



DEPARTAMENTO DE DIREITO
MESTRADO EM DIREITO
ESPECIALIDADE EM CIÊNCIAS JURÍDICAS
UNIVERSIDADE AUTÓNOMA DE LISBOA
“LUÍS DE CAMÕES”

SENTENÇA PENAL NEGOCIADA: ANÁLISE CONSTITUCIONAL DA
CONFISSÃO COMO ÚNICO MEIO DE PROVA

Dissertação para a obtenção do grau de Mestre em Direito

Autora: Yara Rebeca Albuquerque Marinho de Paula

Orientador: Professor Doutor Manuel Monteiro Guedes Valente

Número da candidata: 30003896

Março de 2024

Lisboa

SENTENÇA PENAL NEGOCIADA: ANÁLISE CONSTITUCIONAL DA CONFISSÃO COMO ÚNICO MEIO DE PROVA

Dissertação de Mestrado para a
obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientador: Professor Doutor Manuel
Monteiro Guedes Valente.

LISBOA

2024

RESUMO

Ao abordar o instituto da sentença penal negociada, este estudo contempla uma análise crítica sobre as burocracias do processo contencioso e destaca as vantagens da ampliação das hipóteses de consenso. Para tanto, aborda várias problemáticas sobre renúncia aos direitos e garantias fundamentais, entre elas enfrenta o mito sobre a ofensa ao princípio da presunção de inocência na confissão sobre sentença. Afirma e defende a inexistência de coação, em abstrato, no momento da aceitação dos acordos sobre sentença penal, ao tempo em que o referido instituto enaltece a autodeterminação e a dignidade da pessoa humana. Desnuda o princípio da obrigatoriedade da ação penal, frisando sua necessária mitigação no processo de diversão. Sustenta inexistir ofensa ao princípio do devido processo legal, com a abreviação de rito. Faz um cotejamento entre os princípios da celeridade e o da eficiência, com suas respectivas vantagens e desvantagens e compatibilidade de ambos no âmbito do consenso. Tece considerações sobre questões de ordem prática e ideológica na atuação de cada um dos atores da justiça no exercício da atividade negocial, especialmente quanto à manutenção do poder decisório e a preservação da imparcialidade dos magistrados, destaca o novo perfil do Ministério Público resolutivo e exalta a atividade de advogados e defensores na via consensual. Em sede de conclusão, entende que a persecução penal criminal contenciosa ordinária, por regra, complexa e demorada, não se coaduna com os dias atuais e a realidade jurídica de Portugal e do Brasil, que anseiam por uma justiça mais célere e efetiva, contudo, nega a possibilidade de aplicação do consenso para todas as hipóteses de violação bens jurídicos. Por fim, conclui pela conformidade jurídico-constitucional do negócio no ordenamento jurídico português e brasileiro, ressaltando, todavia, a necessidade de legislação específica para a sua aplicação, arrematando que a ampliação das margens de consenso, mormente, a negociação da pena, revela-se em alternativa útil e válida.

PALAVRAS CHAVE: Sentença Penal Negociada, Direitos Fundamentais e Confissão.

ABSTRACT

By approaching the institute of negotiated criminal sentencing, this study contemplates a critical analysis of the bureaucracies of the litigation process and highlights the advantages of the advantages of expanding the possibility of consensus. To this end, it addresses various issues concerning waiver of fundamental rights and guarantees, including tackling the myth of offenses Against the principle of the presumption of innocence in the confession of judgment. It affirms and defends the non-existence of coercion, in the abstract, at the time of accepting plea bargains at the same time as the institute praises self-determination and the dignity of the human person. It unveils the principle of compulsory criminal prosecution, emphasizing its necessary mitigation in the diversion process. It maintains that there is no offense to the principle of due process of law, with the abbreviation of the rite. It makes a comparison between the principles of speed and efficiency, with their respective advantages and disadvantages, and the compatibility of the two in the context of consensus. It comments on practical and ideological issues in the actions of each of the players in justice in the exercise of negotiating activity, especially regarding the maintenance of decision-making power and the preservation of the impartiality of magistrates. It highlights the new profile of the resolute Public Prosecutor's Office and praises the activity of lawyers and defenders in the consensual way. In conclusion, it is understood that the ordinary criminal prosecution, as a rule complex and time-consuming as a rule of fact, is not in line with our times and the legal reality of Portugal and Brazil, which yearn for swifter and more effective justice, but denies the possibility of applying consensus to all cases of violation of legal assets. Finally, the study concludes that the matter is legally and constitutionally compliant with the Portuguese and Brazilian legal systems, emphasizing, however, the need for specific legislation for its application, concluding that the widening the margins of consensus, especially the negotiation of the penalty, is a useful and valid alternative.

KEYWORDS: Negotiated Criminal Sentence, Fundamental Rights and Confession.

ÍNDICE

INTRODUÇÃO	Erro! Indicador não definido.
1. SENTENÇA PENAL NEGOCIADA	10
1.1. Conceito.....	10
1.2. Fundamentos Legitimadores	11
1.3. Teses que precisam ser desmistificadas.....	15
1.4. Diversão.....	18
1.4.1. Tipos de Diversão.....	19
1.5. A Celeridade e o Prazo Razoável do Processo	20
1.6. A autonomia do acusado sob a perspectiva da autonomia da vontade.....	23
1.7. A confissão e sua repercussão no Processo Penal Português e Brasileiro	26
1.7.1. Características, efeitos e valor probatório conferido à confissão na Sentença Penal Negociada	26
1.7.2. Requisitos mínimos da validade da confissão	29
1.8. Breve análise dos Modelos Jurídicos de Negociação de Sentença Criminal.....	31
1.8.1. Modelo Adversarial Norte Americano	31
1.8.1.1. O “plea bargaining” e o “nolo contendere”	32
1.8.2. Modelo de Justiça Negociada na Alemanha.....	35
1.8.3. Modelo Italiano: <i>Patteggiamento</i>	37
1.9. Análise do papel dos atores envolvidos na Sentença Penal Negociada	41
1.9.1. Magistratura: manutenção do Poder Decisório e da Imparcialidade na Sentença Penal Negociada	42
1.9.1.1. Limites à Jurisdição: análise da legalidade, legitimidade, voluntariedade e inteligibilidade da sentença penal acordada.	43
1.10. Papel da Defesa do acusado	53
1.11. Perfil do Investigado. Existe direito subjetivo ao acordo da sentença penal?	55

1.12. Ministério Público: negociador da paz social.....	59
1.12.1. Legitimidade exclusiva do Ministério Público para propor o negócio jurídico criminal.....	61
2. CONFORMIDADE JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA CONFISSÃO COMO ÚNICO MEIO DE PROVA NA SENTENÇA PENAL NEGOCIADA.....	63
2.1. Perda, Limites ou renúncia aos Direitos Fundamentais?	63
2.2. Princípio do Contraditório: Diferido ou preservado?	67
2.3. Princípio da Ampla Defesa: íntegro ou mitigado?	70
2.4. Princípio da presunção de inocência (<i>nemo tenetur</i>) e sua relativização	73
2.5. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e Autodeterminação no negócio jurídico criminal.....	79
2.6. Princípio da Busca da Verdade Real e a Aplicação Imediata da Pena	85
2.7. Princípio do Devido Processo Legal e Abreviação do Rito.....	89
2.8. Princípio da Economia processual, da Eficiência e Celeridade x Garantismo Penal	92
2.9. Princípio da obrigatoriedade da ação penal x Acordos Penais	96
3. DESAFIOS DA APLICAÇÃO DA SENTENÇA PENAL NEGOCIADA NO SISTEMA PROCESSUAL PENAL PORTUGUÊS E NO BRASILEIRO	101
3.1. Desafios da Aplicação da Sentença Penal Negociada no sistema processual português	101
3.2. Mecanismos de Solução por Consenso no Processo Penal de Portugal	106
3.2.1. Suspensão Provisória do Processo.....	107
3.2.2. Procedimento Sumaríssimo	109
3.2.3. Mediação Penal de Adultos.....	114
3.3. Desafios da Aplicação da Sentença Penal Negociada no sistema processual brasileiro.	116
3.4. Instrumentos de Resolução Consensual no Processo Penal Brasileiro e a tendência de alargamento das hipóteses de consenso no Processo Penal Brasileiro	116
3.5. Aspectos positivos e negativos da aplicação da Sentença Penal Negociada como modelo de resoluções de conflitos criminais.....	120

3.6. Aplicação somente para alguns delitos	125
3.7. Consensualidade ampla ao Ministério Público e Limitação da Participação judicial	126
3.8. Supervalorização das provas colhidas na fase de inquérito	126
CONCLUSÃO	134
FONTES DOCUMENTAIS	137
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	147

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

SIGLAS

ANPP – Acordo de Não Persecução Penal

APAV – Associação Portuguesa de Apoio à Vítima

BVerfG – *Bundesverfassungsgericht*

CF – Constituição Federal

CFB - Constituição Federal Brasileira

CP – Código Penal

CPP – Código de Processo Penal

CPPB – Código de Processo Penal Brasileiro

CPPP – Código de Processo Penal Português

CR – Constituição da República

CRP – Constituição da República Portuguesa

DR – Diário da República

ENCCLA – Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro

EUA – Estados Unidos da América

HC – *Habeas Corpus*

RHC – Recurso de *Habeas Corpus*

PGR – Procuradoria Geral da República

PL – Projeto de Lei

ONG – Organização Não Governamental

PL – Projeto de lei

StPO - *Strafprozessordnung*

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

ABREVIATURAS

Art. – Artigo

n. – Número

v. – *versus*

Ag. Reg. HC – Agravo Regimental de *Habeas Corpus*

INTRODUÇÃO

No processo penal há duas possibilidades discrepantes. Na primeira, o acusado utiliza de seu direito ao silêncio ou nega os fatos, impondo ao Estado a obrigação de adotar inúmeras medidas cautelares e processuais, como o deferimento de prisão preventiva, bloqueio de bens, entre outras, para alcançar a responsabilidade penal do acusado. Na segunda, o indivíduo, ao tomar conhecimento da investigação contra a sua pessoa, desde logo, isto é, na primeira oportunidade, confessa e manifesta seu desejo de colaborar com a persecução penal e de iniciar o cumprimento de uma sanção mais branda do que a que seria imposta após a persecução criminal.

Em que pese Portugal e Brasil possuam, nos seus respectivos ordenamentos jurídicos, formas de negociação no âmbito criminal, esta forma de resolução de litígios não é a regra e a sua adoção ainda é muito questionada, visto que parcela da doutrina entende que este modelo de justiça ofende inúmeros princípios e direitos de ordem constitucional e processual penal dos arguidos. Nesse tocante, o presente trabalho tem por escopo analisar a compatibilidade do instituto da sentença penal negociada com o ordenamento jurídico português e brasileiro, sob o viés constitucional, especialmente no que se refere à aceitação da confissão como único meio de prova para embasar a condenação.

O problema a ser enfrentado será o de analisar se a negociação da sentença penal é compatível com os princípios constitucionais, especialmente no tocante ao princípio da dignidade da pessoa humana, da presunção de inocência, contraditório e ampla defesa, entre outros princípios. Para tanto, o estudo iniciará explicando o instituto da negociação da sentença criminal, abordando conceitos, espécies, fundamentos legitimadores, pontuando o papel de cada sujeito da relação processual, além de desmistificar teses que menosprezam os institutos pautados em consenso, no âmbito penal, em especial o da sentença penal negociada, ou aquelas que exacerbam, equivocadamente, direitos dos arguidos em geral. Posteriormente, pincelará a experiência da sentença penal negociada em outros países, por meio de uma abordagem no direito comparado. Por fim, o trabalho apontará alguns desafios da aplicação do instituto tanto no ordenamento jurídico português, como no ordenamento jurídico brasileiro. Em seguida, será feita uma análise dos pontos positivos e negativos do instituto e, por fim, serão apresentadas as conclusões sobre os referidos questionamentos.

1. SENTENÇA PENAL NEGOCIADA

1.1. Conceito

A Sentença Penal Negociada pode ser conceituada como um acordo realizado exclusivamente entre acusação e defesa, mediante concessões recíprocas, onde a acusação pretende alcançar a condenação do acusado, com base na confissão deste, e o acusado pretende lograr uma pena mais abrandada. Fincadas as cláusulas do acordo, este, após análise do Judiciário quanto à legalidade, legitimidade, voluntariedade e inteligibilidade, será, então, homologado.

Dessa forma, a acusação abdica da possibilidade de lograr uma condenação mais gravosa, ao passo que a defesa deixa de exercer alguns direitos constitucionais, para ganhar uma penalidade menos severa, tudo com base na confissão integral, consciente e espontânea do acusado.

Como visto, a negociação da sentença criminal é um procedimento criminal encurtado, diverso do processo criminal ordinário e que tem por característica a mutualidade de concessões¹. Está fincada em um acordo de vontades voluntário, feito por partes capazes, com assistência indispensável de advogado ao arguido e que pressupõe, necessariamente, a confissão dos fatos por parte do acusado, a total compreensão dos termos do acordo, especialmente no que tange ao não exercício de determinados direitos processuais, em troca de uma sentença mais benéfica. Há várias espécies de negociação de sentença criminal, sendo as mais conhecidas as previstas no sistema americano, especialmente o *plea bargaining* e o *nolo contendere*. Há, também, o *Abspracheen*, de origem alemã e o *Patteggiamento*, de origem italiana, os quais serão abordados em tópico específico da presente pesquisa, mais adiante.

Segundo o que será analisado no presente estudo, a negociação da sentença criminal não significa supressão ou diminuição dos direitos dos arguidos, ao contrário, se traduz na fruição desses direitos sob uma nova perspectiva, com a otimização dos trabalhos da justiça. Afinal, os direitos, sejam de ordem processual e até os fundamentais não são absolutos. Apesar da relevância ímpar que desempenham, todos são passíveis de restrições e do não exercício.

Em suma, a negociação da sentença criminal pode ser conceituada como um novo processamento especial do direito processual penal, mais encurtado e, portanto, mais célere que o processamento ordinário, pautado num acordo de vontades entre acusação e defesa, cujas características são a voluntariedade, legalidade e inteligibilidade de suas cláusulas, onde a acusação deixa de perseguir uma penalidade mais gravosa e a defesa deixa de exercer

¹ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS - **Case os Scoppola v. Italy**. [Em linha]. Junho 2008. N.º 2, application 10249. (2009-01-07). [Consult. 15 jun. 2021]. Disponível na internet: <

determinados direitos constitucionais, com o desiderato de se obter a prolação de sentença de forma mais acelerada e que seja mais benéfica ao acusado, tudo com base exclusivamente na confissão do acusado, como prova suficiente da confirmação dos fatos e autoria do delito.

Em resumo, pode-se dizer que a justiça consensual penal, mormente a sentença penal negociada tem por escopo incentivar a interlocução das partes, exigindo uma participação ativa delas para que alcancem a melhor decisão para o caso concreto, atingindo a finalidade última do direito, que é a paz social, além proporcionar uma resposta à sociedade no sentido de frear a criminalidade e de diminuir a sensação de impunidade, ao tempo em que valoriza a atuação do sistema de justiça como um todo, podendo, ainda, garantir à vítima, por vezes esquecida, uma reparação mais célere ao seu dano.

1.2. Fundamentos Legitimadores

Certamente, a mola propulsora que ensejou a idealização da Justiça Penal Negociada foi a existência de um Poder Judiciário assoberbado de processos que, somado a um modelo processual que permite a utilização infundável de recursos, torna este Poder Judiciário pouco efetivo, gerando uma sensação de impunidade generalizada, com a perpetuação dos prejuízos sofridos pelas vítimas e sociedade, desencadeando a descrença na Justiça face à constante prestação negativa do serviço judicial e a certeza de que o Estado investe mal quando direciona recursos financeiros para este Poder.

O processo que se prolonga no tempo traz prejuízos a todos os envolvidos e interessados em seu resultado, ou seja, à vítima, ao acusado, à sociedade em geral e ao Estado.

Sob a ótica do arguido, a demora processual afeta especialmente a presunção de inocência, visto que o processo que tarda, ocasiona uma posição desconfortável ao acusado, porquanto afeta indelevelmente sua vida pessoal, profissional, sua liberdade e a própria paz de espírito, haja vista que, enquanto não definida sua situação jurídica com uma sentença definitiva sobre o caso, a estigmatização lhe acompanha em todas as fases processuais, ora de forma mais contundente, ora de forma mais rarefeita, a depender, inclusive da exposição midiática que alguns casos possuem.

O fato é que a incerteza quanto ao seu futuro, estando a sua liberdade e paz de espírito condicionadas a uma decisão vindoura, sem data certa para ocorrer, ocasionam angústia até ao mais despreocupado dos cidadãos.

Nos casos em que o arguido responde ao processo penal encarcerado, a estigmatização perdura por mais tempo, haja vista que as prisões provisórias, são também, em última análise, uma antecipação da pena, por conseguinte, uma antecipação da condenação. Neste tocante, a

Suprema Corte Brasileira tem entendido desarroada e injustificada as prisões cautelares que perduram por mais de dois anos².

A jurisprudência de Portugal³ entende que os prazos possuem natureza meramente ordenadora, não implicando consequências, mormente a extinção da medida coatora. Por sua vez, a jurisprudência do Tribunal Europeu, assim como o *Bundesverfassungsgericht* germânico analisam o excesso de prazo a partir da complexidade do caso e do comportamento das partes. Não adotam a excessiva carga de trabalho do Poder Judiciário como causa justificadora do atraso.⁴⁵

Idêntica preocupação com a dilação probatória e seus efeitos deletérios aos acusados em geral, podem ser observadas no art.8.º, n.º1, da Convenção Americana dos Direitos Humanos⁶ e na

² “(...) A demora na instrução e julgamento de ação penal, desde que gritante, abusiva e irrazoável, caracteriza o excesso de prazo. Manter uma pessoa presa cautelarmente por mais de dois anos é desproporcional e inaceitável, constituindo inadmissível antecipação executória da sanção penal. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - **Habeas Corpus 86.915/SP**. [Em linha]. 2ª Turma. 2005. [Consult. 16 jun. 2021]. Disponível na internet: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2329112>>.

³ (...) Saber o que se entende por prazo razoável na demora de um processo tem que resultar de uma avaliação a ser feita casuisticamente, tendo sempre em atenção o período de tempo que ocorreu desde a entrada do processo no Tribunal até ao trânsito em julgado da decisão, ocorrendo necessariamente diferenças caso estejamos perante uma decisão definitiva tomada em 1ª instância ou nas instâncias superiores. Esta análise tem de ser encontrado segundo critérios definidos pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e que têm a ver com: 1 - a complexidade do processo; 2 - o comportamento das partes; 3 - a actuação das autoridades competentes no processo; e 4 - a importância do objecto do litígio para o interessado. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL CENTRAL ADMINISTRATIVO DO NORTE - **Proc 016841/13.5BEPRT**. [Em linha]. Rel. Joaquim Cruzeiro. 2017. [Consult.01mai.2023]. Disponível na internet: <<http://www.dgsi.pt/jtcn.nsf/-/FB7A6A3BE5A6CFA4802581C40056F598>>.

⁴ Conforme tem sustentado Paulo Pinto de Albuquerque: “O recurso deve ser julgado no prazo máximo de 30 dias a partir do momento em que os autos “forem recebidos”, isto é, em que os autos derem entrada no TR (...)”. “Caso não sejam julgados dentro do prazo, o atraso dá causa a uma aceleração processual e, eventualmente, a responsabilidade disciplinar. O prazo tem uma natureza meramente ordenadora, a que a lei não associa nenhuma outra consequência. O legislador português não optou pela solução expressa do artigo 309.º do CPP italiano, que prevê a extinção automática da medida de coação em caso de desrespeito pelo prazo, como, aliás, também não quis consagrar o prazo apertado de vinte dias para a decisão do recurso”. (...). SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA - **Processo n.º478/14.5JFLSB-E.S1**. [Em linha]. Sessão: 21 Agosto 2015. Relator. Isabel São Marcos. [Consult. 16 jun. 2021]. Disponível na internet: <<https://jurisprudencia.pt/acordao/127028/pdf/>>.

⁵ O *Bundesverfassungsgericht* germânico já decidiu que nem a sobrecarga de trabalho nos tribunais, nem a substituição do relator, nem ainda as férias dos membros da secção do tribunal de recurso justificam o prolongamento da prisão preventiva. SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA - **Processo n.º478/14.5JFLSB-E.S1**. [Em linha]. Sessão: 21 Agosto 2015. Relator. Isabel São Marcos. [Consult. 16 jun. 2021]. Disponível na internet: <<https://jurisprudencia.pt/acordao/127028/pdf/>>.

⁶ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS - **Convenção Americana dos Direitos Humanos**. [Em linha]. 1969. [Consult.12 dez. 2019]. Disponível na internet: <<https://www.oas.org/pt/cidh/mandato/Basicos/convencion.pdf>>.

sexta emenda à Constituição dos Estados Unidos⁷, no art.6.º, n.º1., na Convenção Europeia dos Direitos do Homem⁸, assim como no art.20.º, n.º4, da Constituição da República Portuguesa⁹. A Constituição Federal Brasileira, no seu art.5.º, LXXVIII, ao estabelecer mecanismos que garantam a celeridade processual e ao impor como princípio a eficiência da administração pública também assegura, de forma indireta, a razoável duração do processo¹⁰.

Noutro giro, as consequências da demora processual são ainda mais gravosas sob o prisma da vítima, da sociedade e do Estado. Vejamos.

Os impactos do crime na vítima podem ser eternos, como no homicídio, ou significar perdas físicas e materiais, dor moral, ou psicológica, desequilíbrio na família, profissão e vida financeira, com graves reflexos na sociedade e enquanto a ela não é assegurada a participação no devido processo legal e o consequente provimento judicial célere e pleno, a mesma amarga o sentimento de injustiça e impunidade provocada pela falta da repressão penal a contento¹¹.

O desejo e direito das vítimas de ver o autor do crime punido em tempo razoável não podem ser vistos como resquícios de vingança privada. Como bem pontuou Raimundo Marinhos dos Santos: “A causa é da vítima, bem humano precioso ameaçado ou lesado. Seu alijamento descaracterizaria o fato criminoso, pois é seu objeto central, inclusive sua prova. Não importa quem operou o direito, mas quem sofreu o dano, a partir do que se deve aferir a responsabilidade e imputar a punição”¹².

Seguindo esta linha, vários ordenamentos jurídicos no mundo estão dando um foco maior à vítima¹³. Na Europa, por exemplo, nota-se, uma valorização da tutela dos direitos das vítimas de crime, tendo o Parlamento Europeu editado a Diretiva 2012/29/EU¹⁴, que tratou de

⁷ **Constituição dos Estados Unidos**. [Em linha]. 1791. [Consult.12 dez. 2019]. Disponível na internet:< <https://usconstitution.net/const.pdf> >.

⁸ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS - **Convenção Americana dos Direitos Humanos**. [Em linha]. 1969. [Consult.12 dez. 2019]. Disponível na internet:< <https://www.oas.org/pt/cidh/mandato/Basicos/convencion.pdf> >.

⁹ CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA. **Assembleia da República**. [Em linha]. (1976-04-02). [Consult.12 dez. 2021]. Disponível na internet:< <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx> >.

¹⁰ CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. **Planalto**. [Em linha]. (1988-10-05). [Consult. 10 jul. 2019]. Disponível na internet:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >.

¹¹ SANTOS, Raimundo Marinho dos - O princípio da celeridade processual aplicado à vítima. **JusNavegandi**. [Em linha]. 24/03/2014. [Consult.01 Mai. 2023]. Disponível na internet:< <https://jus.com.br/artigos/27156/o-principio-da-celeridade-processual-aplicado-a-vitima> >.

¹² *Idem* – **Ibidem**.

¹³ IVO, Pedro - Direitos das vítimas de crimes - Uma luta mais do que justa! **CONAMP**. [Em linha]. 2020. [Consult.02 mai. 2023]. Disponível na internet:< <https://www.conamp.org.br/publicacoes/artigos-juridicos/7012-direitos-das-vitimas-de-crimes-uma-luta-mais-do-que-justa-7012.html> >.

¹⁴ PARLAMENTO EUROPEU E O CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA - **Diretiva 2012/29/EU**. [Em linha]. (2012-10-25). [Consult. 02 mai. 2023]. Disponível na internet:< <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32012L0029> >.

estabelecer normas mínimas relativas aos direitos, ao apoio e a proteção das vítimas da criminalidade. Em decorrência deste movimento, países europeus começaram a publicar seus respectivos estatutos, entre eles, podemos citar a Espanha, com o *Estatuto de la Victima del Delito*, publicado pela Lei n.º4/2015¹⁵, e Portugal, com o Estatuto da Vítima, editado pela Lei n.º 130/2015¹⁶.

No Brasil, entretanto, há escassa proteção legislativa quanto ao direito das vítimas. A legislação existente é setorializada, privilegiando apenas as vítimas de alguns tipos de delito, como por exemplo a Lei n.º11.340/06, também conhecida como Lei Maria da Penha, que tipifica o crime de violência doméstica e cria mecanismos para prevenir e coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. O Projeto de Lei brasileiro n.º. 3.890/20, que trata dos direitos da vítima de violência de forma mais abrangente, ainda se encontra em tramitação na Câmara dos Deputados¹⁷.

Em Portugal já há algum avanço sobre o direito das vítimas. Existe, inclusive, uma atuante rede de apoio sobre o direito das vítimas, elencando 14 direitos¹⁸. Portugal cuida do direito das vítimas de forma mais vasta, independentemente do tipo de delito.

Podemos concluir que é necessário esse olhar mais atento sobre a vítima e promover os direitos humanos a ela direcionados, especialmente, o da razoável duração do processo, dando a esta mais relevância dentro do processo criminal, pois se ela é a parte prejudicada pela conduta criminosa, cabe a ela a posição de protagonista para a resolução adequada do conflito.

Para a sociedade, duas são as principais consequências provocada pela lentidão processual.

A primeira é a inexorável diminuição e até esfacelamento da credibilidade na justiça. Como é cediço, justiça tardia não é justiça; senão injustiça qualificada e manifesta¹⁹.

¹⁵ LEI N.º4/2015. **Governo de España**. [Em linha]. (2015-04-27). [Consult.02 mai. 2023]. Disponível na internet:< em: <https://boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-4606>>.

¹⁶ LEI N.º130/2015. **Parlamento**. [Em linha]. (2015-09-04). [Consult. 02 mai. 2023]. Disponível na internet:<https://pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?tabela=leis&nid=2394&ficha=1>.

¹⁷ PROJETO DE LEI N.º3890/20. **Câmara dos Deputados**. [Em linha]. 2020 [Consult. 23 mai. 2022]. Disponível na internet: <<https://www.camara.leg.br/noticias/856888-governo-anuncia-decreto-sobre-direitos-das-vitimas-de-violencia/>>.

¹⁸ Conforme a INFOVITIMAS, a APAV auxiliará as vítimas, sem, contudo, representá-las em processos judiciais, prestando maiores esclarecimentos sobre os seguintes direitos: Direito à Informação, Direito de Receber Comprovativo de Denúncia, Direito à Tradução, Direito de Acesso a Serviços de Apoio à Vítima, Direito de ser Ouvida, Direitos em Caso de Não Acusação do Suspeito, Direito à Mediação, Direito à Informação e Proteção Jurídica, Direito de Compensação e Reembolso pela participação no Processo, Direito à Restituição de Bens, Direito à Indenização, Direito à Proteção, Direito das Vítimas Particularmente Vulneráveis, Direito das Vítimas Residente noutro país da União. INFOVITIMAS. **Apav**. [Em linha]. [Consult. 23 mai. 2022]. Disponível na internet:<https://infovitimas.pt/pt/005_direitos/005_direitos.html>.

¹⁹ BARBOSA, Rui - **Citações**. [Em linha]. [Consult. 23 mai. 2022]. Disponível na internet:<<https://citacoes.in/autores/ruy-barbosa/citacoes-de-justica/>>.

A segunda consequência é a perda do caráter intimidatório das leis. Diz-se que as penas possuem três funções: a preventiva geral, preventiva especial e a repressiva. A função de prevenção geral depende indelevelmente do tempo adequado da aplicação da pena e da alta probabilidade de sua aplicação. Sem essas premissas, as regras sancionatórias perdem o seu poder intimidatório, não passando de meros comandos proibitivos de baixa eficiência²⁰.

Para o Estado é a própria noção de justiça que resta prejudicada, na medida em que o Poder Judiciário recebe a chancela de ineficiente. O poder de *imperium*²¹ fica abalado e faz com que falem argumentos que justifiquem o investimento e gastos de recursos públicos com um Poder que não atende às expectativas mínimas.

Não podemos esquecer que o processo em si também é afetado quando o seu trâmite é alongado em demasia, mormente no tocante à qualidade da prova, visto que a memória da prova testemunhal costuma a falhar com o tempo, perdendo as minúcias do caso, assim como as provas periciais acabam por serem inconclusivas, pela ausência de elementos que foram destruídos pela ação do tempo.

1.3. Teses que precisam ser desmistificadas

A primeira tese que precisa ser rechaçada é aquela onde acredita-se que é direito do réu prolongar o máximo possível um processo com o intuito de forçar a prescrição e, com isso, garantir sua impunidade, como se houvesse um direito à procrastinação.

Não há previsão legal e, sobretudo, embasamento ético que sustente um possível “direito à impunidade”. A propósito, o direito à ampla defesa não pode ser confundido com um possível direito à impunidade ou a um direito de efetuar manobras jurídicas de impedimento da aplicação da lei penal, como, por exemplo, um direito a interpor inúmeros recursos sem fundamentos, somente com o desiderato de alargar o processamento do feito e alcançar a prescrição a todo custo.

Ademais, esta tese implanta a ideia de que o serviço judicial será sempre moroso e ineficiente, face às inesgotáveis possibilidades de recursos e outras formas de retardamento do processo.

O retardamento irrazoável, provocado com má-fé, visando unicamente a impunidade, gera como consequência, a certeza de que os gastos públicos com o Poder Judiciário e demais órgãos

²⁰ A finalidade preventiva geral ocorre no momento da cominação da pena em abstrato pelo legislador e visa a sociedade. Já a finalidade retributiva ocorre após a prolação da sentença, onde o magistrado aplica a pena em concreto, como punição ao autor do delito. Esta ocorre depois do cometimento do crime, e visa evitar a reincidência por parte do autor do delito. A finalidade preventiva especial, por sua vez, também ocorre após o cometimento do delito.

²¹ Poder de fazer ser cumprida e respeitada sua decisão.

da justiça correlatos são demasiadamente custosos para serem desperdiçados, haja vista que é um serviço ineficiente e perdulário, que permite um prolongamento inútil e sem fim.

Outra premissa que precisa ser desmistificada é a de que somente após um extenuante processo penal, marcado por inúmeras audiências e recursos é que se alcançará uma condenação legítima, com o regular cumprimento da sanção penal.

Ao contrário, processos longos e fatigantes não significam a única forma de exercício da ampla defesa. Por sua vez, procedimentos mais curtos, em geral, aqueles firmados no consenso, não implicam julgamentos necessariamente apressados, com atropelamento de direitos. Aliás, neste tocante, é bom frisar que o ato do arguido firmar um acordo, no processo penal, não é diferente da sua capacidade de praticar qualquer outro ato judicial no bojo do processo. Afinal, o ato de celebrar um acordo se trata de uma decisão refletida, voluntária, consciente, após ponderar prós e contras da proposta, devidamente assistida por defesa técnica, com base na sua autodeterminação e no exercício do seu direito à ampla defesa.

Nesse contexto, pode-se afirmar é que a justiça penal negociada não surgiu como meio de ignorar normas e direitos processuais penais em prejuízo dos acusados, mas sim como forma de beneficiá-los com um julgamento célere, abrandando a severidade da lei.

Nessa linha, irreparável é a lição de Figueiredo Dias no sentido de que os direitos dos acusados que devem ser imperiosamente observados no âmbito do processo penal, ainda que alonguem em demasia o trâmite processual, entretanto, existem fases processuais que podem ser eliminadas sem que signifique restrição ou inobservância dos direitos dos acusados.²²

Outra tese que precisa ser desmitificada é aquela que vê a Justiça Negociada como uma espécie de Justiça mercantilizada. Isto é, vê no acordo judicial, uma espécie de comércio no âmbito do Judiciário, onde vige a permuta de direitos, como objeto principal do balcão de negócios, seguindo a lei de quem ganha é quem melhor barganha, onde os valores como verdade e justiça ficam, quando muito, em segundo plano²³.

Cabe esclarecer que os acordos penais são instrumentos judiciais onde todos os operadores do direito envolvidos estão imbuídos do ideal de cooperação com a Justiça e da busca da paz social, esta, como a última *ratio* do direito²⁴. Assim, todos analisam fatos e chegam a um resultado,

²² DIAS, Jorge de Figueiredo - **Para uma reforma global no processo penal português: da sua necessidade e de algumas orientações fundamentais**, In: CORREIA, Eduardo *et al.* **Para uma nova justiça penal: ciclo de conferências no Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados**, p.224.

²³ SÁNCHEZ, Jesus-Maria Silva - **A expansão do Direito Penal**, p.90.

²⁴ *Ultima ratio* do direito (do *latim ultimus*: último; *ratio*: recurso) é um princípio jurídico comumente aceito nos países de tradição jurídica de *civil law*, que busca estabelecer limites ao legislador em matéria penal. Apesar de sua ampla aceitação, o princípio de *ultima ratio* é criticado por seu conteúdo incerto e ausência de força vinculante. Conforme a tradição jurídica de *civil law*, o direito penal é a *ultima ratio* do legislador, de modo que este deveria esgotar todas as opções (jurídicas e não jurídicas) antes de recorrer à lei penal para resolver o conflito.

com base em uma compreensão comum pautada na técnica, visando a celeridade processual. Não há que se falar, portanto, em abandono de justiça, mas sim numa nova forma de resolução de conflitos, seguindo o sistema de justiça multiportas²⁵.

A quarta tese que não merece prosperar é aquela que afirma que a Justiça Penal Negociada afronta especialmente quatro direitos fundamentais: Direito a um julgamento (*right to trial*), Direito ao silêncio (*right to remain silent*), Direito de presunção de inocência (*presumption of innocence*) e o Direito ao tratamento igualitário (*right to equal treatment*)²⁶.

Não é verdadeira a premissa de que o acusado se encontra em posição de desvantagem e que se vê acuado a aceitar o acordo proposto. Ao contrário, como se verificará adiante, a capacidade do arguido em concordar e querer acordar, tudo acompanhado por defesa técnica é corolário de sua autodeterminação, isto é, da sua capacidade de decidir livremente o que é melhor para si. Com efeito, a disposição de direitos fundamentais é absolutamente compatível com o respeito à autonomia da vontade do acusado em poder decidir o que melhor lhe aprouver.

Há autores que entendem que os direitos fundamentais são irrenunciáveis²⁷, outros entendem que, na hipótese, há apenas o não exercício dos mesmos²⁸.

Realizando um paralelo entra a renúncia e o não exercício, temos que renúncia seria definitiva ou por tempo determinado, logo, tal direito não poderia ser exercido na situação em referência, bem como nos demais casos da vida do acusado. Ao passo que o não exercício de um direito é, indelevelmente, temporário e pontual.

WIKIPEDIA. *Ultima ratio*. [Em linha]. [Consult. 30 mai. 2022]. Disponível na internet: <[https://pt.wikipedia.org/wiki/Ultima_ratio_\(princ%C3%ADpio\)](https://pt.wikipedia.org/wiki/Ultima_ratio_(princ%C3%ADpio))>.

²⁵ A expressão multiportas decorre de uma metáfora: seria como se houvesse, no átrio do fórum, várias portas; a depender do problema apresentado, as partes seriam encaminhadas para a porta da mediação, ou da conciliação, ou da arbitragem, ou da própria justiça estatal. (...). “O Judiciário deixa de ser um lugar de *julgamento* apenas para ser um local de resolução de disputas. Trata-se de uma importante mudança paradigmática. Não basta que o caso seja julgado; é preciso que seja conferida uma *solução* adequada que faça com que as partes saiam *satisfeitas* com o resultado”. (CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**, p.637).

²⁶ BRANDALISE, Rodrigo da Silva - **Justiça Penal Negociada: negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes**, p.43.

²⁷ PINTO, Mário - **Os direitos humanos são invioláveis e irrenunciáveis; ou não são humanos**. [Em linha]. (2020-02-18). [Consult.01 jun 2022]. Disponível na internet: <<https://observador.pt/opiniao/os-direitos-humanos-sao-inviolaveis-e-irrenunciaveis-ou-nao-sao-humanos/>>.

²⁸ NOVAIS, Jorge Reis - **Direitos Fundamentais: trunfos contra a maioria**. Coimbra:2006, p.215.

A propósito, o não exercício de um direito fundamental encontra amparo tanto na doutrina portuguesa^{29 30 31}, como na brasileira³², inclusive já formou jurisprudência nos dois países³³. Desta forma, desde que o não exercício do direito fundamental em questão seja imprescindível e compatível para se alcançar o que almeja e que, ainda assim, estejam garantidos direitos outros que assegurem aos acusados em geral, um processo justo, não há porque prevalecer teses que entendam os acordos penais como inconstitucionais, até porque, o poder de dispor do exercício de determinado direito está embasado no princípio da dignidade da pessoa humana que privilegia a autonomia e a autodeterminação do ser humano^{34 35}.

1.4. Diversão

A premissa que embasa e impulsiona a instalação da sentença penal negociada nos mais diversos ordenamentos jurídicos penais pelo mundo é o crescimento do recente fenômeno da desjuridicização ou diversão.

Este fenômeno se traduz em uma opção de política criminal que visa a resolução de conflitos criminais diversamente daquelas ordinariamente adotadas no processo criminal, privilegiando a solução dos conflitos pela forma consensual à imposição de acusações e declaração de culpa. Aliás, é nesse sentido a Recomendação R(87) 18, do Conselho de Ministros da Europa³⁶.

²⁹ *Idem* – **Op. Cit.** p.270. Para o autor, é possível, a partir da análise dos art.18.º, n.º2; 266.º, n.º2; e 272.º, n.º2, da Constituição da República Portuguesa, o não exercício de determinado direito com base proporcionalidade do sistema constitucional português, desde que a natureza do bem tutelado e as circunstâncias específicas do caso concreto encontrem equilíbrio entre as razões e os interesses conflitados.

³⁰ Também nesse sentido: TORRÃO, Fernando - **A relevância político-criminal da suspensão provisória do processo**, p.75.

³¹ Seguindo o mesmo entendimento: MAC CRORIE, Benedita Ferreira - **Os limites da renúncia a direitos fundamentais nas relações entre particulares**, p.12.

³² SILVA. José Afonso da - **Curso de Direito Constitucional Positivo**, p.181; NOVELINO. Marcelo - **Direito Constitucional**, p.226.

³³ O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos entende que a admissibilidade do não exercício dos direitos consagrados na Convenção Europeia necessita ser absolutamente necessária e não pode contrariar interesses públicos. Além disto, exige o asseguramento de garantias mínimas proporcionais à importância da desistência. EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS - **Case Bell v. United Kingdom**. [Em linha]. Fourth Section. (application 41534/98), documento não paginado. (2005-11-15). [Consult. 23 mai. 2022]. Disponível na internet: <https://www.stradalex.com/en/sl_src_publ_jur_int/document/echr_41534-98_001-71664>.

³⁴ WEIGEND, Thomas; GHANAYIM, Khalid - Human dignity in criminal procedure: a comparative overview of Israeli and German law. **Israel Law Review**, p.199-228.

³⁵ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS - **Case Litwin v. Germany**. [Em linha]. Fifth Section. (application 29090/06), documento não paginado. (2012-02-03). [Consult. 23 mai. 2022]. Disponível na internet: <https://www.menschenrechte.at/orig/11_6/Litwin.pdf>.

³⁶ A Recomendação n.º R(87) do Comité de Ministros do Conselho da Europa sobre o apoio à vítima e a prevenção da vitimação, de 17 de Setembro de 1987, recomenda aos Governos dos Estados-Membros que incentivem experiências de mediação, a nível nacional ou local, entre o ofensor e a vítima, e avaliem os seus resultados, com especial referência à medida em que são defendidos os interesses da vítima. COMITÉ DE MINISTROS DO CONSELHO DA EUROPA - **Recomendação n.º R(87)**. [Em linha]. (1987-09-17). [Consult. 14 jun. 2022]. Disponível na internet: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2002:242:0020:0023:PT:PDF_01/06/22>.

A diversão ou desjuridicização segue a linha do modelo verde^{37 38} de justiça, o qual se pauta na expansão do interesse social de maior participação na vida pública, através da descentralização e na corresponsabilidade.

Portanto, a “desjuridicização”³⁹ ou diversão, é um modelo de política criminal que visa pacificar os conflitos decorrentes da criminalidade de massa, ao procurar, antes de qualquer declaração de culpa, atender os interesses da sociedade e da vítima que tiveram seus direitos violados pelo delito. Assim, a diversão é uma forma de resolução de conflitos processuais penais em que há a retirada de acusações a serem cumpridas pelo acusado.⁴⁰

1.4.1. Tipos de Diversão

A diversão pode ser classificada como **diversão simples** no caso de não ser aplicado ao acusado qualquer tipo de condição ou penalidade, em razão da desnecessidade do caso concreto, mesmo quando definidas a autoria e a materialidade do delito, como se observa do §153 StPO e do art.280.º do Código de Processo Penal Português. Também pode ser classificada como **diversão encoberta**, na qual ocorre a extinção da punibilidade face à realização de alguma atividade por parte do autor do delito, que impede a acusação de prosseguir, tal quando o acusado efetua o pagamento de indenização à vítima, nos casos em que há previsão nesse sentido.

Há, ainda, a **diversão com intervenção** que ocorre quando o acusado cumpre as condições impostas pela legislação, consoante se verifica do §153 StPO, do art.281.º do Código de Processo Penal Português e dos institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo previstas no ordenamento jurídico brasileiro.

Há, também, a diversão com repreensão num processo de mediação. Esta, com um árbitro para encontrar a solução por meio da conciliação, denominada de **diversão com repreensão num processo de mediação**.⁴¹

³⁷ BRANDALISE, Rodrigo da Silva - **Justiça Penal Negociada: negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes**, pg.25.

³⁸ “Segundo Faria Costa, existem outros dois modelos, quais sejam: modelo azul e modelo vermelho. O modelo azul é guiado pela liberdade e igualdade formal, que seriam garantidas pela atuação judicial, com forte influência burguesa. Já o modelo vermelho, que se originou da relação bipolar entre o Estado e o delinquente, baseada na prevenção geral, no tratamento e na ressocialização, em foi decorrência de lutas sociais iniciadas no século XIX”. COSTA, José de Farias - **Diversão (desjudiciarização) e mediação: que rumos?**, p.14.

³⁹ DIAS, Augusto Silva - **Modernas tendências da política criminal em matéria de desjuridicização e de descarceirização: a experiência portuguesa**. Cabinda Universitária, Cabinda, n.3-4, jun.ago.2008, p.41.

⁴⁰ COMITÉ DE MINISTROS DO CONSELHO DA EUROPA - **Recomendação n.º R(87)**. [Em linha]. (1987-09-17). [Consult.14 jun. 2022]. Disponível na internet: <<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2002:242:0020:0023:PT:PDF 01/06/22>>.

⁴¹ COSTA, José de Farias - **Diversão (desjudiciarização) e mediação: que rumos?**, p.421-432, 2001.

1.5. A Celeridade e o Prazo Razoável do Processo

Não é novidade que a duração excessiva do processo afeta interesses de todos, isto é, tanto do acusado, como do Estado, da sociedade e da vítima. Assim, a duração razoável do processo é indispensável tanto para satisfazer a sociedade, que espera por uma resposta estatal sem demora e adequada ao fato delituoso ocorrido, como para o acusado que pretende ver-se julgado com seus direitos fundamentais devidamente respeitados.

A duração razoável do processo deve ser analisada sob três óticas. Primeiramente, sob a ótica do acusado, preso ou solto, que não pode ficar à mercê do Estado, mormente quando está com algum de seus direitos restringidos, como por exemplo a liberdade cerceada ou com o direito de propriedade afetado, quando algum bem está apreendido, etc. ou, mesmo quando não lhe foi imposta qualquer restrição, mas pelo simples fato de perdurar no tempo a estigmatização causada pela mera condição de acusado.

Por segundo, sob a ótica da sociedade que não pode ficar à espera ilimitada da resposta estatal, na ânsia por Justiça, geradora de insatisfação pública quanto à efetividade e funcionamento do sistema penal.

Em terceiro, sob a ótica do Estado, porquanto a duração irrazoável do processo, desmotiva os atores da Justiça que se veem frustrados por não dar vazão a carga de trabalho a que são submetidos, pela pecha de uma Justiça desacreditada que carregam, decorrente da percepção negativa da prestação jurisdicional, de uma Justiça cara e falha, como se fossem desidiosos, além de prejudicar a qualidade da prova, seja ela pericial ou testemunhal, que se perde no tempo, seja com o desaparecimento dos vestígios, ou com a morte, desaparecimento ou esquecimento das testemunhas, etc.

Sob a ótica do acusado, temos que a duração excessiva do processo atinge enormemente a presunção de inocência, visto que o processo que tarda, indelevelmente, atinge não apenas seus direitos à liberdade, propriedade, mas também atinge enormemente a sua paz.

A duração razoável do processo encontra-se prevista como garantia fundamental na maioria dos ordenamentos jurídicos. A Constituição Americana dos Direitos Humanos estabelece no seu art.8º, n.º1, que todos os indivíduos têm direito a serem ouvidos e julgados em prazo razoável, o que também vem consagrado em textos constitucionais de diversos países, inclusive de

Portugal e Brasil. Em Portugal, esta proteção encontra-se inserta no art.20.º, n.4.º, da CRP.⁴²No Brasil, a Constituição Federal Brasileira prevê no art.5.º, LXVIII⁴³.

A sexta emenda à Constituição dos Estados Unidos estabelece que a persecução penal seja rápida e em julgamentos públicos⁴⁴. No mesmo sentido, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem⁴⁵ assevera que o julgamento em prazo razoável decorre das normas de acesso aos tribunais, nos termos do art.6.º, n.º1.

No ordenamento jurídico brasileiro, a duração razoável do processo é corolário dos direitos ao devido processo legal e de acesso à Justiça, além de decorrer do princípio da eficiência imposto à Administração Pública como um todo.

Compartilhando do mesmo entendimento, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos recebe recursos, mesmo sem o esgotamento das instâncias locais, isto se deve para possibilitar a reclamação contra demora injustificada⁴⁶.

A propósito, a jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos analisa a questão da duração do processo a partir de quatro pilares apenas, que são: a complexidade do litígio; a conduta pessoal da parte lesada; a conduta das autoridades envolvidas no processo e o interesse em jogo para o demandante da indenização⁴⁷.

Assim, resta excluída da análise eventual sobrecarga de trabalho do juízo, vez que o entendimento reinante é no sentido de que o Estado deve dotar os Tribunais de recursos suficientes para bem realizar sua atividade. Da mesma forma, estão fora da análise questões de ordem subjetiva como por exemplo o grau de culpabilidade do acusado.

