido, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal decidiu recentemente que não se tratando de hipótese de

Esse também é o entendimento de Cabral, quando afirma que

[...] o pedido ao juiz de remessa dos autos ao órgão de revisão do Ministério Público deverá ser feito por ocasião e no prazo da resposta à acusação, prevista nos artigos 396 e 396-A do Código de Processo Penal, uma vez que, nessa oportunidade, caberá ao acusado 'alegar tudo o que interesse à sua defesa' (CPP, art. 396-A), o que, obviamente, abrange o pedido para que seja proposto o acordo de não persecução penal.⁶²

Dessa forma, bem delineada a natureza de negócio jurídico entre partes do acordo de não persecução penal e, conseqüentemente, afastada a qualidade de direito subjetivo da pessoa investigada e a legitimidade ativa do Poder Judiciário na formulação do ajuste diante da recusa ministerial, passa-se, agora, para o outro ponto de fundamental importância na aplicação do novo instituto: qual deve ser o papel do julgador diante do acordo proposto e discutido pelas partes que lhe for apresentado?

O controle judicial se restringe tão-somente aos aspectos formais da legalidade do ajuste ou alcança, também, o seu conteúdo? Quais as limitações impostas ao exame judicial do negócio acordado pelas partes?

3.1 Boa-fé objetiva e os limites da ingerência judicial na validação do acordo de não persecução penal

Como já foi aqui adiantado, o ANPP nasceu para ordenamento jurídico brasileiro com a Resolução nº 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público, inexistindo, na sua redação original, qualquer previsão expressa a respeito do controle judicial do negócio celebrado, inclusive da sua própria execução.

A disciplina inicialmente emprestada ao instituto, de fato, não era a mais adequada, tanto que, pouco tempo depois, o mesmo Conselho Nacional do Ministério Público, ao editar a

manifesta inadmissibilidade do ANPP, a defesa pode requerer o reexame de sua negativa, nos termos do art. 28-A, § 14, do Código de Processo Penal (CPP) (2), não sendo legítimo, em regra, que o Judiciário controle o ato de recusa, quanto ao mérito, a fim de impedir a remessa ao órgão superior do MP (HC n. 194.677/SP, julgado em 11 de maio de 2021. Informativo n. 1017). 6. Ordem concedida de ofício para determinar a remessa dos autos ao órgão superior do Ministério Público do Estado de São Paulo, nos termos do art. 28 do Código de Processo Penal. (STJ, HC 668520/SP, rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª T., J. 10/08/2021, DJe 16/08/2021).

⁶² CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (org.). *Manual do acordo de não persecução penal*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 194.

Resolução nº 183/2018, tratou de instituir nova sistemática ao ANPP, conferindo ao Poder Judiciário o controle da legalidade do acordo e dos direitos da pessoa investigada.

Incorporado ao Código de Processo Penal, o art. 28-A, § 4º, expressamente prevê a necessidade de ser designada audiência para a homologação judicial do ajuste: *para a homologação do acordo de não persecução penal, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor, e sua legalidade.*

Assim, resta evidente que a audiência a ser realizada para a apreciação do ANPP tem por objetivo oportunizar o controle judicial da legalidade do ato, a partir do seu regramento codificado, bem como a verificação, pelo juiz, da livre e desembaraçada manifestação de vontade da pessoa investigada e, no limite, o respeito aos seus direitos e garantias individuais.

Portanto, a ingerência judicial na apreciação do acordo, em regra, recai primordialmente sob seus aspectos formais de legalidade e voluntariedade, e não de mérito, tanto que não se admite a homologação do ANPP sem realização da audiência pertinente, sendo insuficiente, para o cumprimento do regramento legal, decisão proferida nos autos sem a solenidade a que alude o Código de Processo Penal⁶³.

Diante da redação conferida pelo legislador de 2019 ao art. 28-A, § 4º, do Código de Processo Penal, e, mais disso, destinando-se a solenidade precipuamente a aferir a legalidade e a voluntariedade do investigado na celebração do acordo, o Ministério Público do Estado de São Paulo (MPSP), por sua Procuradoria-Geral de Justiça, editou o Enunciado 26-PGJ, dispensando a participação do órgão ministerial nessa audiência de homologação: *não é obrigatória a participação do membro do Ministério Público na audiência de homologação do acordo de não persecução penal prevista no § 4º do art. 28-A do CPP.*⁶⁴

E na hipótese de discordância, pelo juiz, do próprio conteúdo do acordo celebrado pelas partes e submetido à homologação? Pode o magistrado alterar ou mesmo *excluir ex officio* algumas de suas condições e, após reformulado, promover a homologação do ANPP?