⁴² CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA. **Assembleia da República**. [Em linha]. (1976-04-02). [Consult. 22 jun. 2022]. Disponível na internet: < <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx> >.

⁴³ CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. **Planalto**. [Em linha]. (1988-10-05). [Consult. 10 jul. 2019]. Disponível na internet: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >.

⁴⁴ SEXTA EMENDA – **Constituição dos Estados Unidos**. [Em linha]. 1791. [Consult. 12 dez. 2019]. Disponível na internet: < <https://usconstitution.net/const.pdf> >.

⁴⁵ CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM - **Parlamento Europeu**. [Em linha]. (1950-11-04). [Consult. 2 jun. 2022]. Disponível na internet: < https://psdparlamentoeuropeu.pt/old_cc/dossiers/tratadolisboa/d_h.pdf >.

⁴⁶ MOREIRA, Rômulo de Andrade - **A Corte Europeia de Direitos Humanos fixou um prazo de dois anos para a Polónia indenizar aqueles que foram vítimas de lentidão judicial**. [Em linha]. (2015-07-16). [Consult. 2 jun. 2022]. Disponível na internet: < <https://jus.com.br/artigos/40893/a-corte-europeia-de-direitos-humanos-e-o-excesso-prazo> >.

⁴⁷ KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino - A jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos como paradigma para a concretização do conceito de razoável duração do processo. **Revista da Ajufe**. [Em linha]. [Consult. 2 jun. 2022]. Disponível na internet: < <http://ajufe.org.br/images/bkp/ajufe/arquivos/downloads/federico-augusto-leopoldino-koehler-a-jurisprudencia-da-corte-europeia-de-direitos-humanos-como-paradigma-para-a-concretizacao-do-conceito-de-razovel-durao-do-processo-410151512.pdf> >, p.13.

Nesta toada, verificamos que cabe ao Estado dois tipos de sistema de justiça e porque não dizer, dois tipos de política criminal. O primeiro que insiste em manter um processo penal formal, longo e burocrático, que enseja a aplicação de cada vez mais recursos financeiros ao Judiciário que não é capaz de dar vazão à demanda que lhe é imposta. E outro, de passar a adotar como regra, um processo penal com a participação concreta de todos os atores do sistema de Justiça engajados na resolução de conflito de forma pacífica, célere e com a aplicação da sanção adequada à espécie.

Não é demais dizer que a noção de utilidade e qualidade das decisões judiciais andam de mãos dadas e ambas estão relacionadas ao momento de sua publicação. A qualidade é verificada a partir da certeza de sua aplicação, garantindo a segurança jurídica almejada pelas partes relacionadas. Já a utilidade consiste na certeza de que sua aplicação ocorrerá no tempo esperado, haja vista que a ideia de processo justo coincide com a ideia de processo finalizado em tempo razoável. Nesse sentido, Rui Barbosa já alertava que “A Justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta”⁴⁸.

É necessário, outrossim, identificar algumas circunstâncias que interferem na aferição da duração razoável do processo. Neste ponto, destaca-se o comportamento das partes, que não raras vezes, com atuações duvidosas, pra não dizer antiéticas, provocam dilações desnecessárias que impedem a resolução do processo.

A propósito, os prazos processuais pouco interferem na marcha processual. A título de exemplo, o Brasil possui prazos mais exíguos do que os previstos na Alemanha, no entanto, a duração dos processos na Alemanha ocorre de forma menos alargada do que no Brasil, isto acontece, especialmente por conta das várias formas de finalização e abreviação do processo, o que diminui consideravelmente o volume ofertado ao Poder Judiciário e ao Ministério Público.⁴⁹

De fato, os acordos judiciais agilizam e encurtam trâmite processual, além de oferecerem à vítima e à sociedade a resposta almejada, inclusive, com maior probabilidade de alcançar a reparação do dano sofrido.⁵⁰

Em nota oposta:

consta no *The National District Attorneys Association Prosecution Standards* que o *plea bargaining* é realizado para o melhor interesse do

⁴⁸ BARBOSA, Rui – **Frases Famosas**. [Em linha]. [Consult.2 jun. 2022]. Disponível na internet: < <https://www.frasesfamosas.com.br/frases-de/ruy-barbosa/>>.

⁴⁹ MADLENER, Kurt - **Meios e métodos para alcançar-se no processo penal as metas de prazo razoável e de celeridade: observações a respeito da justiça alemã**. In: MONTE, Mário Ferreira (Org.). **Que futuro para o Direito Processual Penal?**: simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias. Coimbra. 2009, p.66.

⁵⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo - **Acordos sobre a sentença em processo penal: o “fim” do Estado de direito ou um novo “princípio”**, p.32.

Estado, da defesa e da administração da justiça, pois equaciona as questões relativas à acusação, a proporção do crime e a responsabilidade e que nunca deve ser utilizada como forma de administração do excesso de serviço⁵¹.

1.6. A autonomia do acusado sob a perspectiva da autonomia da vontade

No processo penal, muitos são os motivos que podem levar o arguido a desejar a antecipação da sentença penal em relação ao delito que foi acusado. Seja para adquirir uma punição mais abrandada, seja para evitar custos processuais, seja para diminuir o *streptus judicis*, isto é, garantir a preservação da imagem pessoal face à exposição midiática que determinados processos causam, entre outras.

Ainda que alguns acusados de um modo geral não atentem para a desvantagem trazida pelo *streptus judicis*, o fato é que quanto mais o processo perdura, mais estará abalada a presunção de inocência, em igual proporção, mormente quando deferidas medidas cautelares em desfavor do acusado, tal como a prisão preventiva.

Uma das formas de minimizar as consequências maléficas causadas pela duração exacerbada do processo penal é a de *sponte própria* optar por uma das formas de resolução de conflito de forma consensual, com supedâneo na autonomia da vontade.

A autonomia da vontade deriva do princípio da liberdade e neste está inserido o direito ao autorregramento, pelo qual o sujeito pode livremente regular juridicamente os seus interesses para decidir o que entender como o melhor caminho a seguir.

Aliás, a oportunidade de fazer escolhas, segundo os seus próprios interesses é um dos pilares do princípio da dignidade da pessoa humana⁵².

Sob o aspecto da autonomia da vontade é imperioso destacar que a capacidade do acusado em proferir seu assentimento à proposta de acordo ofertada pelo Ministério Público, desde que devidamente acompanhado de sua defesa técnica, em nada difere da sua capacidade legal de praticar qualquer outro ato processual.

Os acordos penais nada mais decorrem do que acusação e defesa optam, isto é, nada mais são do que resultado de vontades em comum.

⁵¹ DOUGLAS, John Jay - **Ethical issues in prosecution**. Houston: National College of District Attorneys, 1988, p.267.

⁵² DIDIER Jr, Fredie - **Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil**. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios processuais*, p.32.

A disposição de direitos fundamentais encontra respaldo sob a ótica do respeito à autonomia da vontade do acusado. Neste ponto, merece destacar a diferença entre renúncia e não exercício de determinado direito.

Na renúncia, há a deliberação de não invocar direito fundamental por tempo determinado, ao passo que no não exercício, o direito em si é satisfeito pela sua não utilização, de acordo com a esfera de liberdade do seu titular. Além disto, na renúncia, a decisão de não invocar determinado direito, vincula a parte adversa, enquanto que no não exercício, não há qualquer vinculação da decisão à parte contrária.

As restrições aos direitos fundamentais são justificadas quando forem necessárias ao alcance do fim almejado. Ensina Fernandes que as restrições devem adequar-se, primeiramente, de forma qualitativa, isto é, a medida deve ser razoavelmente hábil a atingir o desiderato. Por segundo, a adequação deve ser quantitativa, isto é, a intensidade deve estar em harmonia com a finalidade a ser alcançada. Por terceiro, a adequação deve ser subjetiva, isto é, dirigida a uma pessoa em condições de exigi-la. Por fim, deve ser necessária, ou seja, deve se apresentar como o caminho mais condizente, dentre as alternativas possíveis, para lograr alcançar o objetivo pretendido, de forma menos danosa ao acusado⁵³.

Neste tocante, nos EUA é comum a renúncia de direitos fundamentais de cunho processual, desde que realizado de maneira voluntária e que o assentimento seja revestido da ampla compreensão daquilo que se adere, porquanto não mais será possível o exercício dos direitos renunciados e de seus corolários, como por exemplo o direito de confrontar testemunhas e examinar provas.⁵⁴

Nos acordos penais, como já dito, estamos diante de evidente situação de não exercício de direito, que ocorre de forma temporária e pontual, com o desiderato de obter uma vantagem que não seria alcançada por meio do julgamento ordinário. Assim, o não exercício de um direito

⁵³ FERNANDES, Antônio Scarance - **Processo Penal Constitucional**. 7ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p.62.

⁵⁴ “Qualquer acusado pode renunciar direitos fundamentais processuais, desde que o faça de maneira voluntária e com a compreensão de que tal situação está a acontecer, especialmente porque não mais serão exercidos direitos de julgamento pelo Tribunal, de confrontar e examinar as testemunhas, de manter o direito contra a autoincriminação e de recorrer da decisão lançada” (COURT OF APPEAL FOR THE THIRD CIRCUIT - **United States of America v. Craig A. Grimes**. [Em linha]. n. 12-4523, p. 1-13. (2013-11-13). Disponível na internet: <https://digitalcommons.law.villanova.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1014&context=thirdcircuit_2014>.

fundamental encontra amparo, desde que esteja em consonância com os interesses daquilo que se aderiu^{55 56 57}.

Dessa forma, o não exercício de determinados direitos deve ter consequência jurídica mais vantajosa do que seu pleno exercício, além de estar pautado pelo princípio da dignidade da pessoa humana em sua visão autônoma, que se satisfaz com a chancela do juízo ao verificar a legalidade e a inteligibilidade das cláusulas firmadas por parte do acusado.

Seguindo este caminho, Thomas Weigend e Khalid Ghanayin afirmam que “a Corte Constitucional Alemã ensina que a dignidade da pessoa humana está em considerar que o acusado deve ser visto como sujeito de direitos e não como mero objeto processual e, como tal, deve prevalecer sua autodeterminação e ser visto com igualdade em relação aos demais membros da sociedade”⁵⁸.

Conclui-se, portanto, que o não exercício de determinado direito encontra fundamento no direito à autodeterminação que nada mais é do que a expressão prática do direito fundamental à liberdade em sua acepção ampla.

Vale lembrar que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos vai além e aceita a hipótese de renúncia a direito fundamental, no lugar do seu mero não exercício, desde que a renúncia implique em uma maior vantagem ou benefício ao titular do direito renunciado⁵⁹.

Na seara da autonomia da vontade, devemos deixar claro que é o acusado quem tem o poder de decidir se haverá ou não o acordo. Se é certo que nunca haverá acordo forçado, caso o mesmo não ache o acordo vantajoso, sempre estará a sua disposição o julgamento pelo procedimento ordinário. Em sentido contrário, ninguém será submetido a um julgamento pelas vias ordinárias, quando existir a possibilidade de realizar seu julgamento por um procedimento que lhe seja mais vantajoso.

⁵⁵ Seguindo este entendimento, “o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, para quem a admissibilidade do não exercício dos direitos consagrados na Convenção Europeia não pode contrariar interesses públicos, necessita ser inequívoca e requer garantias mínimas proporcionais à importância da desistência” (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS - **Case Bell v. United Kingdom**. [Em linha]. Fourth Section. (application 41534/98), documento não paginado. (2005-11-15). [Consult. 23 mai. 2022]. Disponível na internet: <https://www.stradalex.com/en/sl_src_publ_jur_int/document/echr_41534-98_001-71664>.

⁵⁶ Como exemplo, pode-se citar o benefício da redução de pena que decorre da confissão da prática delitiva e/ou a apresentação de consideráveis elementos de cooperação com a atividade policial ou com a persecução penal (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS - **Case Litwin v. Germany**. [Em linha]. Fifth Section. (application 29090/06), documento não paginado). (2012-02-03). [Consult. 23 mai. 2022]. Disponível na internet: <https://www.menschenrechte.at/orig/11_6/Litwin.pdf>.

⁵⁷ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria**, p.221.

⁵⁸ WEIGEND, Thomas; GHANAYIM, Khalid - Human dignity in criminal procedure: a comparative overview of Israeli and German law. **Israel Law Review**, p.200-201.

⁵⁹ MENÉNDEZ, Ignacio Villaverde. **La renuncia de los derechos fundamentales**. In: FRUMER, Philippe; MENÉNDEZ, Ignacio Villaverde. **La renunciabilidad de los derechos fundamentales y las libertades públicas**. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, p.112.

É bom que se diga que a validade da aceitação do acordo, ocorre após a verificação, pelo juízo, da inteligibilidade das cláusulas por parte do acusado. Frise-se que a inteligibilidade vai muito além da mera verificação da compreensão e interpretação por parte do acusado, das cláusulas, do teor e consequência do acordo. Outrossim, caberá ao Magistrado verificar se o arguido se encontra com “domínio racional do seu poder de escolha”⁶⁰.

Importante deixar claro que o acordo é sempre uma opção, visto que, caso não opte pelo acordo, sempre haverá o direito ao julgamento. A consequência disto é que o acusado nunca estará atrelado à vontade do órgão acusador, visto que se não desejar o acordo proposto ou não chegarem a um consenso, sempre restará alternativa do julgamento.

O princípio da dignidade da pessoa humana é a força motriz para assegurar a plausibilidade e constitucionalidade do instituto da justiça penal negociada tanto no Direito Brasileiro como no Direito Português.

1.7. A confissão e sua repercussão no Processo Penal Português e Brasileiro

Em breves palavras, a confissão pode ser conceituada como a admissão pelo acusado de que é verdadeira a prática da infração penal que lhe é imputada e a mesma pode ser realizada perante a autoridade policial, perante o magistrado ou perante o membro do Ministério Público.

A confissão possui natureza jurídica híbrida, pois é, ao mesmo tempo, meio de prova, visto que é, por regra, um dos meios disponíveis que o magistrado possui para chegar à verdade dos fatos e é, também, por excelência, meio de defesa, vez que o acusado pode se utilizar da confissão para alcançar benefícios processuais.

1.7.1. Características, efeitos e valor probatório conferido à confissão na Sentença Penal Negociada

Dentre as inúmeras características da confissão, merece destaque, primeiramente, o fato da mesma ser um ato personalíssimo do acusado, porquanto somente o acusado pode fazê-lo. Estando completamente vedada a outorga de poderes para que terceiros possa confessar em seu lugar.

A segunda característica da confissão é o fato de ser retratável, isto é, permite-se que o acusado, após confessar o fato delituoso, possa retirar o que foi falado.

⁶⁰ BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Justiça Penal Negociada: negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes**, p.48.

A terceira característica é no sentido da confissão ser ato divisível, ou seja, o acusado pode confessar apenas parte dos fatos que lhe são imputados. Isto quer dizer que o acusado pode confessar integralmente e sem reservas, ou parcial ou com reservas, consoante se verifica dos ordenamentos jurídicos português e brasileiro⁶¹.

Como já dito alhures, hoje, a confissão somente é válida se for um ato livre e espontâneo. Isto significa que não pode ocorrer qualquer meio de coação ou de constrangimento físico, moral ou psicológico para que o acusado confesse a prática do fato delituoso.

No Brasil constitui o crime de tortura constranger alguém com o emprego de violência ou grave ameaça com o fim de obter a confissão⁶². Da mesma forma, em Portugal é igualmente crime obter confissão mediante tortura, nos termos do art.º243, 1, a, do CPportuguês e as provas obtidas por força do artigo 126.º, do CPPportuguês e artigo 32.º, n.º8 da CRP. Aliás, é absolutamente inadmissível a obtenção de qualquer prova através da ofensa à integridade pessoal de alguém, além de ser considerada abusiva a intromissão fora dos casos previstos em lei⁶³ ou sem autorização e/ou ordem judicial, a intromissão desnecessária ou desproporcionada e a intromissão que aniquile os próprios direitos protegidos^{64 65}.

No que tange ao valor probatório da confissão, vale empreender uma viagem pelo passado, verificar a evolução diacrônica da valoração da confissão como prova. Na baixa Idade Média ocidental a confissão era consagrada como prova máxima e, por esta razão, tornou-se o principal objetivo a ser perseguido no processo, o que levou a utilização da tortura, como recurso para sua obtenção⁶⁶.

Atualmente, o valor probatório da confissão se altera de acordo com o tipo de sistema adotado por cada ordenamento jurídico. Assim, se no sistema de prova tarifada, a confissão era tida como a rainha das provas, no sistema atualmente adotado no Brasil, o sistema da persuasão penal, também conhecido como o sistema do livre conhecimento motivado, inserto nos termos do art.93.º, IX, da Constituição Brasileira e do art.155.º, *caput*, do CPPbrasileiro, a confissão tem o mesmo valor probatório das demais provas.

Em Portugal, conforme expressa disposição legal⁶⁷, a confissão é realizada perante o magistrado, que deverá averiguar as circunstâncias volitivas do acusado que pretende confessar.

⁶¹ Art.º344, do CPPportuguês e art.º200, do CPPbrasileiro.

⁶² Lei n.º9.455/97, art 1.º, I.

⁶³ N.º 2, 3 e 4 do art.34.º, da CRP.

⁶⁴ N.º 2 e 3, do art.18.º, da CRP.

⁶⁵ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes - **Teoria Geral do Direito Policial**, p.449.

⁶⁶ MESQUITA, Paulo Dá - **A Prova do Crime e o que se disse antes do Julgamento**, p.36.

⁶⁷ Art.344.º, CPportuguês.

Além disto, a lei exige que a confissão seja integral e sem reservas para atender ao desiderato principal pretendido pelo arguido, a atenuação da pena.

Por integral entende-se aquela que abrange todos os fatos criminosos que estão sendo imputados ao acusado. E por sem reservas entende-se aquela em não haja alegações que modifiquem o resultado final da imputação, como, por exemplo, as excludentes de ilicitude, como a legítima defesa. Por outro lado, sendo ela com reservas, caberá ao Tribunal analisar e dar o valor que entender adequado, podendo, inclusive, desconsiderá-la e decidir por prosseguir com o julgamento.

Importante destacar que não haverá renúncia à fase de produção de provas, assim como a redução da taxa de justiça, quando não houver a confissão integral, sem reservas e coerente entre todos os arguidos, nos casos de concurso de agentes ou, ainda, quando o Tribunal não se convencer da liberdade da confissão, da plena capacidade de discernimento do arguido ou da veracidade dos fatos confessados, ou quando o fato criminoso for punível com prisão acima de 5 anos⁶⁸.

Diferentemente do que ocorre no Brasil, e de forma acertada, em Portugal, a confissão somente é aceita quando apresentada nas declarações iniciais em audiência, vez que, se feitas em momento posterior, podem não ser úteis, ao não proporcionarem qualquer economia processual e, via de consequência, não promoverem nenhum interesse processual.

Importante destacar, que a confissão em Portugal representa a chancela da veracidade dos fatos imputados, bem como implica na renúncia à produção de provas defensivas, contudo, não há empecilho para que o Tribunal determine a produção probatória acerca dos fatos confessados, sejam integrais, com reservas ou não, para firmar sua livre convicção⁶⁹.

Isso mostra que a confissão em Portugal tem um peso superior àquele conferido à confissão no ordenamento jurídico brasileiro, vez que no Brasil, o teor da confissão precisa se coadunar com os demais elementos de prova para embasar a condenação, consoante se verifica do art.197.º, do Código de Processo Penal Brasileiro⁷⁰.

No Brasil, a confissão não tem o condão de eliminar fases processuais, sendo necessário prosseguir com o feito para, ao final, na prolação da sentença, o juiz analisar a confissão e, se for o caso, atenuar a pena.

⁶⁸ Art.º344, n.º3, a, b, c, CPportuguês.

⁶⁹ Art.º344, n.º4, CPportuguês.

⁷⁰ Art.º197, do CPPbrasileiro – “O valor da confissão se aferirá pelos critérios adotados para os outros elementos de prova, e para a sua apreciação o juiz deverá confrontá-la com as demais provas do processo, verificando se entre elas existe compatibilidade e concordância”.

Entretanto, há no Brasil, o novel instituto, por regra, pré-processual, chamado de Acordo de Não Persecução Penal, pelo qual, antes do oferecimento da denúncia, logo, antes da deflagração da ação penal, se o acusado confessar voluntariamente o delito perante o órgão do Ministério Público, desde que devidamente assistido por uma defesa técnica e se comprometer, além de cumprir adequadamente a prestação de serviço à comunidade ou prestação pecuniária que lhe foi ofertada e aceita de forma expressa e voluntária, em acordo escrito e homologado pelo juiz, o Ministério Público deixará de propor a ação penal em desfavor do mesmo, não iniciando, portanto, o processo penal⁷¹. Como visto, se trata, por regra, de ato pré-processual⁷² e que não é aplicado para todos os tipos de crime⁷³.

No bojo do processo a confissão não passa de mera atenuante de pena, independentemente de ter sido parcial, integral, retratada ou qualificada⁷⁴, desde que utilizada para a formação do convencimento do julgador, terá o condão de atenuar a pena⁷⁵, exceto para os crimes de tráfico ilícito de substância entorpecente, que não admite a confissão qualificada como atenuante da pena⁷⁶.

1.7.2. Requisitos mínimos da validade da confissão

No bojo do acordo de sentença penal negociada, primeiramente temos que a confissão deve ser formal e circunstanciada quanto à prática do delito, isto é, por formal, devemos entender que ela deve ser expressa e devidamente registrada em áudio e vídeo. Por circunstanciada, entende-se que o arguido deverá confessar integralmente a prática do delito e não apenas limitar-se a confirmar o objeto da investigação. Deve, portanto, ser uma confissão precisa e minimamente

⁷¹ Art. 28.º-A, do CPPbrasileiro.

⁷² As turmas do STJ divergem quanto à possibilidade de ser ofertado o ANPP após o oferecimento da denúncia. A quinta turma entende ser possível a aplicação do ANPP em processos em curso até o recebimento da denúncia. Ao passo que a sexta turma tem aceitado a aplicação para processos em curso até o trânsito em julgado da condenação. O assunto chegou ao STF, através do HC 185.913 e está, até a presente, data pendente de julgamento pelo plenário.

⁷³ Não se aplica o acordo de não persecução penal quando se tratar de crime relacionado à violência doméstica, for cabível a transação penal, o acusado for reincidente ou demonstrar conduta habitual ou se nos cinco anos anteriores realizou outro acordo de não persecução penal, transação ou suspensão condicional do processo, nos termos do Art.28.º-A, parágrafo 2º, do CPPB.

⁷⁴ Verifica-se a confissão qualificada, a qual é apta a configurar a atenuante do art.65, III, alínea d, do CP, quando o agente admite a autoria dos fatos, mas suscita, em seu favor, uma causa de exclusão da ilicitude ou da culpabilidade.

⁷⁵ Nos termos da Súmula 545, STJ – Quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no art.65.º, III, d, do Código Penal. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - **Súmula 545**. [Em linha]. (2015-10-16). [Consult.2 jun. 2022]. Disponível na internet: < <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp> >).

⁷⁶ Nos termos da Súmula 630, STJ – A incidência da atenuante da confissão espontânea no crime de tráfico ilícito de entorpecente exige o reconhecimento da traficância pelo acusado, não bastando a mera admissão da posse ou propriedade para uso próprio. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - **Súmula 630**. [Em linha]. (2019-04-29). [Consult.2 jun. 2022]. Disponível na internet: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>).

detalhada, com uma narrativa coerente, que se coadune com o que foi apurado em sede de investigação, a fim de revelar-se autêntica e fidedigna.

A confissão consciente, detalhada e coerente gera às partes, Ministério Público e defesa técnica, a certeza de que não estão praticando injustiça ao acusado.

Ao Ministério Público, a certeza de que existia justa causa para o oferecimento da denúncia e um importante elemento de informação para corroborar provas produzidas no processo penal, em caso de descumprimento do acordo⁷⁷.

Ao advogado, gera a tranquilidade de estar direcionando o seu cliente para o caminho menos gravoso, com aceitação de uma pena abrandada, colaborando com a justiça.

Por segundo, temos que a confissão deve ser prestada quando o arguido estiver devidamente acompanhado da defesa técnica.

Por óbvio, não se admite nos acordos sobre sentença penal, qualquer confissão ou outro meio de prova alcançados pelos métodos da tortura ou da provocação, até porque são métodos proibidos tanto em Portugal⁷⁸, como no Brasil⁷⁹, por ofensa aos princípios da dignidade da pessoa humana e o princípio do Estado de direito democrático.

Além disto, são imprescindíveis a voluntariedade e a inteligibilidade quanto às cláusulas do acordo por parte do acusado. Para tanto, deve o juiz competente aferir, pessoalmente, em audiência especialmente designada para tal, se as declarações do acusado são, além de verdadeiras, voluntárias, isto é, se foram realizadas de forma livre de coerção, coação ou com base em falsas promessas, salvo, obviamente, àquelas inerentes ao acordo com a acusação.

Ainda na mesma ocasião, deve o juiz se certificar quanto à inteligibilidade, ao averiguar se o acusado compreendeu todos os termos, bem como as consequências dos mesmos para o processo.

Afere-se, indiretamente, a higidez mental do acusado, vez que somente pode confessar aquele que tiver plena capacidade de compreender e querer tudo que foi acordado e seus efeitos no processo.

Questão interessante diz respeito à confissão em situações de comparticipação. O CPPportuguês, consoante art.344.º, exige, nesses casos, seja a confissão coerente e plural. Afirma Tereza Beleza, que a razão desta exigência se consubstancia no fato de que, em situações de comparticipação, o valor de uma confissão há de ser o negativo da decisão criminosa comparticipativa e que tal exigência parte da premissa de que comparticipantes

⁷⁷ Art. 155.º, do CPPbrasileiro.

⁷⁸ Art.126.º, do CPPportuguês e n.º8, do art.32.º da CRP.

⁷⁹ Art.1º, I, a, da Lei 9455/97.

desavindos podem mentir para tentar se eximir da responsabilidade penal. Explica a autora que a comparticipação tem por características fundamentais a extensão da punibilidade à instigação e à cumplicidade⁸⁰, na medida em que a comparticipação é um acordo de vontades dirigidos à prática criminosa e que tudo que ficar de fora ou for além do acordo⁸¹ não fundamentará a existência da comparticipação⁸².

1.8. Breve análise dos Modelos Jurídicos de Negociação de Sentença Criminal

A Justiça Penal Negociada, como regra no processo penal, não é uma novidade em vários ordenamentos jurídicos, em especial, no anglo-saxónico, no alemão e no italiano.

O sistema anglo-saxónico adotou o *Plea bargain*, ainda antes do século XX. Posteriormente, foi a vez da Alemanha adotar a *Absprachen* e a Itália, o *Patteggiamento*, respectivamente.

Portugal e Brasil inovaram seus respectivos ordenamentos jurídicos com algumas formas de negociação da pena no âmbito criminal, mas, em ambos, a justiça penal negociada não é a regra e a sentença penal negociada não foi adotada. Acresce que Portugal tem um regime muito especial, que não pode ser entendido como justiça negociada, mas de consenso e de oportunidade, que se manteve na última reforma legislativa, pela Lei n.º 94/2021, de 21 de dezembro. Mesmo estando previsto no anteprojeto um instituto para implementar uma maior amplitude de negociação – em especial o acordo de sentença –, tal não foi aprovado pela Assembleia da República Portuguesa sob pena de vir a ser pronunciada a sua inconstitucionalidade pelo Tribunal Constitucional.⁸³

1.8.1. Modelo Adversarial Norte Americano

O sistema adversarial americano é o berço da justiça penal negociada. O modelo norte americano está pautado na *common law*. Neste modelo, o Ministério Público é o protagonista da fase investigativa, possuindo elevada discricionariedade, posto que pode decidir quais fatos merecem ser investigados.

⁸⁰ Art.26.º e 27.º, do CPportuguês.

⁸¹ Como, por exemplo, as hipóteses de co-autoria e autoria mediata (art.26.º, do CPportuguês e nas hipóteses de “contágio” entre os comparticipantes de circunstâncias fundamentadoras ou qualificativas da ilicitude (art.28.º, do CPportuguês).

⁸² BELEZA. Tereza Pizarro - Tão amigos que nós éramos: o valor probatório do depoimento de co-arguido no Processo Penal português. **Revista do Ministério Público**. Ano 19.º, Abril-junho 1998, n.º74, p.55.

⁸³ Cf. a exposição de motivos - O Tribunal, o Ministério Público e o arguido, obrigatoriamente assistido por defensor, poderão acordar, após audição do assistente e antes do início da audiência de julgamento, o limite máximo da pena aplicável, bem como o da pena acessória eventualmente aplicável. Este acordo tem como pressuposto a confissão livre, integral e sem reservas dos factos imputados ao arguido. (...) Na falta de acordo, a confissão não pode ser utilizada como prova.» (p. 11) e a Proposta de Lei n.º 90/XIV, em especial a proposta de aditamento do artigo 313.º-A ao CPPportuguês.

Neste modelo, a confissão denominada “*guilty plea*” é uma forma de extinção do processo, assim decidida pelas partes, especialmente pela defesa, de acordo com seus interesses estratégicos. Por pautar-se de acordo com interesses estratégicos, há quem defenda que neste modelo a “verdade acordada” prevaleça sobre a “verdade real”⁸⁴, privilegiando a autonomia das partes. Isto não significa que a busca da verdade é secundária, ao contrário, ela é necessária conforme se verifica da mera leitura das *Rules 102 e 614* previstas na *Federal Rules of Evidence* e da *Rule 2* prevista na *Federal Rules of Criminal Procedure*⁸⁵.

1.8.1.1. O “*plea bargaining*” e o “*nolo contendere*”

O *plea bargaining* não se desenvolveu pela imposição legislativa, mas sim pela necessidade percebida pelos próprios atores processuais, que passaram a resolver as demandas judiciais de forma acordada para acelerar trâmites processuais e atingirem o desiderato comum de maneira mais célere.

O *plea bargaining* possui várias espécies e subespécies de *agreement*⁸⁶, como o acordo *charge bargaining* ou *charge concession* que se subdivide em *crime bargaining* e *count bargaining*; *sentence bargaining* ou *sentence concession* e *fact bargaining*.

A primeira modalidade negocial é o *charge bargaining* ou *charge concession*. Este tipo de acordo decorre de tratativas referentes às imputações constantes da inicial acusatória, isto é, prevê a negociação quanto à acusação em si, sobre a tipificação do delito, o que tem implicação direta na quantidade de pena a ser imposta ao acusado ou, ainda, sobre a imposição de alguma providência, no caso de concurso de crimes. Esta modalidade se subdivide em *charge bargaining* e *count bargaining*. A *charge* consiste na admissão da culpa por delito (*crime* ou *misdemeanor*) menos grave, com o assentimento da acusação. Já o acordo que versa sobre *count* consiste na admissão de culpa por um ou mais delitos originalmente imputados e no afastamento das demais capitulações pela acusação⁸⁷.

Existe também a *sentence bargaining* ou *sentence concession*, que se trata da negociação quanto à sentença a ser aplicada, no tocante à quantidade de pena, tipo de pena a ser aplicada, local de cumprimento da pena, etc.

⁸⁴ LANGER, Máximo – **Dos transplantes jurídicos às traduções jurídicas: a globalização da delação premiada e a tese da americanização no processo penal**. [Em linha]. Universidade da Califórnia, Los Angeles. (2005-04-20). Disponível na internet: < https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=707261 >.

⁸⁵ RULE 2. **Federal Rules of Criminal Procedure**. [Em linha]. 1946. [Consult. 12 jun. 2021]. Disponível na internet: <<https://uscode.house.gov/view.xhtml?path=/prelim@title18/title18a/node35&edition=prelim>>.

⁸⁶ A *Rule 11* prevê os três os tipos penais de *plea agreement*.

⁸⁷ CASTRO, Ana Lara Camargo de - **Plea Bargain: Resolução Penal Pactuada nos Estados Unidos**, p. 86-87.

A mais nova modalidade é o *fact bargaining* cuja negociação versa sobre à vontade quanto à ocorrência de determinados fatos ou versões do delito. Em outras palavras, seria a negociação quanto ao dolo específico, elementos e circunstâncias do tipo penal que sugiram uma causa de aumento e diminuição de pena ou tempo mínimo obrigatório da prisão. Este tipo de acordo encontra alguma resistência em sua aplicação no sistema norte-americano, visto que são concebidos para utilização na fase de sentença e podem sugerir uma certa manipulação nas balizas de cálculo da pena⁸⁸.

Nos EUA, as negociações de sentença criminal giram em torno da declaração de culpa do acusado, chamado de *guilty plea* ou pela declaração de que não haverá contestação da acusação, o que se denomina de *nolo contendere*, o qual não é aceito em todos os Estados. A principal diferença entre elas reside na confissão sobre os fatos e a consequência disto na seara cível, visto que no *guilty plea* há a confissão propriamente dita, ao passo que no *nolo contendere* há apenas a assunção da responsabilidade, sem, contudo, confessá-los.

Nos termos da *Federal Rules of Criminal Procedure Rule 11* são três as alternativas do acusado, ou seja, declarar-se culpado (*guilty*), não declarar-se culpado (*not guilty*) ou, quando cabível e aceito pela Corte, *nolo contendere*. Nesta última hipótese é necessária a análise do interesse público antes da homologação com a aceitação do juízo e das partes, vez que, caso não haja interesse público, deverá ser considerado como ausência de culpa, isto é, *not guilty*.

O sistema americano no âmbito criminal convive com dois modelos de justiça, o *the due process model* e o *the plea bargain model*. O primeiro é fulcrado no sistema adversarial, caracterizado pelo confronto de provas e teses pelas partes, acusação e defesa com o julgamento por um júri ou outro órgão colegiado ou por juiz singular através de uma decisão final que se preocupa em estabelecer a condenação para as condutas consideradas criminosas a partir da apuração dos fatos ora em julgamento.

O segundo, por sua vez, deriva da teoria dos jogos, onde se estuda a escolha do melhor comportamento e estratégia, a partir da análise do custo e benefício de cada opção. Por esse modelo, o acusado recebe uma pena menor do que receberia acaso fosse julgado pelo modelo do *the due process model* e, por outro lado, a acusação perde determinada quantidade de pena, no entanto, ganha com a certeza da condenação, em tempo razoável, com a otimização do tempo e custos da máquina do Poder Judiciário para alcançar seu desiderato, além de concretizar o princípio da eficiência, promover a igualdade das partes em mesa de negociação e impulsionar a reabilitação dos condenados.

⁸⁸ As balizas ou diretrizes de cálculo da pena são as *Federal Sentencing Guidelines*.

A Suprema Corte Americana bem destaca que este modelo não viola qualquer direito fundamental dos acusados, porquanto garante ao mesmo a liberdade para bem decidir quanto à firmação do acordo e, acaso não concorde com os termos do mesmo, sempre lhe será garantido o direito ao julgamento, *full trial*⁸⁹.

Destaca-se, neste modelo, a peculiaridade da existência da *Federal Sentencing Guidelines*, a qual permite a negociação em várias formas. Também merece ser ressaltada a independência conferida ao Ministério Público, onde a Suprema Corte Americana assegurou aos promotores o poder de desempenhar suas funções livre de qualquer interferência dos tribunais em suas tomadas de decisão⁹⁰.

Ao Judiciário caberá, apenas, verificar a eventual existência de vícios na vontade do acusado, identificar a inteligibilidade das cláusulas e consequências do acordo por parte do acusado e seu defensor, bem como ter a certeza de que o mesmo possui a exata noção de que a não utilização de determinados direitos processuais durante a realização do acordo, é, em verdade, a sua melhor estratégia de defesa.

Importante frisar também que, caso o judiciário não homologue o acordo, é possibilitado ao acusado retirar sua concordância em relação aos termos acertados, ocasião em que o processo seguirá o trâmite ordinário, todavia, se tal ocorrer, o acordo não homologado não poderá ser utilizado como prova a fundamentar a decisão do juiz em desfavor ao acusado. Por outro lado, caso não queira retirar sua vontade, o acusado será cientificado de que o magistrado poderá decidir mais pesadamente em desfavor do acusado, haja vista que não está obrigado a aplicar o que foi acordado⁹¹.

Por fim, vale dizer que a Suprema Corte dos Estados Unidos reafirmou a importância dos acordos de sentença para o sistema americano, salientando que neles são aplicados os princípios dos contratos, especialmente quanto aos elementos da voluntariedade e da compreensão, para que os acordos sejam realizados livre de qualquer forma de ameaças ou de deturpação e que o réu tenha a consciência da natureza da acusação e suas consequências, que deverão ser aferidas pelo juízo⁹².

⁸⁹ SUPREME COURT - **Corbit v. New Jersey**. [Em linha]. (439 U.S 212). 1978. [Consult. 18 jun. 2021]. Disponível na internet: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/439/212/>>.

⁹⁰ MA, Yue - Explorando origens da ação penal pública da Europa e nos Estados Unidos. **Revista do Conselho Nacional do Ministério Público**, p.11.

⁹¹ RULE11. **Federal Rules of Criminal Procedure**. [Em linha]. 1946. [Consult.12 Jun. 2021]. Disponível na internet: <<https://uscode.house.gov/view.xhtml?path=/prelim@title18/title18a/node35&edition=prelim>>.

⁹² SUPREME COURT - **Corbit v. New Jersey**. [Em linha]. (439 U.S 212). 1978. [Consult. 18 jun. 2021]. Disponível na internet: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/439/212/>>.

1.8.2. Modelo de Justiça Negociada na Alemanha

Diferentemente dos Estados Unidos, a Alemanha faz parte dos países que adotam o sistema da *civil law*, pelo qual as leis são positivadas e emanadas a partir da atividade legiferante, para, então, serem devidamente aplicadas aos casos concretos. Logo, as decisões dos Tribunais Germânicos não são consideradas como fontes primárias de direito, entretanto, seus julgados podem ser utilizados como paradigma e como indicadores de interpretação.

No processo penal germânico sempre prevaleceu a regra é de que a persecução somente inicia quando conhecido o fato punível, contudo, após a segunda guerra mundial⁹³ esta regra sofreu nítida influência do modelo americano, passando a adotar, segundo Claus Roxin que :

no âmbito da criminalidade leve e média, quatro exceções à regra da obrigatoriedade, a saber: a) quando houver insignificância do fato e desinteresse estatal na sua punição; b) quando o interesse estatal puder ser resolvido de outra forma; c) quando a ele forem apresentados interesses estatais prioritários; d) quando a persecução penal puder ser movida pelo próprio ofendido⁹⁴.

Foi a partir da inversão desta regra que nasceu o instituto alemão da negociação da sentença criminal, vez que surgiu da praxe judiciária e somente foi devidamente regulamentada em 2009. A negociação da sentença criminal na Alemanha se deu *praeter legem* e, segundo Kobor,⁹⁵, ocorreu em meados de 1970, tendo sido adotada apenas para delitos de menor gravidade, contudo, posteriormente, passou a ser aplicada em delitos mais graves, inclusive aqueles permeados com violência. Mas foi somente em 1982 que um jurista, utilizando-se da expressão “*Detlef Deal from Mauschelhausen*” propagou sua prática e, a partir deste episódio, houve maior adoção em sua aplicação, o que fez com que forçasse as Cortes alemãs a se manifestarem quanto à constitucionalidade do novel instituto, e, em 1987, a Corte Federal Constitucional Alemã declarou tratar-se de instituto constitucional, vez que pautado na confissão e esta era benéfica ao acusado. Todavia, a confissão ainda não tinha o poder de eliminar a persecução penal para o imediato julgamento do fato delituoso, tratava-se, apenas, de um acordo, denominado *Absprachen*, onde haveria uma agilização do processo e uma limitação da pena a ser imposta⁹⁶.

⁹³ Após a Segunda Guerra Mundial, a Alemanha foi dividida entre quatro potências vencedoras, a saber, Estados Unidos, França, Inglaterra e União Soviética. (ROXIN, Claus - **Derecho procesal penal.**, p.570).

⁹⁴ *Idem* – **Op. Cit.** p.90.

⁹⁵ KOBOR, Susanne - **Bargaining in the criminal justice systems of the United States and Germany: matter of justice and administrative efficiency within legal**, p.123.

⁹⁶ *Idem*, **Op. Cit.** p.125.

Em 2009, ficou estabelecido, nos termos do §275c, n.1 do StPO (*Strafprozessordnung*) que as negociações são estabelecidas pelo órgão julgador, que tem um papel bem ativo, visto que aos juízes coube a função de coordenar a confissão e de definir, ao final da negociação, qual será a pena aplicada, após exame sobre a culpa e a prevenção do delito, dentro dos limites mínimo e máximos estabelecidos pelas partes⁹⁷.

Os acordos podem ser propostos antes ou durante o julgamento e podem abordar questões sobre confissão de todos ou de apenas alguns crimes; a concordância com a apresentação de determinadas provas ou evidências, com a finalidade de encurtar o processo; desqualificação do acusado; liberação de determinadas situações como a custódia; sobre a incriminação de terceiros e a redução da sentença condenatória.

Diversamente do modelo do sistema americano, a busca pela verdade real continua intacta, de modo que a confissão tem o condão apenas de encurtar a marcha processual e não de encerrá-la, tampouco tem por finalidade definir a culpa. O objetivo de manter na integralidade o princípio da verdade real é evitar confissões sem embasamento probatório⁹⁸ e confissões inverídicas. Assim é que o arguido deve ser interrogado sobre todas as circunstâncias do fato, após o que, podem ser determinadas diligências para a confirmação da confissão, nos termos do que dispõe o §244, n.2, do StPO. E mais uma vez diferindo do modelo americano, onde o *prosecutor* não tem a obrigação de revelar todas as provas obtidas para o acusado, no modelo germânico, o arguido tem o direito de analisar todas as provas obtidas pela acusação⁹⁹.

Neste diapasão, verifica-se que o sistema alemão é pautado pela busca da verdade real, conduzida pelo magistrado, o qual é o protagonista deste modelo, visto que cabe ao mesmo iniciar as negociações, indicar os limites da sentença que pode ser imposta e decidir qual a verdade aceita para o processo.

No sistema alemão, os acordos de sentença criminal são realizados em audiência, junto à corte em razão da prevalência das regras da oralidade e publicidade, mas somente existem com seu registro em juízo¹⁰⁰.

⁹⁷ SWENSON, Thomas. The German “plea bargaining” debate. **Pace International Law Review**. [Em linha]. New York, v.7, n.2, p.373-429, spring 1995. [Consult.13 jul. 2022]. Disponível na internet: <<http://digitalcommons.pace.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1306&context=pilr>>.

⁹⁸ A confissões sem embasamento probatório são chamadas de “*formalgeständnis* ou *schlanks*”.

⁹⁹ SCHÜNEMANN, Bernd. **Cuestiones básicas de la estructura y reforma del procedimiento penal bajo una perspectiva global. Derecho Penal y Criminología**. [Em linha]. Bogotá, v.25n.6, 2004. [Consult.14 Jun. 2022]. Disponível em: <[http://revistas.ueexternado.edu.co/index.php?journal=derpen&page=article&op=view&path\[\]=1034&path\[\]=978](http://revistas.ueexternado.edu.co/index.php?journal=derpen&page=article&op=view&path[]=1034&path[]=978)>.

¹⁰⁰ KOBOR, Susanne - **Bargaining in the criminal justice systems of the United States and Germany: matter of justice and administrative efficiency within legal**, p.142.

São sempre precedidos do interrogatório do acusado acerca de todas as circunstâncias do fato delituoso e, a partir deste interrogatório é que podem ser adotadas diligências para a confirmação do teor da confissão, porquanto prevalente o princípio da verdade real, nos termos do §244, n.2, do StPO. Nesta oportunidade o arguido também é devidamente orientado acerca das consequências do acordo, em conformidade com o que dispõe o §257c, n.5, do StPO.

Saliente-se que o sistema de acordos de sentença criminal alemão foi novamente considerado constitucional pelo Tribunal Constitucional Alemão, em decisão proferida no ano de 2013¹⁰¹, a qual entendeu que a negociação em si apresentava-se condizente com o ordenamento jurídico alemão, nos termos do §257c, do StPO, registrando que: a) continua válida e necessária a busca da verdade real, ainda que de ofício pelo juiz, caso o que fora produzido, não tenha sido suficiente para confirmar a confissão; b) não é permitido a discussão de acusações outras que não se refiram ao objeto do processo em análise; c) os acordos, seu teor, assim como suas tratativas devem ser devidamente registradas em audiência, para que se possibilite a fiscalização pelas partes, bem como pelo público, sob pena de ser declarado nulo o acordo e d) o arguido tem direito de ser devidamente orientado e esclarecido quanto aos termos do acordo, seus efeitos, as consequências da renúncia ou não exercício de seus direitos, etc., enfim, que o mesmo tenha total consciência e inteligibilidade para que o arguido aceite o acordo voluntariamente¹⁰².

1.8.3. Modelo Italiano: *Patteggiamento*

Conforme apontado pela doutrina¹⁰³ foi com a reforma do processo penal italiano no ano de 1988, que a Itália passou a adotar o critério anglo-americano como base para seu novo Código de Processo Penal, visando atender os anseios de uma sociedade mais democratizada que exigia um processo mais justo e célere, haja vista que a Corte Europeia de Direitos Humanos havia declarado que a Itália estava, constantemente, violando o princípio da duração razoável do

¹⁰¹ ALEMANHA - BVerfG, 2BvR2628/10, 2 BvR2155/11, vom 19.3.2013. [Em linha]. [Consult. 18 jul. 2021]. Disponível na internet: <<https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=BVerfG&Datum=19.03.2013&Aktenzeichen=2%20BvR%202628/10>>.

¹⁰² WEIGEND, Thomas - *Anmerkung zu dem Urteil des BVerfG v. 19.3.2013, 2 BvR 2628/10.2013*. Strafverteidiger, Köln, n.33, p.424-427, 2013. [Em linha]. [Consult. 18 jul. 2021]. Disponível na internet: <<https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=BVerfG&Datum=19.03.2013&Aktenzeichen=2%20BvR%202628/10>>.

¹⁰³ PIZZI, William T.; MONTAGNA, Mariangela - The battle to establish an adversarial trial system in Italy. *Michigan Journal of International Law*, p.430-438.

processo, em total dissonância com que estabelece a Convenção Europeia de Direitos Humanos.¹⁰⁴

A partir de então foi abolido o “Código Rocco”¹⁰⁵ e passou-se a adotar a possibilidade de realização de acordos como forma de resolução de conflitos penais, inclusive com previsão constitucional¹⁰⁶, além da possibilidade de investigação pelas partes e a extinção do juízo de instrução, porquanto a regra adotada definiu que o juiz somente poderá produzir as provas requeridas pelas partes e, somente de forma excepcionalíssima, poderá agir de ofício¹⁰⁷, além da inserção da *cross-examination*¹⁰⁸ para a inquirição das testemunhas em juízo.

Atualmente, no ordenamento jurídico italiano vigem o princípio da legalidade/obrigatoriedade da ação penal¹⁰⁹, além de dispositivos constitucionais que tratam da legalidade da persecução penal¹¹⁰, sobre a liberdade pessoal¹¹¹, quanto ao direito à defesa¹¹², sobre a presunção de inocência ou de não culpabilidade¹¹³, entre outros que visam proteger o arguido.

Como se vê, o processo penal italiano buscou conciliar a exigência constitucional quanto à prestação judicial célere e a efetividade, com a colaboração do arguido e a imediata aplicação da pena.

Fernando Torrão afirma que a forma mais tradicional de resolução de conflitos penais “é a *applicazione dela pena sulla richiesta dele parti*, mais conhecida como *patteggiamento*, onde há requerimento de uma parte e concordância da outra quanto aos termos do acordo pela parte adversa, que legitimam a prolação de sentença de mérito que o homologa”¹¹⁴. Neste modelo, consoante Máximo Langer “são apresentados critérios de redução de pena e, caso o magistrado entenda que não existem elementos para a absolvição do acusado, caberá a ele aplicar os termos do acordo”¹¹⁵.

Para Fernando Fernandes:

Há uma busca pela celeridade na resposta ao acusado como forma de legitimar a importância da sanção penal, minimizar a intenção do

¹⁰⁴ Art.6º, n.1, da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

¹⁰⁵ O Código de Processo Penal Italiano era assim conhecido em razão do regime de Gobierno de Mussolini Alfredo Rocco.

¹⁰⁶ Art.111.º, 5, da Constituição Italiana.

¹⁰⁷ Art.507.º, do Código de Processo Penal Italiano.

¹⁰⁸ É o direito da parte inquirir a testemunha trazida pela parte adversária.

¹⁰⁹ Art.112.º, da Constituição Italiana.

¹¹⁰ Art.127.º, da Constituição Italiana.

¹¹¹ Art.13.º, da Constituição Italiana.

¹¹² Art.24.º, n.2, da Constituição Italiana.

¹¹³ Art.27.º, n.2, da Constituição Italiana.

¹¹⁴ TORRÃO, Fernando - **A relevância político-criminal da suspensão provisória do processo**, p.175-176.

¹¹⁵ LANGER, Máximo – **Dos transplantes jurídicos às traduções jurídicas: a globalização da delação premiada e a tese da americanização no processo penal**. [Em linha]. Universidade da Califórnia, Los Angeles. (2005-04-20). Disponível na internet: < https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=707261>.

acusado voltada para a prática delitiva, além de incutir uma orientação social no sentido de que haja respeito à norma, inclusive com a concessão imediata de liberdade àquele que não merecem punição – desta forma, a negociação constitui-se na rendição do culpado ao sistema¹¹⁶.

A doutrina¹¹⁷ divide o instituto do *patteggiamento* em: a) *patteggiamento tradizionale* que consiste no acordo em que ocorre a aplicação da pena substitutiva à prisão ou multa, ou quando existir a possibilidade de aplicação de pena que não ultrapasse dois anos de prisão, ainda que cumulada com a pena de multa, nos termos do art.444.º, 1, do Código de Processo Penal Italiano e b) *patteggiamento allargato*, criado em 2003, este acordo ocorre quando a pena for superior a dois anos, mas que não ultrapasse cinco anos, com ou sem cumulação de multa, desde que observada a diminuição de um terço, consoante o disposto no art.444.º, 1, do Código de Processo Penal Italiano.

No modelo italiano¹¹⁸, a participação do juiz é nitidamente mais passiva, mas ainda lhe cabe o exame da proporcionalidade e adequação da pena imposta, que não pode ficar à mercê da vontade das partes, sob pena de ofensa ao art.133.º do Código Penal Italiano e art.27.º, 3, da Constituição Italiana¹¹⁹.

Desse modo, ao juiz cabe proferir a sentença, fixando a pena após análise da proporcionalidade e adequação, visto que se não for adequada poderá rejeitar o acordo, mas não recalculá-la¹²⁰, ou absolver o acusado, conforme previsão do art.129.º, do Código de Processo Penal Italiano, visto que a pena do *patteggiamento* deve atender à finalidade prevenção geral e à prevenção especial, no tocante à reinserção, após análise da gravidade do fato e culpabilidade do agente. Ao juiz também cabe a função de conferir a formalidade do rito escolhido e a descrição típica dos fatos delituosos imputados ao réu¹²¹.

Roberto Angelini esclarece que:

¹¹⁶ FERNANDES, Fernando - **O processo penal como instrumento de política criminal**, p.708.

¹¹⁷ TONINI, Paolo - **Manuale di procedura penale**, p.750.

¹¹⁸ ANGELINI, Roberto - **A negociação das penas no direito italiano. (o chamado *patteggiamento*)**. [Em linha]. Julgar, Coimbra: Juruá, 2013. [Consult. 22 set 2020]. Disponível na internet: <file:///C:/Users/yaram/Downloads/221-229-Negocia%C3%A7%C3%A3o-penas-direito-italiano.pdf. 2013, p.224-227.

¹¹⁹ “*Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato*”.

¹²⁰ Importante esclarecer que “o juiz não interfere naquilo que fora acordado, porquanto não lhe cabe modificar o acordo, somente lhe é dado aceitar o acordo ou rejeitá-lo, o que se faz por *ordinanza*, de forma justificada. Este tipo de rejeição por *ordinanza*, somente o réu pode apelar, juntamente com eventual sentença condenatória que venha a ser apresentada”.

¹²¹ FERNANDES, Fernando - **O processo Penal como instrumento de política criminal**, p.715.

o juiz não interfere naquilo que fora acordado, porquanto não lhe cabe modificar o acordo. Somente lhe é dado aceitar o acordo ou rejeitá-lo, o que se faz por *ordinanza*, de forma justificada. Este tipo de rejeição por *ordinanza*, somente o réu pode apelar, juntamente com eventual sentença condenatória que venha a ser apresentada¹²².

Além disto, para Roberto Angelini e Paolo Tonini “o juiz não poderá utilizar os termos do *patteggiamento* frustrado como fundamento de condenação, visto que a disposição do réu se dava porque o mesmo tinha interesse em outra situação processual que não mais existe com a recusa do acordo”^{123 124}.

O *patteggiamento* não é um requerimento cuja aceitação e validade depende do juízo, tal como ocorre no modelo americano, mas sim um requerimento para que o juiz faça uma avaliação quanto à necessidade de punição ou se comporta uma redução da sentença proposta, ou seja, faz uma análise da punição acordada, verificando se a mesma é adequada ao caso apresentado, com a finalidade de evitar-se o procedimento ordinariamente estabelecido¹²⁵.

“A Corte de Cassação Italiana já decidiu¹²⁶ que *patteggiamento* constitui em renúncia, ainda que tácita, de presunção de inocência, na medida em que há, por parte do arguido, um reconhecimento e assentimento em relação à sua responsabilidade no evento criminoso”. Não há a possibilidade de aplicação de qualquer forma de pena, se não houver reconhecimento de responsabilidade¹²⁷. Aliás, não por outra razão que a corrente majoritária, entende que a sentença do *patteggiamento* tem natureza condenatória¹²⁸, visto que o réu, ao assentir a pena faz um reconhecimento culpa e o juízo, ao analisar o acordo também faz uma análise da culpabilidade do arguido. Tal sentença produz, inclusive, efeitos em outros juízos, como por exemplo, nos juízos disciplinares¹²⁹.

¹²² ANGELINI, Roberto - **A negociação das penas no direito italiano. (o chamado *patteggiamento*)**, p.226.

¹²³ TONINI, Paolo. **Manuali di procedura penale**, p.756

¹²⁴ É uma consequência da regra de que o julgador está vinculado às balizas legais, consoante determinação do art.101, da Constituição Italiana que dispõe – *i giudici sono soggetti soltrano ala legge*.

¹²⁵ PIZZI, William T.; MONTAGNA, Mariangela - **The battle to establish an adversarial trial system in Italy. Michigan Journal of International Law**, p. 444.

¹²⁶ GIUDIZIO DI LEGITIMITÁ COSTITUZIONALE IN VIA INCIDENTALE. SENTENZA 313/1990 - **Corte Costituzionale**. [Em linha], documento não paginado. (1990-07-02). [Consult.14 jul. 2021]. Disponível na internet:<<https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/1990/07/04/090C0841/s1.>>

¹²⁷ TONINI, Paolo - **Manuali di procedura penale**, p.761

¹²⁸ Conforme art.455, n. 1-bis do Código de Processo Penal Italiano, a sentença decorrente do *patteggiamento* se equipara a com sentença de pronúncia prolatada nos casos de condenação.

¹²⁹ AMODIO, Ennio - **I procedimenti speciali nel labirinto dellagiustizia costituzionale**. Processo Penale e Giustizia, Roma, p.116.

Além do *patteggiamento* existe também o *procedimento per decreto*¹³⁰ e o *giudizio abbreviato*¹³¹.

O *procedimento per decreto*, segundo o Código de Processo Penal Italiano, é o instituto pelo qual o Ministério Público pleiteia:

a aplicação de uma pena pecuniária, mesmo que substitutiva ou, ainda, a imposição de pena diminuída até a metade daquela prevista em lei, além da aplicação de eventuais penas acessórias, sem a possibilidade, contudo, de aplicar medida de segurança. Caso o juízo aceite tal punição, será dado conhecimento ao acusado que poderá se opor, exercendo a *opposizione*, ou concordar ou permanecer inerte, ocasião em que a pena será executável. Caso o juízo não aceite, os autos serão devolvidos ao Ministério Público para as providências cabíveis à espécie¹³².

O *giudizio abbreviato*, por sua vez, é um acordo sobre o rito do processo, que faculta ao juiz a possibilidade de decidir livremente a partir da prova produzida e também autoriza a aplicação de uma pena reduzida pela concordância na aplicação do rito mais célere. O *giudizio abbreviato* se diferencia do *patteggiamento*, vez que no *patteggiamento* o arguido possui todas as informações sobre a condenação e as consequências da aplicação da pena, já no *giudizio abbreviato* não são fornecidas informações ao acusado acerca da possibilidade de êxito da demanda, bem como sobre o montante da pena sobre a qual haverá a aplicação da diminuição legal¹³³.

1.9. Análise do papel dos atores envolvidos na Sentença Penal Negociada

Questão de máxima relevância é a análise dos papéis desempenhados por cada um dos atores envolvidos na realização dos acordos sobre sentença criminal. Com efeito, suas ações delineiam os contornos deste instituto e geram um impacto no processo penal em geral.

Neste tópico abordaremos os papéis dos principais personagens envolvidos: magistrado, promotores de justiça, réu e advogado/defensor, com suas peculiaridades e questões polêmicas.

¹³⁰ Art. 459.º e seguintes do Código de Processo Penal Italiano.

¹³¹ Art.438.º e seguintes do Código de Processo Penal Italiano.

¹³² Código de Processo Penal Italiano, art.459 ao 464.

¹³³ TONINI, Paolo - **Manuali di procedura penale**, p.749.

1.9.1. Magistratura: manutenção do Poder Decisório e da Imparcialidade na Sentença Penal Negociada

A função do magistrado no cenário da justiça penal negociada é questão complexa que enseja acaloradas discussões sobre o tema.

Há quem sustente que, inevitavelmente, provocaria uma espécie de “atuação burocrática do juiz”¹³⁴, como mero homologador da vontade alheia, o que, inclusive, pode motivar alegações de violação à sua imparcialidade e independência e, ainda, de violação ao dever estatal de prestação da tutela jurisdicional, todavia, trata-se de visão ultrapassada, pautada em reminiscências do sistema inquisitivo, onde era comum a intervenção do juiz em assuntos típicos das partes.

Com efeito, a justiça penal negociada rompe esta tradição, concedendo às partes e, somente a elas, as questões referentes ao acordo, restringindo ao juiz o papel de fiscal da legalidade, voluntariedade e inteligibilidade das cláusulas do acordo, colocando-o, como deve ser, em uma posição equidistante das partes, evitando, com isso, qualquer participação na sua elaboração do acordo, preservando, por conseguinte sua imparcialidade.

Aliás, a vedação da participação do juiz na fase de negociações do acordo existe com a finalidade de proteger a sua imparcialidade. Afinal, essa é a premissa basilar da jurisdição, que certamente restaria comprometida, caso o juiz tivesse contato prévio com informações que, ao final, possam não ingressar no processo. Ademais, a presença do juiz nas negociações poderia encetar uma pressão sobre o acusado no sentido de ser obrigado a aceitar o acordo.

Em que pese algumas vozes critiquem a ausência do juiz nas negociações do acordo, afirmando que o papel do juiz será apequenado, como sendo de menor importância, porém, sem razão. A importância de sua função judicante permanece resguardada, o que houve, em verdade, foi a adequação do papel do juiz ao sistema acusatório, adotado tanto na Constituição Brasileira e como na Constituição Portuguesa ao atribuírem ao Ministério Público o exercício da ação penal^{135 136}.

Ressalte-se que essa reverência ao sistema acusatório encontra respaldo em inúmeros documentos internacionais, como por exemplo, Normas e Princípios das Nações Unidas sobre Prevenção ao Crime e a Justiça Criminal, adotadas no Brasil, em 2009, que destaca a

¹³⁴ DUARTE, Hugo Garcez; MARQUES, Leonardo Augusto Marinho - Justiça consensual e tutela dos direitos individuais. PHRONESIS. **Revista do Curso de Direito da FEAD**. n.4, jan-dez.2008, p.72.

¹³⁵ Art.129.º, I, da Constituição Brasileira

¹³⁶ Art.219.º, 1, da Constituição Portuguesa.

necessidade de adoção de medidas que garantam a imparcialidade dos juízes e da imperiosa proteção e respeito à atividade dos membros do Ministério Público.¹³⁷

Internamente, no ordenamento jurídico brasileiro, em junho de 2016, foi aprovada a Declaração de Brasília contra a corrupção, fruto de seminário realizado pelo Conselho Nacional do Ministério Público, que reforça a necessidade de consolidação do sistema acusatório¹³⁸, já insculpido no Código de Processo Penal Brasileiro¹³⁹.

Diante dessas disposições legais não há como permitir qualquer tipo de atuação direta do magistrado nas negociações sob pena de acarretar violação à sua imparcialidade. Aliás, como bem explicitou Moraes da Rosa¹⁴⁰ “o papel do juiz não é o de participar da negociação e sim de validar seu resultado”, no sentido de controlar o respeito aos direitos fundamentais em questão. Logo, não há dúvidas quanto à manutenção da imparcialidade do juiz nos acordos penais. Ademais, o seu poder decisório da mesma forma se mantém intacto e relevante porquanto o mesmo detém o poder de decidir acerca dos aspectos da constitucionalidade e legalidade das cláusulas do acordo, no que pertine aos seus pressupostos e requisitos, além dos demais elementos do termo e da negociação, como a voluntariedade e a inteligibilidade das cláusulas e suas consequências por parte do réu, para então homologar a avença.

1.9.1.1. Limites à Jurisdição: análise da legalidade, legitimidade, voluntariedade e inteligibilidade da sentença penal acordada.

Conforme já mencionado anteriormente, a função do juiz nos acordos penais se limita à análise de legalidade, legitimidade, voluntariedade e inteligibilidade.

Por ausência de previsão legislativa no Brasil e em Portugal, sobre a temática do presente estudo, no caso, acordo sobre sentença penal negociada, não há requisitos de legalidade devidamente tipificados. No entanto, em julgamento sobre acordo de colaboração premiada, a Suprema Corte brasileira assentou que o acordo somente terá validade se a declaração de

¹³⁷ NORMAS E PRINCÍPIOS DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE PREVENÇÃO AOS CRIMES. **Princípios básicos sobre a independência do Judiciário e Diretrizes sobre o papel dos membros do Ministério Público.** [Em linha]. p.335 e 336. [Consult.23 Jun. 2022]. Disponível na internet: <https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/projects/UN_Standards_and_Norms_CPCJ_-_Portuguese1.pdf>.

¹³⁸ Item 2, da Declaração de Brasília contra a Corrupção. (Declaração de Brasília contra a Corrupção - **O princípio acusatório no processo penal brasileiro, segundo o modelo adversarial, deve permitir a todos os sujeitos processuais observar e fazer respeitar os direitos dos acusados, das vítimas e da sociedade.** [Em linha]. [Consult. 22 jun. 2022]. Disponível na internet: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Declaracao_de_Brasilia-2.REV.pdf>.)

¹³⁹ Art.4º, do Código de Processo Penal Brasileiro: O processo penal terá estrutura acusatória, nos limites definidos neste Código, vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.

¹⁴⁰ ROSA, Alexandre M - **Guia compacto do processo penal conforme teoria dos jogos**, p.287.

vontade do colaborador for: a) resultante de um processo volitivo; b) querida com plena consciência da realidade; c) escolhida com liberdade; d) deliberada sem má-fé; e e) o seu objeto for lícito, possível e determinado ou determinável¹⁴¹. Trata-se de um norte sobre os possíveis requisitos de validade de um acordo.

Além desses requisitos de validade, podemos vislumbrar alguns pressupostos de admissibilidade, que na verdade são critérios que determinarão se o acordo pode ou não ser proposto, aceito e homologado, os quais também devem ser objeto de análise por parte do magistrado a quem caberá decidir pela homologação do acordo.

O primeiro pressuposto, sem dúvida, seria a verificação da possibilidade de firmação do acordo, conforme o delito praticado pelo acusado, posto que acredita-se que deva existir um limite à aplicabilidade do instituto negocial, visto que, em teoria, o mesmo não poderia ser aplicado em qualquer espécie delitiva, sem observância à sua gravidade ou complexidade.

Admitir o acordo sobre sentença penal para toda e qualquer espécie de delito é inadmissível, ao menos no cenário brasileiro, porquanto há delitos cuja forma de julgamento tem previsão constitucional e não poderia ser alterada com mera inovação legislativa de menor porte, como por exemplo, os julgamentos dos crimes dolosos contra a vida¹⁴², que tem assento constitucional, onde no Brasil, vigem os princípios da plenitude de defesa, sigilo das votações, soberania dos veredictos, além de assegurar a competência para o julgamento em plenário pelo Tribunal do Júri formado por juízes leigos¹⁴³.

Fazendo uma breve análise, verifica-se, desde logo, que tais princípios e competência de julgamento não se compatibilizam com a sistemática negocial dos acordos sobre a sentença penal. Primeiramente, porque a Constituição Brasileira garantiu para esses delitos a plenitude de defesa e não somente a ampla defesa, comumente reconhecida para todos os demais delitos. A plenitude de defesa é mais abrangente que a ampla defesa e permite ao acusado, entre outras garantias, a de participar da escolha dos jurados que comporão o Conselho de Sentença. Como é cediço, o juiz togado não julga os acusados neste tipo de delito. O Tribunal de julgamento dos crimes dolosos contra a vida é formado por juízes populares, isto é, por pessoas pertencentes das mais diversas classes sociais, a quem lhes cabe proferir o veredicto, não podendo a legislação infraconstitucional retirar do Tribunal Popular a competência para julgamento dos crimes dolosos contra a vida, vez que é inconcebível que as partes negociem uma sentença que, por

¹⁴¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - **HC 127.483/PR**. [Em linha]. Tribunal Pleno, rel. Min. Dias Toffoli, (2015-08-27). [Consult. 24 jun. 2022]. Disponível na internet: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo796.htm>>.

¹⁴² Art.5.º, XXXVIII, da CFB.

¹⁴³ Art.5.º, XXXVIII, da CFB.

obviedade, pressupõe uma condenação, sem que antes haja uma decisão por parte do Tribunal Popular acerca dos elementos que compõe o crime, como a materialidade, autoria, majorantes e etc., logo, quem decide se haverá ou não condenação são os jurados, após fazerem toda uma incursão sobre a culpabilidade do réu. Este poder de decisão sobre a condenação para esses delitos jamais caberá às partes. Além do mais, a decisão dos jurados é imodificável, ao menos em sede recursal, porquanto protegida pelo segundo princípio, no caso, o princípio da soberania dos veredictos.

Além disto, a decisão dos juízes leigos é com base na livre convicção e protegida pelo princípio do sigilo das votações, em total descompasso com o sistema negocial que exige transparência e as cartas na mesa, ou seja, a apresentação dos indícios e elementos de prova existentes em desfavor do acusado.

Ademais, seria inconcebível que jurados leigos, isto é, sem formação jurídica, pudessem analisar requisitos de constitucionalidade, legalidade, validade, volição, entre outros, que exigem conhecimento profundo sobre a temática. E bastaria que um dos sete jurados não concordasse com aquilo que foi acordado com as partes, para o acordo não ser homologado. Não teria razão lógica exigir que, o acordo, para ser homologado, passasse pelo crivo de sete juízes para então surtir seus efeitos, ao passo que para outros tipos de delito bastaria o crivo de um único magistrado.

Como visto, diante das profundas e insanáveis aporias do modelo brasileiro do julgamento por jurados leigos, especialmente no tocante a ausência do dever de motivação para a condenação, além da proteção constitucional que atribui a jurados leigos a competência para julgamento, e, ainda, o fato de estar circundada de princípios que não se compatibilizam com a sistemática das negociações sobre futura condenação, conclui-se que o instituto da sentença penal negociada não se compatibiliza com os delitos dolosos contra a vida.

O segundo pressuposto de admissibilidade, sem dúvida é a verificação da pertinência do teor da confissão com as provas existentes do caso investigado.

É imprescindível a averiguação preliminar da coerência entre os fatos confessados com as provas indiciárias já colhidas e a realização do cotejo destas com a declaração da confissão.

Assim, deverá verificar se há pertinência entre o discurso apresentado como confissão pelo arguido com os elementos probatórios já colhidos, a fim de que estes corroborem tudo o que foi dito.

De fato, na etapa preliminar das negociações, a confirmação do teor da confissão se dá em sede de verossimilhança, visto que haverá apenas elementos investigativos da fase inicial da persecução penal. Não existirá, neste momento das negociações, provas concretas e robustas

aptas para o sentenciamento de uma condenação, até porque o acordo também tem por desiderato evitar a *persecutio in judicio*, onde ocorre a produção das provas.

Dentro do aspecto da legalidade deve-se analisar também as inúmeras possibilidades de benefícios prometidos ao arguido e eventualmente concedidos no sentenciamento, após a sua cooperação, com a confissão integral e não exercício do direito de defesa e de produção de provas.

No caso do acordo sobre a sentença pena, o prêmio é uma pena abrandada e a facilitação da persecução penal gira em torno da confissão e da renúncia à produção de provas. Contudo, deve haver o mínimo de correspondência entre a pena legalmente prevista no tipo penal, a extensão da cooperação a partir da confissão, a gravidade e culpabilidade e a pena a ser determinada no caso concreto, sob pena ocasionar julgamentos díspares para casos semelhantes, onde um acusado possa receber um benefício muito maior que outro que praticou o mesmo delito em circunstâncias semelhantes, por absoluta falta de critério e falta de balizamento do poder discricionário do proponente do acordo.

Consoante parcela da doutrina, autorizar a concessão de benefícios não previstos em lei, com fulcro na “teoria dos poderes implícitos”¹⁴⁴, poderia acarretar acordos extremamente discrepantes onde, para um réu poderia haver a redução total da pena e para outro, uma redução mínima, sem alterar sequer o regime da pena. Para a doutrina de Frederico Pereira, o desmensurado poder de barganha, com a concessão de benefícios não previstos em lei, deixados ao alvedrio das partes, ocasionaria a distorção do sistema e o aumento de possíveis pressões e coações, visto que o sistema:

estadunidense de premialidade negocial ampla, sem restrições normativas e aberto à discricionariedade do agente acusador é incompatível com a realidade brasileira, onde deveria ser adotado um sistema de “premialidade legal”, onde somente a lei disciplinasse a natureza e a extensão das medidas e frações premiais de redução de pena, retirando, desse modo, a discricionariedade dos órgãos

¹⁴⁴ SOUSA, Pedro; DUARTE, Evandro Piza - **A teoria dos poderes implícitos na determinação das competências constitucionais (legislativa e material) nos Estados Unidos e no Brasil: a trajetória constitucional para fundamentar os poderes de investigação do Ministério Público.** [Em linha]. [Consult.29 jun. 2022]. Disponível na internet: <
https://www.academia.edu/73840545/A_TEORIA_DOS_PODERES_IMPL%C3%8DCITOS_NA_DETERMINA%C3%87%C3%83O_DAS_COMPET%C3%84NCIAS_CONSTITUCIONAIS_LEGISLATIVA_E_MATERIAL_NOS_ESTADOS_UNIDOS_E_NO_BRASIL_A_TRAJET%C3%93RIA_CONSTITUCIONAL_PARA_FUNDAMENTAR_OS_PODERES_DE_INVESTIGA%C3%87%C3%83O_DO_MINIST%C3%89RIO_P%C3%94BLICO>.

repressivos, incluindo os órgãos jurisdicionais, quanto à sanção aplicada¹⁴⁵.

Por tal razão, que certa doutrina exige a chamada “cultura da legalidade dos benefícios”¹⁴⁶, onde a redução da sanção almejada se dê em fração previamente estabelecida em lei. Ousamos discordar de tal entendimento, visto que o mesmo fundamenta a restrição da discricionariedade com base no sentimento preconceituoso em relação às carreiras jurídicas, especialmente aos membros do Ministério Público, no sentido colocar todos os profissionais brasileiros como desqualificados para atuar em sistema penal semelhante ao americano, partindo da ideia equivocada de que todo promotor é um tirano, que negocia sem escrúpulos, que os juízes são desinteressados e não analisam o caso concreto com esmero e que os defensores e advogados são pessoas que cedem à pressão, incapazes de atuar com independência na causa de seus clientes.

Não se pode julgar a eficiência de um sistema penal com base numa visão estereotipada dos profissionais que atuam nesta seara. Como já dito alhures, o sistema americano, *plea bargain*, é um modelo de justiça que deu certo, alcançando margem expressiva de êxito, contudo, como todo modelo de justiça criminal, tem seus méritos e deméritos e um dos seus méritos foi o de ampliar o poder de negociação ao membro do Ministério Público para que mais acordos pudessem ser celebrados e, com isso, lograr uma justiça mais célere e eficiente, alcançando a almejada condenação dos culpados, eventual ressarcimento das vítimas e a imposição de uma pena mais justa e adequada.

Ademais, a possibilidade de concessão de benefícios não previstos em lei, ou seja, a possibilidade de negociação da fração de redução e outros prêmios, afasta a ideia de justiça tarifada e faz com que as decisões sejam mais ajustadas ao caso concreto, atendendo com mais especificidade os anseios das partes interessadas. Além do que o engessamento do poder de negociação esvazia por completo o instituto negocial, desnaturando o instituto.

No que tange à voluntariedade, devemos, primeiramente, analisar a capacidade do arguido de estar em juízo, para ter a certeza de que o mesmo goza das faculdades mentais, de modo a assegurar a sua imputabilidade e a inocorrência de limitações cognitivas que possam de alguma

¹⁴⁵ PEREIRA, Frederico Valdez - **Delação Premiada. Legitimidade e procedimento**, p.151.

¹⁴⁶ QUEIRO, Maria Elizabeth - **O direito de não produzir prova contra si mesmo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 159. Sobre a importância de respeito à legalidade: CANOTILHO, J.J.Gomes; BRANDÃO, Nuno - Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, p.147 e 156-157.

forma comprometer a sua total compreensão sobre o acordo e, sobretudo, verificar a liberdade do seu agir¹⁴⁷.

É preciso ter a certeza de que seu consentimento não é fruto de coação, seja física, psíquica ou de promessas de vantagens ilegais ou extra autos, isto é, não previstas no acordo.

Vale destacar nesse tópico, uma questão amplamente debatida na doutrina brasileira sobre a necessidade de espontaneidade do acusado que se encontra preso para confessar o delito e obter o acordo sobre sua sentença.

Há quem sustente que não há voluntariedade real na confissão de pessoa que se encontra em situação de restrição de liberdade, visto que esta condição, por si só, impede por completo, a tomada de uma decisão com voluntariedade^{148 149}.

Sobre este ponto, alguns autores fazem uma analogia entre o negócio jurídico criminal realizado sobre a sentença e os negócios jurídicos regulados pelo direito civil. Alguns sustentam que a condição de acusado preso cautelarmente que passa a cooperar com o Ministério Público, confessando na integralidade o seu delito, com a finalidade de obtenção de uma pena mais branda, age como se estivesse em estado de perigo, o que justificaria a nulidade do negócio jurídico, nos termos do art.171.º, II, do Código Civil Brasileiro¹⁵⁰.

Em sentido oposto e, ao nosso ver com razão, afirmam Antônio Suxberger e Gabriela Mello “que a leitura sistemática do Código Civil leva a uma concepção restritiva de coação, vez que o art.153.º do Código Civil esclarece que não se considera coação a ameaça do exercício normal de um direito, isto é, somente existe a coação se houver ilegalidade do teor da ameaça”¹⁵¹.

Em decisão magistral sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal Brasileiro assentou o entendimento de que o requisito de validade do acordo no âmbito criminal, consiste na liberdade de decidir o que é melhor para si, o que não se confunde com a liberdade de deambulação¹⁵²

¹⁴⁷ ALBERGARIA, Pedro Soares de - **Plea Bargaining. Aproximação à justiça negociada nos E.U.A.** Coimbra: Almedina, p.81.

¹⁴⁸ D'URSO, Luiz Flávio B - Delação Premiada: proibição para quem está preso. **Revista Magister de Direito Penal e Processo Penal**, p.65-66;

¹⁴⁹ BORRI, Luiz Antônio. Delação Premiada do investigado/acusado preso cautelarmente: quando o Estado se transfigura em criminoso para extorquir a prova do investigado. **Boletim IBCCRIM**, p.8.

¹⁵⁰ LEMOS, Bruno E.; CALDEIRA, Felipe M - **Delação premiada de acusado preso**. In: ESPINERA, Bruno; CALDEIRA, Felipe (org), p.88.

¹⁵¹ SUXBERGER, Antônio H. G.; MELLO Gabriela S. J. V - A voluntariedade da colaboração premiada e sua relação com a prisão processual do colaborador. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**. Porto Alegre, v.3, n.1, jan/abr.2017, p.206.

¹⁵² “Destaco que o requisito de validade do acordo é a liberdade psíquica do agente, e não a sua escolha com liberdade (liberdade psíquica), e não necessariamente em liberdade, no sentido de liberdade física. Portanto, não há nenhum óbice a que o acordo seja firmado com imputado que esteja custodiado, provisória ou definitivamente, desde que presente a voluntariedade dessa colaboração. Entendimento em sentido contrário, importaria em negar injustamente ao imputado preso a possibilidade de firmar acordo de colaboração e de obter sanções premiais por seu cumprimento, em manifesta vulneração ao princípio da isonomia”. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - HC

¹⁵³. Portanto, não há óbice legal que impeça a realização de acordo seja com acusados custodiados ou soltos, desde que presente a voluntariedade na firmação do acordo.

Importante esclarecer que a realização de acordos penais, por regra¹⁵⁴, faz com que cessem os motivos que ensejaram a prisão cautelar e, por conseguinte, impõe-se a concessão de liberdade provisória, face à cooperação do acusado que afasta o *periculum libertatis*. Ocorre que nos acordos sobre sentença penal esta premissa deve ser analisada sobre outra ótica, porquanto, nem sempre acarretará em imediata liberdade, uma vez que pode continuar sendo necessária a segregação, alterando-se apenas o tipo de prisão.

Afinal, com a firmação do acordo, após efetiva cooperação com a justiça, de fato fazem desaparecer o *periculum libertatis*, mas como se trata de acordo sobre sentença, pode ser que as partes negociem uma pena de prisão de tempo menor, com a detração do período em estava preso cautelarmente, mas que ainda seja necessária à sua manutenção no cárcere para completar o tempo de pena acordado. Neste caso, apenas estará mudando o *status* da prisão, que deixará de ser uma prisão cautelar, portanto, provisória, para a prisão com caráter definitivo, por tratar-se de prisão decorrente de sentença penal, ainda que acordada. Logo, em sede de sentença penal negociada, não prevalece a regra de que a realização do acordo de pessoa presa garante, automaticamente, a concessão da liberdade, visto que é a partir dos termos do acordo que se cogitará o tipo de pena a ser cumprida. Portanto, se for acordado apenas alguma pena restritiva de direito, que enseja a liberdade, o acusado alcançará o *status libertatis* para conseguir cumprir sua pena, contudo, se for negociada uma pena privativa de liberdade de menor tempo, o mesmo continuará no cárcere, visto que este tipo de pena exige, necessariamente, o cerceamento da liberdade.

O mesmo raciocínio deve prevalecer em relação ao caminho inverso, isto é, havendo descumprimento do acordo, isto não ensejará, por si só e automaticamente, o retorno ao cárcere. Será necessário cogitar-se, em cada caso, a extensão e intensidade do descumprimento do por

127.483/PR. [Em linha]. Tribunal Pleno, Rel. Min. Dias Toffoli. (2015-08-27), p.32. [Consult.18jul2021]. Disponível na internet: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo796.htm>>.

¹⁵³ Entendimento semelhante: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - **RHC 76.026/RS.** [Em linha]. 5ª turma, Rel. Min. Felix Fisher, (2016-10-06), p.12. [Consult.18jul2021]. Disponível na internet: https://www.stj.jus.br/docs_internet/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprudencia%20em%20Teses%20197%20-%20da%20Colaboracao%20Premiada%20V.pdf>.

¹⁵⁴ Em sentido contrário já se posicionou o Superior Tribunal de Justiça afirmando, em sede de julgamento de acordo de colaboração premiada que “a colaboração premiada não elide, automaticamente, a necessidade de custódia cautelar, embora em certos casos, tal acordo possa mitigar o risco à ordem pública, à instrução criminal ou à aplicação da lei penal”. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - **RHC 79.103/RS.** [Em linha]. 5ª turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, (2017-04-04), p.1-2. [Consult.18 Jul. 2021]. Disponível na internet: <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:superior.tribunal.justica;turma.5:acordao;rhc:2017-04-04;79103-1609232.>>).

parte do réu dos termos do acordo. Assim, nos casos em que o descumprimento se mostre relevante, demonstrando um comportamento tíbio por parte do réu, estarão, ao nosso sentir, revigorados os motivos ensejadores da prisão cautelar, por outro lado, se o descumprimento do acordo se deu por razões menores ou até mesmo por circunstâncias alheias à vontade do acusado, não vislumbra-se motivos para a retomada da prisão.

Como ainda não há previsão legislativa da sentença penal negociada tanto no Brasil, como em Portugal, logo, não há jurisprudência sobre o tema, porém, em decisões sobre outro tipo de acordo penal, no caso, acordo de colaboração premiada, a Suprema Corte brasileira tem entendido que não há “relação necessária entre a celebração ou descumprimento do acordo e a prisão preventiva, de modo que o descumprimento do acordo ou a sua frustração na sua realização, isoladamente, não autorizam a imposição da segregação cautelar”¹⁵⁵. Seguindo o mesmo raciocínio, eventual descumprimento do acordo não implica, automática e diretamente no ressurgimento dos motivos ensejadores da prisão cautelar.

Neste diapasão, conclui-se que a voluntariedade não está relacionada, tampouco resta afetada com o *status libertatis* do acusado.

A inteligibilidade do acusado em realizar um acordo sobre sua sentença penal é um dos pontos mais sensíveis no plano prático.

Este requisito exige informação integral e compreensão plena, por parte do acusado sobre todas as questões atinentes ao acordo, sobre sua situação no processo, conhecimento acerca das provas já produzidas, quanto aos seus direitos, em relação a todas as cláusulas e, especialmente, sobre as implicações da sua aceitação, a fim de evitar que o acusado seja, de qualquer forma ludibriado ou que tome uma decisão, sem o conhecimento integral e amplo de suas condições e consequências da sua decisão.

A inteligibilidade pressupõe que o arguido e seu advogado deverão ter ciência do inteiro teor dos autos antes de decidirem pela aceitação do acordo¹⁵⁶, isto é, deverão conhecer as acusações a ele imputadas, com a descrição precisa dos fatos típicos, além dos elementos de informação, indícios e eventuais provas já existentes que possam embasar sua futura condenação.

¹⁵⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - **HC 138.207/PR**. [Em linha]. 2ª Turma, rel. Min. Edson Fachin, (2017-04-25). [Consult.18 Jul. 2021]. Disponível na internet: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/769812320/inteiro-teor-769812330>>.

¹⁵⁶ O manual ENCCLA determina para os acordos de colaboração premiada: “As autoridades responsáveis pela investigação dever informar ao colaborador, na presença de seu defensor: a) O seu direito Constitucional ao silêncio; b) A colaboração implicará renúncia a esse direito e compromisso legal de dizer a verdade; c) Os benefícios previstos em lei; d) As informações devem ser completas, verdadeiras e úteis, do contrário, não terá direito ao benefício”. (ENCCLA – **Manual Colaboração Premiada**. [Em linha]. Brasília, 2014. [Consult.28 jun. 2022]. Disponível na internet: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/dados-da-atuacao/eventos-2/eventos-internacionais/conteudo-banners-1/enccla/restrito/manual-colaboracao-premiada-jan14.pdf/view>>.

Além disto, a inteligibilidade exige que o acusado tenha total compreensão das consequências do acordo sobre sua sentença, o que deve abranger não apenas a ciência acerca da sanção que será imposta, no que tange às obrigações e benefícios, mas sobretudo em relação aos reflexos da mesma, como suas implicações em outras áreas do direito, como na seara cível e administrativa.

Também se depreende da inteligibilidade que o acusado conheça os seus direitos que estão sendo exercidos, assim como aqueles em que está deixando-os de exercer no caso concreto, como por exemplo, o direito ao silêncio.

Importante que a certificação da inteligibilidade se dê na presença do juiz, tal como ocorre no modelo norte americano.¹⁵⁷ Neste momento, o juiz deve se dirigir direta e pessoalmente ao acusado a fim de questioná-lo sobre a veracidade dos fatos imputados e, eventual admissão da sua culpa além de, principalmente e antecipadamente, adverti-lo quanto aos seus direitos de, querendo, persistir na não admissão de culpa, no direito de ser julgado segundo o procedimento tradicional, no seu direito de não autoincriminar-se, na garantia de ser assistido por advogado da sua confiança ou defensor público, do direito de renunciar direitos e, sobretudo, das consequências de tal renúncia.

O juiz deve ainda, explicar sobre todas as questões da apenação, no caso, o tipo de pena, parâmetros, possíveis causas de aumento, etc. e, também, sobre as consequências acessórias da sentença condenatória, como a reparação à vítima, custas processuais, perda de bens, perda dos poderes políticos, etc.

De igual sorte, o magistrado também deve esclarecer o acusado sobre a renúncia a eventual direito de recorrer diretamente, através do recurso de apelação ou indiretamente, através da interposição da ação constitucional do *Habeas Corpus*.

O magistrado também deverá aferir se o acusado tem ciência do direito da acusação de usar contra o acusado qualquer afirmação que faça, bem como sobre a natureza de cada acusação sobre a qual o acusado está proferindo declaração.

Além disto, o juiz deve alertar o acusado que caso seja homologado os termos pactuados no acordo, estes serão adotados no julgamento, contudo, acaso rejeitados, abrirá ao acusado, nova oportunidade de retratar-se a declaração de culpa.

Merece destaque a divergência jurídica quanto à extensão dos limites da jurisdição, no caso de o juiz entender por não homologar o acordo. Há quem entenda que o juiz, ao recusar a

¹⁵⁷ Para certificar a inteligibilidade, o modelo norte americano exige a realização do colóquio o qual é momento crucial do sistema de garantias para a fase de admissão da culpa, que deve ser ritualisticamente cumprido, sob pena de nulidade do acordo.

homologação, seja por entender que há alguma cláusula ilegal ou por ausência de voluntariedade, poderá adequar o acordo. Outra parcela da doutrina entende que o juiz se submete ao princípio da discricionariedade regrada, de modo que uma vez protocolado o acordo e preenchidos requisitos objetivos e subjetivos, não resta alternativa ao julgador, se não a homologação¹⁵⁸. E, ainda, há os que entendem no sentido de que o julgador deve sempre homologar o acordo, salvo, em situações excepcionalíssimas, mormente no bojo de um processo penal de modelo acusatório, onde o Ministério Público é *dominus litis*¹⁵⁹.

Em nosso sentir, entendemos que o magistrado poderá recusar a homologação do acordo somente quando este não atender aos requisitos legais, não podendo adequá-los, podendo, no máximo, determinar às partes a correção de algumas imprecisões, sempre ouvindo as mesmas previamente, neste caso, sob pena de estar se sobrepondo à vontade das partes, desvirtuando o caráter negocial do instituto. Afinal, o arguido não estará obrigado a conformar-se com eventuais ajustes propostos pelo magistrado, especialmente se esses ajustes de algum modo agravarem sua situação.

Ademais, eventual adequação do acordo por parte do magistrado que vá além da observância das formalidades legais, pode caracterizar grave violação da imparcialidade do juiz e, quiçá usurpação das funções acusatórias, visto que o sistema acusatório, previsto no Brasil e o sistema misto, previsto em Portugal, ambos consagram o Ministério Público como titular único e responsável pela acusação pública.

Desse modo, o julgador não pode intervir diretamente, em oposição à vontade das partes, especialmente nos benefícios propostos. Se de algum modo forem ilegais, seja por serem inconstitucionais ou, ainda, por não possuírem previsão legislativa, o acordo deverá ser recusado na integralidade e, as partes deverão ser intimadas para eventuais emendas e/ou elaboração de outro acordo, para submissão da nova proposta ao Poder Judiciário. Toda e qualquer alteração de conteúdo, somente é possível se for devidamente e expressamente ratificada pelas partes¹⁶⁰.

Por outro lado, se o magistrado entender que os prêmios são desproporcionais ao caso concreto, o mesmo nada poderá fazer ou, segundo alguns autores, por analogia a outros institutos, poderá

¹⁵⁸ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista - **Crime Organizado. Comentários à nova lei sobre o Crime Organizado (Lei nº12.850/13)**, p.72

¹⁵⁹ SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da - **Curso de Direito Processual Penal: teoria (constitucional) do processo penal**, p52.

¹⁶⁰ MENDRONI, Marcelo. Batlouni - **Comentários à Lei de Combate ao Crime Organizado. Lei n.º12.850/13**, p.45-46.

aplicar o art.28.º, §5 do CPP Brasileiro¹⁶¹, o qual determina o envio do caso ao Procurador Geral de Justiça, se o magistrado discordar com a postura do promotor, face à imposição do sistema acusatório¹⁶².

No Brasil, a jurisprudência tem caminhado no sentido de que a homologação judicial constitui mero fator de atribuição de eficácia, sem a qual, o acordo existe, contudo não é eficaz, logo, não produzirá os efeitos jurídicos esperados pelas partes¹⁶³.

Importante destacar, também, que a decisão não homologatória deve ser passível de impugnação pelas partes prejudicadas¹⁶⁴. Afinal, a decisão não homologatória, ainda que meramente formal, não deixa de ser um ato judicial relevante, e como tal, produz efeitos jurídicos que podem ser objeto de discussão em sede recursal.

Em contraposição, a decisão de homologação do acordo não seria impugnável, haja vista que faltaria às partes, justa causa para irrisignação a justificar a interposição de um recurso¹⁶⁵.

1.10. Papel da Defesa do acusado

A defesa do acusado é aquela exercida por profissional da advocacia, dotado de capacidade técnica e capacidade postulatória¹⁶⁶, podendo ser exercida por advogado constituído, nomeado

¹⁶¹ Art.28.º, §5, do CPP: se o juiz considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições 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.

¹⁶² GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo R - **Organizações Criminosas e técnicas especiais de investigação**, p.323.

¹⁶³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - **HC 127.483/PR**. [Em linha]. Tribunal Pleno, rel. Min. Dias Toffoli, (2015-08-27). [Consult. 24 jun. 2022]. Disponível na internet: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo796.htm>>.

¹⁶⁴ Conforme Manual do ENCCLA, “a decisão negativa de homologação sempre desafiará recurso tanto pelo Ministério Público como defesa”. (ENCCLA – **Manual Colaboração Premiada**. [Em linha]. Brasília, 2014. [Consult.28 jun. 2022]. Disponível na internet: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/dados-da-atuacao/eventos-2/eventos-internacionais/conteudo-banners-1/enccla/restrito/manual-colaboracao-premiada-jan14.pdf/view>>.

¹⁶⁵ “No sistema português, a confissão pressupõe provados os fatos nela constantes, conforme se verifica do art.344.º, n.2, a, do Código de Processo Penal Português. Assim, o recurso somente poderia versar sobre os fatores que podem afetar a validade da confissão, bem como em relações a questões relativas às qualificações jurídicas aplicadas e às sanções, dentro daquilo que possa ter escapado aos limites máximos e mínimos estabelecidos no acordo”. (DIAS, Jorge de Figueiredo - **Acordos sobre a sentença em processo penal: o “fim” do Estado de direito ou um novo “princípio”**, p.96)

¹⁶⁶ “Não se admite que a defesa técnica seja exercida por advogado suspenso por ato disciplinar da Ordem dos Advogados do Brasil, sob pena de se reputar violado do direito à ampla defesa, efetiva e real, assegurado na Constituição Federal a todos os acusados”. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - **HC 85.717/SP**. [Em linha]. 2ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, (2007-10-09). Informativo n.º 483 do STF. [Consult.21jul 2021]. Disponível na internet: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3993379>>. “Reconhecendo a nulidade de processo em virtude da ausência de defesa técnica pelo fato de os atos terem sido praticados por advogado cuja inscrição estava suspensa na OAB”. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - **HC 110.271/ES**. [Em linha]. 1ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, (2013-06-27). [Consult. 21 jul. 2021]. Disponível na internet: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo712.htm>>.

ou defensor público, em todos os atos do processo e, até mesmo em atos que precedem a ação penal, como no acompanhamento em fase inquisitorial.

É indispensável, irrenunciável e inegociável o acompanhamento de defensor técnico ao arguido em todos os momentos, desde os primeiros atos de negociação até as etapas finais, após o sentenciamento.

A indicação e presença de advogado constituído ou de defensor público, trata-se de condição inexorável para proteger a voluntariedade e a inteligibilidade sobre todas condições, termos e informações do acordo por parte do acusado, garantindo a este o consentimento livre.

Há quem diga que se trata de “dupla garantia”¹⁶⁷ que deve permear os acordos no processo penal, de modo que se exige tanto a voluntariedade do acusado, como a anuência do advogado. O inafastável acompanhamento ativo do advogado em todos os momentos do acordo sobre a sentença penal tem por intuito assegurar a regularidade do mecanismo negocial. Desse modo, ainda que o acusado tenha inequívoca vontade de confessar o delito, independentemente da pena que lhe será atribuída, ainda assim não é permitida a realização de negociações ou a formalização do acordo sem a presença de advogado.

Aliás, a precariedade da atuação do profissional da advocacia em defender o acusado é causa de nulidade assim reconhecida pela Suprema Corte Brasileira¹⁶⁸, cabendo ao Ministério Público e ao juiz, o dever de fiscalizar a atuação defensiva do advogado.