Não. De início, é preciso dizer que o próprio art. 28-A, § 5º, do Código de Processo Penal, afirma que *se o juiz considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições*

⁶³ Nesse sentido: STJ, Decisão monocrática no RHC 147032, rel. Min^a. Laurita Vaz, J. 17/05/2021, DJe 19/05/2021.

⁶⁴ Disponível em:

https://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/BibliotecaDigital/Publicacoes_MP/Todas_publicacoes/Roteiro-de-ANPP_Terceira-Edicao_com-ANEXOS.pdf. Acesso em: 16 jul. 2025.

dispostas no acordo de não persecução penal, devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor.

E nem poderia ser diferente, pois, como visto nas linhas iniciais deste ensaio, ainda que de forma consensual, a solução dos conflitos de natureza penal deve pautar-se pela separação das funções de acusar, defender e julgar, característica própria do sistema acusatório e, caso fosse permitida essa intervenção judicial *ex officio* para a homologação do acordo, a unidade, coerência e completude sistêmicas seriam indiscutivelmente colocadas em xeque.

Nessa ordem de valores, é preciso dizer que o juiz não participa das negociações (CPP, art. 28-A, § 3º) e, ademais, a eventual alteração das condições do ANPP pelo magistrado impactaria diretamente na voluntariedade das partes e, no limite, afrontaria a garantia do juiz imparcial.

Como afirmam Souza e Dower:

Dada a sua função meramente homologatória, não é possível que essa decisão reveja e altere os termos ou condições do ANPP, fixados pelas partes a partir de suas convenções autorreferenciadas. Eventual discordância do juiz quanto à adequação e suficiência das condições dispostas no ANPP ensejará, excepcionalmente, apenas sua devolução para eventual reformulação (§ 5º do art. 28-A), mas jamais a sua alteração por ato judicial.⁶⁵

Ainda nessa mesma linha, o STF, na decisão monocrática cautelar proferida pelo Ministro Luiz Fux na ADI 6.305, decidiu que “*O magistrado não pode intervir na redação final da proposta de acordo de não persecução penal de modo a estabelecer as suas cláusulas*”.

Assim, afastada a possibilidade de alteração *ex officio*, pelo magistrado, das cláusulas e condições do ANPP, outra questão, desta vez muito mais complexa, se oferece na aferição dos limites jurídicos que se oferecem ao controle judicial na homologação do ajuste, a partir do art. 28-A, § 5º, do CPP: no caso de não homologação e devolução do ANPP às partes, por inadequação, insuficiência ou abusividade de suas condições, o Ministério Público está obrigado a rever seus termos e reformular a proposta?

O enfrentamento ao questionamento posto deve passar em revista os quatro fundamentos legais possíveis previstos no Código de Processo Penal para a recusa judicial da homologação do acordo: *ilegalidade, inadequação, insuficiência e abusividade*.

⁶⁵ SOUZA, Renee do Ó; DOWER, Patrícia Eleutério Campos. Algumas respostas sobre o acordo de não persecução penal. In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (org.). *Manual do acordo de não persecução penal*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 252.

Inicialmente, é preciso dizer que, se por um lado a verificação da eventual ilegalidade do ANPP implica num juízo predominantemente objetivo do seu conteúdo, a inadequação, insuficiência ou abusividade das suas condições, de outro giro, são questões altamente subjetivas que, uma vez preservada a necessária voluntariedade do negócio posto, merecem extrema cautela na sua aferição judicial e, no limite, na eventual recusa homologatória com esse fundamento.

Assim, caso o órgão do Ministério Público, após receber o ANPP não homologado pelo juiz que, no caso concreto, considerou inadequadas, insuficientes ou abusivas as suas condições (CPP, art. 28-A, § 5º), deixe de promover as adequações explicitadas naquela decisão e, dessa forma, insista nas condições já ofertadas, caberá ao magistrado, por analogia, aplicar o art. 28 do Código de Processo Penal e remeter os autos à instância superior do Ministério Público, a quem compete, em última análise, apreciar não apenas o cabimento do acordo, mas também suas condições, nos quatro aspectos previstos em lei: *legalidade, adequação, suficiência e abusividade*.