Questão intrigante ocorre quando há conflito de interesse entre a vontade do acusado e a vontade de seu defensor. De início, é importante ressaltar que a relação de confiança entre advogado e cliente está além do campo meramente jurídico, razão pela qual não abordaremos este ponto nesse trabalho, por escapar a qualquer tese jurídica. Todavia, é de extrema relevância destacar que a decisão final sobre acordar ou não é da pessoa diretamente impactada e maior interessada, no caso, o arguido. De modo que o papel do advogado/defensor público é de auxiliar, visando esclarecer todas as dúvidas, respondendo todos os questionamentos, apontando as consequências de cada opção, e, por fim, orientando a melhor escolha, contudo, a decisão final entre realizar o acordo e, por conseguinte, confessar o delito é do arguido. Nesse passo, entendemos que o acusado deve estar presente em todos os atos da negociação do acordo,

¹⁶⁷ FERNANDES, Antonio Scarance - **Teoria Geral do Procedimento e O Procedimento no Processo Penal**, p.283.

¹⁶⁸ Súmula 523, STF: “no processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prejuízo para o réu”. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - **Súmula 523**. [Em linha]. [Consult. 21jul. 2021]. Disponível na internet: <<https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=30&sumula=2729>>).

devendo ser absolutamente proibida qualquer audiência, reunião ou encontro entre o membro do Ministério Público e o advogado sem a ciência do acusado.

Neste diapasão, temos que a presença ativa do advogado é indispensável para a proteção do acusado, mas não pode substituir o poder de decisão do mesmo.

1.11. Perfil do Investigado. Existe direito subjetivo ao acordo da sentença penal?

O perfil do investigado que se dispõe à negociação é aquele que, ao tomar conhecimento da investigação contra si, demonstra, de forma expressa e direta seu intuito de confessar sua atuação ilícita, em colaborar com a persecução penal, além de negociar sua responsabilidade com a finalidade de acelerar a marcha processual, diminuindo, com isso, o dano à imagem e à perturbação da paz mental decorrentes do peso processual e com vontade de iniciar o cumprimento da sanção que foi proposta.

Muito já se discutiu acerca de um suposto direito subjetivo do acusado ao acordo em sede de justiça criminal negocial no ordenamento jurídico brasileiro.

Com já afirmado anteriormente, o ordenamento jurídico brasileiro possui quatro institutos de natureza negocial, na seara criminal, a saber: a) a transação penal, no âmbito dos Juizados Especiais Criminais; b) a suspensão condicional do processo; c) a colaboração premiada e d) acordo de não persecução penal.

A cada inovação legislativa que introduz mais uma modalidade de acordo em matéria criminal, volta à tona o questionamento acerca da existência ou não do direito subjetivo do acusado sobre a temática.

A celeuma gira em torno da hipótese do acusado ter ou não o direito ao acordo, nos casos em que o mesmo atendesse a todas as condições previstas em lei e o Ministério Público ficasse inerte ou negasse tal possibilidade. Em outras palavras, se a proposta dos referidos institutos penais representa mera discricionariedade do órgão acusador, cuja vontade seria livre para impedir sua realização.

Há quem entenda que nos casos de inércia do órgão acusador em propor o acordo, o julgador poderia aceitar pedido exclusivo da defesa, acatando ou não a proposta elaborada exclusivamente pela defesa e proceder a homologação, se concordasse com os termos. Essa parcela da doutrina que entende ser insustentável prevalecer a discricionariedade do órgão acusador para esses casos, por violar o princípio da legalidade, além de propiciar campo fértil para arbitrariedades e tratamentos desiguais ao acusado¹⁶⁹.

¹⁶⁹ LEITE, Rosimeire Ventura - **Justiça consensual e efetividade do processo**, p.133.

Entretanto, com acerto, a posição que prevalece na jurisprudência é aquela que entende que a proposta de acordo é ato discricionário do órgão acusador, que deverá analisar a conveniência da proposta no caso concreto e, em caso de inércia do Ministério Público, impõe-se a aplicação do art.28.º, do CPP, o qual determina o envio do caso ao Procurador-Geral de Justiça, se o magistrado discordar da postura do promotor¹⁷⁰.

É impensável e até teratológico permitir que acordos penais sejam realizados sem a participação do Ministério Público. Seria o mesmo que permitir a celebração de acordos, que indelevelmente exigem a participação de pelo menos duas partes¹⁷¹, em acordos de uma parte só, em total desconstrução da natureza jurídica do instituto.

Além do mais, violaria o sistema acusatório, que tem por desiderato não somente reafirmar a titularidade da ação penal ao Ministério Público, como também, em última análise, garantir a imparcialidade do juiz.

Neste ponto Vinícius Vasconcellos e Bruna Capparelli afirmam que é importante relembrar o modelo italiano, o *patteggiamento*, já citado anteriormente, onde há uma certa “limitação à discricionariedade do acusador pela imposição ao promotor da obrigação de justificar a sua recusa, a fim do magistrado verificar se a causa é ilegítima”¹⁷².

No entanto, na esmagadora maioria dos países que adotam os acordos penais em seus sistemas jurídicos, inclusive nos Estados Unidos, berço do *plea bargaining*, segue o caminho no sentido de prestigiar cada dia mais o Ministério Público, aumentando o seu poder discricionário.

De fato, aos Promotores de Justiça e aos Procuradores da República nos Estados Unidos é conferida ampla discricionariedade para escolherem inclusive os casos que pretendem atuar, cujo custo-benefício na apuração e processamento compensem para a sociedade e para o Estado. A propósito, a concessão de ampla discricionariedade acusatória ao membro do Ministério Público estadunidense, tanto na seara federal, quanto no âmbito dos Estados, decorreu em muito da postura do próprio Poder Judiciário, que respaldou esse entendimento desde muito cedo¹⁷³.

¹⁷⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. Et. Al - **Juizados Especiais Criminais: comentários à Lei n.º 9.099, de 26.09.1995**, p.155.

¹⁷¹ Em relação ao número de partes os acordos podem ser bilaterais (duas partes) ou multilaterais (mais de duas partes).

¹⁷² VASCONCELLOS, Vinícius G.; CAPPARELLI, Bruna - Barganha no processo penal italiano: análise crítica do *patteggiamento* e das alternativas procedimentais na justiça criminal. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, jan-jun. p.446. Disponível na internet: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/16880>>.

¹⁷³ Yue Ma ensina que: “Os promotores norte-americanos, contudo, são praticamente os únicos a contar com uma discricção demasiadamente ampla e em grande parte livre de controle (...) A autoridade do promotor norte-americano para tomar decisões quanto à acusação, por outro lado, não está sujeita nem ao reexame judicial, nem à contestação da vítima. O judiciário norte-americano adotou uma abordagem extremamente deferencial em relação à tomada da decisão acusatória”. MA, Yue - **Explorando as origens da ação penal pública na Europa e nos Estados Unidos**, p.34.

Inúmeros são os precedentes judiciais referendando a discricionariedade absoluta do Ministério Público para realização de acordos penais com o réu. A título de exemplo, citamos o caso *Commonwealth v. Wheeler*, em decisão proferida em 1806, pelo Tribunal de Massachusettes, que deixava claro que o poder de apresentar um *nolle prosequi*, que é um instituto do *Common Law*, utilizado pelo *Attorney General* inglês, que lhe conferia o poder absoluto de extinguir uma ação penal sem necessidade de fundamentação, deve ser exercido conforme a discrição do promotor que inicia a ação em nome do governo, e por esse exercício apenas ele é o responsável¹⁷⁴.

Da mesma forma, o Tribunal de Recursos do Estado de Illinois, no caso *People v. Tabash*, de 1882, decidiu que o promotor está dotado por lei de uma ampla discrição para processar infratores da lei. Ele tem autoridade para promover ações penais públicas, conforme as informações de que dispuser, e de descontinuí-las quando, de acordo com seu próprio julgamento, os fins da justiça forem alcançados¹⁷⁵.

A Suprema Corte norte-americana tem referendado continuamente a discricionariedade dos membros do Ministério Público Federal, como nos casos *United States v. Chemical Foundation* (1926), *United States v. Goodwin* (1982) e *Wayne v. United States* (1985). Basicamente a Corte Suprema decidiu que os tribunais não devem interferir nas tomadas de decisão dos membros do Ministério Público, chegando a firmar o entendimento no sentido de que: “Desde que o Promotor tenha motivos plausíveis para acreditar que o acusado cometeu um crime definido em lei, a decisão de promover ou não a ação penal, bem como a decisão de qual acusação formular ou levar ao júri de acusação, em geral, cabe inteiramente à sua discrição”¹⁷⁶.

Como visto, não se pode admitir institutos ou interpretações jurídicas que tenham a pretensão de retirar do Ministério Público a postulação privativa da ação penal pública, a exclusividade como órgão acusador e parte processual que atua, inclusive, como garante de direitos individuais e sociais indisponíveis.

Além disto, o promotor deve analisar com cuidado a vida pregressa, isto é o histórico criminal do acusado, antes de propor eventual acordo. Trata-se do requisito subjetivo, pelo qual o Ministério Público pode recusar a formulação de propostas de acordo ao acusado contumaz, para evitar que o instituto da sentença penal negociada resulte numa afronta ao dever de proteção da sociedade, com a pecha de ser considerado um mecanismo extremamente leniente

¹⁷⁴ *Idem* – *Ibidem*.

¹⁷⁵ *Idem* – *Op. Cit.* p.35.

¹⁷⁶ *Idem* - *Op. Cit.* p.36.

e complacente com a criminalidade, não servindo para punir, tampouco para prevenir que novos delitos ocorram.

Desse modo, o promotor deve verificar se o acusado, por exemplo, já foi beneficiado com outro acordo anteriormente e não cumpriu, se atua com reincidência específica em determinado tipo de crime, analisar a sua disposição para assumir a responsabilidade por seus atos, se há arrependimento, ou pelo menos algum esforço no sentido de compensar a vítima pelo dano que causou a mesma, etc. para evitar que o mesmo assine mais um acordo que não iniba o recidivismo.

Há, ainda, outras questões de cunho subjetivo que o Promotor deve levar em consideração antes formular a proposta de acordo. O promotor deve ponderar a natureza e gravidade do delito. Por vezes, o bem jurídico violado, por si só, não indica o acordo como a melhor solução. São os casos em que o delito ofende a segurança nacional, como a prática de terrorismo, por exemplo, quando ofende direitos constitucionais, bem jurídico coletivo, ou, ainda, quando há notório interesse público no julgamento, porquanto há casos em que é particularmente importante que haja julgamento segundo o procedimento tradicional para permitir à sociedade a possibilidade de acompanhar o julgamento, fase a fase, comprovando, por meio do contraditório exaustivo, a exata natureza do mal cometido pelo acusado e, transpassar, ao final, a sensação de que a “justiça foi feita”. Os acordos penais nesses casos não são bem vindos porque, de certo modo, excluem a participação da sociedade no acompanhamento do julgamento e isto poderia gerar uma frustração coletiva, acarretando detrimento da confiança da população no sistema de justiça criminal.

Além disto, o promotor deve verificar acerca da conveniência da pronta e certa resolução do caso, isto é, considerar a tempestividade da proposta de acordo, porquanto que uma proposta feita às vésperas do julgamento não representa vantagem do ponto de vista de economicidade dos recursos públicos. Neste ponto, entendemos que o promotor deve esclarecer a defesa sobre sua intenção de propor o acordo no início do processo, logo após o oferecimento da denúncia e fixar uma data limite para a resposta quanto à aceitação ou não.

Assim, vários são os fatores a serem considerados frente à possibilidade de repetição da conduta ilícita que devem ser analisados para saber da conveniência da celebração do acordo, concluindo, portanto, que o acusado não possui direito subjetivo à proposta de acordo.

1.12. Ministério Público: negociador da paz social

Em termos constitucionais, o Ministério Público é instituição fundamental de acesso à justiça¹⁷⁷ e titular privativo da ação penal. Nesta condição, o Ministério Público detém parcela significativa do poder do Estado, sendo, portanto, responsável pela concretização da política criminal que adota, visto que decide, de forma privativa, a existência ou não de interesse público na persecução penal.

No Brasil, foi a CF/88, que introduziu no Ministério Público brasileiro um novo perfil constitucional, com compromissos e desafios importantes, onde não lhe cabe mais a pecha de ser demandista ou mero parecerista. A CF/88 ampliou sua legitimidade e impôs uma releitura de sua atuação, tanto na esfera jurisdicional, como na extrajudicial, para que assumisse o papel de protagonista na resolução de controvérsias e conflitos ligados as mais diversas áreas de sua atribuição constitucional, mormente, através do diálogo e do consenso¹⁷⁸.

Para bem exercer esta postura resolutiva, a negociação é técnica indispensável para ampliar e legitimar essa nova dimensão constitucional do Ministério Público, como órgão garantidor de direitos fundamentais.

Este novo papel do Ministério Público também se verifica em países mais desenvolvidos, onde a prática da resolução consensuada na esfera penal acontece por mais tempo. A título meramente exemplificativo, países como os Estados Unidos, Alemanha, Inglaterra, França e diversos outros¹⁷⁹, de diferentes sistemas jurídicos, em todos, a legitimidade para transigir sobre *jus puniendi*, em instrumentos de justiça negocial/premial, como a colaboração premiada e a transação penal, é exclusiva do Ministério Público.

Continuando a análise do direito comparado, verifica-se que o Ministério Público é o grande protagonista do *plea bargain* com o poder, inclusive quanto à fixação das penas nas decisões, com base no *Federal Sentencing Guidelines*, que “delimita a discricionariedade da sentença, com o objetivo de evitar-se o tratamento diferenciado em situações assemelhadas, notadamente

¹⁷⁷ O Ministério Público brasileiro passou a ser, a partir da CF/88, uma instituição de promoção social, com atribuições constitucionais para atuar em todas as áreas relacionadas com a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Essas diretrizes constitucionais demonstram a importância da preocupação com legitimação social do Ministério Público como instituição de acesso à justiça.

¹⁷⁸ Art.129.º, CF.

¹⁷⁹ FIGUEIRÊDO. Laíla - **Modelos de justiça negociada no âmbito do processo penal nos Estados Unidos da América, Inglaterra, França e Alemanha**. [Em linha]. 2019. [Consult. 12 ago. 2021]. Disponível na internet: <<https://jus.com.br/artigos/72655/modelos-de-justica-negociada-no-ambito-do-processo-penal-nos-estados-unidos-da-america-inglaterra-franca-e-alemanha>>.

a partir de penas mínimas obrigatórias, o que ensejou o fortalecimento do Ministério Público frente à atuação judicial¹⁸⁰”.

Não há dúvidas de que existe uma relação indissolúvel entre o Direito Penal e Política Criminal. Foi Claus Roxin quem por primeiro destacou esta relação entre o Direito Penal e a Política Criminal, em uma conferência proferida em Berlim, em meados de maio de 1970 e, posteriormente, assentou tal pensamento em sua obra “Política Criminal e Sistema Jurídico Penal” (*Kriminalpolitik und Strafrechssystem*)¹⁸¹, passando a incuti-lo sobre a ciência jurídico-penal alemã, com repercussão em todo mundo jurídico, ao afirmar, que é através do Direito Penal que a finalidade jurídico-penal se realiza, sendo, portanto, impossível realizar a separação entre a construção dogmática e uma política criminal adequada¹⁸².

É com essa percepção funcionalista do Direito Penal, onde a atuação criminal está vinculada aos ideais políticos criminais insertos no sistema, que proporcionou ao Ministério Público uma nova feição e uma nova função enquanto grande protagonista da persecução penal. Aliás, os membros do Ministério Público, na condição de agentes políticos¹⁸³ possuem o dever funcional de elencar as diretrizes de sua atuação na persecução penal, segundo a política criminal que pretende priorizar.

Com este novo perfil constitucional, o Ministério Público passou a adotar uma postura mais resolutiva, tornando-se o principal negociador da paz, na busca pela resolução consensual das controvérsias, conflitos e problemas. Com isso, o *Parquet* brasileiro rompeu com o modelo tradicional da ciência e da práxis do direito, com traços do modelo de Coimbra e ampliou seus horizontes e capacidade de atuação transmutando-se de “*custos legis*” para “*custos societatis*”, como guardião dos direitos fundamentais da sociedade e “*custos juris*”, como guardião do ordenamento jurídico, na defesa jurídico-prática da democracia¹⁸⁴.

Seguindo esta tendência, no moderno processo penal, o Ministério Público não apenas investiga ou supervisiona a investigação criminal para, então promover a acusação em juízo, buscando a

¹⁸⁰ *Federal Sentencing Guidelines* foi criado pela *Sentencing Reform Act* de 1984.

¹⁸¹ Sobre essa evolução e a relação entre Direito Penal e Política Criminal apontamos as lições de MUNÖZ CONDE. F. Edmund Mezger - **E o Direito Penal de seu tempo – Estudos sobre o Direito Penal neo Nacional-Socialismo**, p.01-100.

¹⁸² ROXIN, Claus - **Política Criminal y sistema del Derecho Penal**, p.101-102.

¹⁸³ Conforme assenta a clássica lição de MEIRELLES, “os agentes políticos exercem funções governamentais, judiciais e quase-judiciais, elaborando normas legais, conduzindo os negócios públicos, decidindo e atuando com independência nos assuntos de sua competência. São as autoridades públicas supremas do Governo e da Administração na área de sua atuação, pois não estão hierarquizadas, sujeitando-se apenas aos graus e limites constitucionais e legais de jurisdição. Em doutrina, os agentes públicos têm plena liberdade funcional, equiparável à independência dos juízes nos julgamentos (...)”. (MEIRELLES, Hely Lopes - **Direito administrativo brasileiro**, p.70.

¹⁸⁴ MACHADO, Antônio Alberto - **Ministério Público: democracia e ensino jurídico**, p. 197.

condenação, na condição tradicional de mero demandista, transferindo para o Poder Judiciário a resolução dos problemas sociais. Atualmente, sua atuação vai além, até porque o sobrecarregado Poder Judiciário não é capaz de dar vazão a quantidade de demandas que lhe são distribuídas diariamente.

Neste diapasão, o novo perfil do Ministério Público é no sentido de um Ministério Público resolutivo, que negocia acordos penais, promove direitos e zela pelo fiel cumprimento das leis, dos tratados e da Constituição, transformando-se em um grande intermediador e pacificador da conflituosidade social, além de proponente de políticas públicas.

1.12.1. Legitimidade exclusiva do Ministério Público para propor o negócio jurídico criminal

A Constituição da República Brasileira dispôs sobre a normatização básica de regência do Ministério Público no Título IV, Capítulo IV, que trata das Funções Essenciais à Justiça. O art.129.º, I, da Constituição do Brasil¹⁸⁵ e a mera repetição prevista no art.25.º, III, da Lei n.º8.625/93, segundo a qual dispõe que é atribuição do Ministério Público promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei, não deixam dúvida que esta regra constitucional não depende de integração pela norma infraconstitucional, restando a esta apenas definir o respectivo processamento a ser seguido, o que explica a expressão na forma da lei.

A propósito, é bom frisar que a Constituição somente previu a legitimação concorrente para a propositura de ações civis, excluindo essa possibilidade nas ações penais públicas.

Desse modo, a interposição privativa da ação penal, como projeção da soberania estatal, é atribuição do Ministério Público que se confunde com a sua própria existência. Esta prerrogativa encontra-se presente em todos os países que adotaram esse modelo institucional do *Parquet* como o único órgão acusador, logo não restam dúvidas quanto à legitimidade do membro do Ministério Público para a realização de acordo penais. Afinal, se o *Parquet* é o titular da ação penal, nos termos do art.129.º, I, da Constituição Federal, sendo a única instituição cuja função é promover privativamente a ação penal pública, na forma da lei, é, portanto, o Ministério Público o único agente público que pode propor a ação penal, por decorrência lógica, é o único que pode dela dispor, negociando diminuição de penas e se

¹⁸⁵ Art.129.º, da CF: “São funções institucionais do Ministério Público: I-promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; (...)”.

comprometendo oficialmente, em nome do Estado, acerca do cumprimento das cláusulas negociadas no acordo.

2. CONFORMIDADE JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA CONFISSÃO COMO ÚNICO MEIO DE PROVA NA SENTENÇA PENAL NEGOCIADA

A confissão pode ser conceituada como a concordância, por parte do acusado, dos fatos a ele imputados. Em outras palavras, é a admissão da prática da infração penal por aquele a quem a ela é imputada.

Para José Frederico Marques, “a confissão também é conhecida como testemunho duplamente qualificado, porquanto que do ponto de vista objetivo recai sobre fatos contrários ao interesse de quem confessa; e do ponto de vista subjetivo, porque provém do próprio acusado, e não de terceiro”¹⁸⁶.

No processo penal, a confissão tem natureza jurídica de meio de prova, vez que é um dos instrumentos disponíveis para que o magistrado possa se basear para proferir a sentença. Neste tópico serão abordados os limites, reflexos e valor probatório da confissão como único meio de prova no âmbito da justiça consensuada.

2.1. Perda, Limites ou renúncia aos Direitos Fundamentais?

A reflexão sobre este assunto exige, primeiramente, que se busque o conceito de direitos fundamentais, para, posteriormente, realizar uma abordagem epistêmica sobre a possibilidade de renúncia aos direitos fundamentais.

Os doutrinadores Bodo Piroth e Bernhard Schlink¹⁸⁷ afirmam “que os direitos fundamentais, segundo sua evolução histórica, podem ser classificados a partir de dois momentos distintos. De um lado, os direitos humanos que são anteriores ao Estado de Direito, no sentido de que o seu exercício não necessita de tipificação em face do Estado”. De outro lado, os direitos fundamentais são tidos como direitos dos indivíduos que não são anteriores ao Estado de Direito, contudo, necessitam de justificação jurídica para que sejam limitados. Segundo este pensamento, os direitos fundamentais estão inseridos neste segundo momento, vez que são tidos como direitos ou valores do ser humano que se encontram positivados na Constituição de um país.

Importante esclarecer que embora se aproximem, os conceitos de direitos fundamentais e de direitos humanos não se confundem. Os direitos fundamentais encontram a sua justificativa no direito positivado pelo Estado, geralmente em constituições escritas. Os direitos humanos, por

¹⁸⁶ MARQUES, José Frederico - **Elementos de Direito Processual Penal**, p.329.

¹⁸⁷ PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard - **Direitos Fundamentais**, p.48.

sua vez, como já dito acima, são direitos que encontram seu fundamento de validade mesmo em período pré-estatal, isto é, são considerados direitos “sobre-positivo”, onde a principal característica é a transnacionalidade. Assim, ensina Marcelo Duque que “enquanto os direitos humanos estão consagrados em tratados ou convenções internacionais, os direitos fundamentais estão positivados nos ordenamentos constitucionais dos países. É fato, que os direitos fundamentais são facetas dos direitos humanos, todavia, há a distinção conceitual segundo o momento de concepção de cada direito, se pré ou pós positivação”¹⁸⁸.

Seguindo esta mesma linha de raciocínio, Marmelstein afirma que os “direitos fundamentais são normas jurídicas, intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico”¹⁸⁹.

Os direitos fundamentais tem por características a inalienabilidade, a imprescritibilidade e irrenunciabilidade, dado que ninguém poderia ceder ou abdicar da sua titularidade, entretanto, afirma Jorge Miranda que “isto não significa que os titulares não possam ou não devem aceitar sua restrição; ou que não possam, por sua própria vontade, livre e consciente, suspender o exercício de alguns desses direitos”¹⁹⁰.

Outra característica de suma importância é a limitabilidade, a qual pode ser entendida como o não absolutismo de tais direitos. Isto significa que esses direitos não podem se sobrepor ao direito igualmente importante de outrem, sendo necessário, portanto, que o aplicador da lei faça uma interpretação pautada no bom senso e sistêmica para saber qual direito deverá prevalecer. Em outras palavras, os direitos fundamentais não são absolutos, isto é, tem por característica a relatividade e, no caso concreto, havendo confronto entre os direitos fundamentais caberá ao intérprete decidir qual direito deverá prevalecer, levando em consideração a regra máxima da observância dos direitos fundamentais envolvidos, conjugando-a com sua mínima restrição.

Pincelada esta breve noção conceitual sobre os direitos fundamentais, esclarecemos que a tônica deste trabalho é no sentido de repassar o entendimento de que os acordos sobre as sentenças penais não afetam os direitos fundamentais do acusado. Aliás, os direitos dos acusados jamais poderão ser desprezados.

¹⁸⁸ DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de Direitos Fundamentais: teoria e prática**, p.52-53.

¹⁸⁹ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**, p.18.

¹⁹⁰ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, p.384-385.

Neste momento torna-se imprescindível identificar e elencar os direitos fundamentais supostamente atingidos, além de ressignificar os conceitos de perda, limites, renúncia e não exercício dos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais supostamente atingidos no sistema penal fulcrado no consenso são indelevelmente, aqueles elevados à categoria de princípio constitucional, no caso, o direito ao contraditório, ampla defesa, presunção de inocência, dignidade da pessoa humana, princípio da busca pela verdade real, princípio do devido processo legal, entre outros correlatos que serão abordados amiúde nos tópicos seguintes.

De início, assevera-se que não há consenso entre os diversos doutrinadores sobre o que se deve entender por renúncia.

A doutrina¹⁹¹ distingue renúncia, perda e não exercício dos direitos fundamentais. Em resumo, a renúncia pode ser entendida como o compromisso jurídico voluntário de não exercer o direito fundamental. A perda, por sua vez, não se trata de uma decisão voluntária, mas de uma imposição externa, trata-se de uma consequência previamente estabelecida no ordenamento jurídico. Em suma, enquanto a renúncia é desejada pelo titular do direito, a perda é uma consequência involuntária, isto é, que não depende da vontade do titular do direito. Além disto, na renúncia não existe a possibilidade de futura reivindicação do exercício do direito renunciado. Há uma preclusão lógica, visto que não há como exercer um direito expressamente abdicado.

O não exercício do direito, por sua vez, pode ser entendido como uma posição jurídica adotada voluntariamente pelo titular do direito, em dado momento processual ou pré-processual, sem qualquer imposição externa. Trata-se de uma faculdade estabelecida pelo ordenamento jurídico de exercer ou não determinado direito. Na prática, significa a possibilidade de exercer o direito, quando lhe aprouver, desde que não ocorrido uma preclusão consumativa do mesmo.

A renúncia a um direito fundamental nem sempre significa a extinção do direito, mas sim diminuição de sua abrangência existencial. Neste ponto, vale mencionar os ensinamentos de Canotilho, segundo o qual o que existe é a irrenunciabilidade do núcleo substancial do direito, conforme previsão constitucional, todavia, é possível a limitação voluntária do seu exercício, a partir do cumprimento de algumas condições. São, portanto, situações distintas, a renúncia a direito fundamental e a diminuição voluntária do exercício de alguns direitos¹⁹².

¹⁹¹ NOVAIS, Jorge Reis - **Renúncia a direitos fundamentais**, p.273-333.

¹⁹² CANOTILHO, José Joaquim Gomes - **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, p.464.

Dessa forma, a expressão renúncia deve ser entendida não como a supressão total do direito constitucionalmente protegido, mas sim na perspectiva da diminuição voluntária da posição subjetiva do usufruidor da proteção constitucional.

Segundo as lições de Marcelo Duque, a possibilidade de renúncia dos direitos fundamentais é tema que gera muita controvérsia na doutrina e que se mostra com entendimentos antagônicos sobre o assunto. A doutrina mais tradicional de José Afonso da Silva ¹⁹³ e Marcelo Duque defendem:

a inadmissibilidade da renúncia a direitos fundamentais com base na concepção de que estes têm por característica a inalienabilidade e a irrenunciabilidade, razão pela qual o particular não pode dispor. No caso, a proteção desses direitos encontra justificativa na supremacia do interesse público que embasa uma espécie de dever de exercício de direitos fundamentais, vistos como de natureza obrigatória, portanto, inegociável¹⁹⁴.

Esta concepção influenciou o Código Civil Brasileiro, o qual expressamente afirma que os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis¹⁹⁵.

Peca essa parcela da doutrina, por não vislumbrar a autonomia de vontade do indivíduo como direito igualmente fundamental.

Noutro viés, há a doutrina mais moderna¹⁹⁶ que defende a possibilidade de renúncia aos direitos fundamentais, facultando ao titular do direito, o poder de decidir se quer utilizar ou não tais direitos dos quais é titular. Esta parcela da doutrina prestigia o direito de livre desenvolvimento da personalidade e o poder de discricionariedade do titular do direito, colocando o ato de renunciar como um exercício positivo de mais um direito fundamental, no caso, o exercício do

¹⁹³ José Afonso da Silva aduz que a irrenunciabilidade é o atributo que garante a existência dos direitos fundamentais. O autor afirma que “não se renunciam a direitos fundamentais. Alguns deles podem até não ser exercidos, pode-se deixar de exercê-los, mas não se admite sejam renunciados”. SILVA, José Afonso da - **Curso de Direito Constitucional Positivo**, p. 181.

¹⁹⁴ DUQUE, Marcelo Schenk - **Curso de Direitos Fundamentais: teoria e prática**, p.108.

¹⁹⁵ Art.11, do CC Brasileiro: “com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis”.

¹⁹⁶ Para Jorge Reis Novais: “(...) se a titularidade de um direito fundamental é uma posição jurídica de vantagem do indivíduo face ao Estado, é um *trunfo* nas mãos do indivíduo (Dworkin), então da própria dignidade da pessoa humana e do princípio da autonomia e de autodeterminação individual – que integram e moldam de algum modo o cerne de todos e de cada um dos direitos fundamentais – decorre o poder de o titular dispor dessa posição jurídica de vantagem, inclusive no sentido de a enfraquecer, quando desse enfraquecimento, e no quadro da livre conformação da vida, espera retirar benefícios que de outra forma não obteria. Nesse sentido, a renúncia é também uma forma de exercício do direito fundamental, dado que, por um lado, a realização de um direito fundamental inclui, em alguma medida, a possibilidade de se dispor dele, inclusive no sentido de sua limitação, desde que seja uma expressão genuína do direito de autodeterminação e livre desenvolvimento da personalidade individual, e porque, por outro lado, através da renúncia o indivíduo prossegue a realização de fins e interesses próprios que ele considera, no caso concreto, mais relevantes que os fins realizáveis através de um exercício *positivo* do direito”. NOVAIS, Jorge Reis - **Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria**, p.235.

direito fundamental de renunciar outros direitos ainda que igualmente catalogados como fundamentais.

Neste trabalho importa mostrar que a Justiça Penal Negociada respeita os direitos fundamentais e se limita a suprimir fases processuais desnecessárias à confirmação da culpa e a aplicação da adequada sanção legal, sem que isso signifique qualquer sacrifício dos direitos fundamentais. Nesse ponto, imprescindível é a compreensão do real papel da instrução processual. A instrução processual serve para elucidar um fato, logo, se a mesma não é necessária, se não há o que ser elucidado, não há razão que justifique atrasar a conclusão de um processo.

Assim, não havendo questionamentos ou oposição sobre o teor da acusação, não há necessidade da realização da instrução pelo simples fato de que não há o que ser esclarecido por falta de oposição.

Nesse sentido, a instrução processual só será obrigatória e vista como direito do acusado quando o mesmo precisar dela para questionar algo que foi apontado na acusação, do qual não concorda e pretende rebater¹⁹⁷.

2.2. Princípio do Contraditório: Diferido ou preservado?

O princípio do contraditório encontra-se insertos no art.5.º, LV da CF Brasileira¹⁹⁸, bem como na Constituição Portuguesa no art.32.º, n.º 5.

O contraditório, consoante a clássica definição de Canuto Mendes de Almeida, é “a ciência bilateral dos atos e termos processuais e a possibilidade de contrariá-los”¹⁹⁹. Representa uma garantia fundamental conferida às partes envolvidas em um processo, no sentido de permitir que as mesmas participarão, efetivamente, na formação da convicção do juiz.

O princípio do contraditório advém do brocardo *audiatur et altera pars* e pode ser entendido no sentido de que cada ato praticado no bojo do processo seja decorrente da participação ativa das partes.

Este princípio pode ser compreendido tanto sob o aspecto formal, como sob o aspecto material. No sentido formal, significa dizer que cada ato seja devidamente comunicado e cientificado às partes, para, querendo, manifestarem-se. Sob esse aspecto, o importante é possibilitar às partes

¹⁹⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo - **Para uma reforma global do processo penal português: da sua necessidade e de algumas orientações fundamentais**. In CORREIA, Eduardo et al - **Para uma nova justiça penal: ciclo de conferências no Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados**, p.228-229.

¹⁹⁸ Art.5.º, LV, da CF: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

¹⁹⁹ ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de - **Princípios fundamentais do processo penal**, p.82.

o direito de manifestar-se antes de toda e qualquer decisão para que as partes apresentem argumentos e contra-argumentos, teses e antíteses.

Desse modo, o juiz, antes de proferir cada decisão, deve ouvir as partes, dando-lhes igual oportunidade para que se manifestem. Sob o aspecto material, por sua vez, é a influência concreta das partes na formação da convicção do magistrado. Destarte, o juiz, ao proferir qualquer decisão, deve oportunizar às partes, o direito de se manifestarem, para que, sob a via da argumentação ou pela juntada de documentos e provas no processo, se for o caso, influenciem, diretamente no conteúdo da decisão e que, após cada decisão, sejam novamente comunicadas para, querendo, impugnam a mesma pela via recursal²⁰⁰.

Com efeito, é com supedâneo no princípio do contraditório material que se exige a motivação das decisões, pelo qual o magistrado deve indicar os critérios utilizados para sua decisão, pontuando a procedência ou improcedência dos argumentos trazidos à baila pelas partes, a fim de que estas saibam quais dos seus argumentos efetivamente influenciou no resultado da decisão, legitimando, assim, o poder estatal²⁰¹.

Atualmente o princípio do contraditório deve ser entendido englobando o direito à informação, o direito de participação e o direito à paridade de tratamento, isto é, sendo garantido a ambas as partes a paridade de armas.

Nas formas de resolução de conflitos, por meio do consenso, onde ocorre a abreviação do rito, indelevelmente ocorre também a extinção da instrução processual, entretanto, isto não significa a abolição do contraditório.

Na seara consensual penal, o julgamento antecipado da lide é precedido de um confronto de perspectivas antagônicas entre acusação e defesa, que encontraram, nos termos do acordo, a melhor solução para o seu conflito de interesses. Antes da adesão ao acordo, há intenso debate entre acusação e defesa, para barganhar o melhor acordo possível.

Aliás, é importante ressaltar que nesta fase preambular, o acusado tem pleno conhecimento do teor da acusação²⁰² e dos indícios de provas e das provas já eventualmente produzidas²⁰³ que embasam a acusação e que embasarão, juntamente com a confissão, a futura condenação.

²⁰⁰ BONFIM, Edilson Mougenout - **Curso de Processo Penal**, p.95-96.

²⁰¹ *Idem – Ibidem*.

²⁰² No modelo de justiça consensual norte americano há “o direito de confrontação (*right of confrontation*), ou seja, o acusado pode examinar, questionar e contraditar (*cross-examine*) as testemunhas que foram apresentadas contra si”.

²⁰³ Há alguns tipos de prova, que pela sua natureza ou pela natureza do procedimento, são realizadas ainda na fase de inquérito e sem a presença das partes, como por exemplos, as interceptações telefônicas, as buscas e apreensões, exames necroscópicos e outros.

Nos acordos sobre sentença penal, o Ministério Público, ao deduzir a pretensão acusatória na exordial, deve narrar o fato delituoso e indicar a prova indiciária que respalda o teor da acusação, viabilizando, não somente, o exame de admissibilidade da exordial acusatória por parte do magistrado, mas também, assegurando ao acusado o conhecimento integral dos termos da acusação e das provas colhidas que a sustentam.

Não há empecilho legal que proíba o acusado de examinar, questionar e impugnar a prova já realizada, exercendo o que a doutrina chama de contraditório diferido²⁰⁴.

Nesta fase, a defesa deve realizar um exercício crítico da real situação do acusado e antever as consequências do modelo de justiça premial para, então, acordar e, via de consequência, encerrar a lide de forma mais célere e antecipada.

Importante asseverar que a participação defensiva nesta fase não pode ser de tal monta a ponto de que possa, de qualquer modo, atrapalhar ou impedir o regular andamento da investigação criminal, até porque, muitas das vezes, o interesse do acusado é o de que a verdade real sobre os fatos não seja revelada. Nesse contexto, a participação da defesa não seria profícua, em verdade, se traduziria em um verdadeiro obstáculo a mais aos investigadores.

Importante asseverar que há momentos da investigação que deve passar ao largo do acusado para a garantia de pleno êxito, como na tomada de provas sigilosas, ou seja, a realização de atividades específicas que demandem total desconhecimento por parte do acusado enquanto estão sendo produzidas, como por exemplo, as interceptações telefônicas. Todavia, após o encerramento, com a conclusão deste tipo de prova, ela perde a sigilosidade e é assegurada ao acusado o conhecimento pleno sobre a mesma.

Conclui-se, portanto, Consoante Rodrigo Brandalise que a participação da defesa:

deve dar-se sempre de forma a não prejudicar o esclarecimento da suspeita, porquanto o que deve ser assegurado é o pleno acesso da defesa aos resultados elucidados, para que, então, possa considerá-los justos, sem se sentir coagido por aquele que conduz a investigação, de modo que o consenso seja decorrente de um resultado de aceitação após profunda reflexão, para que o acordo seja aplicado com a sensação de estar contribuindo para a justiça e, principalmente, como o melhor caminho a ser escolhido pela defesa e não como uma imposição coativa por parte do órgão acusador²⁰⁵.

²⁰⁴ Contraditório diferido é aquele “que ocorre posteriormente à produção da prova, ou seja, quando alegações, debates, impugnações e requerimentos efetuados pelas partes ocorrem após a prova já produzida”. NOGUEIRA, Carlos Frederico Coelho. **Comentários ao Código de Processo Penal**, p.133.

²⁰⁵ BRANDALISE, Rodrigo da Silva - **A negociação da sentença criminal e os princípios processuais relevantes**. 2015, p.206.

Assim é que a ética deve ser a palavra de ouro por parte de todos os envolvidos, mormente do órgão acusador, a quem cabe a investigação e a oferta do negócio jurídico criminal. Ao órgão acusador é exigido não somente uma investigação técnica e isenta, como também, a preocupação de revelar à defesa tudo o que foi produzido, para garantir aos acusados a possibilidade de conhecer, observar e influenciar os termos do acordo, para que, após conhecer todas as informações essenciais, realize o acordo a partir de uma decisão livre e consciente.

É inegável que a negociação gera um efeito saneador em relação aos eventuais vícios e irregularidades ocorridos em momento anterior ao acordo, visto que a confissão dos fatos, reconhecimento da culpa e aceitação das consequências em forma de pena, repelem arguições de nulidade de ordem processual ou material. Por outro lado, isto não quer dizer que se aceitará acordos sobre sentença criminal com vícios de vontade, posto que, como já dito em tópico anterior, para celebrar acordos sobre sentença criminal é indispensável a voluntariedade e inteligibilidade, além da legalidade de todos os termos do acordo.

Os vícios e irregularidade que serão sanados imediatamente com a confissão são aqueles que se referem a qualidade e formas de obtenção das provas.

Neste diapasão, não há que se falar em aniquilação do princípio do contraditório na prática consensual penal, o que existe é a concentração do contraditório, nesta fase preambular, que encerra-se no momento em que a defesa decide aderir ao acordo.

Outrossim, necessário esclarecer que, caso a defesa decida por não aderir ao acordo, o processo seguirá para as vias ordinárias, onde o contraditório será exercido na integralidade. Logo, a espécie de contraditório a ser exercido, se concentrado e integral será uma opção unicamente da defesa²⁰⁶.

2.3. Princípio da Ampla Defesa: íntegro ou mitigado?

O princípio da ampla defesa no Brasil encontra fundamento legal no art.5.º, LV, da Constituição Federal²⁰⁷. Em Portugal está inserto no art. 32.º, n.º1, da Constituição da República.

Conforme Edilson Mougenot, “o princípio da ampla defesa consubstancia-se no direito das partes de oferecer argumentos em seu favor e de demonstrá-los, nos limites em que isso seja possível”²⁰⁸.

²⁰⁶ “Contraditório, elemento integrante da compreensão da defesa, pode ser relativizado, na medida do confronto prático entre ele e o resultado prático que se pode obter com a política premial”. BRANDALISE, Rodrigo da Silva - **A negociação da sentença criminal e os princípios processuais relevantes**, p.207.

²⁰⁷ Art.5.º, LV, CF – “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

²⁰⁸ BONFIM, Edilson Mougenot - **Curso de processo penal/Edilson Mougenout Bonfim**, p.97

Este princípio está intimamente ligado aos princípios da igualdade e do contraditório, visto que a defesa garante o contraditório e por ele se manifesta. Apesar da influência recíproca entre o direito de defesa e o contraditório, ambos não se confundem, porém se complementam.

Com efeito, por força de outro princípio correlato, ensina Antônio Fernandes que:

o princípio do devido processo legal, o processo penal exige partes em posições antagônicas, sendo uma delas, obrigatoriamente em posição de defesa, a qual exercerá a ampla defesa, com a necessidade de se contrapor aos atos e termos manifestados pela parte contrária, exercendo, desta maneira, o contraditório. Como visto, a defesa e o contraditório são manifestações simultâneas, intrinsecamente conectadas pelo processo, sem que com isso possa concluir que uma derive da outra²⁰⁹.

O princípio da ampla defesa não se restringe à assistência por defesa técnica, seja de advogado constituído ou defensor público. O princípio da ampla defesa vai além e abrange outros direitos, como o direito a ser ouvido, o direito ao contraditório com paridade de armas, o direito de ser informado sobre a acusação, o direito de ser comunicado de todos os atos do processo, a utilização de meios de provas adequados e lícitos, o direito de não produzir prova contra si mesmo, o direito ao silêncio, a presunção de inocência, entre outros.

Não há dúvidas de que a defesa técnica é de suma importância no processo penal, inclusive durante a celebração dos acordos penais, sob pena de nulidade absoluta do feito²¹⁰, nos termos dos art. 261.º e 396.º-A, §2, do CPP²¹¹ ²¹². Portanto, trata-se de garantia constitucional indispensável e irrenunciável.

Também se encontra inserida no direito à ampla defesa, a autodefesa²¹³, que é a exercida pelo próprio acusado. Esta, pode ser livremente dispensável. Contudo, se exercida, tem por finalidade assegurar ao réu o direito de influir diretamente na formação da convicção do juiz, ao apresentar sua versão sobre os fatos e, sobretudo, colaborar com a justiça, ao confessar, espontaneamente, o delito.

²⁰⁹ Com esse entendimento: FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**, p.253.

²¹⁰ Súmula 708 do STF: “é nulo o julgamento da apelação se, após a manifestação dos autos da renúncia do único defensor, o réu não foi previamente intimado para constituir outro”. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - **Súmula 708 do STF**. [Em linha]. [Consult.21 Jul. 2021]. Disponível na internet: <<https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=30&sumula=2639>>.

²¹¹ Art.261.º, do CPP: Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor”

²¹² Art.396.º-A, §2: Não apresentada a resposta no prazo legal ou se o acusado, citado, não constituir defensor, o juiz nomeará defensor para oferece-la, concedendo-lhe vista dos autos por 10 (dez) dias.

²¹³ A autodefesa consiste no direito do acusado de “ser interrogado pelo juízo ou de invocar direito ao silêncio (direito de audiência), bem como de poder acompanhar os atos da instrução criminal, além de apresentar ao respectivo advogado a sua versão dos fatos para que elabore as teses defensivas (direito de presença). No entanto, a ele não é dado apresentar sua própria defesa quando não possuir capacidade postulatória”.

A autodefesa compreende o direito de audiência²¹⁴ e o direito de presença²¹⁵, ambos, imprescindíveis ao bom exercício do acordo sobre a sentença penal.

Há, ainda, como corolário do direito de audiência e do direito de presença, o dever de publicidade dos atos processuais. Elevado à garantia constitucional na categoria de princípio em diversos ordenamentos jurídicos²¹⁶ e, inclusive em documentos internacionais²¹⁷, o princípio da publicidade tem função dúplice. Para Brandalise,

a primeira diz respeito à exigência de que haja registro de todos os acordos judiciais, para efetivar o controle tanto pelas partes, como pelos cortes superiores de jurisdição, assegurando, desta forma, a perpetuação deste ato judicial e a proteção do direito de defesa. A segunda diz respeito à necessidade da publicidade inerente às atividades processuais e aos agentes públicos que nele atuam, com o firme desiderato de ser garantida a fiscalização pela defesa. Para tanto, é imprescindível a comunicação prévia do conteúdo das provas existentes à disposição da acusação, já que são as qualidades das provas coletadas que indicaram à defesa a pertinência quanto à vantagem ou não de celebração do acordo²¹⁸.

O princípio da ampla defesa não pode ser visto como ilimitado no tempo e no espaço, ou seja, não é permitida à defesa uma infinitude de produção de provas a qualquer tempo. Ao contrário, cabe à defesa a produção das provas e elementos totais de alegações no prazo oportunizado em lei²¹⁹.

²¹⁴ “O direito de audiência pode ser entendido como o direito que o acusado tem de apresentar ao juiz da causa a sua defesa, pessoalmente. Esse direito se materializa através do interrogatório, já que este é o momento processual adequado para que o acusado, em contato direto com o juiz natural, possa trazer ao magistrado sua versão a respeito da imputação constante da peça acusatória”.

²¹⁵ “O direito de presença pode ser entendido como aquele em que se assegura ao acusado a oportunidade de, ao lado de seu defensor legalmente constituído, acompanhar os atos de instrução, auxiliando-o na realização de sua defesa. Daí a importância da obrigatoriedade de intimação do defensor e do acusado para todos os atos processuais. Afinal, tanto na instrução, como em atos pré processuais e os atos de negociação dos acordos penais, podem ser prestadas declarações cuja falsidade ou incorreção só o acusado conseguiria detectar. Nesse caso, o acusado deve relatar de imediato tais falsidades e incorreções ao seu defensor técnico, a fim de que este último tenha tempo hábil para explorá-las, durante a colheita de provas ou, nas negociações do acordo, possa ter mais argumentos para melhor barganhar no *quantum* da sanção penal”.

²¹⁶ Art.206.º da Constituição Portuguesa e art.37.º e art.93.º, IX, da Constituição Brasileira.

²¹⁷ Art.10.º, da Declaração Universal dos Direitos do Homem e Art.6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

²¹⁸: BRANDALISE, Rodrigo da Silva. Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Policiais. *A Negociação de Sentença Criminal e os Princípios Processuais Penais Relevantes*. [Em linha]. 2014. [Consult. 18 jul. 2024], p.205. Disponível na internet: <Disponível em:https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/18064/1/ulfd129572_tese.pdf>.

²¹⁹ LEAL, Rosemiro Pereira - **Teoria geral do Processo**, p.104.

É imperioso frisar que o indeferimento de provas ou de outros instrumentos de defesa, em si, não constitui, necessariamente, cerceamento ao direito à ampla defesa. Destaque-se, outrossim, que há o princípio do livre convencimento racional do juiz, pelo qual, se a prova faltante não for, efetivamente, indispensável para a apuração da verdade, ou quando o juiz entender não essencial a prova requerida, por entender suficiente a prova existente, não se configurará nulidade, desde que a negativa em determinar sua produção seja razoável e desde que seja devidamente motivada a decisão denegatória.

Outra questão relevante é aquela atinente ao não exercício do direito aos recursos como condição para concretização e garantia de eficiência do acordo. Essa exigência de renúncia afrontaria o Estado Democrático de Direito, visto que a eventual subtração do exame pelo duplo grau de jurisdição pode ensejar um cumprimento indevido do dever de investigação acerca da viabilidade e credibilidade da confissão e os reflexos quanto à culpabilidade e à pena.

No ordenamento jurídico português²²⁰, a confissão pressupõe que estejam devidamente provados os fatos narrados. Por esta razão, os recursos somente poderiam versar sobre questões atinentes à validade da confissão, assim como sobre “questões relativas às qualificações jurídicas aplicadas e às sanções acerca do que possa ter escapado aos limites máximo e mínimos estabelecidos no acordo”²²¹.

A confissão como decorrência do não exercício do direito processual ao silêncio, a não aplicação do princípio *nemo tenetur se detegere*, a aceleração do rito, o reconhecimento espontâneo em favor da parte adversa, bem como a aceitação de condenação não podem ser vistos simplesmente como supressão de direitos defensivos. Ao contrário, a opção do arguido pelo acordo de sentença criminal, de forma espontânea e consciente, devidamente avalizado pelo seu defensor, demonstram participação ativa em sua defesa, portanto, efetivo exercício de legítimo direito à ampla defesa.²²²

2.4. Princípio da presunção de inocência (*nemo tenetur*) e sua relativização

Cesare Beccaria, em 1764, em sua célebre obra “Dos delitos e das Penas”, já afirmava que “um homem não pode ser chamado de réu antes da sentença do juiz, e a sociedade só lhe pode retirar

²²⁰ Art.344.º, n.º2, a do Código de Processo Penal Português.

²²¹ DIAS, Jorge de Figueiredo - **Acordos sobre sentença em processo penal: o “fim” do Estado de direito ou um novo “princípio”**, p.96.

²²² Lobo Moutinho ensina que “há direitos de participação activa e direitos de participação passiva dos arguidos. Exemplifica como sendo direitos de participação activa o direito de presença do réu em atos processuais, o direito de ser ouvido, direito de requerer diligências, entre outros. Cita como sendo direitos de participação passiva o direito à não punibilidade de suas falsas declarações, a ser assistido por defensor e à informação aos direitos que o assistem”. MOUTINHO, José Lobo- **Arguido e Imputado no Processo Penal Português**, p.46 e 49.

a proteção pública após ter decidido que ele violou os pactos por meio dos quais ela lhe foi outorgada”²²³

Previsto em textos constitucionais, *ex vi*, dos art.5.º, inciso LXIII, da Constituição Brasileira, e do art.32.2.º e 8.º da Constituição Portuguesa, além de encontrar previsão em textos processuais penais ordinários, conforme se verifica dos art.79.º, 193.º, 375.º e 378.º, do CPP de Portugal e do artigo 283.º do CPP do Brasil e, ainda, em textos internacionais, como na Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais (art.6.º.2)²²⁴, no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art.14.º§3, g)²²⁵, e na Convenção Americana dos Direitos Humanos (art.8.º, §2, g)²²⁶o princípio da presunção de inocência vai muito além do que considerar o arguido como inocente até o trânsito em julgado de sentença condenatória. Este princípio reconhece um estado transitório de não culpabilidade, na medida em que o referido *status* processual permanece enquanto não houver o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Por regra, o princípio do estado de inocência refere-se aos fatos, já que implica que seja ônus da acusação demonstrar a ocorrência do delito (*actori incumbit probatio*), e demonstrar que o acusado é efetivamente o autor do fato delituoso. Todavia, atualmente ganhou contornos maiores alcançando, em princípio, três significados.

O primeiro significado tem por propósito fixar garantias para o acusado diante do poder de punir do Estado. Este é o significado utilizado pelas escolas doutrinárias italianas. O segundo significado traduz-se na pretensão de proteger o acusado durante a *persecutio criminis in judicio*, visto que se o mesmo é presumidamente inocente, não é razoável que sofra medidas restritivas de direito no decorrer do processo penal. Este significado, por sua vez, está inserto no princípio do art. IX da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. O terceiro significado se refere à regra endereçada diretamente ao juízo de fato que proferirá a sentença penal, o qual deve verificar se o órgão de acusação provou os fatos descritos na denúncia em face do acusado e, em caso negativo, declarar a absolvição. Este significado é encontrado na

²²³ BECCARIA, Cesare Bonesana - **Dos delitos e das penas**, p.69.

²²⁴ Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais. art.6.2.

²²⁵ Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art.14.º§3, g: Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, a, pelo menos, as seguintes garantias: (...) g – de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada. PACTO INTERNACIONAL DOS DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS - **Planalto**. [Em linha]. [Consult.22 ago. 2021]. Disponível na internet: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>.

²²⁶ Art.8.º, §2, g e §3, da CONVENÇÃO AMERICANA DOS DIREITOS HUMANOS - **Planalto**. [Em linha]. [Consult.22ago2021]. Disponível na internet:< https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>.

Declaração Universal de Direitos dos Homens e do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos²²⁷.

O princípio do *nemo tenetur se detegere*, previsto no art.5.º, LXIII²²⁸, Constituição Brasileira, em uma interpretação literal e apressada, pode ser entendido apenas como o direito de permanecer calado. Aliás, há uma tendência equivocada de interpretar e equiparar o princípio do *nemo tenetur se detegere* ao direito ao silêncio, tratando-os como sinônimos. No entanto, o direito ao silêncio é apenas uma das facetas do princípio *nemo tenetur se detegere*, do qual se extraem outros desdobramentos igualmente importantes: a) o direito ao silêncio ou direito de ficar calado; b) direito de não ser constrangido a confessar a prática de ilícito penal; c) inexigibilidade de dizer a verdade; d) o direito de não praticar qualquer comportamento ativo que possa incriminá-lo, isto é, o arguido tem o direito de não colaborar na produção de prova que lhe seja exigido um comportamento ativo e e) direito de não produzir nenhuma prova incriminadora invasiva²²⁹.

O direito ao silêncio em si, trata-se em uma modalidade de autodefesa passiva, a qual é exercida por meio da inatividade da pessoa em face de quem recai uma imputação. Entretanto, o princípio *nemo tenetur se detegere* não consiste, apenas, no exercício do silêncio. Este direito alcança, em linhas gerais, a vedação do uso de qualquer medida coercitiva ou intimidatória em face do acusado, como investigado, em fase inquisitiva ou como arguido, em fase processual, para a obtenção de uma confissão ou para que colabore em atos que possam ensejar sua condenação.

Segundo as lições de Elizabeth Queijo, este princípio visa “proteger o indivíduo contra eventuais excessos cometidos pelo Estado durante a persecução penal, incluindo-se nele o resguardo contra violências físicas e morais, utilizadas para compelir o indivíduo a cooperar na investigação e apuração dos delitos, bem como contra métodos proibitivos de interrogatório, sugestões e dissimulações”²³⁰.

Importante que se diga que o direito de não produzir provas contra si mesmo tem por finalidade proteger não apenas aqueles que se encontra preso, mas também todo aquele que se encontra na posição de acusado, seja na condição de indiciado, arguido ou condenado, esteja encarcerado ou solto.

²²⁷ LIMA, Marco Antônio Ferreira - **Acesso à justiça Penal e Estado Democrático de Direito**, p.31.

²²⁸ Art.5.º, da CFB – “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”.

²²⁹ LIMA, Renato Brasileiro - **Manual de Processo Penal**, p.75-78.

²³⁰ QUEIJO, Maria Elizabeth - **O direito de não produzir provas contra si mesmo: (o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal)**, p.55.

O titular do direito, portanto, é qualquer pessoa que possa se auto incriminar, seja no bojo de inquérito policial, qualquer procedimento e processos de cunho administrativo, cível ou penal e, até mesmo em Comissão Parlamentar de Inquérito.

Com *status* de garantia constitucional e umbilicalmente ligado ao princípio do respeito da dignidade da pessoa humana, a presunção de inocência garante que todo acusado deve ser previamente informado de seus direitos, inclusive o de não produzir provas contra si mesmo. O arguido não pode ser visto como objeto do processo, como coisa, sendo concebido como meio formal de prova, mas sim como sujeito processual que possa, livremente e com paridade de armas do órgão acusador, rechaçar a acusação²³¹. Nesse sentido, Figueiredo Dias afirma que “o conteúdo essencial da consideração do arguido como sujeito do processo está em que todos os actos processuais que pratique deverão ser expressão da sua livre personalidade”²³².

No Brasil, há a exigência, expressa²³³ e jurisprudencial^{234 235}, no sentido de que ao acusado deve ser feita uma advertência prévia e formal do referido direito. Com o desiderato de assegurar e comprovar o respeito a este direito, é rotineiro o fornecimento ao preso, no momento de sua prisão, uma nota de ciência das garantias constitucionais, na forma estabelecida na Lei n.º 7.960/89, que trata da prisão temporária.

A propósito, também serão consideradas ilícitas as provas derivadas dessa inobservância, consoante a teoria dos frutos da árvore envenenada²³⁶, ressalvada a hipótese das provas lícitas autônomas e aquelas decorrentes de outras fontes. Em Portugal, o juiz é obrigado por lei²³⁷ a informar o arguido, antes da audiência de julgamento, do seu direito de ficar calado, sem por isso ser prejudicado, da mesma forma que as autoridades policiais e judiciárias também são

²³¹ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Processo Penal**, p.168.

²³² DIAS, Jorge Figueiredo. **Direito Processual Penal**, p.452.

²³³ São consideradas ilícitas as provas obtidas a partir de declarações do preso sem prévia e formal advertência quanto ao seu direito ao silêncio, nos termos do art.157.º, do CPPbrasileiro.

²³⁴ Em 2018, no Ag. Reg. HC 156.157, o Ministro Alexandre de Moares, da 1ª Turma do STF, afirmou que “permanecem válidas as demais provas lícitas e autônomas dela não decorrentes, ou ainda, que também decorram de outras fontes”. “Mesmo que haja uma árvore envenenada, deve-se olhar a floresta, e não apenas aquela árvore”. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - **Ag. Reg. HC 156.157**. [Em linha]. (2018). [Consult.18 jul. 2021]. Disponível na internet: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/768167915/inteiro-teor-768167925>>)..

²³⁵ Entendimento semelhante, verificamos no HC 89032, da relatoria Ministro Menezes Direito. HC 74113, relatoria Ministro Ilmar Galvão e também na AP 341, relatada pelo Ministro Marco Aurélio. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - **HC 74113**. [Em linha]. Rel. Ministro Ilmar Galvão. [Consult.13 Jul. 2020]. Disponível na internet: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/14701620/inteiro-teor-103093947>>..)

²³⁶ A teoria dos frutos da árvore envenenada foi reconhecida pela Suprema Corte Norte-Americana – *fruits of the poisonous tree* - em 1920, no caso *Silverthorne Lumber CO vs United States*, segundo a qual o vício de uma planta se transmite a todos os seus frutos, isto é, partir de uma prova ilícita, as demais provas derivadas desta, também serão, indelevelmente ilícitas, assim como os frutos de uma árvore. Apodrecendo esta, não há a possibilidade de seus frutos permanecerem ilibados. Dessa forma a Suprema Corte passou a não admitir qualquer prova, ainda que lícita em si mesma, oriunda de práticas ilegais. (CAPEZ, Fernando - **Curso de Direito Penal**, p.347).

²³⁷ Art.343.º, n.º1, do CPPportuguês.

intimadas a informar os detidos ou arguidos sobre tal direito, sob pena de inutilização absoluta da prova assim alcançada²³⁸.

Já o direito de não ser constrangido a confessar a prática de ilícito penal, encontra previsão no art.14.º, §3, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e na Convenção Americana sobre direitos Humanos, no seu art. 8.º, §2, g e §3), pelo qual o acusado não é obrigado a confessar a prática do delito. Portanto, por força do princípio do *nemo tenetur se detegere*, ninguém pode ser constrangido a confessar a prática de uma infração penal. Aliás, no direito brasileiro, a proteção dada ao direito ao silêncio impede que o magistrado firme convencimento em prejuízo do réu em razão do seu exercício²³⁹.

Há, ainda, a inexigibilidade de dizer a verdade, pelo qual alguns doutrinadores manifestam o entendimento de que o acusado possui o direito de mentir, visto que não existe o delito de perjúrio para o acusado no direito brasileiro²⁴⁰. Entretanto, em nosso sentir, não há um direito de mentir, propriamente dito, mas sim uma tolerância à mentira, por falta de previsão de coercibilidade de dizer a verdade, bem como de punição caso não o faça. Até porque não seria razoável que o Estado elevasse à categoria de direito uma conduta antiética por parte do acusado. Todavia, há muito a Suprema Corte Brasileira entende que o direito ao silêncio se encontra tutelado constitucionalmente, devendo ser entendido como prerrogativa processual o fato do acusado omitir, calar, negar, ainda que falsamente, perante a autoridade policial ou judiciária acerca da infração penal²⁴¹.

A confissão no direito português está repleta de cuidados especiais, consoante se verifica dos art. 79.º, 193.º, 375.º e 378.º, do CPPportuguês²⁴², os quais balizam a utilização da confissão do arguido como meio de prova, asseverando ser sempre limitada pelo integral respeito à decisão do arguido, o qual não pode ser obrigado a confessar. Aliás, o direito português vai além, porquanto protege não apenas o direito ao silêncio ²⁴³, como inadmite o depoimento sob juramento do arguido, ainda que queira, por não ser legalmente possível²⁴⁴.

A proteção dada ao direito silêncio em Portugal, parte da premissa de que a pretensão punitiva do Estado não deve exigir uma colaboração sancionável do próprio acusado, nem pode colocá-

²³⁸ Art.58.º, n.º3, do CPPportuguês.

²³⁹ Art.168.º, do CPP.

²⁴⁰ GOMES, Luiz Flávio - **Direito Penal: comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos: Pacto de San José da Costa Rica**, p.106.

²⁴¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - **HC 68.929/SP**. [Em linha]. 1ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJ (1992/08/28). [Consult.18 set. 2021]. Disponível na internet: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/751543>>.

²⁴² Arts. 79.º,193.º, 375.º e 378.º, do CPP Português.

²⁴³ Art.61.º, do CPPportuguês.

²⁴⁴ Art.140.º, n.º, do CPPportuguês.

lo em situação em que diminua suas possibilidades de defesa, razão pela qual são absolutamente inadmissíveis a submissão dos arguidos à detectores de mentiras ou deporem na qualidade de intervenientes processuais. Todavia, não há empecilho legal para falar a verdade e colaborar com a justiça, sendo, inclusive, premiado quando o faz de forma livre e espontânea, nos termos do art.344.º do Código de Processo Penal e art.72.º, do Código Penal, respectivamente²⁴⁵.

Como regra política, a presunção de inocência assume relevância prática em dois aspectos: no tratamento do arguido no decurso de tempo e como princípio de prova. Quanto ao primeiro, temos que o arguido não deve ser considerado culpado pelo fato delituoso, até que a sentença penal condenatória transite em julgado. No que pertine ao segundo, isto é, como meio de prova, impõe-se que qualquer condenação deve ser precedida de uma actividade probatória, que dever estar sob a responsabilidade da acusação. Assim é que a presunção de inocência impõe ao juiz o dever de somente formar sua convicção sobre a culpabilidade do arguido após a descoberta da verdade²⁴⁶.

Também se inclui na análise do princípio da presunção de inocência, ou de não culpabilidade, o fato da sociedade que já é acostumada com a morosidade do Judiciário, de se contentar com a efetivação de medidas cautelares em desfavor dos acusados, tais como as prisões preventivas e provisórias, quebras de sigilo, além da exposição midiática, como sendo a forma de punir o acusado, já previamente “condenado” sem julgamento, pelos meios de comunicação.

Segundo Brandalise, tal como no direito norte americano:

a não utilização (*waiver*) do direito de proteção contra a autoincriminação (*privilege against compulsory self-incrimination*), de julgamento pelo júri (*right to trial by jury*) e de confrontar quem acusa (*right to confront one's accusers*) não pode ser presumida pelo silêncio do acusado, que por óbvio nada diz, isto é, o silêncio não indica qualquer manifestação de vontade e sequer sinaliza entendimento quanto ao teor das cláusulas²⁴⁷.

Assim, é que o *guilty plea* e na sentença penal negociada, ora em estudo, implica algo maior que a mera confissão. Há, em verdade uma admissão de culpa irrefutável que vincula o juízo a aplicar-lhe uma punição adequada. E é a força desta confissão especial ou confissão qualificada

²⁴⁵ BELEZA, Tereza Pizarro - **Tão amigos que nós éramos: o valor probatório do depoimento de co-arguido no Processo Penal português**, p.49.

²⁴⁶ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes - **Processo Penal**, p.70-71.

²⁴⁷ BRANDALISE, Rodrigo da Silva - **A negociação da sentença criminal e os princípios processuais relevantes**, p70.

que exige a análise quanto à voluntariedade do acusado em acordar nos termos propostos, sob pena de violação ao princípio do devido processo legal ²⁴⁸.

Logo, não há que se falar em relativização do direito a não autoincriminação. Este continua intacto para quem pretende exercê-lo, todavia, como em qualquer confissão, há o não exercício do referido direito tutelado, por vontade livre e consciente do arguido, após análise dos benefícios por parte da defesa técnica do arguido, ao entender como a melhor defesa, o não uso do mesmo.

2.5. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e Autodeterminação no negócio jurídico criminal

O princípio da dignidade da pessoa humana vem alcançando uma expressão cada vez maior, mormente no mundo ocidental, após a Segunda Guerra Mundial, passando a ser inserido em inúmeras leis, Constituições e utilizado como fundamento de decisões judiciais.

No Brasil, a dignidade da pessoa humana vem insculpida no art. 1.º, III, da Constituição Federal Brasileira, na qualidade de fundamento da República. Ao atingir esse patamar, a dignidade da pessoa humana funciona não só como justificativa, mas também como finalidade a ser atingida e critério de atuação do governo. Funciona também como direcionamento axiológico de interpretações legislativas e como alicerce de direitos materialmente fundamentais em decisões judiciais. O princípio da dignidade da pessoa humana é considerado como princípio estruturante²⁴⁹ de qualquer Estado pós-moderno. Tanto no Brasil, como em Portugal, como na maioria dos ordenamentos jurídicos, o Estado de direito encontra assento no princípio da dignidade da pessoa humana e qualquer ofensa a este é, em última análise, ofensa também ao Estado de Direito²⁵⁰.

O princípio da dignidade da pessoa humana pode ser observado sob duas dimensões. A dimensão individual, no campo dos direitos individuais, a qual se expressa na autonomia privada. E a dimensão social, no campo dos direitos políticos, a qual se expressa em autonomia pública. As dimensões individual e social da atuação fundada na dignidade humana são também

²⁴⁸ SUPREME COURT - **Boykin v. Alabama**. [Em linha]. 395, U.S. 238. (1969). [Consult. 21out. 2021]. Disponível na internet: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/395/238/>>.

²⁴⁹ A dignidade da pessoa humana encontra-se prevista no preâmbulo da DUDH como “fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”, apresentando-se como princípio estruturante do nosso Estado e como fundamento do direito à vida, à integridade física e moral, à liberdade e à segurança quer pessoal ou colectiva. Cfr. Art.1.º e a anotação a este comando constitucional em (CANOTILHO, J.J.Gomes; MOREIRA, Vital - **Constituição da República Portuguesa Anotada**, p.196-201).

²⁵⁰ MONTE, Mário Ferreira - **Os limites da Justiça Penal Negociada**, in VALENTE, Manuel Monteiro Guedes (Coord.),1970. **Os desafios do Direito (Penal) do Século XXI**, p.77.

referidas pelas designações como autonomia e heteronomia. A dimensão individual tem por base os direitos de liberdade e de igualdade das pessoas, dos quais decorrem a autodeterminação individual e o direito de igual tratamento e respeito entre todos.²⁵¹ Nesse contexto, a dignidade da pessoa humana como autonomia se traduz como poder individual da pessoa decidir sobre si, sem sofrer discriminações em razão de suas escolhas.

A dignidade da pessoa humana como autonomia pode ser analisada sob quatro aspectos essenciais: a) capacidade de autodeterminação, b) as condições para o exercício da autodeterminação; c) a universalidade, d) a inerência da dignidade ao ser humano²⁵².

A capacidade de autodeterminação pode ser entendida como o poder de fazer escolhas para a própria vida, definindo caminhos a seguir, em relação aos quais o Estado não pode interferir²⁵³. O segundo aspecto diz respeito às condições para o exercício da autodeterminação. Afinal, não é suficiente permitir o direito de autodeterminar-se, é imprescindível garantir meios para que o poder de fazer livres escolhas seja efetivo e real. É preciso que haja instrumentos para a concretização da autonomia²⁵⁴.

A propósito, para que o exercício da liberdade seja considerado genuíno, é preciso que a decisão tenha sido tomada de forma livre e consciente.

O aspecto da universalidade impõe que a dignidade seja concedida a todos indistintamente, sem restrições ou condicionante quanto à nacionalidade, cultura, religião, condição social, econômica ou étnica ou qualquer outra circunstância. Assim é que, sob este aspecto, a dignidade deve ser promovida e garantida para todos de modo universal²⁵⁵.

O aspecto inerência esclarece que a dignidade é indissociável do ser humano, visto que é uma qualidade inerente a própria condição humana. Nessa linha, a dignidade é inseparável e condição para o exercício da autonomia²⁵⁶.

Partindo da análise da Constituição Federal Brasileira, resta indene de dúvidas a prevalência da dignidade como autonomia no ordenamento jurídico brasileiro, visto que há inúmeras passagens no texto constitucional que destacam e protegem o direito à vida digna, as garantias constitucionais da liberdade humana, entre elas a liberdade religiosa, a de consciência, a

²⁵¹ BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Leticia de Campos Velho - A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. **Revista Consultor Jurídico**, [em linha]. (11.07.2012). [Consult. 28 mar. 2019]. Disponível na internet: <<https://www.conjur.com.br/2012-jul-11/morte-ela-dignidade-autonomia-individual-final-vida>>.

²⁵² *Idem - Ibidem.*

²⁵³ *Idem - Ibidem.*

²⁵⁴ *Idem - Ibidem.*

²⁵⁵ *Idem - Ibidem.*

²⁵⁶ *Idem - Ibidem.*

filosófica, direito à incolumidade da integridade física e moral dos indivíduos, proibição da tortura, proibição de imposição de tratamento desumano, degradante ou cruel, entre outros.

No âmbito das leis infraconstitucionais, mormente no processo penal, a dignidade na sua visão autônoma também prevalece nitidamente no Brasil, porquanto várias leis e regulamentos, concentram a última palavra no consentimento do acusado, seja na faculdade de falar, calar-se omitir e até mentir no interrogatório, seja faculdade de participar ou não de determinados atos processuais como o comparecimento à audiência, a possibilidade de participar de acareações, de perícias, etc.²⁵⁷

Como visto, a dimensão da dignidade como autonomia privilegia o indivíduo e seus direitos fundamentais, especialmente o de liberdade e igualdade como objetivos centrais. Daí porque o princípio da dignidade da pessoa humana, na sua visão autônoma serve de esteio para o exercício dos acordos penais²⁵⁸.

Há, todavia, a visão heterônoma do princípio da dignidade da pessoa humana pela qual traz ínsito o direito de participação no processo democrático, entendido como o direito de participar politicamente e de influenciar o processo de tomada de decisões, não apenas no âmbito do processo eleitoral, mas inclusive em debates públicos, no âmbito da organização social²⁵⁹.

Dessa forma, a dignidade como heteronomia está pautada em valores coletivos, ideais sociais embasados no interesse público e no bem comum, os quais servem como limite e freio à liberdade individual. Sob a visão heterônoma, a dignidade limita a liberdade. Algumas decisões judiciais se tornaram emblemáticas por aplicarem a dignidade como heteronomia, como o caso

²⁵⁷ São os seguintes documentos: a) a Carta de Direitos dos Usuários do Sistema de Saúde, aprovada pela Portaria n.º675/GM/2006 do Ministério da Saúde, b) Lei Covas (assim intitulada em razão do ex-Governador Mário Covas, que afirmou sancioná-la como Governador e como paciente), do Estado de São Paulo; c) a Lei n.º3.613/2001, do Estado do Rio de Janeiro; d) a Lei n.º 12.770/2005, do Estado de Pernambuco, e) a Lei n.º2.804/2001, do Distrito Federal. f) a Lei n.º 14.254/2003, do Estado do Paraná; e) Lei n.º16.279/2006, do Estado de Minas Gerais Cf. MARTEL, Letícia de Campos Velho. Limitação de tratamento. Op. Cit. Merece relevo a Resolução n.º41/95 do Conselho Nacional dos Direitos das Crianças e dos Adolescentes (Conanda), que estabelece os Direitos das crianças e adolescentes hospitalizados: “20. Direito a ter uma morte digna, junto a seus familiares, quando esgotados todos os recursos terapêuticos disponíveis”. (RESOLUÇÃO N.º 41 DE OUTUBRO DE 1995 - Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. [Em linha]. (1995-10-01). [Consult.18 jul. 2021]. Disponível na internet: <https://www.mpdft.mp.br/portal/pdf/unidades/promotorias/pdij/Legislacao%20e%20Jurisprudencia/Res_41_95_Conanda.pdf>).

²⁵⁸ Segundo Reis Novais: “da própria dignidade da pessoa humana e do princípio da autonomia e de autodeterminação individual – que integram e moldam de algum modo o cerne de todos e de cada um dos direitos fundamentais – decorre o poder de o titular dispor dessa oposição de vantagem, inclusivamente no sentido de a enfraquecer, quando desse enfraquecimento, e no quadro livre conformação da sua vida, esperar retirar benefícios que de outra forma não obteria”. NOVAIS, Jorge Reis - **Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria**, p.235.

²⁵⁹ BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho - A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. **Revista Consultor Jurídico**, [em linha]. (11.07.2012). [Consult. 28. mar.2019]. Disponível na internet: <<https://www.conjur.com.br/2012-jul-11/morte-ela-dignidade-autonomia-individual-final-vida>>.

do *lancer de nain*²⁶⁰, ocorrido em Morsang-sur-Orge, cidade da região metropolitana de Paris. Neste caso, o Conselho de Estado, na condição da mais alta instância administrativa francesa decidiu pela proibição da atração, por entender que afetava a dignidade humana do anão, ainda que o mesmo concordasse com a referida atividade a qual era submetido²⁶¹.

Neste caso, restou entendido que a dignidade do homem é um valor objetivo inalienável, o seu respeito não pode ser renunciável, nem pelo próprio indivíduo.

Outro caso paradigmático fulcrado na dignidade como heteronomia, ainda que de forma implícita, ocorreu no Reino Unido e na Bélgica, quanto às relações sexuais sadomasoquistas consentidas. Na ocasião entenderam que o consentimento não poderia ser utilizado como defesa em situações de violência física. A Corte Europeia dos Direitos Humanos confirmou as decisões tanto da Bélgica como do Reino Unido, embora não tenham utilizado expressamente o conceito de dignidade heterônoma²⁶².

Também merece destaque o caso em que o Tribunal Federal Administrativo Alemão entendeu que os chamados *peep shows*²⁶³ são atentatórios à dignidade da pessoa humana, uma vez que a pessoa se submete como um objeto à vontade da outra²⁶⁴.

O exame das decisões judiciais que se fundamentam na dignidade humana, em diferentes partes do mundo revela a extensão de uma visão comunitária e restritiva de direitos em oposição à visão individualista e protetiva de direitos.

O ministro Luís Roberto Barroso e Letícia Martel ensinam que a dignidade heterônoma atua:

como um freio à liberdade individual em nome de valores e concepções de vida compartilhada, todavia, tem recebido as seguintes críticas: a) o emprego da expressão como um rótulo justificador de políticas paternalistas, jurídico-moralistas e perfeccionistas; b) o enfraquecimentos dos direitos fundamentais mediante o discurso da igualdade, especialmente em sociedade

²⁶⁰ *Lancer de nain*, traduzido para Português como “arremesso de anões”. Consistia ela em transformar um anão em projétil, sendo arremessado de um lado para outro de uma discoteca

²⁶¹ BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho - A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. **Revista Consultor Jurídico**, [em linha]. (11.07.2012). [Consult. 28 mar.2019]. Disponível na internet: <<https://www.conjur.com.br/2012-jul-11/morte-ela-dignidade-autonomia-individual-final-vida>>.

²⁶² *Idem – Ibidem*.

²⁶³ **PeepShow** (Caixas de Perspectiva ou Shows de Raridade) é uma forma de entretenimento que consiste na exibição de fotografias, objetos ou pessoas, visualizadas através de um pequeno furo ou lupa em uma caixa.

²⁶⁴ BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho - A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. **Revista Consultor Jurídico**, [em linha]. (11.07.2012). [Consult. 28 mar.2019]. Disponível na internet: <<https://www.conjur.com.br/2012-jul-11/morte-ela-dignidade-autonomia-individual-final-vida>>.

democrático-pluralista; c) perda da força jurídico-política da locução dignidade humana; d) problemas práticos e institucionais na definição dos valores compartilhados por uma comunidade ou sociedade política²⁶⁵.

No campo dos acordos penais a dignidade heterônoma atua como argumento explícito ou subjacente, por entenderem que as pessoas que estão submetidas a um processo não estão plenamente capazes de decidir sobre o que melhor para si, porquanto o acusado pode está sendo constrangido à aceitação do acordo ante o temor de ser submetido a uma pena severa, não agindo, portanto, com a liberdade esperada no caso concreto.

A alegação de que há um poder coercitivo ilegítimo da acusação nos modelos de justiça criminal com base no consenso é o ponto culminante de maior celeuma, todavia, esta alegação não procede. Ensina Vicente Ráo que:

existe uma diferença entre coação e coerção ao réu nas aplicações imediatas da pena, com base no consenso. A coerção representa uma coação legítima e juridicamente disciplinada que impõe ao violador da lei a obrigação de proceder contrariamente à sua vontade. A coação, por seu turno, traz, implicitamente, uma ideia de violência e constrangimento, portanto, ilegítima, que não se coaduna com a ordem jurídica. Com efeito, na aplicação da sanção penal por acordo sobre sentença existe a coerção legítima por parte do Estado, fundamentada no próprio ordenamento jurídico. “Coercibilidade é, pois, uma possibilidade de ação, ou a ação efetiva, assegurada pela força e tendente, em caso de violação da norma jurídica, a obter ora o mesmo resultado que se obteria com a sua observância, ora um resultado inevitavelmente diverso, mas sempre reparador da ordem jurídica.”²⁶⁶

Nesse sentido já acenou a jurisprudência brasileira ao afirmar, em síntese, que não há constrangimento ilegal quando o Ministério Público exige que o réu confirme em juízo o teor da delação feita na fase investigativa, até porque tal exigência decorre de lei.²⁶⁷

²⁶⁵ *Idem – Ibidem.*

²⁶⁶ RÁO, Vicente - **O direito e a vida dos direitos**, p.165.

²⁶⁷ “Não constitui constrangimento ilegal a exigência formulada pelo Ministério Público, ainda na fase investigativa, de que a delação seja confirmada em juízo para fins de produção de efeitos, até pelo fato de que decorre de consequência legal, na medida em que a colaboração deve acontecer nas duas etapas – investigativa e processual. Ademais, o benefício em tela exige, para sua configuração, diversos outros requisitos, não apenas a delação, na medida em que ela não constitui direito subjetivo do arguido”. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - **Habeas Corpus nº35.484-RS**. [Em linha]. Relatora Ministra Laurita Vaz. [Consult.30 mar. 2019]. Disponível

Conclui-se, portanto, que nos acordos sobre sentença penal não há coação, mas sim coerção à assunção da culpa, nos termos de uma política criminal premial. Dessa forma, a afirmação de uma possível aplicação de pena mais severa não implica, necessariamente, em vício de consentimento, caso o acusado adira ao acordo.

Outra questão que merece destaque é argumentação no sentido de que as negociações penais, embasadas na confissão do arguido, transformam-no em meio de prova, ao invés de sujeito processual de direitos, e isto, indelevelmente, afeta a dignidade da pessoa humana. Sobre este ponto, é possível afirmar que há na maioria dos ordenamentos jurídicos, a previsão de outros meios de obtenção de provas igualmente ofensivos à dignidade da pessoa humana, como por exemplo, a interceptação telefônica, busca domiciliares, entre outros, que são permitidos e, portanto, seria possível e admissível mais uma restrição ao direito fundamental da dignidade da pessoa humana²⁶⁸, contudo, não concordamos com essa resposta para fundamentar a introdução dos negócios penais, especialmente, a sentença penal negociada, nos ordenamentos jurídicos do Brasil e de Portugal.

Entendemos, outrossim, que a transformação do arguido em meio de prova, a partir de sua confissão para a concretização, especificamente, da sentença penal negociada, não está por ofender, de maneira intransponível, o princípio da dignidade da pessoa humana, mas está por realizá-lo, na sua visão autônoma, conforme explicado alhures, posto que o arguido, ao decidir confessar em busca de um melhor resultado jurídico para si, atua como ser pensante, capaz, age sem coação, decide de forma livre e esclarecida, apoiado por uma defesa técnica, firma um acordo que somente surtirá efeitos após ser criteriosamente avaliado e abalizado com a chancela judicial, tudo calcado no princípio constitucional da proporcionalidade e com a intenção de alcançar um fim que lhe beneficia. A negociação da pena não pode ser vista como moeda de troca para se obter uma confissão. A negociação da pena, com a utilização da confissão, nestes casos, é feita para encurtar ritos, ter um processo mais célere e realizar a justiça da forma menos penosa possível, mas atingindo as finalidades da pena²⁶⁹.

na internet:
<http://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=570666&Req=200400677039&sData=20051003&formato=PDF>.

²⁶⁸ MONTE, Mário Ferreira - **Os limites da Justiça Penal Negociada**, in VALENTE, Manuel Monteiro Guedes (Coord.), 1970 - **Os desafios do Direito (Penal) do Século XXI**, p.77-78.

²⁶⁹ Nesse sentido, valiosa é lição de Mário Monte ao explicar que “a pena não é negociável como instrumento para alcançar um fim. Mas a pena é negociável como um fim em si mesmo. Quando se negocia a pena para colocar fim ao processo, é ainda de realização de justiça que se trata. Coisa diferente é usar a pena como instrumento processual, ou seja, como meio de obtenção de prova. MONTE, Mário Ferreira - **Os limites da Justiça Penal Negociada**, in VALENTE, Manuel Monteiro Guedes (Coord.), 1970 - **Os desafios do Direito (Penal) do Século XXI**, p.77-78.

2.6. Princípio da Busca da Verdade Real e a Aplicação Imediata da Pena

A busca da verdade real se inicia com a investigação criminal realizada pela polícia judiciária²⁷⁰.

Como é cediço, a partir do instante em que um delito é praticado, imediatamente surge para o Estado o poder-dever de, primeiramente, investigar e, por conseguinte, punir o autor do ato ilícito, se for caso. Para tanto, necessária, mas não é indispensável, a atuação do inquérito policial²⁷¹, que é o instrumento utilizado pelo Estado para a colheita de informação, objetivando a identificação da autoria e a comprovação da materialidade da infração penal, para subsidiar o titular da ação penal a ingressar com a ação penal em juízo, iniciando o processo.

Primeiramente, tais elementos de informação servirão de esboço para que o Ministério Público possa oferecer a peça acusatória. Nesse primeiro momento, os elementos de informação colhidos no inquérito policial são decisivos na formação da justa causa, para que o titular da ação penal verifique a viabilidade da acusação e deflagre a ação penal.

Num segundo momento, já durante o processo crime, em um procedimento ordinário, as mesmas peças de informação do inquérito, serão analisadas segundo o contraditório, para então servirem de fundamento para a sentença, seja para um eventual decreto condenatório ou de absolvição. Neste segundo momento é que os elementos de informação passam a ser chamados tecnicamente de prova, visto que somente após a participação dialéticas das partes em juízo, sobre cada elemento de informação que os transformarão em prova suficiente a servir de elemento de convicção para órgão julgador.

Seguindo as lições de Renato Brasileiro:

O inquérito policial se diferencia da instrução processual por esta razão. Enquanto a investigação tem por escopo a obtenção de dados informativos para que o órgão acusador verifique a viabilidade da propositura da ação penal, a instrução processual, por sua vez, tem por finalidade, colher provas, mediante o contraditório, a fim de legitimar a pretensão punitiva ou a prevalência da tese da defesa²⁷².

²⁷⁰ Art.4.º, CPP – A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria.

²⁷¹ O inquérito policial é peça meramente informativa, funcionando como importante instrumento na apuração das infrações penais, mormente quanto à autoria e a materialidade. Contudo, tem por característica o fato de ser dispensável. Assim, se o titular da ação penal possuir por outros meios os elementos suficientes quanto à autoria e a materialidade da infração penal, poderá dispensar o inquérito ou não requisitá-lo.

²⁷² LIMA, Renato Brasileiro - **Manual de Processo Penal**, p.110.

No Brasil, sempre prevaleceu o entendimento nos Tribunais Superiores²⁷³ de que, os elementos de informação colhidos na fase investigatória, não são considerados provas e que por esta razão, não poderão, isoladamente, servir de fundamento para um decreto condenatório, sob pena de violação ao preceito constitucional previsto no art.5.º, inciso LV²⁷⁴, que assegura aos acusados em geral, o contraditório e a ampla defesa e também por violação ao art.155.º do CPP²⁷⁵, que veda a utilização exclusiva dos elementos informativos para fundamentar a condenação. Todavia, tais elementos de informação não devem ser absolutamente desprezados, podendo servir de complemento para a prova produzida em juízo e, desse modo, servir como mais um subsídio na formação da convicção do julgador.

No Direito Português, uma das regras básicas do Processo Penal, é que, pelo menos em regra, só valem as provas diretamente apresentadas em audiência de julgamento, em razão do princípio da imediação²⁷⁶, que é uma das mais relevantes garantias de funcionamento do contraditório²⁷⁷.

Já no âmbito da sentença penal negociada, assim como ocorre nos demais negócios jurídicos criminais, os dados de informação do inquérito serão a única prova produzida e que servirá de esteio para o decreto condenatório, sem passar sob o crivo do contraditório. É neste ponto que se destaca a dúvida. O princípio da busca pela verdade real estará satisfeito apenas com a investigação realizada pela polícia, sem que tais elementos de informação passem pelo crivo do contraditório?

Ocorre que nos acordos penais em geral, mormente na sentença penal negociada, há a imprescindibilidade da confissão livre, espontânea, consciente e respaldada pela defesa técnica para que, somada e, em sendo compatível com elementos informativos colhidos na fase de inquérito, possa servir de fundamento bastante para o decreto condenatório em negociação.

Exige-se uma base fática devidamente apurada em sede de inquérito, que sustente a acusação ofertada. Neste tocante, o Ministério Público deve atentar para o requisito legal de aferição da

²⁷³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - **RE-AgR 425.734/MG**. [Em linha]. 2ª Turma, Rel. Min. Ellen Gracie. (2005-10-28). [Consult. 19 set. 2022]. Disponível na internet: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/18314052>>.

²⁷⁴ Art.5.º, LV, CF – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

²⁷⁵ ART.155.º, CPPBrasil – o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

²⁷⁶ Art.º355, do CPPportuguês.

²⁷⁷ BELEZA. Tereza Pizarro - **Tão amigos que nós éramos: o valor probatório do depoimento do co-arguido no Processo Penal português**, p.52.

base fática para a declaração da culpa, a fim de assegurar que não haja condenação, mediante acordo, de pessoa que não seja de fato a autora do delito²⁷⁸.

A política acusatória deve ser sempre no sentido de elaboração de acordos que cuidem apenas dos fatos que reflitam precisamente a conduta do acusado, sob pena de adotar uma postura antiética.

Logo, ao confessar, portanto, reconhecer e confirmar como verdadeiro tudo que foi apurado em sede inquisitorial, tornar-se desnecessária a produção de outras provas em juízo, visto que a comprovação dos fatos apurados em forma de confissão, entre outros motivos, tem como o principal desiderato transforma-se em benesse para a parte a qual se destina.

O que se busca com os acordos penais, mormente o da sentença penal negociada é encurtar o rito e agraciar o agente que colaborou com a Justiça, reduzindo-lhe a pena.

Aliás, há algum tempo que, no Brasil, segundo a doutrina mais moderna²⁷⁹, o princípio da verdade real ou material, vem sendo substituído pelo princípio da busca da verdade. Até porque a verdade absoluta, com a exatidão dos fatos ocorridos é inalcançável.

Como bem acentua Cândido Rangel Dinamarco, “a verdade e a certeza são dois conceitos absolutos e, por isto, jamais se tem a segurança de atingir a primeira e jamais se consegue a segunda, em qualquer processo (a segurança jurídica, como resultado do processo, não se confunde com a suposta certeza, ou segurança, com base na qual o juiz proferiria os seus julgamentos). O máximo que se pode obter é um grau muito elevado de probabilidade, seja quanto ao conteúdo das normas, seja quanto aos fatos, seja quanto à subsunção desses nas categorias adequadas”²⁸⁰.

Por esta razão entende-se que o atual princípio vigente no Brasil é o princípio da verdade, também conhecido como princípio da livre investigação da prova no interior do pedido e princípio da imparcialidade do juiz na direção e apreciação da prova, bem como de princípio da investigação, princípio inquisitivo ou princípio da investigação judicial da prova, o qual é permitido ao juiz a determinação de produção de provas, de ofício, quando julgar necessário²⁸¹.

²⁷⁸ Nos Estados Unidos, o Promotor de Justiça deve avaliar a seleção das imputações para assegurar que não haja imputações em pessoas que não sejam de fato culpadas. Por esta razão, o Promotor, durante a seleção das imputações o Promotor deve avaliar se seriam passíveis de serem processadas independentemente da admissão de culpa pelo acusado. Em caso de *Alford plea* ou *nolo contendere*, havendo dúvida da culpa, o promotor pode pretender demonstrar base fática ainda mais consistente, solicitando autorização do juízo para *proffer of the facts*, oferta de fatos tendentes a demonstrar sua culpa além da dúvida razoável.

²⁷⁹ BARROS, Marco Antônio de - **A busca da verdade no processo penal**, p.43.

²⁸⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel - **A instrumentalidade do processo**, p.349.

²⁸¹ Art.156.º, II, CPB – A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: (...) II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir a sentença, a realização de diligências para dirimir dúvidas sobre ponto relevante.

Ocorre que no âmbito dos negócios jurídicos penais o princípio da busca da verdade é consensual, onde a busca da verdade processual, cede espaço à prevalência da vontade convergente das partes, onde a prova da veracidade dos fatos apurados, em fase investigativa são substituídos pela confissão livre, espontânea, consciente e acompanhada da defesa técnica, quando esta confissão integral se coadunar com os elementos de informação que foram colhidos até então.

Em Portugal, acertadamente, jamais será possível o fechamento de uma sentença penal negociada com uma mera confissão, ainda que somada a assunção de culpa, por infringência aos princípios da verdade material e do princípio da investigação (art.340.º, CPPportuguês). Isto porque, em Portugal, o principal fundamento de conclusão dos processos será sempre a livre convicção do Tribunal sobre o que de fato ocorreu. Concluimos como acertada a posição, vez que a sentença penal negociada ora em estudo não se confunde com o *nolo contodere* norte americano, pelo qual se aceita o acordo sem assunção de culpa.

A sentença penal negociada exige que a confissão espelhe credibilidade. Dessa forma, recebido o acordo celebrado entre as partes, o Tribunal deve submeter a confissão proferida à uma minuciosa análise, nos termos previstos no art.344.º, do CPPportuguês, e, caso o magistrado entenda pertinente, determinará a produção de outras diligências probatórias com a finalidade de verificar a credibilidade da confissão proferida.

Dessa forma, em Portugal, se o magistrado se convencer, com os elementos trazidos tanto pelo Ministério Público como pelo arguido, tanto em relação à perpetração do crime, como em relação à imputação do crime ao arguido, sem a necessidade de determinar diligências probatórias, o acordo das partes poderá ser validado. Entretanto, se forem encetadas pelo Tribunal, todas as investigações necessárias e, ainda assim, as dúvidas sobre a veracidade dos fatos ou sobre a credibilidade da confissão persistirem, não haverá a validação do acordo.

Como se vê, não há óbice legal para a firmação do acordo sobre sentença penal em Portugal, vez que o Tribunal pode condenar o arguido com base exclusivamente na confissão desde que esta seja prestada em audiência de julgamento, prestada de forma livre, isto é, sem coação e de forma integral, porquanto deve se referir a todos os fatos de que o arguido está sendo acusado e, ainda, sem reservas, visto não ser possível invocar dirimentes da responsabilidade criminal²⁸². perdendo força a doutrina que se mostra contrária ao instituto, uma vez que, nos termos acima assinalados, não haverá ofensa aos princípios da investigação, tampouco ao

²⁸² BELEZA. Tereza Pizarro - **Tão amigos que nós éramos: o valor probatório do depoimento do co-arguido no Processo Penal português**, p.52

princípio da descoberta da verdade material, visto que ao Tribunal competirá a verificação da credibilidade da confissão.

Como já dito, a confissão não tem o condão de determinar o fim do processo, podendo o magistrado, se entender necessário, aferir a veracidade da confissão, já que o regime dos acordos negociados, não pode, de forma alguma, afetar o princípio da investigação e da livre convicção do Tribunal. Nos Estados Unidos, afirma Warren Freedman:

a sexta emenda à Constituição americana garante o direito de confrontação (*right of confrontation*), ou seja, o acusado pode questionar, confrontar, contraditar e examinar (*cross-examine*), as testemunhas que forem arroladas em seu desfavor, com o desiderato de buscar a verdade a ser analisada no processo, especialmente para que em eventual quebra de compromisso ou desqualificação dela, venha a ser considerada quando do julgamento e prolação da sentença. Este direito é de suma importância ao ponto de que qualquer hipótese de *plea bargaining* é inadmissível se o acusado não for devidamente advertido acerca de tal direito. Também há o direito ao *compulsory process* e ao *criminal trial*, com a finalidade do acusado demonstrar provas em favor de sua tese, não havendo a possibilidade de serem aceitas apenas as versões acusatórias produzidas em fase meramente investigativas²⁸³.

2.7. Princípio do Devido Processo Legal e Abreviação do Rito

Analisando a origem e a evolução do devido processo legal, temos que este princípio surgiu como instrumento de defesa, uma espécie de garantia dos direitos fundamentais, tutelando a vida, a liberdade, a propriedade, entre outros direitos outorgados em lei.

A doutrina costuma dividir o conceito do princípio do devido processo legal em substancial ou material e no sentido processual ou formal. O devido processo legal em sentido processual significa que os procedimentos devem ser respeitados consoante as regras previamente estabelecidas, tanto na investigação, quanto na instrução e julgamento. O devido processo legal

²⁸³ FREEDMAN, Warren - **The constitutional right to a speedy and fair criminal trail**, p.17-18.

formal é uma sequência de atos preclusivos e coordenados, cumpridos pelas partes, segundo as formalidades legais previamente estabelecidas.²⁸⁴

Assim, o devido processo legal é uma garantia processual²⁸⁵ com o desiderato de resguardar a regularidade do processo, protegendo, desta forma, o titular do direito sem, contudo, analisar o mérito ou o conteúdo das normas jurídicas, restringindo-se a um enfoque estritamente processualístico²⁸⁶.