A suficiência e a adequação das condições do ANPP no caso concreto são questões que se encontram umbilicalmente relacionadas com a própria titularidade privativa da ação penal pública conferida constitucionalmente ao Ministério Público.

Bem por isso, Vasconcellos afirma que

[...] em respeito ao sistema acusatório e à imparcialidade, eventual exame judicial sobre adequação e suficiência das condições deve ser limitado. Se o juízo entender que os termos do acordo são excessivamente lenientes diante da gravidade dos fatos, isso poderá ensejar, no máximo e excepcionalmente, a remessa da questão para revisão ministerial interna, nos termos do art. 28, *caput*, do CPP por analogia. Nesse caso, o órgão superior no MP analisará se mantém ou altera as cláusulas do acordo já negociadas e consentidas pelas partes originalmente.⁶⁶

É certo que o mesmo autor, fazendo recorte pontual no tocante à não homologação do ANPP em caso do reconhecimento, pelo juiz, de abusividade das cláusulas, defende o controle judicial direto e ativo das condições oferecidas e, no limite, a não homologação e até mesmo a homologação parcial do negócio diante da não readequação ministerial após sua devolução.⁶⁷

⁶⁶ VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. *Acordo de não persecução penal*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2024. p. 217.

⁶⁷ VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. *Acordo de não persecução penal*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2024. p. 232.

Todavia, é forçoso reconhecer que, mesmo nessa hipótese, também haveria indevida ingerência judicial na formação da *opinio delicti* pelo Ministério Público, por se tratar de questão intimamente afeta ao pleno exercício da pretensão acusatória constitucionalmente conferida ao *Parquet*.

De toda sorte, da não homologação mostra-se cabível, ainda, a interposição de recurso em sentido estrito (CPP, art. 581, XXV).

Uma vez homologado o ANPP, os autos serão remetidos ao Ministério Público para que dê início à sua execução no Juízo das Execuções Penais (CPP, art. 28-A, § 6º).

Já na fase de cumprimento do ANPP, pode o Juízo das Execuções Penais, a pedido do investigado e diante do seu descumprimento do quanto pactuado, alterar as condições inicialmente acordadas pelas partes e homologadas judicialmente?

Evidentemente que não. O não cumprimento das condições do ANPP pelo investigado no prazo estabelecido implica na rescisão do acordo. Nesse ponto, é preciso reforçar que, ao contrário do regramento previsto para a suspensão condicional do processo (Lei nº 9.099/1995), aqui não se fala em período de prova, mas em condições do ANPP, não sendo dado ao juiz das execuções nem mesmo alterar prazos para cumprimento das medidas acordadas, sob pena de afronta ao sistema acusatório.

No limite, a repactuação do ANPP implica em novação e, conseqüentemente, exige nova homologação judicial.

De toda a sorte, diante da política criminal de acordos que vem sendo gradativamente incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro, o cabimento do ANPP no caso concreto e, nesse mesmo trilho, o conteúdo das suas condições em vistas à prevenção e reprovação da infração penal, são novos desafios que se apresentam ao Ministério Público e que reclamam, para seu seguro enfrentamento, atenção e obediência ao princípio da proporcionalidade, nas suas duas faces: *proibição de excessos e vedação da proteção penal insuficiente*.

Ainda que na forma negociada, a solução dos conflitos penais não pode descuidar-se da efetiva e integral proteção que o Direito Penal confere aos bens jurídico-penais, ainda que, no plano legislativo, certas condutas criminosas sejam apenas de forma extremamente branda, sob pena de seu completo esvaziamento.

Na crítica avaliação de Fischer:

[...] há muito temos no ordenamento jurídico a possibilidade de transação penal (art. 76, Lei 9.099/95) e a suspensão do processo (art. 89, Lei 9.099/95), porém ambos se mostraram insuficientes diante dos parâmetros de pena muito baixos para a solução da grande maioria dos crimes da legislação brasileira, hoje em boa parte abarcados,

em tese, pela possibilidade de acordos de não persecução penal. E temos a visão mais contemporânea de que há bens jurídicos que precisam também de proteção penal mesmo naqueles casos em que as *penas* previstas pelo legislador não sejam “tão altas”. E aí novamente insistimos que a utilização do Direito Penal não precisa ser vinculada necessariamente com “cárcere” (penas privativas), exatamente como forma de centrar o foco primordial do sistema contencioso para aqueles *crimes mais graves*.⁶⁸