O conceito do devido processo penal substancial ou material, por sua vez, pode ser entendido como o conjunto entre os procedimentos formais do processo, somado ao cumprimento da finalidade e concretização dos direitos fundamentais, das garantias constitucionais, limitando o poder ou função punitiva do Estado.

Segundo os ensinamentos de Sánchez, haverá devido processo legal sob o aspecto material se são respeitados o direito à liberdade, à justiça, a dignidade humana, a igualdade, a segurança jurídica e se também são respeitados os direitos fundamentais como legalidade, contraditório, defesa, celeridade, publicidade, proibição de *reformatio in pejus* e do duplo processo pelo mesmo fato²⁸⁷.

Neste diapasão, o devido processo legal sob viés material ou substantivo exige o respeito das regras processuais como procedimento formal a ser adotado e seguido e, exige também, que o Poder Judiciário, ao aplicar uma lei, estabeleça um juízo sobre o seu conteúdo, resguardando com isto, os direitos fundamentais em um Estado Democrático de Direito.

A partir do conceito do devido processo legal processual e substancial conclui-se que este serve de base, de palco para a concretização e garantia dos direitos fundamentais, elevado à condição de garantia constitucional²⁸⁸.

É esse aspecto garantista do devido processo penal que o torna um instrumento para a concretização do direito penal e onde reside a celeuma sobre a possibilidade de renunciar o exercício do devido processo legal para a obtenção de uma sentença penal antecipada, com base exclusivamente na confissão do acusado.

²⁸⁴ SANCHEZ, Alberto Suaréz - **El debido proceso legal**, p.193

²⁸⁵ Bonato explica que “garantidor de um devido processo criminal, o princípio abarcava garantias explícitas e implícitas das liberdades preconizadas na Constituição. Dentre as garantias expressas vale destacar a proibição de *Bill of attainder* e da retroatividade das leis (*ex post facto law*), ambas contidas no artigo 1º da Constituição, bem como as garantias expressas na V Emenda, quais sejam, julgamento por júri (*jury trial*), proibição de ser julgado duas vezes pelo mesmo fato (*double jeopardy*) e a vedação da auto-incriminação forçada (*self incrimination*). Já a VI Emenda previa o direito a um julgamento rápido e público (*speedy and public trial*), júri imparcial e competente territorialmente, o direito do acusado ser informado da natureza e causa da acusação (*fair notice*), além do direito de defesa e ao contraditório”. (BONATO, Gilson. **Devido processo legal e garantias processuais penais**, p.34).

²⁸⁶ *Idem* – **Op.Cit.** p. 31.

²⁸⁷ SANCHEZ, Alberto Suaréz - **El debido proceso legal**, p.193

²⁸⁸ Art.5.º, LIV - “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo penal”.

Parcela da doutrina entende que a instrumentalidade do processo é condição *sine qua non* para a aplicação da pena, razão pela qual não é possível a reprovação do Estado, sem o devido e prévio processo, nem mesmo com a concordância do acusado é possível dispensar o processo, reforçando, com isso, o caráter instrumental do processo²⁸⁹.

É sabido que são finalidades essenciais do processo penal: a) a realização da justiça; b) a descoberta da verdade material; c) a proteção perante o Estado dos Direitos Fundamentais das pessoas e d) o restabelecimento da paz jurídica. Ocorre que a finalidade de realização da justiça e de descoberta da verdade real podem, não raras vezes, confrontar com a finalidade proteção perante o Estado dos Direitos Fundamentais, quando, por exemplo, se pede a prisão preventiva, ou quando se autoriza busca domiciliares ou escutas telefônicas, ou, ainda, quando se proíbe determinados métodos de prova, entre outros.²⁹⁰

Para superar a referida antinomia, valemo-nos dos ensinamentos de Figueiredo Dias que aponta a necessidade de se operar a “concordância prática” das finalidades em conflito. Assim, diante da impossibilidade de harmonização integral das finalidades é necessária “a mútua compressão das finalidades em conflito por forma a atribuir a cada uma a máxima eficácia possível”²⁹¹.

Ao negar a prática da sentença penal negociada sob o argumento de que a mesma representa renúncia ao devido processo legal, portanto, renúncia às garantias fundamentais previstas na Constituição, em outras palavras, se está colocando em conflito a autodeterminação do réu.

Com efeito, Jorge Figueiredo Dias esclarece que devemos atentar “que as normas de direitos fundamentais não têm por missão, o dever de proteger bens jurídicos contra o próprio titular do direito”²⁹². Aliás, é o titular do direito contemplado pela norma constitucional quem tem a melhor compreensão de todas as angústias de sua realidade fática, bem como dos direitos e garantias que pretende exercer para cessá-las.

É a partir da análise individual do réu, devidamente auxiliado pela sua defesa técnica, que poderá decidir o que é melhor para si. Seguindo esse raciocínio, temos que o exercício das garantias de direitos fundamentais deve ser compreendidos à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, que sem dúvidas, serve, a um só tempo, de esteio e desiderato das finalidades do direito.

²⁸⁹ LOPES JÚNIOR, Aury - **Direito Processual Penal: e sua conformidade constitucional**, p.24.

²⁹⁰ DIAS, Jorge Figueiredo - **Direito Processual Penal: lições do Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias coligadas por Maria João Antunes**, p.14.

²⁹¹ *Idem – Ibidem.*

²⁹² Rui Medeiros e Jorge Pereira da Silva, “Artigo 24.º”, apud MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. **Constituição Portuguesa anotada**, p.263.

Assim, utilizando-se do princípio da dignidade da pessoa humana como âncora, é possível compreender que o não exercício de um direito fundamental também é um direito fundamental, isto é, também é um direito fundamental a faculdade de exercer ou não os demais direitos fundamentais.

A propósito, este é o entendimento do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, o qual aceita com tranquilidade o não exercício de direitos fundamentais, sempre que isso resultar em vantagem ou benefício ao seu titular²⁹³. Dessa forma, conclui-se que não há proibição no sentido de que o acusado decida por não exercer seus direitos constitucionalmente garantidos.

2.8. Princípio da Economia processual, da Eficiência e Celeridade x Garantismo Penal

O princípio da economia processual encontra fundamento legal no Brasil nos art.563.^{o294} e 566.^{o295}, do Código de Processo Penal e art.65.^o, da Lei n.º 9.099/95²⁹⁶, que foi a primeira lei brasileira a introduzir uma modalidade de acordo na seara criminal no Brasil.

Em síntese, o princípio da economia processual consubstancia-se no aproveitamento dos atos judiciais já praticados, ainda que tenham sido conduzidos de forma diversa daquela prescrita em lei. A sua finalidade primordial é evitar a repetição desnecessária de atos processuais. Portanto, se um ato processual foi realizado de forma diversa daquela prescrita em lei, mas se atingiu seu objeto, logo foi eficaz e, por isso, não há necessidade de prolongar o trâmite processual, uma vez que não houve prejuízo entre as partes²⁹⁷.

Em outras palavras, este princípio tem por desiderato extrair o máximo de rendimento do processo, isto é, busca evitar desvios na condução do processo e, via de consequência, a desburocratização do trâmite, com a deflagração da *persecutio in iudicio* sem necessidade.

O princípio da economia processual tem forte vinculação com a eficácia dos atos processuais realizados. Já o princípio da celeridade está relacionado com a tentativa de buscar uma solução rápida para o litígio.

O princípio da celeridade constitui, em verdade o fundamento principal da instituição da nova modalidade processual criada com o consenso na esfera criminal. Trata-se de um princípio pelo

²⁹³ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS - **Gran Chamber. Case Hermi v. Italy (application n.º18114/02).** [Em linha]. [Consult.18 jul. 2021]. Disponível na internet: <file:///C:/Users/yaram/Downloads/001-77543.pdf.>.

²⁹⁴ Art.563.^o, do CPPbrasileiro - nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa.

²⁹⁵ Art.566.^o, do CPPbrasileiro - não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa.

²⁹⁶ Art.65.^o, da Lei n.º 9.099/95 - “Os atos processuais serão válidos sempre que preencherem as finalidades para as quais forem realizados...”

²⁹⁷ BONFIM, Edilson Mougenot - **Curso de processo penal/Edilson Mougenot Bonfim**, p.112.

qual não apenas os atos processuais, analisados isoladamente como partes de um todo, mas também o deferimento ou não da pretensão seja analisado com celeridade, enaltecendo a eficácia da tutela requerida.

Noutro giro, o princípio da celeridade deve ser contraposto à necessidade de um grau aceitável de segurança jurídica, já que a concretização da função jurisdicional somente ocorrerá de forma plena se houver um equilíbrio entre a eficácia e a correção das decisões²⁹⁸.

O Código Penal Português bem pontuou que a procura de celeridade e eficiência na administração da justiça penal” não deve obedecer a uma lógica puramente economicista de produtividade pela produtividade²⁹⁹. E ainda destaca as várias finalidades alcançadas com princípio da eficiência, visto que este princípio é o espelho da capacidade do ordenamento jurídico e do seu potencial de prevenção, porquanto é a certeza da rápida reação por parte do Estado que freia os impulsos criminais do que uma pena exageradamente rígida, mas nem sempre aplicada.

Também é um processo penal eficiente que serve para inibir o crescimento de comportamentos pautados na autotutela que crescem desenfreadamente em países em que a justiça é morosa. Igualmente, é em decorrência do princípio da eficiência que se alcança a redução das cifras negras e da desigualdade a que ela obedece, porquanto é a garantia da igualdade da lei em ação, que serve de critério para sua legitimação material, razão de sua interiorização e aceitação coletiva.

Além dessas facetas, o princípio da eficiência também atinge os interesses do próprio arguido, vez que reduzir ao mínimo o tempo de duração de um processo significa diminuir os riscos de uma estigmatização tanto na esfera de sua vida pessoal, como na profissional³⁰⁰. É sob esta perspectiva, isto é, olhar o princípio da celeridade processual como corolário do princípio da presunção de inocência³⁰¹ que melhor se coaduna com o instituto da sentença penal negociada. Como é cediço, todo processo penal afeta, indelevelmente, seja a liberdade individual, seja a psicológica do indivíduo, mesmo que seja por curto espaço de tempo, e, especialmente quando se alonga indefinidamente no tempo, acabando por prescrever, acarreta, por isso, o fim do processo sem a análise e a certeza quanto à culpabilidade do arguido, o que, por via de consequência, provoca no seio social a eterna a dúvida quanto ao real estado de inocência do

²⁹⁸ *Idem* – **Op. Cit.** p.126.

²⁹⁹ Art.32.º, n.º2, Constituição da República Portuguesa.

³⁰⁰ Item 8, do Código de Processo Penal Português.

³⁰¹ Segundo Manuel Valente “a celeridade processual é uma consequência imediata e automática do princípio de presunção de inocência, pelo que a mesma “não pode ser sinónimo de não fazer justiça”. (VALENTE, Manuel Monteiro Guedes - **Processo Penal**, p.171).

arguido³⁰². Por outro lado, como é todo exagero é um erro. A celeridade não pode significar limitação de direitos e garantias de defesa do arguido. Neste viés, alguns doutrinadores ensinam que a busca insana por celeridade e produtividade tendem a mercantilizar o processo penal³⁰³. E, de fato, é muito perigosa a perspectiva mercantilista que o princípio da eficiência mal aplicado pode fomentar, fazendo com que possam confundir efetividade com produtividade. Por esta razão, devemos analisar a aplicação do princípio da eficiência com a cautela necessária, tal como acontece com todas as demais normas constitucionais, ou seja, sua aplicação não deverá ocorrer de forma isolada, mas sim de forma concatenada com os demais princípios e normas de cunho constitucional.

Todos os princípios jurídicos devem ser interpretados e aplicados obedecendo os limites da hermenêutica constitucional. O limite condizente com o princípio da eficiência aplicado ao Direito Penal é a preservação do próprio Estado Democrático de Direito, no tocante aos direitos de liberdade. Neste caso, os limites democráticos do poder punitivo do Estado, exteriorizados na legislação criminal são: legalidade, culpabilidade, intervenção mínima, subsidiariedade e proporcionalidade³⁰⁴.

O mesmo ocorre com o princípio da celeridade quando afirmam que o mesmo afronta o garantismo penal. Neste tocante, sugere-se, mais uma vez, a ponderação entre os princípios supostamente em colisão. Esta ponderação deve ser feita sem, contudo, suprimir-lhes a força normativa, por evidente. Em outras palavras, a ponderação não permite decisões arbitrárias aos atores da justiça. Não se deve, por óbvio, nem impor uma celeridade mais preocupada com números típicos de uma justiça mercantilizada³⁰⁵, tampouco deve-se aplicar uma visão garantista hiperbólica monocular³⁰⁶.

Importante frisar que não deve prosperar o pensamento calcado no garantismo exagerado no sentido de que o julgamento antecipado da lide, alcançado com os acordos penais, especialmente o da sentença penal negociada é injusto, inadequado e afrontoso aos direitos

³⁰² RODRIGUES, Anabela Miranda - **A celeridade do processo penal. Uma Visão de Direito Comparado**, p.75.

³⁰³ SCHÜNEMAN, Bernrd - **Do templo ao mercado? Como a justiça penal aparentemente transforma a teoria econômica do direito em prática, governo em governança e soberania em cooperação**. In: SCHÜNEMAN, Bernrd; Greco, Luíz. (Coord.). **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**, p.309.

³⁰⁴ CAVALCANTI, Eduardo Medeiros - **Crime e sociedade complexa**. Campinas: LZN, 2005, p.286-319.

³⁰⁵ Robert Bohm costuma chamar de *fast food* jurisdicional, a justiça que é obcecada por eficiência, caracterizador do fenômeno *McJustice*. (BOHM, Robert M - **“McJustice”: on the McDonaldization of criminal justice. Justice Quarterly**. [Em linha]. v. 23, n.1, p.127-146, 2006. [Consult.23 jul. 2020]. Disponível na internet <<https://www.ojp.gov/ncjrs/virtual-library/abstracts/mcjustice-mcdonaldization-criminal-justice>>).

³⁰⁶ Garantismo hiperbólico monocular é uma acepção feita pelo jurista italiano, Luigi Ferrajoli, que definiu o sistema brasileiro desta forma, em razão da superproteção das garantias do réu, esboçadas tanto na Constituição Federal como no Código de Processo Penal que está tornando a justiça brasileira cada dia mais condescendente com a criminalidade, fazendo com que a sociedade não goze e não tenha assegurada a sua garantia coletiva e individual de forma integral.

fundamentais. É equivocado pensar que a forma tradicional de prestação jurisdicional é a única forma válida e compatível com o Estado Democrático de Direito.

Neste tocante, valiosa é a lição de Ferrajoli ao advertir “que assim como não se pode tolerar a adoção de um processo penal acelerado, apto a atender às necessidades de deflação do sistema de justiça criminal, mas com as garantias processuais desfalcadas, não se admite um apego desmedido à sua tradicional função de garantia, sacrificando, desse modo, a exigência de prestar uma justiça célere”³⁰⁷.

Os acordos sobre sentença penal não colocam a punição em segundo plano, tampouco desprezam as formalidades processuais garantistas, porquanto estão asseguradas a defesa técnica, a possibilidade de desistência ou de não aceitação do acordo, o direito de ser ouvido, entre outras. A tônica da justiça penal é no sentido de se satisfazer com uma sentença em patamar reduzido, privilegiando um processo penal de rito abreviado, pautado na economia de tempo e de recursos e, com isso acabam por demonstrar que a falta de razoabilidade na duração do processo implica na descredibilidade da justiça.

Assim, no exercício de ponderação dos princípios, ao relativizar os princípios do contraditório e ampla defesa, para privilegiar os princípios da economia processual e eficiência, admitindo a confissão como prova suficiente para lograr o julgamento antecipado da lide, a justiça negocial pratica o desapego às formalidades desnecessárias e acelera a resposta estatal tão necessária para reduzir a sensação de impunidade.

Não se está aqui privilegiando os princípios da celeridade e eficiência em detrimento total das garantias constitucionais. O que se pretende é demonstrar é que desenvolver uma justiça eficiente e célere, é mais útil para todos, inclusive para o acusado, visto que mesmo nos procedimentos de rito abreviado, as garantias individuais, embora relativizadas são preservadas. O respeito às garantias constitucionais individuais não está atrelado à formalidade extrema do rito. Ao contrário do que possa parecer, as garantias constitucionais e a economicidade e celeridade processual são compatíveis entre si. Não há incongruência entre a desburocratização da justiça e a preservação das garantias constitucionais³⁰⁸.

Importante pontuar que a justiça penal consensual pode receber críticas e até rejeição num primeiro momento, como todo novel instituto, mas que em todos os países onde foi adotada, se

³⁰⁷ FERRAJOLI, Luigi - *Patteggiamento e crisi dela giurisdizione*. **Questione Giustizia**, Milano, n.2, 1989.

³⁰⁸ Para efetivar o sistema de garantias individuais, o modelo norte americano introduziu o *plea colloquy* que é basicamente o diálogo realizado entre juiz e o acusado, ocasião em que o acusado presta as declarações. Este momento é disciplinado pela *Rule 11* e deve ser obedecido à risca sob pena de gerar nulidades, pois é neste momento em que o acusado renuncia os direitos.

expandiu exponencialmente a partir do momento em que o acusado se vê beneficiado com os seus resultados.

A pena obtida a partir do consenso está revestida de legitimidade quando é útil à sociedade, alcançando a finalidade última da justiça que é a paz social. E também está revestida de constitucionalidade quando respeita, especialmente, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Neste diapasão, o consenso no processo penal representa a busca pela máxima eficácia na aplicação da norma penal, visto que a morosidade extrema do judiciário em dar a resposta estatal gera, indelevelmente, uma desagradável sensação de impunidade e descrédito do Poder Judiciário. Conclui-se, portanto, que os acordos sobre sentença criminal surgem como uma solução legítima de outorgar celeridade com seletividade inteligente³⁰⁹, respeitando a dignidade autônoma do indivíduo e sem descuidar das garantias constitucionais.

2.9. Princípio da obrigatoriedade da ação penal x Acordos Penais

João Vitor Felipe pontua que “De acordo com o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, também denominado de princípio da legalidade processual, não é dado aos órgãos persecutórios criminais, a possibilidade de agir utilizando-se de critérios políticos ou de utilidade social para decidir se atuarão ou não em determinada causa”³¹⁰. Desse modo, conforme o mesmo autor, diante de uma informação que noticie a prática de algum fato delituoso, cabe ao Ministério Público o “dever de oferecer a denúncia, caso identifique elementos de informação quanto à existência de fato típico, ilícito, culpável, além da presença das condições da ação penal e de justa causa para a deflagração do processo criminal”³¹¹.

O princípio da obrigatoriedade da ação penal impõe aos órgãos oficialmente encarregados para as funções investigativas e de deflagração da ação penal, o dever de agir. Não há, portanto, nenhuma disponibilidade.

³⁰⁹ “Em *Brandy v. United States*, assentou-se que “o reconhecimento de culpabilidade (*guilt plea*) beneficia ambas as partes ao evitar responsabilidades e despesas no julgamento”. (VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de - Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro”. São Paulo: **IBCCRIM**, 2015).

³¹⁰ FELIPE, João Vitor. Curso de Graduação em Direito. *Barganha no Processo Penal: Uma Análise Crítica à (In)Devida Importação da Negociação da Sentença ao Sistema Processual Penal Brasileiro Proposto no Pacote Anticrime do Ministério da Justiça e Segurança Pública*. [Em linha]. [Consult.12 jul.2024]. Universidade Federal de Santa Catarina, pág. 39. Disponível na internet: <<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/197785/TCC%20Barganha%20no%20Processo%20Penal%202019.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>.

³¹¹ *Idem* – **Ibidem**.

Em Portugal, o princípio da legalidade está insculpido constitucionalmente³¹² e encontra-se repetido no CPPportuguês³¹³, em conjunto com o princípio da oficialidade³¹⁴ que impõe ao Ministério Público o dever de investigar, sempre que tenha notícia de um crime, e o dever de acusar sempre que tenha indícios suficientes da ocorrência do crime e de sua autoria.

Em um primeiro olhar, pode parecer que o sistema jurídico português, não dá lugar algum à oportunidade, mas, em verdade, o CPPportuguês adotou o princípio da oportunidade mitigado, porquanto este atua como baliza limitativa do princípio da legalidade, prevendo uma legalidade aberta ao consenso e à oportunidade³¹⁵.

Importante frisar que em Portugal, tal como no Brasil a regra é a legalidade, pela qual não deixa-se, ao alvedrio do Ministério Público, livremente, decidir se deve ou não investigar ou acusar, mesmo estando preenchidos os pressupostos para tanto. Trata-se dever³¹⁶ e não de discricionariedade³¹⁷. Há, entretanto, afloramentos³¹⁸ do princípio da oportunidade. Tais afloramentos são manifestações do princípio da oportunidade regrada, visto que mesmo nas hipóteses onde são permitidos espaços de oportunidade, a atuação do Ministério Público é sempre condicionada ao cumprimento de certos requisitos³¹⁹. Todavia, no Brasil, a obrigatoriedade em oferecer a denúncia não significa que, em sede de alegações finais, o *Parquet* esteja obrigado a pedir a condenação do acusado, porquanto, ao Ministério Público cabe a análise técnica, desprovida de paixões, um agir com absoluta independência, sempre visando a tutela dos interesses individuais indisponíveis. Nessa linha, como ao Estado não interessa uma sentença injusta, tampouco a condenação de inocentes, estando certo da inocência ou, caso as provas colacionadas aos autos não proporcionem um juízo de certeza sobre a culpabilidade do acusado, deve o Promotor de Justiça manifestar-se pela absolvição.

Importante lembrar que os membros do Ministério Público possuem independência funcional para agir segundo os ditames da lei e sua consciência, e que o órgão possui uma função híbrida

³¹² Art.219.º, da CRP.

³¹³ Art.262.º, n.º2 e art.283.º, n.1, do CPPportuguês.

³¹⁴ Art.48.º, do CPPportuguês.

³¹⁵ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes - **Processo Penal**, p.227.

³¹⁶ O não cumprimento deste dever implica sanções criminais (art.369.º, n.º1, do CPportuguês), além da infração disciplinar respectiva, prevista na Lei n.º47/86, de 15 de outubro.

³¹⁷ MONTE. Mário Ferreira. Do Princípio da Legalidade no Processo Penal e da possibilidade de intensificação de espaços de oportunidade. **Revista do Ministério Público**. Ano 26. Jan-Mar2005, n.º101, p.68.

³¹⁸ *Idem* – **Op. Cit.** p.69.

³¹⁹ Mesmo na hipótese do art.280.º, onde fala-se em “oportunidade incondicionada”, ainda assim exige-se a concordância do juiz da instrução, além do cumprimento dos demais pressupostas da dispensa de pena como as diminutas culpa do agente e ilicitude do facto, a reparação do dano e a não oposição às exigências de prevenção geral. (MONTE. Mário Ferreira - **Do Princípio da Legalidade no Processo Penal e da possibilidade de intensificação de espaços de oportunidade**, p.71).

que, embora, diferentes, caminham juntas, o Ministério Público é órgão acusador sem deixar de *custos iuris*³²⁰.

Em sede de ação penal pública, a regra é a obrigatoriedade da ação penal, contudo, há algumas exceções previstas em lei, no caso: a) a transação penal³²¹, b) o termo de ajustamento de conduta³²², c) parcelamento do débito tributário³²³, d) acordo de leniência³²⁴ e e) colaboração premiada³²⁵.

Mirabete esclarece que:

Corolário do princípio da obrigatoriedade da ação penal, há o princípio da indisponibilidade da ação penal pública, também conhecido como princípio da indesistibilidade, pelo qual o Ministério Público é obrigado a oferecer denúncia, caso verifique a presença das condições da ação penal e a existência de justa causa (princípio da obrigatoriedade), também não pode desistir do processo em curso (indisponibilidade). Enquanto o princípio da obrigatoriedade é aplicável à fase pré-processual, reserva-se o princípio da indisponibilidade para a fase processual³²⁶.

Da mesma forma que o princípio da obrigatoriedade, o princípio da indisponibilidade da ação penal pública também comporta exceções, seja pela aplicação da suspensão condicional do processo³²⁷, seja pela formalização do acordo de não persecução penal.

³²⁰ Ante o seu perfil constitucional o Ministério Público passou de *custos legis* para *custos iuris*.

³²¹ É permitido ao Ministério Público oferecer a transação penal no lugar da denúncia, nas “infrações de menor potencial ofensivo, ainda que haja lastro probatório suficiente, desde que o autor do fato delituoso preencha os requisitos objetivos e subjetivos previstos lei, no art. 76.º, da Lei 9.099/95, para fazer jus ao benefício legal”.

³²² Previsto na “Lei n.º 7.347/85 que disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados em meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, à ordem econômica, à ordem urbanística, à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos, ao patrimônio público e social, e a qualquer outro interesse difuso ou coletivo, o termo de ajustamento de conduta é sempre celebrado nas hipóteses de quando a conduta lesiva ainda não se iniciou, ou quando, já iniciada, seus efeitos maléficos sejam passíveis de reparação, tornando ausente o interesse jurídico para propor a demanda judicial”.

³²³ “O parcelamento do débito tributário também se afigura como exceção ao princípio da obrigatoriedade da ação penal, já que a sua formalização ocorrida antes do recebimento da denúncia é causa de suspensão da pretensão punitiva, impedindo, com isso, o oferecimento da causa acusatória pelo Ministério Público”, nos termos do art.83.º, §2, da Lei n.º9.430/96.

³²⁴ “Também conhecido como acordo de brandura ou doçura, este acordo é uma espécie de colaboração premiada prevista na Lei n.º12.529/11, que dispõe sobre o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, para que pessoa físicas ou jurídicas, que sejam autoras de infrações contra a ordem econômica possam celebrar. O acordo de leniência determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário”.

³²⁵ Prevista na Lei n.º12.850/13, a colaboração premiada permite ao Ministério Público deixar de oferecer a denúncia se a colaboração levar a algum dos resultados constantes no art.4.º, da Lei n.º12.850/13.

³²⁶ MIRABETE, Júlio Fabrini - **Processo Penal**. 18ªed. São Paulo: Editora Atlas, 2006, p.98.

³²⁷ Previsto no art.89.º, da Lei 9.099/95, poderá o Ministério Público propor a suspensão condicional do processo quando entender que o acusado preenche os requisitos objetivos e subjetivos previstos em lei, ocasião em que, se aceito, o processo permanecerá suspenso durante o período de prova que pode ser de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, configurando, assim, exceção ao princípio da indisponibilidade.

A doutrina tradicional entende o princípio da obrigatoriedade da ação penal como inegociável, não cabendo ao membro do Ministério Público qualquer margem de discricionariedade ou juízo de oportunidade para exercitar a ação penal^{328 329}. Tal pensamento deve ser imediatamente rechaçado, pois, como é cediço, num regime democrático de direito, não há que se falar em direitos absolutos.

Noutro viés, a doutrina mais moderna ensina que não há previsão expressa, em texto constitucional, sobre o princípio da obrigatoriedade da ação penal. Há, outrossim, previsão expressa quanto ao princípio da independência funcional dos membros do Ministério Público, logo, não haveria que se falar em um *Parquet* compelido a sempre promover pela persecução penal judicial, mas sim em um Ministério Público livre para agir, ingressando ou não com a ação penal, pautado na conveniência justificada, segundo a valoração do interesse público. Isto significa que a valoração do interesse público pelo *Parquet* deve ser livre, decorrência lógica da independência funcional, que o direciona para bem decidir se e quando intervir. Esta moderna doutrina processual penal defende a mitigação do princípio da obrigatoriedade penal³³⁰, plenamente aceito no ordenamento jurídico brasileiro, assim como no ordenamento jurídico de Portugal e, ainda, no ordenamento jurídico de vários outros países, como Estados Unidos, Bolívia, Alemanha e outros, que também possuem institutos pautados na celebração de acordos, os quais podem resultar na redução das sanções ou, em alguns casos, na concessão do perdão.

De fato, a obrigatoriedade não pode ser vista como uma imposição cega a um órgão independente, mormente quando tal imposição ofende princípios outros, como o princípio da legalidade.

Desse modo, é mais condizente entender a obrigatoriedade da ação penal como um poder dever do Ministério Público de justificar suas ações, que devem sempre serem pautadas pelos princípios da legalidade, imparcialidade e moralidade e, somente após analisar a existência de justa causa, agir, prosseguir ou atuar como órgão interveniente.

Noutro passo, mister esclarecer que a mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal não é novidade nos ordenamentos jurídicos português e brasileiro, porquanto existem institutos,

³²⁸ Vanini e Cocciadi “O Ministério Público (a pretor e ainda o Ministério Público) tem a obrigação de proceder, isto é a obrigação de promover e exercitar a ação penal (e de promover a instrução sumária); obrigação, portanto, não é poder discricionário.” (VANINI, Ottorino, COCCIARDI, Giuseppe - *Manuale di diritto processuale penale italiano*. Milão: Giuffrè, 1986).

³²⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo- **Acordos sobre a sentença em processo penal: o “fim” do Estado de direito ou um novo “princípio”**, p.22 - “Não há, pois, lugar para qualquer juízo de oportunidade sobre a promoção e a persecução do processo penal, antes se apresenta com um dever para o Ministério Público.

³³⁰ GARCIA, Emerson - **Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico/ Emerson Garcia**. – 5ª.ed.rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p.146.

como a transação penal, suspensão condicional do processo, acordo de não persecução penal e a colaboração premiada, no ordenamento jurídico brasileiro e a suspensão provisória do processo, procedimento sumaríssimo, a mediação penal de adultos e a colaboração processual, no ordenamento jurídico português, pautados no consenso, cuja finalidade é evitar a interposição de ação penal em busca de uma solução mais adequada para o caso.

Ademais, a negociação da sentença criminal não pode ser vista como uma política de substituição ao processo penal. O processo penal não deixa de existir com a aplicação da sentença penal negociada. Ambos convivem.

A negociação da sentença criminal não passa de um acordo de vontades que leva a aplicação de um processamento diferente do procedimento ordinário, onde se visa a aplicação da pena mais leniente, com base na confissão do acusado, contudo, não implica num ato de disposição da ação penal por parte do órgão acusador, visto que o princípio da obrigatoriedade da ação penal permanece íntegro e inegociável, sempre que houver justa causa. No entanto, quando firmado o acordo, perde o órgão acusador o interesse processual, visto que o desiderato da condenação do culpado já foi alcançado.

3. DESAFIOS DA APLICAÇÃO DA SENTENÇA PENAL NEGOCIADA NO SISTEMA PROCESSUAL PENAL PORTUGUÊS E NO BRASILEIRO

Portugal e Brasil não adotaram a negociação da sentença criminal e partem de críticas semelhantes para repudiar o instituto, não obstante possuam em seus respectivos ordenamentos jurídicos, outras formas de consenso.

3.1. Desafios da Aplicação da Sentença Penal Negociada no sistema processual português

No ordenamento jurídico português, o acordo sobre sentença criminal quase foi aceito. A Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa chegou a expedir a Orientação 1/12, segundo a qual, os Magistrados do Ministério Público poderiam verificar eventual receptividade à celebração de acordos sobre sentença em matéria penal com os magistrados judiciais e, em caso de concordância, deveriam indicar previamente os procedimentos a serem adotados, sem prejuízo de eventuais alterações que o caso exigisse. A Orientação também determinava que os acordos fossem comunicados à Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa para fins de difusão de boas práticas e incentivar a propagação do instituto³³¹.

Também houve o Memorando de 19.01.2012 junto à Procuradoria-Geral Distrital de Coimbra, fulcrada nos art.72.º, 73.º e 344.º, do Código Penal Português que também autorizavam o acordo na suspensão provisória do processo e nos procedimentos sumaríssimos³³².

No entanto, o Supremo Tribunal de Justiça Português rechaçou a aceitação dos acordos de sentença criminal, sob o fundamento de que não há, no ordenamento jurídico português, qualquer previsão legal expressa que autorize a celebração de tais acordos e que, portanto, os mesmos afrontariam o princípio da legalidade, nos termos do art.203.º, da Constituição Portuguesa. Para o Tribunal de Justiça Português, os acordos também afetariam os princípios da igualdade e da lealdade, porquanto que, sem previsão legal, poderia ocorrer discrepância no tratamento ou qualquer tipo de dificuldade na aplicação entre uma e outra comarca/distrito judicial. Também destacou ser terminantemente proibida a obtenção da prova da confissão, sob

³³¹ ORIENTAÇÃO 1/12 DA PROCURADORIA-GERAL DE LISBOA - **Ministério Público Portugal**. [Em linha]. [Consult.21 nov.2021]. Disponível na internet: < <https://www.ministeriopublico.pt/iframe/orientacoes> >.

³³² MEMORANDO DE 19 DE JANEIRO DE 2012 - **Procuradoria-Geral Distrital de Coimbra**. [Em linha]. Justiça negociada: acordos sobre a sentença em processo penal. Coimbra: Procuradoria-Geral Distrital. [Consult.12 jul. 2021]. Disponível na internet: <<http://www.oa.pt/upl/%7Bee0e9275-cf60-4420-a2f4-840bd0c0bb2b%7D.pdf>>.

a promessa de vantagem legalmente inadmissível, com fulcro no art.126.º, n.1, alínea “e”, do Código de Processo Penal Português³³³.

Merece ser destacada também a Diretiva 02/14, de 21.02.2014, assinada pela Procuradora-Geral da República Joana Marques Vidal, à época dos fatos, a qual determinou a abstenção quanto à promoção ou aceitação de quaisquer propostas de acordo de sentença criminal pelos Magistrados do Ministério Público de Portugal, utilizando-se dos mesmos argumentos e fundamentos da decisão do Tribunal de Justiça citada acima³³⁴.

De lá pra cá não se vislumbrou avanço legislativo, nem jurisprudencial sobre a possibilidade de aplicação do Acordo sobre Sentença Penal em Portugal, em que a pese haja forte doutrina que aposte no instituto e que acredita que há dispositivos legais que permitam sua aplicação imediata consoante se verá mais adiante no presente trabalho^{335 336}.

Recentemente, em junho de 2021, o tema sobre negociação da sentença penal voltou ao debate, mas sem avanço até o momento, visto que o Governo português, com intuito de se adaptar à Estratégia Nacional Contra à Corrupção, propôs “uma alteração do Código de Processo Penal no sentido de prever a possibilidade de celebração de um acordo sobre a pena aplicável na fase julgamento, assente na confissão livre e sem reservas dos factos imputados ao arguido, independentemente da natureza ou gravidade do crime imputado”, conforme Luís Leitão.³³⁷

Dentre os principais desafios a serem superados, se avultam os que se referem à culpabilidade, à pena, os princípios da igualdade e da legalidade, possível mercantilização da justiça e a baixa aplicação dos institutos existentes.

No que se refere à culpabilidade, Jorge Figueiredo Dias entende “que um acordo não pode conduzir por si próprio e sem mais à conclusão sobre à culpabilidade do arguido a partir meramente da sua confissão, sem que o Tribunal se convença da justeza desta”³³⁸.

Entendemos que esse empecilho é de fácil superação, na medida em que a confissão deve ser comprovada por outras diligências as quais não poderão ser omitidas ou negadas quando

³³³ SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA - **Processo 224/06.7GAVZL.C1.S1**. [Em linha]. [Consult.12 jul. 2021]. Disponível na internet: <<https://vlex.pt/vid/-431767634>>.

³³⁴ PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA - **Directiva 02/14, de 21 de fevereiro de 2014**. [Em linha]. [Consult.14 jul. 2021]. Lisboa: PGR, 2014. Disponível na internet: <http://www.pgr.pt/grupo_bases/documentos_hierarquicos/Directiva_2-2014.pdf>.

³³⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo- **Acordos sobre a sentença em processo penal: o “fim do Estado de direito ou um novo princípio”**. Porto. Ordem dos Advogados Portugueses,2011.

³³⁶ CANOTILHO, J.J.Gomes; MOREIRA, Vital - **Constituição da República Portuguesa anotada**. 4.ed. Coimbra, 2010. v.2.

³³⁷ LEITÃO, Luís Menezes - **A negociação das penas em processo penal**. Ordem dos advogados portugueses. [Em linha]. 08/06/2021. [Consult. 05 mai. 2023]. Disponível na internet: <<https://portal.oa.pt/comunicacao/imprensa/2021/06/08/a-negociacao-das-penas-em-processo-penal/>>.

³³⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo - **Acordos sobre sentença em processo penal: o “fim” do Estado de direito ou um novo “princípio”**, p.20.

indispensáveis para a corroboração da referida confissão. Nesse tocante, a sentença negociada jamais terá como prova justificadora da condenação, a mera palavra do acusado, mas sim, elementos de provas outros, colhidos na fase inquisitorial, que sustentem tudo o que for dito, em termos de confissão, pelo acusado.

No que pertine à pena, ressalva-se que somente o Tribunal pode determinar o *quantum* da pena, todavia, Jorge de Figueiredo esclarece que ao acordo caberá apenas o estabelecimento de limites que se mostrem adequados às exigências de repressão e prevenção, permanecendo, desta forma, a palavra final, ao Poder Judiciário³³⁹.

Outro desafio a ser superado diz respeito sobre a suposta violação ao princípio da igualdade, por parte dos acordos sobre sentença penal, pois se apresentariam como “epifenômeno que pode ou não acontecer consoante a comarca, ou o distrito judicial, em que decorre o processo”³⁴⁰. Contrapondo este pensamento, vale o seguinte questionamento: há ofensa ao princípio da desigualdade nos demais institutos consensuais já albergados pelo ordenamento jurídico português? Como bem pontua Cláudia Santos “o que se julga é que uma aplicação do princípio da igualdade tomado na sua acepção material não exige a sujeição de todos os arguidos a uma mesma solução geral e abstracta, antes admite a “desigualação” de situações desiguais desde que o critério para essa diferenciação seja ainda suportado em valorações político-criminais que não sejam contrariadas pela letra da lei”³⁴¹.

Também há a argumentação de que os acordos sobre sentença penais ofenderiam o princípio da legalidade, ou da obrigatoriedade da acção penal³⁴². Em nosso sentir, inexistente qualquer limitação aos referidos princípios, visto que o Ministério Público não opta por uma alternativa à acusação. Aliás, os princípios fundamentais da liberdade e da democracia que norteiam a estrutura do Código de Processo Penal Português não assentem um princípio da legalidade rígido, como já dito, há manifestações do princípio da oportunidade, devidamente tipificadas³⁴³. Há, na questão em exame, uma atuação do Ministério Público pautada em juízos de

³³⁹ *Idem* – *Op. Cit.* p.50.

³⁴⁰ SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA - **Processo 224/06.7GAVZL.C1.S1**. [Em linha]. [Consult.12 jul. 2021]. Disponível na internet: <<https://vlex.pt/vid/-431767634>>.

³⁴¹ SANTOS, Cláudia Cruz. Decisão Penal Negociada. [Em linha]. **Julgar** n.º25/2015. Ed. Coimbra. [Consult.17 Mai. 2023]. Disponível em <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2015/01/JULGAR-25-08-CCS-Decis%C3%A3o-penal-negociada.pdf>. Questiona a autora: “Haverá desigualdade quando o ministério público opta pelo envio de um processo para a mediação, mas já de outro, ou quando propõe a suspensão provisória de um processo num caso mas não em outro?”

³⁴² SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. [Em linha] - **Processo 224/06.7GAVZL.C1.S1**. [Consult.12 Jul. 2021]. Disponível em: <https://vlex.pt/vid/-431767634>.

³⁴³ São manifestações do princípio da oportunidade a suspensão provisória do processo (art.281.º do CPPportuguês), o arquivamento do inquérito em caso de dispensa ou isenção da pena (art.280.º do CPPportuguês), o processo sumaríssimo (art.392.º e ss. Do CPPportuguês) e a limitação dos poderes jurisdicionais preconizadas pelo Ministério Público nos termos do art.16.º, n.º3 e n.º4 do CPPportuguês).

oportunidade, a partir da conveniência ou não da promoção e persecução do processo penal, segundo critérios que vão desde a análise da operacionalidade dos tribunais, passando pela melhor individualização da persecução penal, até atingir o desiderato último do direito punitivo, qual seja, a ressocialização plena do delinquente³⁴⁴.

A crítica no sentido de que a confissão obtida nos acordos de sentença se dá de forma enganosa, por ter subjacente a promessa de vantagem inadmissível no ordenamento jurídico português, o que acabaria por mercantilizar a justiça, também não merece prosperar, e mais uma vez nos valem das apropriadas ponderações e reflexões de Cláudia Santos que assim questiona: “Se tanto o ministério público como o tribunal acham o conteúdo do acordo adequado à obtenção das finalidades penais e se vinculam a aceitar uma pena que virá a ser estabelecida dentro de uma moldura que é coerente com os critérios que norteiam a determinação da sanção e que permitirá a realização da justiça, por que se afirma que no acordo se promete uma vantagem que é inadmissível?”³⁴⁵. Como visto, não apenas é admissível, como deve ser recomendada, porquanto privilegiam a celeridade, a eficiência, alcançam às finalidades preventivas e repressivas da pena, aproximam as partes por meio de diálogo salutar que resultam no consenso, encerrando o processo sem estigmatização das partes envolvidas.

Outro desafio que merece ser superado diz respeito à baixa aplicação, em concreto, das hipóteses de oportunidade já existentes, trazendo à baila a discrepante conclusão de que as mesmas possuem enorme sucesso teórico e real insucesso no campo prático³⁴⁶. Conforme estudos estatísticos extraídos do relatório do Observatório Permanente da Justiça Portuguesa de 2002, a taxa de aplicação da suspensão provisória, por exemplo, era baixíssima: cerca de 0,30% dos inquéritos findos por ano, quando a taxa de acusação chegava a atingir os 26,1%. E os principais fatores da não aplicação foram catalogados em cinco categorias pelo referido estudo,

³⁴⁴ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes - **Processo Penal**, p.220.

³⁴⁵ SANTOS, Cláudia Cruz - **Decisão Penal Negociada**. [Em linha]. Ed. Coimbra. [Consult.17 mai. 2023]. Disponível na internet: < <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2015/01/JULGAR-25-08-CCS-Decis%C3%A3o-penal-negociada.pdf>>.

³⁴⁶ OBSERVATÓRIO PERMANENTE DA JUSTIÇA PORTUGUESA - **As reformas processuais e a criminalidade na década de 90. As formas especiais de processo e a suspensão provisória do processo: problemas e bloqueios**. [Em linha.] Coimbra, 2002. [Consult.05 jun. 2023]. Disponível na internet: <<https://opj.ces.uc.pt/wp-content/uploads/pdf/9.pdf>>.

a saber: a) problemas e bloqueios de ordem legal³⁴⁷; b) de ordem organizacional³⁴⁸; c) turnos dos tribunais³⁴⁹; d) recursos materiais e humanos³⁵⁰; e) bloqueios culturais³⁵¹ e f) problemas de formação inicial e permanente^{352 353}.

Rui do Carmo Fernando também elenca como fatores da não aplicação a rotina instalada, que causa certa resistência e passividade à introdução das inovações legislativas, estimuladas por uma “lógica da produção”, percebida numa perspectiva parcelar do sistema de justiça formal (limitada à actividade do Ministério Público e à fase de inquérito), acentuada pela carência de meios e mantidas, muitas vezes por uma hierarquia sem dinamismo, além de uma postura distanciada tanto das investigações, com dos demais sujeitos processuais e, ainda, a burocratização das funções dos magistrados³⁵⁴.

Sucintamente, esses são os principais desafios e questionamentos que impediram, até o momento, a aplicação dos acordos sobre sentença penal no ordenamento jurídico português, no entanto, acreditamos que os mesmos não são capazes de elidir, em definitivo, a possibilidade de aplicação do instituto em um futuro próximo. Acreditamos que, se forem definidos certos limites de balizamento e que haja a devida previsão legal, os acordos sobre a sentença poderão ser compatíveis com os princípios estruturantes do código penal português e com as normas

³⁴⁷ Os bloqueios de ordem legal são os que se referem à questões ligadas com o princípio da oportunidade, com a ideia de descriminalização e desjudicialização de determinadas práticas sociais; com o segredo de justiça, em especial no âmbito da pequena e média criminalidade, com a interpretação do conceito de primeiro dia útil para apresentação dos arguidos detidos em flagrante delito; com a intervenção do juiz no processo sumaríssimo; com o arbitramento de indenização cível aos ofendidos e o alargamento da moldura naquela forma de processo, com a contagem do prazo de 90 dias para a execução do inquérito nos processos abreviados, com o facto do processo abreviado ter o mesmo tratamento na fase de julgamento do processo comum; com o conceito de “provas simples e evidentes” no âmbito do processo abreviado; ainda nesta forma de processo, com a possibilidade de apresentação de requerimento de abertura de instrução; e com a intervenção de juiz criminal na suspensão provisória do processo (*Idem - Op. Cit.* p.198).

³⁴⁸ Os problemas de ordem organizacional são aqueles que resultam da excessiva burocratização do sistema judicial, das disfuncionalidades e das desarticulações no seu funcionamento; no não cumprimento dos prazos processuais, por parte dos magistrados, entre outros (*Idem - Op. Cit.* p.198).

³⁴⁹ O problema dos turnos dos tribunais diz respeito aos julgamentos em processo sumário, vez que parcela significativa da criminalidade que poderia ser imediatamente julgada em processo sumário, é transferida para o processo comum (*Idem - Op. Cit.* p.199).

³⁵⁰ Os problemas de recursos materiais e humanos mormente aquelas decorrentes de inovações legislativas que exigem condições prévias para o seu funcionamento (*Idem - Ibidem*).

³⁵¹ Os bloqueios de ordem cultural se manifestam na resistência à mudança, à abertura para a modernidade, aonde é preferível se proceder como sempre se fez (*Idem - Ibidem*).

³⁵² De lá pra cá, não houve realização de novo estudo comparativo pelo Observatório Permanente da Justiça Portuguesa para saber se o percentual aumentou ou decresceu, mas as discussões sobre a necessidade de inovação legislativa no campo do consenso e alargamento das hipóteses de oportunidade persistem.

³⁵³ Os problemas de formação inicial e permanente decorrem da ausência de programas sistemáticos e integrados de formação permanente no que respeita às reformas processuais e, consequentemente, em relação às formas especiais de processo (*Idem - Op. Cit.* p.200).

³⁵⁴ FERNANDO, Rui do Carmo - **O Ministério Público face à pequena e média criminalidade (em particular a suspensão provisória do processo e o processo sumaríssimo)**, p.129-150.

constitucionais, propiciando inúmeras vantagens, entre elas a de evitar longas e constrangedoras produções de provas e obtenção uma mais célere da realização e solução do processo.