Aliás, é preciso destacar que, sempre que for possível no caso concreto, as condições do ANPP também devem tutelar os direitos da vítima, em especial da pessoa hipossuficiente e vulnerável, sem capacidade econômica para suportar os encargos judiciais próprios das demandas na esfera cível, ainda que a reparação dos danos por ela suportados possa ser alcançado, apenas, parcialmente, pois

[...] sob o prisma do garantismo penal integral, o processo penal brasileiro não pode privilegiar a pessoa do criminoso em detrimento da figura da vítima, condenando-a ao esquecimento; ao revés, de forma equilibrada, deve servir de instrumento para a efetiva tutela de todo e qualquer direito fundamental reconhecido pelo ordenamento jurídico pátrio, individual ou coletivo, identificando-se também o ofendido como sujeito de direitos.⁶⁹

Em suma, no contexto do Estado Democrático de Direito, os direitos fundamentais não se restringem à função de defesa individual da pessoa diante da atuação estatal, visão míope que, rompido o séc. XXI, precisa ser finalmente superada e, com ela, a ultrapassada concepção do Estado-Leviatã, sempre em rota de colisão com direitos e garantias individuais.

CONCLUSÕES

1. A expansão dos mecanismos de justiça penal consensual no Brasil representa uma inflexão significativa no paradigma tradicional da persecução penal, fundada na legalidade estrita, na obrigatoriedade da ação penal e no contraditório pleno. Essa inflexão, embora impulsionada por demandas legítimas de eficiência e racionalidade, desafia as categorias clássicas da dogmática processual penal.

⁶⁸ FISCHER, Douglas. Apontamentos sobre algumas questões relevantes do acordo de não persecução penal – ANPP. In: SALGADO, Daniel de Resende; KIRCHER, Luis Felipe Schneider; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (coord.). *Justiça consensual: acordos criminais, cíveis e administrativos*. São Paulo: JusPodivm, 2022. p. 377.

⁶⁹ TURESSI, Flávio Eduardo. *Derechos humanos y derecho penal: diálogos entre o direito internacional de los derechos humanos y la protección das vítimas no sistema de justiça penal do Brasil*. *Sapientia Iuris*, v. 2, p. 205-253, 2025. p. 241.

2. A adoção de instrumentos negociais, como o acordo de não persecução penal, insere no processo penal brasileiro elementos típicos do modelo anglo-saxão, que pressupõe maior margem de discricionariedade por parte do Ministério Público e protagonismo das partes na gestão do conflito penal, o que tensiona os fundamentos do sistema acusatório tradicional.
3. A atuação do juiz na justiça penal consensual requer delimitação normativa rigorosa para garantir sua imparcialidade institucional. A participação judicial em fases de negociação ou instrução informal pode comprometer a equidistância do julgador e gerar dissonância com o devido processo legal substancial, que exige a separação clara entre as funções de acusar, defender e julgar.
4. A imparcialidade do juiz deve ser compreendida não apenas como ausência de interesse subjetivo, mas como função estruturante do processo penal constitucional, assegurando a legitimidade da jurisdição penal e a confiança da sociedade no sistema de justiça. A quebra dessa imparcialidade, mesmo que formal, compromete direitos fundamentais e viola a lógica do processo acusatório.
5. O modelo brasileiro de justiça penal negocial carece de maior sistematização legislativa e controle institucional, a fim de evitar distorções como a banalização do consenso, a coação da defesa para celebração de acordos e a assimetria de poder entre acusação e defesa. A regulamentação adequada é condição para que a justiça penal consensual opere dentro de um marco democrático e garantista.
6. A experiência comparada demonstra que a introdução de mecanismos de consenso deve ser acompanhada de salvaguardas processuais robustas, inclusive quanto ao papel do juiz como garantidor e não como gestor do acordo. A ausência de tais filtros pode converter a justiça consensual em instrumento de gestão punitiva seletiva, desconectada de valores republicanos.
7. É imperativo que o Ministério Público, ao assumir papel de protagonista nas negociações penais, atue com transparência, proporcionalidade e controle de legalidade, orientado não apenas pela conveniência da persecução, mas pelos princípios constitucionais que regem sua atuação como defensor da ordem jurídica e dos interesses sociais.
8. A justiça penal consensual, se adequadamente regulada e praticada com fidelidade aos princípios constitucionais, pode representar avanço na racionalização do sistema penal, mas deve permanecer subordinada aos valores do Estado Democrático de

Direito, e jamais funcionar como atalho à custa da imparcialidade judicial e da ampla defesa.