Bem pontua, Mário Ferreira Monte que os espaços de oportunidade servem, outrossim, para concretizar a subsidiariedade do direito penal, além de atingir a finalidade da pena, mas com a virtude de não pesar sobre o arguido a estigmatização que é inerente ao julgamento. Todavia, o autor também relaciona inúmeros outros desafios que impedem as hipóteses de criação de novos institutos de oportunidade (...), preferindo adotar como solução a intensificação prática dos já existentes³⁵⁵.

3.2. Mecanismos de Solução por Consenso no Processo Penal de Portugal

É hoje manifesto que o direito processual penal possui reflexos diretos dos conceitos de criminologia e de mandamento de política criminal. A criminologia aponta vantagens na não descoberta e no não sancionamento de todos os crimes. Salienta que a perseguição total de todo e qualquer crime poderia por em xeque o próprio valor da norma que o tipifica e direciona para balizas positivas de oportunidade quanto à promoção processual ³⁵⁶.

Seguindo tendência dos demais países europeus, o Código de Processo Penal de Portugal³⁵⁷ criou dois espaços para a resolução de conflitos criminais, quais sejam: o espaço de conflito, dos quais fazem parte o processo comum, o processo sumário e o processo abreviado, que são reservados para os “casos mais graves e o espaço de consenso, do qual fazem parte o arquivamento em caso de dispensa de pena, a suspensão provisória do processo e o processo sumaríssimo, aplicados em crimes de menor ofensividade”, conforme destaca Fábio da Silva Andrade³⁵⁸.

Os crimes de média complexidade só se tornaram objeto de instrumentos de consenso penal, após a reforma processual penal realizada no ano de 2007, pela Lei n.º48, de 29 de agosto de 2007, que buscou contemplar os ideais de efetividade e celeridade no funcionamento da justiça criminal lusitana.

³⁵⁵ MONTE, Mário Ferreira - **Do Princípio da Legalidade no Processo Penal e da possibilidade de intensificação de espaços de oportunidade**, p.67.

³⁵⁶ FIGUEIREDO DIAS, Jorge - **Direito Processual Penal: lições do Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias coligidas por Maria João Antunes**, p.11.

³⁵⁷ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º16.489/87

³⁵⁸ ANDRADE, Fábio da Silva. 2017. Dissertação de Mestrado em Direito. *A Ampliação dos Espaços de Consenso no Processo Penal*. [Em linha]. [Consult.12 jul. 2024]. Universidade Federal de Minas Gerais, pág. 96. Disponível na internet: <<https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/42844/1/DISSERTA%c3%87%c3%83O%20-%20FINAL%20-%20PDF.pdf>>.

Consenso e oportunidade pregam um cenário denominado por Costa Andrade de “horizonte político-criminal comum”, que visa a celeridade processual, a informalidade, a diversão, a concordância, a ressocialização, a ausência de estigmatização, a fuga de cerimónias degradantes do processo penal como o julgamento³⁵⁹.

O Código de Processo Penal Português procurou alargar as possibilidades de consenso, enfatizando que a tendência consensualista na justiça penal visa uma lógica racionalizadora e de eficácia, sem, contudo, perder de vista a expansão dos direitos do homem, que servem de limite e balizas ao consenso, que tem por função fazer com que o infrator aceite e se convença de que concordar com a decisões judicial é melhor caminho a ser tomado para o retorno ao convívio em sociedade. Entretanto, em que pese a clara ampliação das modalidades de consenso, esta não pode elidir todos modelos de conflito, visto que uma justiça penal estruturada no consenso absoluto, não passa de uma “utopia errada”, por quanto³⁶⁰.

3.2.1. Suspensão Provisória do Processo

À semelhança do instituto do *sursis* processual brasileiro:

a suspensão provisória do processo está prevista nos arts. 281.º e 282.º, do Código de Processo Penal Português, e apresenta-se como um instrumento de consenso entre o Ministério Público e o acusado, que, homologado pelo juiz, acarreta o sobrestamento do processo, por determinado período, se preenchidos determinados requisitos³⁶¹ e mediante o cumprimento de condições³⁶² fixadas em lei.

³⁵⁹ Expressão de Costa Andrade citada por VALENTE, Manuel Monteiro Guedes - **Processo Penal**, p. 213.

³⁶⁰ *Idem* – **Op. Cit.** p. 215.

³⁶¹ Art.281.º, 1 do CPPP– «Se o crime for punível com pena de prisão não superior a 5 anos ou com sanção diferente da prisão, o Ministério Público, oficiosamente ou a requerimento do arguido ou do assistente, determina, com a concordância do juiz da instrução, suspensão do processo, mediante a imposição ao arguido de injunções e regras de conduta, sempre que se verificarem os seguintes pressupostos:

- a) Concordância do arguido e do assistente;
- b) Ausência de condenação anterior por crime da mesma natureza;
- c) Ausência de aplicação anterior de suspensão provisória de processo por crime da mesma natureza;
- d) Não haver lugar a medida de segurança de internamento;
- e) Ausência de um grau de culpa elevado; e
- f) Ser de prever que o cumprimento das injunções e regras de conduta responda suficientemente às exigências de prevenção que no caso se façam sentir.»

³⁶² Art.281.º, 2, do CPPP – «São oponíveis ao arguido, cumulativa ou separadamente, as seguintes injunções ou regras de conduta:

- a) Indemnizar o lesado;
- b) Dar ao lesado satisfação moral adequada;
- c) Entregar ao Estado ou a instituições privadas de solidariedade social certa quantia ou efectuar prestação de serviço de interesse público;
- d) Residir em determinado lugar;
- e) Frequentar certos programas ou actividades;
- f) Não exercer determinadas profissões;

Difere da suspensão condicional do processo prevista no ordenamento brasileiro quanto ao critério de utilização, vez que a suspensão no ordenamento brasileiro é orientada pela pena mínima cominada ao delito, ao passo que no ordenamento jurídico português é a pena máxima que define se será possível a suspensão provisória do processo. Também difere do instituto brasileiro em relação aos atores envolvidos no processo. Enquanto no Brasil, basta a concordância do Ministério Público e do acusado, com sua defesa técnica, em Portugal, devem estar de acordo o juiz da instrução, o arguido e o assistente³⁶³. Em “que pese a lei portuguesa preconize que o Ministério Público determina a suspensão, de ofício ou a requerimento do arguido, em verdade, se trata de uma proposta, que precisa ser aceita pelos todos sujeitos processuais envolvidos³⁶⁴”.

Também diverge do modelo brasileiro quanto à abrangência de aplicabilidade do instituto, porquanto o instituto lusitano permite “a aplicação do instituto nos casos de violência doméstica e também nos delitos contra a liberdade e autodeterminação sexual de menor não agravado pelo resultado”³⁶⁵.

Outra diferença em relação ao instituto similar brasileiro é o fato de que no modelo lusitano não existe um tempo mínimo para a suspensão do processo, que pode ser de até dois anos, podendo chegar a cinco anos, ao passo que no Brasil o tempo mínimo é de dois anos, podendo se estender a até quatro anos.

A suspensão provisória do processo trouxe para o sistema penal português inúmeras vantagens e a reforma de 2007, do Código de Processo Penal, trouxe ainda mais algumas inovações que facilitaram, com acerto, a aplicação do instituto consensual para mais casos. Entre elas, a reforma “afastou a exigência de ausência de antecedentes criminais para cobrar apenas a ausência de condenação anterior por crime da mesma natureza e também substituiu a exigência do caráter diminuto da culpa pela ausência de grau elevado de culpa”. Também incluiu a prestação de serviço de interesse público no rol das injunções e regras de conduta, tendo em vista que estas sanções de índole especial não penal são taxativas, devendo, portanto, ter previsão legal para serem indicadas na proposta de suspensão do processo³⁶⁶.

-
- g) Não frequentar certos meios ou lugares;
 - h) Não residir em certos lugares ou regiões;
 - i) Não acompanhar, alojar ou receber certas pessoas;
 - j) Não frequentar certas associações ou participar em determinadas reuniões;
 - k) Não ter em seu poder determinados objetos capazes de facilitar prática de outro crime;
 - l) Qualquer outro comportamento especialmente exigido pelo caso.»

³⁶³ Assistente, neste caso, é a vítima que intervém nos autos.

³⁶⁴ Art.281.º, 1, a, do CPPP

³⁶⁵ Art.281.º, 1 do CPP de Portugal

³⁶⁶ *Idem – Ibidem..*

Importante destacar que a decisão de suspensão não é passível de recurso, visto que todos os atores, isto é, Ministério Público, arguido, vítima e magistrado, todos aceitaram a proposta por estar de acordo com a lei e por ter havido o necessário consenso. Entretanto, alguns doutrinadores sustentam que não há como afastar a possibilidade de ter havido uma concordância inquinada por vício de vontade, e por isso entendem que deveria existir algum tipo de recurso para esta situação, mormente porque cabe ao juiz de instrução a fiscalização acerca da legalidade, assim como da adequação das medidas propostas pelo Ministério Público, a fim de analisar se injunções e regras de condutas impostas são suficientes e adequadas para coibir a prática delituosa ao mesmo tempo que não podem ser excessivas ao ponto de ofender, de qualquer sorte, a dignidade do arguido³⁶⁷.

Também merece destaque, segundo decisão do Supremo Tribunal de Justiça, o fato de que:

o juiz não pode rever a posição do Ministério Público, no sentido de recusar a aplicação da suspensão provisória do processo, vez que a acusação age amparada pelo princípio da oportunidade, não sendo autorizado ao Judiciário intervir nesta questão. Entretanto, há forte corrente doutrinária³⁶⁸ que entende de forma contrária, no sentido de que o arguido pode requerer a abertura de instrução, nos termos do art.287.º, I, do CPP, com espeque na não suspensão provisória do processo pelo Ministério Público e, com isso, permitir o controle por parte do Poder Judiciário, da decisão do *Parquet*, de modo a admitir a suspensão provisória, quando preenchidos os requisitos.

Da mesma forma, prevalece o entendimento jurisprudencial de que não é passível de impugnação a decisão do juiz de instrução que discorda da proposta de suspensão elaborada pelo Ministério Público, ainda que o arguido e a vítima tenham concordado³⁶⁹.

3.2.2. Procedimento Sumaríssimo

O procedimento sumaríssimo está disciplinado nos art.392.º a 398.º do Código de Processo Penal Português. Consubstancia-se num mecanismo de consenso elaborado para dar maior

³⁶⁷ Art.281.º, 4, do CPP de Portugal.

³⁶⁸ TORRÃO, Fernando - **A relevância político-crimal da suspensão provisória do processo**, p.254 e CARMO, Rui do - **A autonomia do Ministério Público e o exercício da ação penal**, p.344.

³⁶⁹ SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA - **Acórdão de uniformização de jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça n.º.16/2009**. [Em linha]. DR, n.º248, I Série, de 24/12/2009. [Consult.19 jul. 2021]. Disponível na internet: <<https://dre.tretas.org/dre/267078/acordao-do-supremo-tribunal-de-justica-16-2009-de-24-de-dezembro>>.

celeridade, eficácia e simplificação à resposta estatal em relação aos delitos de menor gravidade³⁷⁰.

Não há instrução probatória, nem julgamento tradicional. A solução se dá por meio do acordo de vontades das partes, incentivados por uma política criminal de diversão³⁷¹, onde não é possível a aplicação de pena privativa de liberdade, ou seja, somente é possível pactuar penas substitutivas da prisão.

O momento adequado para propor o procedimento sumaríssimo é logo após a finalização do inquérito policial. Logo, trata-se de procedimento consensual pré-processual, pelo qual é dado ao Ministério Público a faculdade de formular um requerimento ao juiz, apresentando uma proposta de sanção não privativa de liberdade³⁷², que já deve ser bem especificada, para que o acusado saiba exatamente qual(is) pena(s) deverá cumprir, caso aceite o acordo.

Importante salientar que embora este procedimento não permita a intervenção de partes civis, é facultado à vítima a possibilidade de se manifestar quanto à intenção de obter a reparação dos danos sofridos, situação na qual o Ministério Público, em obediência ao disposto no art.393.º, deverá contemplar tal reparação em sua proposta.

Neste mecanismo de consenso, não é possível haver a possibilidade de redução da pena em razão da confissão para o réu que sinaliza favoravelmente ao acordo. Esta medida de não permitir a concessão de benefício ou prêmio ao arguido, afasta os pretensos inocentes que queiram se valer do procedimento por temer o direito de oposição.

Ressalta-se o papel do magistrado neste procedimento consensual, que somente poderá rejeitar o requerimento do acordo em situações taxativamente previstas em lei, que são: a) quando legalmente inadmissível o procedimento; b) quando o requerimento for manifestamente infundado; c) quando entender que a sanção proposta é manifestamente insuscetível de realizar de forma adequada e suficiente as finalidades da punição. Nesta última situação, o juiz pode fixar outra punição, mas que somente terá validade após a concordância das partes ou encaminhar o feito para outro rito, ocasião em que o próprio requerimento servirá como peça acusatória. Desta decisão do magistrado não caberá qualquer tipo de recurso.

Também não caberá recurso do despacho do juiz que homologar o requerimento e determinar a aplicação da sanção, bem como ao pagamento da taxa de justiça. Este “despacho valerá como

³⁷⁰ A Lei n.º 48, de 29 de agosto de 2007 expandiu o campo de abrangência do instituto para incluir delitos em que a pena máxima abstratamente fixada não ultrapasse 5 (cinco) anos.

³⁷¹ Para Sónia Fidalgo “o processo sumário é um processo célere, consensual, em que há uma renúncia antecipada ao exercício de direitos de defesa por parte do acusado”. Cf. FIDALGO, Sónia - **O consenso no processo penal: reflexões sobre a suspensão provisória e o processo sumaríssimo**, p.302.

³⁷² Art.394.º, do CPP Português

sentença condenatória e não admite recurso ordinário. Conforme ensinamento de Andrade, o procedimento sumaríssimo não é guiado pelo princípio da oportunidade, mas sim pela legalidade e se traduz numa verdadeira condenação penal”³⁷³.

Como se vê, este interessante procedimento tem regramento próprio com inúmeras peculiaridades salutares, não à toa que seu campo de abrangência tem sido alargado com o passar dos anos. Todavia, merece uma severa crítica em relação a ausência de audiência entre as partes. Em se tratando de uma modalidade consensual, tem-se com imperiosa uma oportunidade para que as partes pudessem conversar, argumentar, contra-argumentar, fazer uma contraproposta, até que cheguem ao acordo ideal. A propósito, é na audiência que o juiz poderá averiguar, com mais precisão, se a manifestação de vontade do acusado é voluntária, livre e consciente. A não realização de audiência retira das partes importante canal de diálogo, que é pedra de toque para qualquer modelo consensual.

Ademais, a dispensa do comparecimento do arguido ao Tribunal para a audiência retira do mesmo o direito de ser ouvido, isto é, de falar, apresentando, sua própria versão, motivos, ponderações e pedidos para a concretização do acordo³⁷⁴.

Em resumo, temos, portanto, que o procedimento sumaríssimo é um mecanismo de resolução de conflito penal baseado no consenso, onde a ação penal é efetivamente exercitada, o que impede futuro *bis in idem*, visto que resulta de uma decisão de cunho condenatório.

Tem como diferencial o fato do Tribunal não homologar um acordo prévio entre acusação e defesa, como ocorre no *guilty plea*, mas sim no fato do Tribunal apresentar a pena ao arguido e este decidir quanto a aceitação. Neste tocante difere tanto do *plea bargaining* e como da *guilty plea* pelo fato de que não há a conversa prévia entre as partes para ajuste das pretensões, vez que o esboço do acordo parte do Ministério Público é encaminhado para o Tribunal que, após sua acurada análise quanto a acusação em si, remete ao arguido para apreciação e manifestação quanto a aceitação³⁷⁵.

³⁷³ ANDRADE, Manuel da Costa. **Consenso e oportunidade – Reflexões a propósito da Suspensão Provisória do Processo e do Processo Sumaríssimo. Jornadas de Direito Processual Penal – O Novo Código de Processo Penal.** Coimbra: Almedina, 1995, p.319-358.

³⁷⁴ Neste sentido, Manuel da Costa Andrade: “Para se poder, em rigor, falar em consenso, acentua SCHEREIBER, a decisão terá de emergir como resultado de uma interpenetração de posições contrastantes e, por isso, aceitável por todos ou por parte dos intervenientes. Quando é possível proceder a uma discussão conjunta do problema, em estilo diálogo, ganha-se em informação e alargam-se os horizontes. E aumentam-se as oportunidades de se encontrar numa decisão mais acertada e susceptível de superar a situação real subjacente, bem as hipóteses de sua aceitação, mesmo porque aqueles que vêm a ser atingidos pela sanção.” ANDRADE, Manuel da Costa - **Consenso e oportunidade – Reflexões a propósito da Suspensão Provisória do Processo e do Processo Sumaríssimo. Jornadas de Direito Processual Penal – O Novo Código de Processo Penal,** p.336.

³⁷⁵ *Idem – Op. Cit.* p.358.

Esta peculiaridade, onde a avaliação judicial em relação à acusação em si, ocorre antes da remessa da proposição ao arguido, é que o difere de todos os demais mecanismos de consenso estudados até aqui. Por outro lado, se aproxima, em partes do *plea of nolo contendere* americano, porquanto é baseada na não oposição por parte do arguido, haja vista que não se reconhece a culpa.

Pinceladas as principais características da suspensão provisória do processo e do procedimento sumaríssimo, observa-se a seguinte dinâmica: somente poderá ocorrer a suspensão provisória do processo se não for caso de arquivamento. E somente poderá haver a continuidade da acusação, mormente com o procedimento sumaríssimo, se não for caso de arquivamento, nem de suspensão provisória³⁷⁶.

O ordenamento jurídico português também prevê a colaboração processual, a qual é popularmente conhecida como “arrependimento”³⁷⁷. A colaboração processual é uma modalidade de consenso específica para os crimes que envolvem a macrocriminalidade³⁷⁸, pela qual o agente que auxiliar eficazmente às autoridades em relação à recolha de provas decisivas para a identificação ou captura dos autores do fato, terá direito a atenuação da pena ou até a sua dispensa.

A colaboração processual exige a confissão do acusado que almeja o prêmio que poderá ser a atenuação da pena ou, até mesmo, a isenção de pena, tudo a depender da qualidade das informações prestadas, que deverão ser confirmadas, isto é, estarem em consonância com as demais provas já coletadas.

Duas são as análises a serem feitas pelo magistrado acerca da confissão do acusado e as demais informações relevantes sobre o crime, como o *modus operandi*, por exemplo, além da indicação

³⁷⁶ CONDE CORREIA. João - **Questões práticas relativas ao arquivamento e à acusação e à sua impugnação**. Porto. Universidade Católica, p.74.

³⁷⁷ “Embora seja bastante popularizada a expressão “arrependimento” para o referido instituto, o arguido “colaborador” não se confunde com o arguido “arrependido”. O arguido arrependido é aquele que se arrepende da prática do fato delituoso ou desiste da sua continuidade para evitar um dano ou, a depender da situação, ressarcir o dano causado, como nos casos do art.71.º, n.2, letr “c”; art.72.º, n.2, letra “c”, do Código Penal Português. Já o colaborador da justiça, nos termos da Recomendação 9, de 2005 do Comitê de Ministros da Europa é qualquer pessoa que enfrenta acusações criminais ou que foi condenada por tomar parte em uma associação/organização criminosa e que concorda em cooperar com as autoridades judiciárias e estatais, especialmente prestando testemunho sobre a associação/organização criminosa ou crimes que lhe são imputados”.

³⁷⁸ “Como por exemplo no art.31.º do Decreto-Lei n.º15, de 22/01/93 que, para as hipóteses ali elencadas, o legislador previu que nos casos em que o agente auxiliar concretamente as autoridades na recolha de provas decisivas para a identificação ou a captura de outros responsáveis, particularmente tratando-se de grupos, organizações ou associações, pode ter a pena especialmente atenuada ou ter lugar a dispensa de pena. Outro exemplo que pode ser citado é o art.8.º, da Lei n.º 36, de 29/09/94 que estabelece uma hipótese de atenuação especial quando se tratar de atividade de combate à corrupção e à criminalidade económico financeira e o agente auxiliar concretamente na recolha das provas decisivas para a identificação dos responsáveis. Da mesma forma, na Lei n.º 52, de 22/08/03 que trata sobre terrorismo, em seu art. 2.º, n.º5, que também prevê uma especial atenuação da pena quando o agente auxiliar concretamente na recolha das provas decisivas para a identificação ou captura de outros responsáveis”.

de autoria, com o fornecimento de indícios suficientes da participação dos outros envolvidos. A primeira diz respeito ao cotejo das informações com os elementos de prova já coletados. Isto significa que a confissão deve ter uma correspondência com a base fática apurada previamente. A segunda análise consiste no juiz avaliar se a colaboração se mostrou eficaz para a elucidação do crime e identificação de seus autores, do contrário não passará de mera confissão. E é a partir dessa eficiência que o juiz estabelecerá a decisão final concedendo ao colaborador o prêmio adequado. Importante asseverar que a análise da relevância e eficácia da colaboração será sempre feita em momento posterior à própria declaração, vez que cabe ao Tribunal a verificação do reconhecimento de culpa, sobre a pena para ser imposta e, primordialmente se as informações prestadas foram imprescindíveis para identificação e captura dos outros envolvidos no delito³⁷⁹.

Da mesma forma como nos demais modelos de resolução de conflito criminal por meio do consenso, a vontade de acordar, no caso de colaborar, deve ser livre e consciente, o que deve ser aferido pelo magistrado na fase de interrogatório.

Diferentemente do ocorre no ordenamento jurídico brasileiro quanto ao modelo de colaboração³⁸⁰, há a necessidade de que todos os arguidos confessem quando em concurso de agentes, vez que é imprescindível a efetiva demonstração de arrependimento de todo o grupo criminoso, com a necessidade de redenção de todos³⁸¹.

Merece destaque o tratamento dispensado pelo ordenamento jurídico português para a confissão integral e sem reservas³⁸² ocorrida em audiência de julgamento, nos crimes punidos com pena de prisão não superior a 5 (cinco) anos³⁸³. Para esse tipo de confissão também é necessário que haja nos autos elementos que confirmem e respaldem a admissão de culpa, para que o Tribunal possa, com segurança, dispensar a fase de produção de provas e realizar, de pronto, o julgamento, acelerando, portanto, a resolução do processo.

Assevere-se que a confissão integral e sem reservas não é uma modalidade de acordo. É tão somente um tratamento procedimental diferenciado para aqueles que confessam integralmente e sem reservas, tornando a resolução do processo mais célere e simplificada, tendo em vista que, com a confissão torna-se despicienda a fase de produção de provas, obedecendo uma

³⁷⁹ LEITE, Inês Ferreira - **“Arrependido”: a colaboração processual do co-arguido na investigação criminal.** In: PALMA, Maria Fernanda; SILVA DIAS, Augusto; SOUSA MENDES, Paulo (Coords.), p.399-400.

³⁸⁰ No Brasil há instituto semelhante chamado de colaboração premiada.

³⁸¹ Art.344.º, n.3, do CPP Português.

³⁸² Na confissão integral e sem reservas o réu deve admitir a prática criminal tal como imputada pela acusação, inclusive suas consequências jurídicas, não sendo possível contrapor ou acrescentar fatos com o desiderato de eximir-se da responsabilidade.

³⁸³ Art.344.º, n.2, do CPP Português

“lógica de justiça”³⁸⁴, afinal, se há confissão integral e sem reservas, devidamente respaldada em elementos de provas colhidos previamente e realizada de forma voluntária, consciente e orientada pela defesa técnica, porquê realizar a produção de provas de forma desnecessária? Frise-se que, como a confissão integral e sem reservas não é uma modalidade de consenso, resta, portanto, intacta a liberdade do magistrado quanto à apreciação dos fatos e aplicação da pena. Desse modo, não há garantia ao acusado que receberá uma penalidade mais branda ou qualquer outra vantagem em decorrência da admissão de culpa.

3.2.3. Mediação Penal de Adultos

Por fim, mas não menos importante, temos a Mediação Penal de Adultos que é mais uma modalidade consensual de resolução de conflito no âmbito penal do ordenamento jurídico português, para as hipóteses de processos penais cujos procedimentos dependam de queixa ou acusação particular, especialmente quando versarem sobre crimes contra as pessoas ou contra o patrimônio.

Esta modalidade de consenso surgiu em Portugal, no ano de 2004, a partir de uma iniciativa da Faculdade de Direito da Universidade de Porto com a Procuradoria-Geral Distrital do Porto e pelo Departamento de Investigação e Accção Penal do Porto, quando, então, percebeu-se que se tratava de uma forma autônoma de atuação³⁸⁵.

A mediação penal também é conhecida como *Mediation for Redress*³⁸⁶ e pode ser entendida como um mecanismo de resolução de conflito penal que surgiu como uma alternativa ao processo criminal convencional, ante o aumento da pequena criminalidade e a dificuldade do Estado em ofertar uma resposta célere e adequada para esse problema, obedecendo a orientação da Recomendação R(99) 19, adotada em 15/09/99 pelo Comitê de Ministros³⁸⁷ e seguindo o “modelo verde” de justiça.

Pauta-se pelos princípios da confidencialidade, uma vez que tudo que ali for discutido não poderá ser utilizado posteriormente, no caso de frustração da conciliação; pelo princípio da informalidade, porquanto a mediação não exige nenhuma forma preestabelecida; pelo princípio da pessoalidade, vez que é imprescindível a participação pessoal dos envolvidos para sua

³⁸⁴ Fernando Fernandes, seguindo os ensinamentos de Jorge de Figueiredo Dias afirma que “o tratamento atribuído à confissão não se orienta por uma por uma exclusiva e pura “lógica de produtividade”, calcada apenas em razões de celeridade e economias processuais, mas decorre antes de uma “lógica de justiça”, visando simplificar e acelerar o processo penal, limitando no que possível a ‘cerimônia degradante que ele traduz”. FERNANDES, Fernando - **O processo penal como instrumento de política criminal**, p.494.

³⁸⁵ REIS, Sónia - **A vítima na mediação penal em Portugal**, p. 575.

³⁸⁶ Em tradução livre significa mediação para reparação.

³⁸⁷ A Recomendação R(99) 19, “surgiu com o desiderato de regulamentar, no âmbito da União Europeia, mas com respeito aos interesses de cada Estado-membro, a realização de mediação em matéria penal”.

efetivação e, ainda, pelo consentimento informado dos participante na medida em que a vontade dos mesmos deve ser livre e consciente, após terem esclarecido todas as dúvidas e prestados todas as informações necessárias³⁸⁸. E, ainda, rege-se pelo princípio da disponibilidade do exercício da ação penal, porquanto, assinado o acordo, ocorre indelevelmente a desistência da queixa por parte do ofendido e o afastamento de qualquer oposição por parte do acusado.

A mediação penal ocorre ainda na fase de inquérito e tem como principal desiderato obter a reparação dos danos ocorridos no ilícito e, com isso, restabelecer a finalidade última que é a paz social.

As partes são livres para pactuar o que lhes aprouver, desde que não estabeleçam sanções privativas de liberdade, nem que ultrapassem o período de seis meses e que não ofendam a dignidade do arguido, visto que o conteúdo do acordo deve ser pautado pela razoabilidade, proporcionalidade e pela dignidade da pessoa humana nos termos do art.6.º, n. 1 e 2, da Lei Portuguesa. Todavia, Rui do Carmo afirma que:

o Ministério Público pode opor-se ao requerimento da vítima ou do ofensor pela mediação, quando entender que o crime praticado não está enquadrado dentre aqueles que admitem a mediação, ou quando finalizada a investigação, compreender que não há elementos suficientes para definir a autoria ou comprovar o fato em si e, ainda, quando entender existente qualquer causa de extinção da investigação³⁸⁹.

O mesmo autor levanta questão interessante que ocorre quando há:

concurso de crimes. Desde que haja possibilidade legal para tanto, é possível a separação dos processos para que seja efetuada a mediação penal, com o prosseguimento da ação penal para aqueles que não aceitarem. Da mesma forma, poderá haver a separação do processo quando houver mais de um arguido. Por outro lado, na hipótese de existirem vários ofendidos de um mesmo crime, caso não haja a concordância entre seus interesses, tem prevalecido o entendimento pela impossibilidade da mediação, sob pena de ocorrer *bis in idem*³⁹⁰.

Rui do Carmo aponta, ainda, outra questão interessante que diz respeito à:

vedação da utilização da mediação quando houver a possibilidade de processo sumaríssimo ou sumário. Parte da doutrina entende com irrazoável a referida vedação, vez que há a possibilidade de suspensão

³⁸⁹ CARMO, Rui do - **Um exercício de leitura do regime jurídico da mediação penal**, p 462-463.

³⁹⁰ *Idem* - **Op. Cit.** p.455.

provisória do processo, no processo sumário, e há a possibilidade de consenso quanto à condenação no procedimento sumaríssimo³⁹¹.

3.3. Desafios da Aplicação da Sentença Penal Negociada no sistema processual brasileiro.

No ordenamento jurídico brasileiro, todas as hipóteses já devidamente tipificadas de resolução de conflito por meio do consenso na seara penal, que são a composição civil, transação penal, suspensão condicional do processo, acordo de não persecução penal implicam apenas na cominação de obrigações e restrições. O acusado não recebe uma sentença condenatória. Nesse contexto fica mais fácil aceitar eventual renúncia/não exercício de determinado direito. Nos acordos de sentença criminal, o cenário muda de figura, visto que há efetiva prolação de sentença condenatória com todos os consectários que lhe são peculiares.

Outra dificuldade de aplicação da sentença penal negociada no direito processual brasileiro diz respeito ao tratamento dado à confissão, visto que a mesma não supre à exigência da prova da materialidade, consubstanciada na necessidade de juntada do exame de corpo de delito direto ou indireto.

Ademais, a confissão deve ser valorada em sua compatibilidade com os demais elementos de provas carreados aos autos, não se admitindo eventual encurtamento do rito. Além disto, como regra geral, para ao máximo a aplicação do direito a ampla defesa, os interrogatórios ocorrem na fase final da instrução processual, pelo que somente ocorrerão depois da prova produzida.

3.4. Instrumentos de Resolução Consensual no Processo Penal Brasileiro e a tendência de alargamento das hipóteses de consenso no Processo Penal Brasileiro

A Lei n°9.099/95 foi o primeiro dispositivo legal a romper com o procedimento formal de resolução de conflitos e inaugurar o modelo de justiça penal negocial no ordenamento jurídico brasileiro, introduzindo três medidas despenalizadoras baseadas no consenso, a saber, a composição civil, a transação penal e a suspensão condicional do processo³⁹², cuja aplicação se restringe aos crimes de menor potencial ofensivo, assim definido a partir do critério da quantidade, mínima e máxima da pena³⁹³.

³⁹¹ *Idem - Op. Cit.* p.473.

³⁹² Art.89.º, da Lei n.º9.099/95 – Nos crimes em que a pena mínima for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizam a suspensão condicional da pena.

³⁹³ Art. 61.º, da Lei n.º9.099/95 – Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.

Após 18 anos da Lei n.º 9099/95 que inovou a modalidade consensual penal no Brasil, o ordenamento jurídico brasileiro instituiu mais um mecanismo de resolução de conflito criminal, com a publicação da Lei n.º 12.850/13, que regulamentou o instituto da colaboração premiada³⁹⁴, cuja aplicação do negócio jurídico somente é possível para elucidar crimes e seus respectivos autores, em que haja necessariamente a atuação de organização criminosa³⁹⁵.

Posteriormente, o ordenamento jurídico brasileiro deu um salto de qualidade e introduziu, recentemente, o instituto denominado acordo de não persecução penal, instituído pela Lei n.º 13.964/19³⁹⁶.

Não obstante os mecanismos jurídicos de consenso existentes na legislação pátria, ainda há espaço para a expansão.

O ordenamento jurídico brasileiro está seguindo a tendência de outros países, onde se vai, aos poucos, abandonando a ritualística burocrática e demorada do processo penal tipicamente conflituoso, para incutir procedimentos resolutivos mais consensuais.

É claro que deve-se atentar para o perigo de importar práticas jurídicas de sucesso em outros países, mas que não se coadunem com o ordenamento jurídico pátrio e, neste caso, torna-se, imprescindível, adaptar o instituto novo aos ditames e pilares constitucionais do país receptor. Não é à toa que o instituto da negociação da sentença criminal na justiça brasileira tem figurado constantemente na pauta e tem sido objeto de importantes debates no âmbito do Congresso Nacional.

Tramita no Senado Federal o Projeto de Lei n.º 236/2012, o qual almeja reformar integralmente no Código Penal Brasileiro. A negociação da sentença criminal vem prevista neste projeto de lei, no Título VII, intitulado da Barganha e Colaboração com a Justiça³⁹⁷, ainda de forma muito insipiente, visto que não há detalhamento quanto aos aspectos procedimentais, inexistindo sequer referência à necessidade de homologação judicial do acordo.

³⁹⁴ Apresenta-se como uma conduta ativa por parte daquele que está sendo investigado ou processado criminalmente para angariar benefícios no âmbito de sua apenação e outras benesses.

³⁹⁵ Art.1.º, §1, da Lei n.º 12.850/13 – “Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com o objetivo de obter direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais, cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

³⁹⁶ O acordo de não persecução penal é instituto de caráter pré-processual, de natureza negocial penal, bilateral, firmado entre o órgão do Ministério Público e o acusado, devidamente acompanhado da sua defesa técnica, propostos nos casos da infração penal for cometida sem violência ou grave ameaça e com a pena mínima inferior a 4 (quatro) anos.

³⁹⁷ PL n.º 236/2012 – Recebida definitivamente a denúncia ou a queixa, o advogado ou defensor público, de um lado, e o órgão do Ministério Público ou querelante responsável pela causa, de outro, no exercício da autonomia das suas vontades, poderão celebrar acordo para a aplicação imediata da pena, antes da audiência de instrução e julgamento. (PROJETO DE LEI 236/2012. **Senado Federal**. [Em linha]. [Consult. 21jul. 2022]. Disponível na internet <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>>).

Vale mencionar, ainda, o PL n.º4850/2016, este resultante do movimento “10 Medidas de Combate à corrupção”³⁹⁸, que teve a previsão do acordo penal acatada pela Comissão Especial durante a sua tramitação.

Temos ainda, dois outros projetos de lei de relevância. O PL n.º8.045/2010, pelo qual se pretende instituir um novo Código de Processo Penal e o PL n.º882/2019, intitulado “Projeto Anticrime”. Em ambos, há previsão de resolução antecipada do processo, em razão de uma solução consensuada alcançada.

Nos dois projetos há a possibilidade de aplicação imediata da pena, requerida pelo Ministério Público e arguido, mediante a confissão deste sobre a prática da infração penal. Merece destaque o momento de efetivação da barganha, visto que em ambos os projetos, ao nosso ver, acertadamente, seria após o recebimento da denúncia³⁹⁹ e antes da audiência de instrução e julgamento, isto é, no início da instrução probatória e, com isso, as duas principais finalidades da modalidade consensual de resolução de conflitos estariam contempladas, que são a celeridade e a economia processual. Entretanto, há forte debate quanto ao momento, visto que a doutrina mais garantista defende que o momento de efetivação seja possível até a prolação da sentença de primeiro grau, para que o acusado possa conhecer na integralidade a prova existente e, assim, ter mais condições de avaliar os prós e contras da aceitação do acordo⁴⁰⁰. Ocorre que esperar ocorrer toda a fase instrutória para então decidir pela aceitação do acordo esvazia o propósito do sistema da justiça negocial, vez que este existe exatamente para evitar uma longa e cansativa fase instrutória, garantindo, com isso a almejada celeridade.

Os projetos trazem como novidade, como requisito indispensável do acordo a exigência da “expressa manifestação das partes no sentido de dispensar a produção de provas por ela indicadas”, à semelhança do *plea colloquy*. Essa exigência reforça o sistema de garantias, pois somada à confissão e a existência de lastro probatório apto a comprovar a autoria e a

³⁹⁸ O movimento “10 Medidas de Combate à Corrupção” foi uma campanha iniciada pelo Ministério Público Federal Brasileiro de prevenção e combate à corrupção, onde apresentou ao Congresso Nacional um conjunto de dez medidas distribuídas em três frentes: prevenir a corrupção (implementação de controles internos, transparência, auditorias, estudos e pesquisas de percepção, educação, conscientização e marketing); sancionar os corruptos com penas apropriadas e acabar com a impunidade; criar instrumentos para a recuperação satisfatória do dinheiro desviado. (DEZ MEDIDAS CONTRA A CORRUPÇÃO - **Ministério Público Federal**. [Em linha]. [Consult. 12 set. 2022]. Disponível na internet: <www.dezmedidas.mpf.mp.br>). Esta campanha foi muito premiada, inclusive, internacionalmente pela Organização Não-Governamental (ONG) Transparência Internacional em 2016.

³⁹⁹ É importante que seja após o recebimento da denúncia a fim de possibilitar que a mesma seja rejeitada por ausência de justa causa para o processamento, demonstrando que é indevida a persecução penal judicializada.

⁴⁰⁰ VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de - **Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro**, p.137.

materialidade que corrobora a confissão apresentada, reafirma o intuito de evitar a existência de condenações injustas.

A principal diferença entre as propostas reside no fato de que enquanto o PL n.º8.045/2010 restringe sua aplicação aos crimes cuja sanção máxima cominada não ultrapasse 8 (oito) anos, o PL n.º882/2019 tem aplicação ampla e irrestrita para qualquer tipo de delito, desde que atendidos os demais requisitos de ordem objetiva. Essa amplitude das hipóteses de cabimento na seara consensual penal do PL n.º 882/2019, tem por justificativa a economia de recursos temporais e econômicos, os quais poderiam ser direcionados para o combate à criminalidade mais grave, complexa e organizada.

O PL n.º8.045/2010 tem o campo de aplicação mais restrito e tem por peculiaridade a ausência de margem de negociação, posto que impõe a fixação da pena no mínimo legal. Neste modelo, o Ministério Público não teria o que permutar, vez que a pena do acordo estaria sempre preestabelecida ao patamar mínimo, independentemente de qualquer causa de aumento, agravante ou condição de reincidência do réu, portanto, o *Parquet* estaria sempre vinculado, cabendo-lhe a discricionariedade de tão somente propor ou não o acordo.

Além de engessar o campo de negociação do Ministério Público, a aplicação imediata da pena mínima ofende os princípios da proporcionalidade e da individualização da pena. A doutrina⁴⁰¹ teme, com razão, que as penas aplicadas sejam desproporcionais, para casos semelhantes, por ignorarem, por completo, a gravidade da violação do bem jurídico, bem como o grau de culpabilidade de cada acusado. A resposta punitiva estatal deve sempre guardar proporção com o mal afligido à sociedade e à vítima direta. Mesmo em delitos praticados de forma semelhante e até no mesmo delito, quando cometidos em co-autoria, sempre haverá diferentes graus de culpabilidade, lesividade e danosidade entre os réus, a merecer uma reprovação específica, onde cada co-autor e participante receba uma pena distinta, proporcional a sua atuação no delito cometido, visto que os arguidos diferenciam-se entre si, não apenas pelo fato cometido, mas, também pelas condições pessoais, logo, nem mesmo fatos semelhantes, ou os casos de co-autoria em relação ao mesmo delito, justificam a aplicação de sentenças idênticas⁴⁰².

A atenuação em montante pré estabelecido aniquila o princípio da proporcionalidade, posto que não se adequa às peculiaridades de cada caso concreto, ainda transforma o juiz em mero aplicador de fórmulas matemática nomeadas de sentenças, típicas de uma justiça tarifada.

⁴⁰¹ CORRÊA JÚNIOR, Alceu; SALOMÃO, Sérgio Shecaira - **Teoria da pena: finalidade, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal**, p.84.

⁴⁰² CASSIDY, R. Michael - **Some reflections on ethics and plea bargaining an essay in honor of Fred Zacharias**. Boston College Law School Legal Studies Research. Boston, v.48, Paper 202, p.1-18, 2011, p.10. [Em linha]. [Consult.18 jul. 2022]. Disponível na internet: <<http://lawdigitalcommons.bc.edu/lsp/306>>.

3.5. Aspectos positivos e negativos da aplicação da Sentença Penal Negociada como modelo de resoluções de conflitos criminais

Podemos sintetizar os seguintes aspectos positivos da aplicação da sentença penal negociada como modelo de resolução de conflitos criminais: a) propicia o descongestionamento das varas criminais; b) viabiliza a resolução de conflitos de uma parcela da criminalidade que não é alcançada pelos outros institutos penais consensuais, como a transação penal, a suspensão condicional do processo, o acordo de não persecução penal, no Brasil e a suspensão provisória do processo, procedimento sumaríssimo e mediação penal de adultos, em Portugal; c) reduz o tempo de estigmatização do acusado causado pelo *streptus judici*; d) favorece a reabilitação do acusado vez que o mesmo adota uma postura ética em assumir os erros praticados e as consequências deste, na medida em que confessa seus delitos e, posteriormente, participa na construção da decisão de sua própria punição; e) diminuição do elevado número de processos criminais alcançados pela prescrição da pretensão punitiva; f) propicia às autoridades competentes mais tempo para que possam dedicar maior atenção aos casos mais complexos, ou os de maior relevância social e os que haja real conflitos de interesses, em que não possam ser solucionados de maneira mais simplificada, pela via do consenso; g) redução dos custos do julgamento e h) maior efetividade no atendimento dos interesses das vítimas. Não raras vezes, a vítima é absolutamente esquecida no procedimento ordinário, inclusive no seu direito à reparação. Na negociação de sentença criminal, o promotor de justiça deve buscar entender e atender os anseios da vítima, vez que algumas, por desconhecimento, veem o acordo como uma oportunidade do acusado não responder adequadamente por seus atos. No entanto, esta visão é equivocada, pois a negociação da sentença criminal, em verdade, acelera seu direito à reparação, que pode e deve ser uma das exigências do acordo.

Noutro viés, as desvantagens elencadas pela doutrina⁴⁰³, embora não concordemos com elas, são: a) processos solucionados com base na verdade consensuada e não na verdade processual, o que pode significar abrir mão da verdade no caso penal⁴⁰⁴; b) possibilidade de ocorrer uma maior valorização da confissão inculpatória⁴⁰⁵. A doutrina afirma que a aposta no consenso penal pode estimular a permanência de vários vícios do sistema inquisitivo, tais como a busca

⁴⁰³ CASARA, Rubens R. R - **O Acordo para a aplicação da pena: Novas Considerações Acerca da Verdade e do Consenso no Processo Penal Brasileiro**. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (Org.). **O Novo Processo Penal à Luz da Constituição – Análise Crítica do Projeto de Lei n.º156/09, do Senado Federal**, p.148.

⁴⁰⁴ *Idem* – **Op.Cit.** p.148.

⁴⁰⁵ *Idem* - **Op.Cit.** p.193.

da confissão a qualquer preço, como a “rainha das provas”, imputando ao acusado uma pressão para que confesse, além de colocar qualquer outra técnica investigativa em posição secundária.; c) a desigualdade na forma de reprimir por parte do Estado, na medida em que é imposta uma pena muito mais gravosa àqueles que não aceitam o acordo e uma pena mais abrandada àqueles que aceitam o acordo, como se o indivíduo fosse penalizado por estar usufruindo do seu direito de ser julgado pelo modelo tradicional, o *full trial*. Com a devida vênia, este argumento não deve prosperar. Como sabemos, a punição deve ser o destino certo para todo aquele que comete uma infração penal. A quantidade da pena é variável segundo inúmeras circunstâncias e não é de hoje que os apenados recebem penalidades diferentes de acordo com o comportamento adotado não só no momento do crime, mas também pelo seu comportamento no processo.

Não faltam autores, como Jorge Figueiredo Dias, que afirmam:

que a declaração de culpa gera um prêmio ao acusado confesso, que tem sua pena atenuada em relação àquele que recusa o acordo, o qual acaba por ser punido mais severamente por ter decidido exercer um dos seus direitos, contudo, desde priscas eras que o instituto da confissão gera ao acusado um tratamento diferenciado por parte do Judiciário, tão-somente pelo fato de estar colaborando com a justiça, razão pela qual aquele que colabora voluntariamente, faz por merecer um tratamento diferenciado, mais favorável, sem que isso caracterize violação ao princípio da isonomia, ao contrário, reforça-o.^{406 407}

⁴⁰⁶ O princípio da isonomia, também chamado de princípio da igualdade consubstancia-se na equalização das normas e dos procedimentos jurídicos entre os indivíduos, garantindo que a lei será aplicada de forma igualitária entre as pessoas, levando em consideração suas desigualdades para a aplicação dessas normas. No sentido formal, o princípio da isonomia pode ser entendido como aquele onde as normas e legislações vigentes se aplicam a todas as pessoas possíveis, independentes de suas diferenças, consoante se verifica do art.5º, da Constituição Federal Brasileira que assim dispõe: “ Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes”. Já sob o aspecto material, o princípio da isonomia tem por objetivo apresentar mecanismos práticos cujo propósito é minimizar as diferenças entre os indivíduos de uma sociedade, possibilitando uma aplicação mais justa das leis e diversificando as possibilidades de todos. Há vários dispositivos nos ordenamentos jurídico brasileiro e português que destacam o princípio da isonomia sob o aspecto material, como é o caso das atenuantes genéricas previstas no art.65.º, do Código Penal Brasileiro que determinam a diminuição da pena, entre outros, a todo aquele “(...) d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime.

⁴⁰⁷ Neste ponto, vale citar a lição de Figueiredo Dias ao salientar que “Nem a falta de disponibilidade para participar de um acordo representa uma *agravação* da responsabilidade do arguido: este deverá ser punido, com acordo ou sem ele segundo o processo legal de determinação da pena, em conformidade com as existências da culpa e da prevenção. Nem, por outro lado, o conferir valor de atenuação à confissão representa uma violação das finalidades gerais preventivas da pena, por isso que aquele valor deve ser justificado, no caso, pela menor *necessidade de pena* (e por conseguinte de prevenção) que no caso se faz sentir”. (FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Acordos sobre a sentença em processo penal. O “fim” do Estado de Direito ou um novo “princípio”?**, p.56-57).

Como dito, a benesse concedida pela lei para os que confessam, acaba por reafirmar o princípio da igualdade⁴⁰⁸, porquanto trata de forma diferente aquele que agiu de forma diferente, assumindo seus erros, confessando seu delito, colaborando com a justiça e, em última análise, demonstrando até um certo arrependimento.

d) estímulo a autoincriminação falsa. Segundo alguns autores⁴⁰⁹, nas modalidades de solução de conflitos criminais com base na confissão, reina uma sensação de insegurança sobre o *quantum* da penalidade caso não aceitem o acordo. O ponto culminante da dúvida reside entre a certeza de uma condenação atenuada e a incerteza de uma condenação mais severa, que acaba fazendo o acusado se sentir compelido a aceitar o acordo, caso não tenha uma orientação jurídica de qualidade, e finda por confessar, por vezes, falsamente, a prática do delito. Esta falsa confissão pode ocorrer por inúmeros motivos⁴¹⁰ e até ser acompanhada de um estímulo por parte do próprio advogado, quando este se ver tentado a direcionar o seu cliente a confessar para obter o acordo, que, se dúvida, é a forma mais célere de encerrar o processo e, via de consequência, a forma mais rápida de receber os seus honorários advocatícios. Ou, ainda, por receio de que seu cliente, ao final de um longo e cansativo processo, com desgaste da própria imagem, ainda acabe por receber uma pena muito mais gravosa e isso acabe por prejudicar a sua reputação profissional por ter indicado ao seu cliente o pior caminho. Também pode ocorrer do acusado do acusado ser influenciado a aceitar o acordo quando seu advogado ou defensor se encontra assoberbado de trabalho e, sem avaliar com dedicação se a melhor opção ao acusado é realmente o acordo, acaba por forçá-lo aceitar, somente para ver logo mais um caso resolvido, diminuindo o seu acervo.