REFERÊNCIAS

- AMBOS, Kai; LIMA, Marcellus Polastri. *O processo acusatório e a vedação probatória: perante as realidades alemã e brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- ANDRADE, Roberta Lofrano. *Processo penal e sistema acusatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- BONESANA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Paulo M. Oliveira. 13. ed. Rio de Janeiro: Edipro, 1999.
- DEMERCIAN, Pedro Henrique; TORRES, Tiago Caruso. A constitucionalidade do art. 385 do Código de Processo Penal. *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo*, v. 12, n. 2, 2017. Disponível em: http://www.esmp.sp.gov.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/347. Acesso em: 21 jul. 2025.
- DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. *Curso de processo penal*. 10. ed. São Paulo: Rideel, 2023.
- FISCHER, Douglas. Apontamentos sobre algumas questões relevantes do acordo de não persecução penal – ANPP. In: SALGADO, Daniel de Resende; KIRCHER, Luis Felipe Schneider; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (coord.). *Justiça consensual: acordos criminais, cíveis e administrativos*. São Paulo: JusPodivm, 2022. p. 373-396.
- GAZOTO, Luís Wanderley. *O princípio da não obrigatoriedade da ação penal pública: uma crítica ao formalismo no Ministério Público*. São Paulo: Manole, 2003.
- GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- HASSEMER, Winfried. *Crítica al derecho penal de hoy: norma, interpretación, procedimiento. Límites de la prisión preventiva*. Traducción de Patricia S. Ziffer. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2003.
- JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal: estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- JARDIM, Afrânio Silva. *Ação penal pública: princípio da obrigatoriedade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada*. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.
- LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal: fundamentos*. 2. ed. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004.

- MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 2.
- MAYA, André Machado. *Juiz de garantias: fundamentos, origem e análise da Lei 13.964/19*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.
- MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Curso de investigação criminal*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo penal*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1993.
- MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. *Direito penal racional: propostas para a construção de uma teoria da legislação e para uma atuação criminal preventiva*. Curitiba: Juruá, 2016.
- MORAES, Alexandre Rocha Almeida de; PEZZOTTI, Olavo Evangelista; SMANIO, Gianpaolo Poggio. A discricionariedade da ação penal pública. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho, n. 30, p. 353-390, 2019. Disponível em: <https://periodicos.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/389>. Acesso em: 21 jul. 2025.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2024.
- PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao código de processo penal e sua jurisprudência*. 17. ed. São Paulo: JusPodivm, 2025.
- PETERS, Julia. *Urteilsabsprachen im Strafprozess*. Göttingen: Universitätsverlag Göttingen, 2011.
- POLASTRI, Marcellus. *A prova penal*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.
- RAUXLOH, Regina. Formalization of plea bargaining in Germany: will the new legislation be able to square the circle. *Fordham International Law Journal*, v. 34, 2011.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- SOUZA, Renee do Ó; DOWER, Patrícia Eleutério Campos. Algumas respostas sobre o acordo de não persecução penal. In: CUNHA, Rogério Sanches et al. *Manual do acordo de não persecução penal*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2021.
- SWENSON, Thomas. The German plea bargaining debate. *Pace International Law Review*, v. 7, 1995.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1.
- TURESSI, Flávio Eduardo. *Justiça penal negociada e criminalidade macroeconômica organizada*. Salvador: JusPodivm, 2019.
- TURESSI, Flávio Eduardo. Derechos humanos y derecho penal: diálogos entre o direito internacional [...] *Sapientia Iuris*, v. 2, p. 205-253, 2025. Disponível em: <https://doi.org/10.5281/zenodo.15862988>. Acesso em: 17 jul. 2025.

TURESSI, Flávio Eduardo. Organização criminosa – Lei nº 12.850/2013. In: MORAES, Alexandre Rocha Almeida de; GOLDFINGER, Fábio Ianni (coord.). *Legislação penal extravagante*. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 357-467.

VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. *Acordo de não persecução penal*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2024.

VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de; MOELLER, Uriel. Acordos no processo penal alemão: da informalidade à regulamentação normativa. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, v. 49, n. 147, p. 13-33, 2016. Disponível em: <https://ac.els-cdn.com/S0041863318300899/1-s2.0-S0041863318300899-main.pdf>. Acesso em: 18 jul. 2025.