Com todo o respeito que a classe de advogados e defensores públicos merecem, este mal caminho traçado pela defesa do acusado não pode ser utilizado para vilipendiar o modelo de justiça com base no consenso na seara criminal. Qualquer crítica no sentido de que há aumento do risco de autoacusação falsa, deve ser direcionada à conduta do advogado ou defensor público

⁴⁰⁸ Valiosa é lição do jurista brasileiro Rui Barbosa ao afirmar que “A regra da igualdade não consiste senão em quinhão desigualmente aos desiguais, na medida em que se desiguam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade”. (OLIVEIRA. Rui Barbosa de. **Oração aos Moços**, 2009).

⁴⁰⁹ FERNANDES, Antonio Scarance - **Teoria Geral do Procedimento e o Procedimento no Processo Penal**, p.267-268.

⁴¹⁰ “Guilherme Nucci afirma “que existem várias justificativas para que um indivíduo confesse uma prática delitiva. A confissão pode acontecer por remorso, por arrependimento, para o alívio interior, pela necessidade de se explicar, por lógica (sabendo-se impossível negar o fato), mas pode também ocorrer por algum interesse, por orgulho ou vaidade, por medo, por expiação ou masoquismo, por altruísmo, por coação, por instinto de proteção, por ódio e até por fatores religiosos”. (NUCCI, Guilherme de Souza - **O valor da confissão como meio de prova no processo penal**, p-89-92).

que mal orientou seu cliente neste sentido e não ao modelo de justiça criminal com base no consenso.

Maus profissionais existem em todas as carreiras e o insucesso de suas atuações não podem levar institutos processuais ao descrédito porque não foi bem utilizado por quem deveria. Aliás, os bons advogados veem na sentença penal negociada mais uma opção a aumentar o leque de oportunidades de defesa.

Nesta mesma senda, não é responsável a crítica ao instituto processual negocial a partir da atuação dos membros das demais carreiras jurídicas. Há quem entenda que existe o risco do magistrado se tornar um mero homologador de acordos, atuando de forma mecanizada, por exigir menor esforço intelectual, sem, portanto, realizar a adequada análise da base fática em que a confissão deve se coadunar. Ou, em um pior cenário, considerar que os juízes são profissionais descompromissados com a justiça e que por isso, forçarão a realização do acordo, baseados na lei do menor esforço, para reservar seu tempo a outras atividades judicantes ou a outros casos mais complexos ou, ainda, com a intenção de se promoverem perante os órgãos correccionais, ao se preocuparem mais com a quantidade de casos solucionados, do que com a qualidade de suas decisões, para mostrar aos órgão de controle uma admirável produtividade em detrimento da almejada qualidade judicante⁴¹¹.

Outra tentativa irresponsável de denegrir o modelo de justiça criminal negociada é criticando desarrazoadamente os membros do Ministério Público ao afirmarem⁴¹² que o promotor agiria de forma muito mais contundente, beirando a arbitrariedade, nos procedimentos ordinários contra aqueles acusados que negaram a via consensual, em forma de represália para desencorajar outros acusados a recusar suas propostas de acordo.

Com todo o respeito aos autores que pensam nesse sentido, mas é absolutamente leviano. Os membros do Ministério Público, no Brasil, são pessoas extremamente bem qualificadas, que lograram êxito em serem aprovados em concurso público, de provas, título e exame psicotécnico, que não percebem nenhum valor a mais em seus subsídios para cada acordo firmado, portanto, por regra, são pessoas competentes e isentas, que não lucram com os acordos

⁴¹¹ Sobre este ponto, Aury Lopes Jr afirma que “O panorama é ainda mais assustador quando, ao lado da acusação, está um juiz pouco disposto a levar o processo até o final, quicá mais interessado que o promotor em que aquilo acabe o mais rápido e com o menor trabalho possível. Quando as pautas estão cheias e o sistema passa a valorar mais o juiz pela sua produção quantitativa que pela qualidade de suas decisões, o processo assume sua face mais nefasta e cruel”. (LOPES, JR. Aury - **Fundamentos do Processo Penal. Introdução crítica**, p.176).

⁴¹² Aury Lopes Jr afirma “que tudo pode ficar mais difícil para quem não está disposto ao ‘negócio’. O promotor, disposto a constranger e obter o pacto a qualquer preço, utilizará a acusação formal como um instrumento de pressão, solicitando altas penas e pleiteando o reconhecimento de figuras mais graves do delito, ainda que sem o menor fundamento”. (LOPES, JR. Aury - **Fundamentos do Processo Penal. Introdução crítica**, p.176)

celebrados e, portanto, não podem ser, de maneira alguma, enxovalhadas de forma genérica, como se todo promotor de justiça fosse tirano, vingativo e antiético.

Além disto, não tem procedência a alegação de que os acusados temem uma atuação mais rigorosa do promotor de justiça que enseje uma punição ainda mais severa, nos casos em que o acusado não aceite o acordo. Primeiramente convém esclarecer que o membro do Ministério Público possui duas funções que embora distintas, atuam juntas, são híbridas e indissociáveis, visto que ainda que atue como órgão acusador, jamais deixa de ser também fiscal do ordenamento jurídico, não sendo obrigado a acusar por acusar, mas assim fará se existir justa causa para tanto.

Por segundo, deve-se esclarecer que na tríade da justiça, a missão de proferir a sentença e definir o *quantum* da pena, cabe, por regra, ao magistrado e não ao promotor de justiça. Logo, ainda que o promotor de justiça se esforce em obter a condenação dos acusados que não aceitaram o acordo, o que, de fato, só estará cumprindo o seu mister, com o esmero que se espera, tendo em vista que todo e qualquer ofício deve ser realizado com afinco, não há como dizer que haverá temor por parte do acusado de que receberá uma pena ainda mais gravosa diante do empenho do promotor de justiça, uma vez que é outro profissional quem proferirá a sentença.

Ademais, como se sabe, as penas são reguladas em limites mínimos e máximos, que servem de limites à atuação do magistrado, que é o profissional responsável a definir a penalidade adequada no julgamento tradicional, segundo critérios objetivos e subjetivos, desde que todos bem fundamentados. Portanto, a dedicação do promotor pode e até deve influenciar a decisão do magistrado, mas não é o promotor o profissional responsável pela definição da pena, mas sim o magistrado que assim o faz de forma motivada.

Chega a ser inconsequente vituperar o modelo negocial assestando os profissionais da justiça ao afirmar que poderá haver abuso dos promotores, desatenção dos juízes, despreparo de advogados e defensores, porque esses argumentos são sem respaldo técnico ou científico. Não se pode avaliar seriamente a qualidade e a viabilidade do instituto a partir de uma visão equivocada e preconceituosa dos atores das carreiras jurídicas.

O instituto da sentença penal negociada precisa ser avaliado segundo os ditames da Constituição Federal de cada país que a adote e tendo os direitos fundamentais como limite.

Com efeito não está aqui colocando que os membros de todas as carreiras jurídicas são infalíveis, super humanos e que estão acima do bem e do mal. Ao contrário, mal profissionais existem em todos os ramos, mas não é a falha de caráter ou profissionalismo de um ou outro que faz desmerecer um instituto penal.

Os riscos de não atender o esperado sempre existirão, contudo, atualmente, não se apresenta numa proporção capaz de desaconselhar a implantação da sentença penal negociada, como forma de resolução de conflito de maneira consensual e antecipada.

Conforme já salientado, o modelo negocial na seara criminal exige uma “dupla garantia” na medida em que é necessária a livre manifestação, volitiva e consciente do acusado e é indispensável a concordância de seu defensor ou advogado. Ademais, o acordo, para ser validado, necessitará da avaliação prévia do juiz, que analisará a voluntariedade, inteligibilidade, a legalidade e a proporcionalidade da pena atribuída.

Além do controle feito pela própria defesa do acusado e pelo Poder Judiciário, há o controle interno no âmbito do Ministério Público, por meio da aplicação do art.28, do Código de Processo Penal Brasileiro, que permite uma reanálise da decisão do promotor de justiça pelo Procurador Geral de Justiça, que poderá proferir entendimento igual ao do promotor de justiça, o que vinculará o Poder Judiciário, ou em sentido diverso, em respeito à independência funcional.

3.6. Aplicação somente para alguns delitos

Os acordos sobre a sentença não podem ser vistos como uma etapa necessária antes do julgamento tradicional. Como se algum acordo indelevelmente tivesse que ser proposto para, em caso de não aceitação, passar para o julgamento tradicional, independentemente do tipo de crime ou de qualquer outra condição.

Em verdade, os acordos sobre sentença penal necessitam de várias condições devidamente cumpridas para a sua efetivação. São elas: a) a gravidade do delito; b) a probabilidade de condenação⁴¹³; c) a qualidade do acervo probatório, isto é, se há provas diretas ou circunstâncias, periciais, testemunhas e outras a sustentar a base fática; d) o custo do processo; e) a duração de eventual julgamento; f) a incerteza do resultado; g) a extensão da barganha; entre outros.

Isto significa que a proposta de acordo não é, nem deve ser realizada no modo automático. Ao contrário, toda e qualquer proposta de acordo deve ser específica ao caso concreto, realizada de forma criteriosa, obedecendo as condições estabelecidas em lei, sendo a primeira delas a impossibilidade de aplicação para todo e qualquer delito.

⁴¹³ *Beyond reasonable doubt.*

3.7. Consensualidade ampla ao Ministério Público e Limitação da Participação judicial

Não comungamos da concepção da consensualidade penal ampla, tal como ocorre nos Estados Unidos, pautado na ampla discricionariedade dada ao Ministério Público, onde tudo é negociável dentro do processo, porquanto se pode retirar e até modificar a tipificação legal dos delitos. Há a necessidade de controle, não se admitindo, por exemplo, a “inclusão das chamadas “soluções completas”, que se caracterizam pela presença, no acordo, de outros fatos que não constam naquele conflito penal que foi resolvido pela via da negociação, justamente pela necessidade de transparência e controle”⁴¹⁴.

Seguindo a mesma linha, de posicionarmos contra o excesso de discricionariedade ao Ministério Público existente no modelo americano, também não concordamos com a intensa participação judicial, como ocorre no modelo Italiano. Deve-se haver um meio termo. Acredita-se ser imprescindível que a acusação que ensejou a negociação do acordo esteja assentada em uma base fática, para que o Tribunal, ao realizar o exercício de controle quanto à legitimidade do ato possa analisar se o acordo se pautou nas restritas balizas da acusação apresentada.

Na seara da negociação da sentença criminal, considera-se indispensável que caiba ao Judiciário duas incumbências essenciais, a saber: a) a verificação de que a negociação celebrada não ultrapassou a conduta que se pretendia punir e b) a análise do *quantum* da punição, isto é, a verificação se a punição acordada se mostra suficiente para atingir os desideratos da pena, seja para reprimir, seja para prevenir. Contudo, em nenhuma dessas funções possibilitaria ao Magistrado o poder de modificação do acordo. Sua atuação, após detida análise, deve se restringir à concordância ou não, pelo que, acaso não entenda a pena como suficiente para reprimir a contento ou que considere que a negociação ultrapassou os limites da acusação apresentada, poderá, tão somente, rejeitar o acordo, não homologando-o, mas, jamais, modificá-lo, de ofício.

3.8. Supervalorização das provas colhidas na fase de inquérito

Em um Estado Democrático de Direito que pretende elevar o princípio da dignidade da pessoa humana e enaltecer a participação mais ativa das partes na busca do consenso, exige uma atuação da polícia que tenha como propósito não apenas garantir a segurança da sociedade e a busca pelas evidências, mas que também busque promover o respeito e a garantia dos direitos individuais, até porque vige no inquérito policial a forma inquisitiva, onde, quando há a

⁴¹⁴ ALEMANHA - BVerfG, 2BvR 2628/10, 2 BvR 2883/10 und BvR 2155/11, vom 19.3.2013. [Em linha]. Berlin: Bundes-Verfassungs-Gericht, 2013 a. [Consult.18 ago. 2022]. Disponível na internet: <http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20130319_2bvr262810.html>.

participação das partes é como mero expectador. Assim, para garantir o respeito aos direitos fundamentais do acusado, é indispensável a atuação da polícia pautada no princípio da lealdade⁴¹⁵, ornada por valores morais e éticos essenciais da existência humana,⁴¹⁶ que servirão de norte e limite para o alcance de uma justiça eficaz.⁴¹⁷

Os elementos de prova colhidos na fase de investigação criminal servem de justa causa para a propositura da ação penal e, nos acordos de sentença criminal, servirão, juntamente com a confissão, como o alicerce da sentença condenatória.

Como nos ritos abreviados, com base no consenso, o contraditório é diferido, isto é, não há *persecutio in judicio* para corroborar as provas colhidas na fase inquisitorial, não há repetição das provas colhidas no inquérito, tampouco a possibilidade de discussão e contestação das mesmas, aumenta a necessidade de uma investigação pautada no respeito à dignidade da pessoa humana, livre de qualquer tipo de coação ou arbitrariedade que macule a colheita de provas e que seja verdadeiramente eficaz na descoberta da existência do delito, na identificação do autor do fato delituoso, bem como todas as circunstâncias de sua execução, como local, hora, motivos, identificação de testemunhas, realização de perícias, etc., enfim, que apresente todos os indícios suficientes para alcançar o esclarecimento da verdade material judicialmente admissível dos fatos que consubstanciam a prática de um crime que servirão de base e fundamento para o decreto condenatório.

Para isso, espera-se que o corpo policial como um todo, esteja bem preparado para conduzir investigações criminais robustas, com isenção e com respeito aos direitos e garantias constitucionais dos suspeitos, tendo em vista que a missão policial⁴¹⁸ vai além de uma mera recolha de provas.

⁴¹⁵ Como ensina Guedes Valente “Princípio de natureza essencialmente moral, que deve traduzir “uma maneira de ser da investigação e obtenção das provas em conformidade com o respeito dos direitos da pessoa e a dignidade da justiça”, é um princípio integrante do processo penal, uma vez que impõe aos agentes – de entre os quais se destacam os OPC/polícia -, que operam a administração da justiça, a obrigatoriedade de actuarem no estrito respeito pelos valores próprios da pessoa humana, como a sua dignidade (valor supremo que se sobrepõe aos próprios fins de justiça), como a sua integridade pessoal (física ou moral), cuja “interdição é absoluta, como a própria liberdade de formação e manifestação da sua vontade perante a demais sociedade.” (VALENTE, Manuel Monteiro Guedes - **Teoria Geral do Direito Policial**, p.284).

⁴¹⁶ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes - **Processo Penal**, p.194-198. Conforme o autor, “a lealdade é um valor moral que assenta no respeito de outrem e no reconhecimento de direitos e de deveres igualitários. A administração da justiça deve preconizar a materialização de uma justiça leal para com os seus pares, proporcionando-lhes a existência de um sentimento de reconhecimento, de credibilização e de confiança. Só existe lealdade quando for preenchida por estes sentimentos nobres de quem quer sê-lo e quem quer impô-los”.

⁴¹⁷ A justiça só é eficaz quando o alcance da paz jurídica é obtido através da descoberta da verdade material, judicialmente válida, utilizando-se de meios lícitos e morais. (*Idem* - **Op. Cit.** p.201).

⁴¹⁸ Partindo de uma teorização de Sérgio Bova, “Polícia”, in **Dicionário de Política**, 5ª Edição, p.945, Manuel Guedes Valente desenvolve o âmbito do que entende ser a atuação policial face ao quadro constitucional democrático «A polícia judiciária desenvolve uma função que vai para além da “averiguação dos delitos, sua repressão para impedir que continuem, a garantia das provas e das pessoas indicadas à autoridade judiciária, e todas as investigações que julgue necessárias ou úteis para o desenvolvimento da instrução”, porque consideramos

No Brasil, os crimes dolosos contra vida são de competência exclusiva do júri, consoante previsão constitucional do art.5.º, XXXVIII. Logo, o homicídio⁴¹⁹; induzimento, instigação ou auxílio por terceiro ao suicídio⁴²⁰; infanticídio⁴²¹; aborto⁴²² e os crimes as estes conexos, estão, por força constitucional automaticamente fora do alcance da aplicação do modelo negocial de conflitos criminais em apreço.

Além desses, os crimes que se enquadram na competência de julgamento por outro método de resolução de conflito com base no consenso, como por exemplo, os crimes de menor potencial ofensivo e os passíveis de aplicação da suspensão condicional do processo, abrangidos pela Lei n.º9.099/95 dos Juizados Especiais e os que são abarcados pelo Acordo de Não Persecução Penal também não poderão ser solucionados via negociação da sentença criminal, exatamente por já serem beneficiados por outra forma de resolução de conflito consensual.

Alguns crimes que estão fora do rol de cabimento do Acordo de Não Persecução penal, por força de política criminal, como por exemplo, os crimes cometidos com violência ou grave ameaça contra mulher, no âmbito doméstico ou familiar, isto é, aqueles assim definidos na Lei Maria da Penha, Lei n.º11.340/06, geram enorme celeuma se também poderão ou não ficar fora do alcance da sentença penal negociada, pelos mesmos motivos, isto é, os crimes de violência doméstica envolvem questões de gênero, os quais não se recomenda serem objeto de negociação sem a presença da vítima. Entretanto, há quem defenda fervorosamente que estes delitos também possam ser objeto de negociação. Afinal, a justificativa da existência dos modelos de resolução negociada de conflitos se dá em razão do elevado número de processos que são alcançados pela prescrição, em razão da notória incapacidade do Poder Judiciário em oferecer justo julgamento em tempo hábil para esse e outros tipos de delito⁴²³, então porque não permitir que estes sejam abarcados pelo instituto da sentença penal negociada?

que esta polícia também desenvolve uma função de prevenção de delitos e de coadjuvação das autoridades judiciárias. É, como já escrevemos, por meio desta coadjuvação que a polícia judiciária ou criminal desenvolve a função repressiva». Cf. (VALENTE, Manuel Monteiro Guedes - **Teoria Geral do Direito Policial**, p.76 (e ss)).

⁴¹⁹ Art.121.º, CP

⁴²⁰ Art.122.º do CP

⁴²¹ Art.123.º, do CP

⁴²² ART.124.º, 125.º e 126.º, do CP.

⁴²³ Segundo relatório oficial realizado no ano de 2014 pela Organização das Nações Unidas, os gastos com violência doméstica em 2013 no Brasil chegaram a R\$508,2 bilhões de reais, o que equivaleria na época aproximadamente a 10% do PIB do país. Uma parte considerável foi alocada para as despesas médicas no tratamento das vítimas. Noutro viés, é importante asseverar que uma fatia desta verba também é oriunda da falta de adaptação do Poder Judiciário Brasileiro para dar tratamento adequado a essa criminalidade específica. Sobre esse ponto, entre os anos de 2016 e 2020, o número de processos pendentes de julgamento cresceu exponencialmente, saltando de 880.197 processos no ano de 2016 para 1.143.489 processos em trâmite, segundo dados levantados pelo CNJ (Conselho Nacional de Justiça). Conforme os pesquisadores, a principal causa desses problemas é a insuficiência da estrutura estatal para lidar com a grande e crescente demanda processual. A questão se agrava ainda mais quando se verifica que no mesmo período apenas 29 Varas Especializadas a Repressão de Crimes contra a Mulher foram instaladas no mesmo período. (29 VARAS ESPECIALIZADAS A REPRESSÃO

Frise-se que, entre outros motivos, há uma crescente reincidência por parte dos autores desta prática criminosa, seja pela insuficiência do Estado em dar vazão ao crescente número de processos, gerando a temida impunidade que serve de incentivo a novas práticas criminosas, seja pela reprimenda, quando existe, que é muito baixa⁴²⁴.

Além disto, quando condenados, grande parte dos réus, acaba por cumprir a pena em regime domiciliar, por falta de albergues para recebê-los, não havendo nenhuma fiscalização no âmbito nacional para evitar que novos delitos ocorram, o que gera enorme insatisfação e sensação de injustiça às vítimas. Neste diapasão, a maior reprimenda ao acusado de violência doméstica é, na verdade, ter de ser submetido a um processo custoso, lento e burocrático.

Diante do exposto, não há dúvidas de que permitir que os delitos de violência doméstica possam ser objeto de acordo sobre sentença criminal, em que possibilite a participação da vítima, a fim de que seja viável no bojo do acordo, sua eventual indenização pelos danos sofridos, mormente quando inúmeros projetos governamentais e não governamentais formados por especialistas das mais diversas áreas do saber humano, entre eles, psicólogos, assistentes sociais, juízes, promotores, advogados, entre outros, afirmam com base nos números e estudos que o índice de reincidência nos casos de violência doméstica são consideravelmente reduzidos após a aplicação de medidas ressocializadoras, chegando, em algumas cidades, a próximo de zero, demonstrando, com isso, a eficácia desse tipo de apenação^{425 426}.

Em relação aos demais delitos cometidos com violência e grave ameaça, também entendemos ser possível a utilização da negociação da sentença criminal. Até porque este modelo consensual prestigia a vítima, permitindo que a mesma seja ouvida e desde logo indenizada ou ressarcida pelo crime ao qual foi acometida.

Importante esclarecer, que em momento algum a vítima sentará e participará da mesa de negociação junto ao seu algoz. Pelo contrário, até para protegê-la de qualquer situação, no mínimo embaraçosa, não se deve exigir a que a mesma seja colocada em uma posição constrangedora. A participação da vítima, no caso, será sendo ouvida pelo Ministério Público

DE CRIMES CONTRA A MULHER – CNJ. [Em linha]. [Consult.14 set. 2022]. Disponível na internet: <https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/pendoc.htm?document=qvw_l%5Cpainelcnj.qvw&host=QVS%40neodi_mio03&anonymous=true&sheet=shVDRResumo>.

⁴²⁴ O condenado à prática do delito de lesão corporal contra a mulher no âmbito doméstico recebe uma pena que varia entre três meses e três anos, geralmente não passando de um ano, na prática.

⁴²⁵ VIOLÊNCIA DOMÉSTICA - **Ministério Público do Paraná**. [Em linha]. [Consult.22 Set. 2022]. Disponível na internet: <<https://comunicacao.mppr.mp.br/2019/03/21370/Reincidencia-de-violencia-domestica-cai-com-reabilitacao-para-agressores.html>>.

⁴²⁶ CUNHA, Karina Cristina Ribeiro; SALES, Juliana Dias et al - Índice de reincidência na Lei Maria da Penha após intervenção psicológica no Fórum do Gama – DF. **Revista JusNavegandi**. ISSN 1518-4862, Teresina, ano 23, n. 5344, 17 fev. 2018. [Em linha]. [Consult.22 set. 2022]. Disponível na internet: <<https://jus.com.br/artigos/63543/indice-de-reincidencia-na-lei-maria-da-penha-apos-intervencao-psicologica-no-forum-do-gama-df>>.

previamente e em separado, para que este, ao formular sua proposta de acordo, sopesse todas as consequências sofridas pela vítima e inclua, entre as cláusulas do acordo, alguma reparação para esta.

Entendemos que também não empecilho legal ou moral que impeça a aplicação da sentença penal negociada aos crimes que envolvem um dano coletivo, visto que o Ministério Público terá a sensibilidade de mensurar a extensão do dano e incluir no acordo, cláusulas que imprimam uma reparação de cunho coletivo, além da punição ordinária que atenda aos fins preventivo e repressivo da pena.

No que tange à participação do magistrado, sugere-se que o mesmo tenha um papel de destaque no âmbito da sentença penal negociada, como ator primordial a assegurar o sistema de garantias para a colheita da admissão da culpa por parte do acusado. Ao magistrado caberá averiguar a voluntariedade e a inteligibilidade das cláusulas por parte do acusado, bem como verificar a legalidade das cláusulas, mas jamais fazer parte das negociações e, tampouco, ter a legitimidade de alterar as cláusulas acordadas ao seu alvedrio.

Não se concorda com a tese de que deve ser preservado o poder de julgamento dos magistrados, impondo às partes o dever de, durante a negociação, estabelecer parâmetros mínimos e máximos, para que o magistrado, após ponderada análise, defina e decida a sentença final, restando, assim, o poder de dizer o direito, mantido. Por esta tese, a imposição de limites máximos e mínimos da pena a aplicar, resguardaria também o princípio da imediação e o princípio da culpa, razão pela qual não poderia permitir que a pena em concreto já fosse definida pelas partes ⁴²⁷.

Ocorre que, por esta linha de pensamento, o acusado, mesmo após toda a negociação, continuaria sem a certeza de ter feito a melhor escolha para si, posto que continuaria a espera de um resultado final não almejado, porquanto que o magistrado poderia entender em aplicar o limite máximo, que embora acordado, certamente não era o limite desejado. Por outro lado, se o juiz fixa no limite mínimo acordado, também não agrada o Ministério Público. Isto é, as partes não negociam de verdade, apenas estabelecem limites outros, diversos da lei, para que o magistrado continue decidindo. Acredita-se que desta forma as partes não ficam satisfeitas com o resultado, até porque não é fruto de suas vontades e sim definido por terceiro. O arguido, após

⁴²⁷ Itália e Alemanha também seguem esta linha. Sentença 313, de 1990 da Corte Constitucional Italiana (SENTENZA 313/90 - **Corte Costituzionale. Giudizio di Legittimità Costituzionale in Via Incidentale**. [Em linha]. Redattore: Presidente dott. Francesco Saja. Roma: Corte Costituzionale, 1990, p.6. [Consult.20 dez. 2022]. Disponível na internet: <<http://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>>).
ALEMANHA. **BVerfG, 2 BvR 2628/10, 2 BvR 2883/10 und BvR 2155/11**, vom 19.03.2013. Berlin: [Em linha]. Bundes-Verfassungs-Gericht, 2013. [Consult.22 dez. 2022]. Disponível na internet: <http://www.verfg.de/entscheidungen/rs20130319_2bvr262810.html>.

as tratativas, ficaria na expectativa de uma sentença diversa da pretendida, que será definida o alvedrio do juiz, utilizando critérios que o arguido não concorda.

Não concordamos com a prática que ocorre nos outros países, onde a definição da pena se dá somente com a sentença proferida pelo juiz, cabendo às partes apenas estabelecer os limites mínimos e máximos, mantendo, assim, o poder de dizer o direito exclusivamente ao Poder Judiciário. Acreditamos que a jurisdição se satisfaz com a homologação do acordo e não com a definição do tipo e quantidade da pena. O poder de dizer o direito se concretiza, ao nosso ver, com a chancela do Poder Judiciário, ao validar os termos do acordo elaborado pelas partes, visto que é a chancela que gera validade ao acordo, concedendo-lhe eficácia. Sem a devida homologação, o acordo não passa de uma folha de papel sem qualquer poder de coação, sem validade alguma no mundo jurídico. Permitir que o judiciário altere as cláusulas definidas pelas partes é permitir, que o judiciário faça parte das negociações, reduzindo, assim, a sua imparcialidade.

Na seara cível, ao receber um acordo elaborado pelas partes para fins de homologação, o juiz se limita a analisar a legalidade das cláusulas, a capacidade das partes no momento da celebração da avença e outros requisitos de validade e eficácia, mas não altera as cláusulas ao seu alvedrio. Identificando a necessidade de alguma alteração, o juiz intima as partes para que elas façam as correções e adaptações necessárias. Isto significa dizer que o juiz se limita a homologar, após as verificações necessárias e exerce o poder de dizer o direito da mesma forma. Sua conduta de apenas homologar, rechaçar ou determinar a intimação das partes para que adequem o acordo, nunca foi questionada como uma prestação jurisdicional menor, ou jurisdição ineficiente por isto.

Assim, partindo do contexto do sistema acusatório, que tem por característica primordial a separação de atuação entre o órgão julgador e o órgão acusador, somado ao fato de que é cada dia mais imprescindível respeitar o princípio da dignidade humana, que permite uma maior liberdade individual frente ao Estado, somada ainda, ao maior campo de ação na utilização da prova tanto por parte da defesa quanto por parte da acusação, não se mostra compatível a participação do magistrado na elaboração dos termos do acordo.

Ao Poder Judiciário compete o dever de agir com imparcialidade homologando ou não o acordo avençado. A jurisdição, no caso, se restringe em garantir que não haja eventuais ameaças ou lesões aos direitos individuais do acusado e verifique a legalidade dos termos confeccionados pelas partes.

Considerando essas premissas tem-se que a atuação do Poder Judiciário se dê somente após a elaboração do acordo formulado pelas partes. Nessa linha, caso o magistrado entenda que o

acordo merece uma adequação, deve intimar as partes para se manifestarem. Portanto, qualquer modificação dos termos do acordo *a posteriori*, depende de uma causa que era, ao tempo da celebração, desconhecida das partes, sendo indispensável, a cada modificação, nova oportunidade de manifestação, especialmente por parte da defesa, posto que o acusado não pode ser compelido a submeter-se a um acordo sobre o qual não concorda com os termos ali estabelecidos.

Por todas razões esboçadas, acredita-se ser desnecessário e inviável um protagonismo judicial no modelo consensual, no sentido de deixar ao magistrado, o poder de alterar as cláusulas e modificar a dosimetria da pena já definida pelas partes.

Em relação ao Ministério Público, também não se comunga da concepção da consensualidade ampla. Entendemos que a sentença penal negociada, da forma como vislumbramos, não se coaduna com o sistema americano em que a discricionariedade é ilimitada.

Em que pese se defenda de que os membros do Ministério Público sejam capazes de agir com imparcialidade e ponderação no momento das tratativas, para propor um acordo justo, que atenda as funções repressivas, educativas e preventivas da pena, não achamos constitucional, tampouco moral permitir o poder de negociação amplíssimo. É necessário controle. E mais, é absolutamente necessário que a pena definida a partir da confissão corrobore com a base fática apurada na fase inquisitorial.

Em razão do princípio da lealdade e da boa-fé processual, entende-se que toda a negociação deve se cingir à conduta criminal esboçada na denúncia. A negociação se dará em relação a todos os crimes ali descritos, logo, não concordamos com o *charge bargaining* previsto no modelo americano⁴²⁸, aonde é possível negociar até o tipo e a quantidade de crimes⁴²⁹.

Da mesma forma, ainda baseado nos princípios da lealdade e boa-fé processual, entendemos que a transparência absoluta deve prevalecer. Nesse tocante, as provas obtidas na fase inquisitorial devem ser todas apresentadas ao acusado e sua defesa, inclusive as que lhe beneficiem.

Qualquer postulação de fatos inverídicos, revela uma postura antiética inconcebível no âmbito processual, posto que a política acusatória deve ser sempre sentido de estipulação nos acordos

⁴²⁸ Conforme o manual que instrui o promotor, no modelo norte americano, este poderá realizar acordo para a declaração de culpa ou *nolo contendere* com o acusado, seja em relação ao delito originalmente imputado, outro menos grave ou correlato; poderá deixar de denunciar por determinados delitos ou afastar imputações já feitas; ou adotar posição em relação à sentença prospectiva. Conforme a *Rule 11 (c) (1)*, das *Federal Rules of Evidence*, os acordos poderão ser *charge agreements*, *sentence agreements* ou *mixed agreements*, sendo que esses últimos combinando cláusulas de imputações com recomendações de sentença.

⁴²⁹ Em regra, no direito americano, a imputação recairá sobre a mais grave prevista em lei, e esse princípio previsto no Guia de Sentença rege a quantidade de imputações envolvendo delitos distintos ou da mesma espécie.

O acusado e sua defesa técnica poderão questionar, ponderar, reformular e fazer uma contraproposta, até que ambas as partes cheguem a um denominador comum, ou seja, que fixem todas as bases da sentença condenatória criminal.

Por fim, entende-se como absolutamente necessária uma audiência do acusado, devidamente acompanhado de seu advogado com o magistrado, para que o mesmo possa se dirigir, pessoalmente, ao acusado, ocasião em que o magistrado deverá informa-lo acerca de todos os seus direitos, assim como, das consequências, negativas e positivas, sobre a aceitação do acordo e sobre renunciar direitos.

CONCLUSÃO

Não há dúvidas de que o rito encurtado fulcrado na confissão, em que pese, em nosso entendimento, não seja adequado para ser aplicado em todos tipos penais, é inegavelmente mais vantajoso ao sistema jurídico penal brasileiro e o português. Adotá-lo como regra implicaria em considerável alargamento das hipóteses de solução consensuada em seara criminal dos dois países, que seguiriam a tendência de expansão dos instrumentos de consenso presentes nos ordenamentos jurídico-penais da Europa Continental e América Latina.

Importante dizer que o modelo consensual adotado para a sentença penal negociada seja pautado no diálogo racional, respeitoso e horizontalizado, isto é, onde as partes estejam em condições de igualdade para propor, ponderar até chegarem ao entendimento mútuo fundado no reconhecimento recíproco entre os sujeitos do processo, para que construam uma justiça consensual penal válida e legítima, seguindo uma negociação livre de qualquer tipo de coação, baseada na verdade, em relação aos fatos delituosos cometidos pelo acusado, fulcrada na lealdade processual, boa fé e transparência na exposição das provas e elementos de prova para a defesa e que os requisitos de validade sejam rigorosamente obedecidos pelas partes e criteriosamente aferidos pelo magistrado, como a legalidade das propostas, a inteligibilidade e a voluntariedade por parte do acusado em relação as cláusulas do acordo e suas consequências, onde a dignidade da pessoa humana esteja em primeiro lugar, sem olvidar dos princípios da eficiência e economicidade e a razoável duração do processo.

Em que pese as severas críticas aos mecanismos de simplificação do processo com base no consenso de um modo geral, as mesmas não devem prosperar. As principais críticas são no

sentido de que os modelos de justiça penal consensual violam os direitos e garantias constitucionais dos acusados, de que a verdade consensual é insuficiente para sustentar uma condenação, do pseudo desprestígio do Poder Judiciário ao deslocar o eixo decisório para as mãos do Ministério Público e defesa e, ainda de que tais mecanismos privatizam e mercantilizam o processo penal. Contudo, tais críticas são facilmente rechaçadas, especialmente se existir regulamentação legal de todo o procedimento consensual (legalidade), desde que também haja efetiva defesa técnica ao acusado, com acompanhamento, aconselhamento e direcionamento (ampla defesa) e, ainda, exista o real controle judicial para garantir a liberdade, voluntariedade, inteligibilidade do acusado, com aferição da legalidade e demais requisitos de validade.

Em outras palavras, isto significa que um elevado número de processos criminais seria devidamente solucionado de maneira mais célere, simplificada e eficaz. Isto redundaria em economia processual e permitiria ao Poder Judiciário um melhor direcionamento tanto de recursos humanos como de materiais, para se dedicar com mais afinco nos casos em que há real conflito ou dúvida quanto à culpa do réu.

Além disto, por via de consequência, haveria uma redução do número de recursos e também diminuiria a ocorrência dos casos impunes por terem sido fulminados pelo instituto da prescrição da pretensão punitiva. Estas consequências aumentaria a credibilidade no Poder Judiciário, vez que reduziria a sensação de impunidade tão comum em países onde o Judiciário se encontra com o volume de trabalho exacerbado.

Neste diapasão, após estudo minucioso do instituto, que esmiuçou os detalhes e abordou seus principais pontos polêmicos, a partir de uma análise mais técnica e menos passional, conclui-se que de fato, não é aceitável que Brasil e Portugal continuem a negar a possibilidade de inserção em seus respectivos ordenamentos jurídicos, do instituto da sentença penal negociada, respaldada na admissão da culpa insuspeita, voluntária e consciente, quando este modelo de justiça já é realidade, com largo sucesso, em outros países tanto da Europa Continental, quanto da América Latina e outros países anglo-saxões.

Assim, desde que revestido e, ao mesmo tempo limitado, pelas proteções constitucionais e legais individuais, nada há de antiético na regular a aplicação da sentença penal negociada como mais uma forma de resolução de conflitos criminais que não retira do cenário jurídico a possibilidade de uso do modelo tradicional de julgamento, apenas se apresenta como mais uma forma de resolução dos conflitos mais rápida, mais eficiente e menos burocrática. Aliás, o modelo consensual não deve afastar o modelo pautado no conflito, ao contrário, eles devem conviver e se complementar, numa espécie de subsidiariedade, isto é, aplicar o modelo

tradicional, sempre que não for possível ou restar frustrado o modelo tradicional, propiciando, assim, resultados favoráveis a todos os interessados.

Neste diapasão, o presente estudo concluiu que não deve prevalecer a tese da irrenunciabilidade absoluta dos direitos fundamentais e que não há prejuízos aos acusados que renunciam o exercício de alguns direitos e garantias, em processo penal, de forma voluntária, consciente e assistida por advogado para lograr benefícios legais e a abreviação do rito, tudo com base em sua confissão.

Por fim, em tempos pós-modernos, marcados por tantas transformações sociais, econômicas, políticas e culturais, tanto o ordenamento jurídico penal de Portugal, como o brasileiro não podem ficar presos a uma justiça penal lenta, burocrática, asoberbada, de perfil conflitivo e excessivamente garantista. Todas essas características levam à impunidade. É imprescindível mudar esse destino.

Diante deste cenário, é inexorável uma mudança de mentalidade e a adoção de novos caminhos para uma justiça que apresente soluções rápidas e eficazes, onde as partes tenham maior participação ativa na construção da solução para a resolução de seus processos. O consenso é esse caminho.

BIBLIOGRAFIA

FONTES DOCUMENTAIS

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL CENTRAL ADMINISTRATIVO DO NORTE - **Proc 016841/13.5BEPRT**. [Em linha]. Rel. Joaquim Cruzeiro. 2017. [Consult. 01 mai. 2023]. Disponível na internet: <<http://www.dgsi.pt/jtcn.nsf/-/FB7A6A3BE5A6CFA4802581C40056F598>>.

ALEMANHA - **BVerfG, 2BvR2628/10, 2 BvR2155/11**, vom 19.3.2013. [Em linha]. [Consult. 18 jul. 2021]. Disponível na internet: <<https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=BVerfG&Datum=19.03.2013&Aktenzeichen=2%20BvR%202628/10>>.

ALEMANHA - **BVerfG, 2BvR 2628/10, 2 BvR 2883/10 und BvR 2155/11**, vom 19.3.2013. [Em linha]. Berlin: Bundes-Verfassungs-Gericht, 2013 a. [Consult. 18 ago. 2022]. Disponível na internet: <http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20130319_2bvr262810.html>.

ALEMANHA - **Strafprozessordnung** [Em linha]. (1987). [Consult. 09 out. 2019]. Disponível na internet: <<http://germanlawarchive.iuscomp.org/?p=754>>.

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO – **Planalto**. [Em linha]. 1941. [Consult. 09 jul 2019]. Disponível na internet: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>.

CÓDIGO PENAL BRASILEIRO – **Planalto**. [Em linha]. 1940. [Consult. 02 set. 2019]. Disponível na internet: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>.

CONVENÇÃO AMERICANA DOS DIREITOS HUMANOS - **Planalto**. [Em linha]. [Consult.22ago2021]. Disponível na internet: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. **Planalto**. [Em linha]. (1988-10-05). [Consult. 10 jul. 2019]. Disponível na internet:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA - **Assembleia da República**. [Em linha]. (1976-04-02). [Consult.12 dez. 2021]. Disponível na internet: <<https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>.

Constituição dos Estados Unidos - [Em linha]. 1791. [Consult.12 dez. 2019]. Disponível na internet:< <https://usconstitution.net/const.pdf>>.

COMITÉ DE MINISTROS DO CONSELHO DA EUROPA - **Recomendação n.º R(87)**. [Em linha]. (1987-09-17). [Consult.14 jun. 2022]. Disponível na internet: <<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2002:242:0020:0023:PT:PDF> 01/06/22>.

CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM - Roma: Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. [Em linha]. 1950. [Consult. 28 out. 2019]. Disponível na internet: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/90645>>.

COURT OF APPEAL FOR THE THIRD CIRCUIT - **United States of America v. Craig A. Grimes**. [Em linha]. n. 12-4523, p. 1-13. (2013-11-13). Disponível na internet: <https://digitalcommons.law.villanova.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1014&context=thirdcircuit_2014>.

DECLARAÇÃO DE BRASÍLIA CONTRA A CORRUPÇÃO - **O princípio acusatório no processo penal brasileiro, segundo o modelo adversarial, deve permitir a todos os sujeitos processuais observar e fazer respeitar os direitos dos acusados, das vítimas e da sociedade**. [Em linha]. [Consult. 22 jun. 2022]. Disponível na internet: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Declaracao_de_Brasilia-2.REV.pdf>.

DECRETO-LEI N.º48/95 – **Código Penal**. [Em linha] [Consult. 05. set. 2019]. Disponível na internet:

<http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=109&tabela=leis&so_miolo=>.

DECRETO-LEI N.º78/87 - **Código de Processo Penal**. [Em linha] [Consult. 05. set. 2019]. Disponível na internet:

<http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=199&tabela=leis>.

DIRECTIVA 02/14, DE 21 DE FEVEREIRO DE 2014 - Procuradoria-Geral da República - [Em linha]. [Consult.14 jul. 2021]. Lisboa: PGR, 2014. Disponível na internet: <http://www.pgr.pt/grupo_bases/documentos_hierarquicos/Directiva_2-2014.pdf>.

DIRETIVA 2012/29/EU - **Parlamento Europeu e o Conselho da União Europeia** - [Em linha]. (2012-10-25). [Consult. 02 mai. 2023]. Disponível na internet: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32012L0029>>.

DEZ MEDIDAS CONTRA A CORRUPÇÃO - **Ministério Público Federal**. [Em linha]. [Consult. 12 set. 2022]. Disponível na internet: <www.dezmedidas.mpf.mp.br>.

EMENDA AO PROJETO DA LEI N. º236 DE 2012 - **Senado Federal**. [Em linha]. Brasília. Dispõe sobre a reforma ao Código Penal Brasileiro. [Consult. 28 out. 2019]. Disponível na internet: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>>.

ENCCLA – **Manual Colaboração Premiada**. [Em linha]. 2014. [Consult.28 jun. 2022]. Disponível na internet: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/dados-da-atuacao/eventos-2/eventos-internacionais/conteudo-banners-1/enccla/restrito/manual-colaboracao-premiada-jan14.pdf/view>>.

ESTADOS UNIDOS - **Principles of Federal Prosecution** - [Em linha]. (2018). [Consult.09 set. 2019]. Disponível na internet: <<https://www.justice.gov/jm/jm-9-27000-principles-federal-prosecution>>.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS - **Convenção Americana dos Direitos Humanos**. [Em linha]. 1969. [Consult.12 dez. 2019]. Disponível na internet: <<https://www.oas.org/pt/cidh/mandato/Basicos/convencion.pdf>>.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS - **Case Bell v. United Kingdom**. [Em linha]. Fourth Section. (application 41534/98), documento não paginado. (2005-11-15). [Consult. 23 mai. 2022]. Disponível na internet: <https://www.stradalex.com/en/sl_src_publ_jur_int/document/echr_41534-98_001-71664>

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS - **Case Dweer V. Belgium**. [EM LINHA]. Court (chamber). [Consult.18 jul. 2022]. Disponível na internet: <[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-57469%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-57469%22]})>.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS - **Case Litwin v. Germany**. [Em linha]. Fifth Section. (application 29090/06), documento não paginado. (2012-02-03). [Consult. 23 mai. 2022]. Disponível na internet: < https://www.menschenrechte.at/orig/11_6/Litwin.pdf>.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS - **Case os Scoppola v. Italy**. [Em linha]. Junho 2008. N.º 2, application 10249. (2009-01-07). [Consult. 15 jun. 2021]. Disponível na internet: <URL:[https://hudoc.echr.coe.int/#{%22itemid%22:\[%22001-106016%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/#{%22itemid%22:[%22001-106016%22]})>

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS - **Gran Chamber. Case Hermi v. Italy (application n.º18114/02)**. [Em linha]. [Consult.18 jul. 2021]. Disponível na internet: < <file:///C:/Users/yaram/Downloads/001-77543.pdf>>

INFOVITIMAS. **Apav**. [Em linha]. [Consult. 23 mai. 2022]. Disponível na internet:<https://infovitimas.pt/pt/005_direitos/005_direitos.html>.

LEI N.º4/2015 - **Governo de España**. [Em linha]. (2015-04-27). [Consult.02 mai. 2023]. Disponível na internet: <em: <https://boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-4606>>.

LEI N.º21/07, DE 12 DE JUNHO DE 2007 - **Cria um regime de mediação penal, em execução do art.10º da Decisão do Quadro 2001/220/JAI**.. [Em linha] [Consult. 05. set.

2019]. Disponível na internet:
<http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1459&tabela=leis>.

LEI N.º48/2007 - **Parlamento**. [Em linha]. [Consult.02 mai. 2023]. Disponível na internet:
<https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=929&tabela=leis>.

LEI N.º59/98 - **Parlamento**. [Em linha]. [Consult.02 mai. 2023]. Disponível na internet:
<https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=208&tabela=leis>.

LEI N.º130/2015 - **Parlamento**. [Em linha]. [Consult. 02 mai. 2023]. Disponível na internet:
<https://pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?tabela=leis&nid=2394&ficha=1>.

LEI N.º 9.099, DE 26 DE SETEMBRO DE 1995 – **Planalto**. [Em linha]. Dispõe sobre a instituição Juizados Especiais. [Consult. 05. out. 2019]. Disponível na internet:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm>.

LEI N.º10.259, DE 12 DE JULHO DE 2001 – **Planalto**. Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. [Em linha]. [Consult. 05 out. 2019]. Disponível na internet: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LEIS_2001/L10259.htm>.

LEI 11.313, DE 28 DE JUNHO DE 2006 – **Planalto**. Altera os arts. 60 e 61 da Lei 9.099/95 e o art.2º, da Lei 10.259, pertinentes à competência dos Juizados Especiais Criminais, no âmbito da Justiça Estadual e da Justiça Federal. [Em linha]. [Consult. 28 out. 2019]. Disponível na internet: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11313.htm>.

LEI N.º 12.850, DE 02 DE AGOSTO DE 2013 - **Planalto**. [Em linha]. [Consult. 05. out. 2019]. Disponível na internet: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm>.

LEI 13.964, DE 24 DE DEZEMBRO DE 2019 – **Planalto**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. [Em linha]. [Consult. 26 abr. 2023]. Disponível em <<https://www.planalto.gov.br/ccivil03/ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm>>.

MEMORANDO DE 19 DE JANEIRO DE 2012 - **Procuradoria-Geral Distrital de Coimbra**. [Em linha]. Justiça negociada: acordos sobre a sentença em processo penal. Coimbra: Procuradoria-Geral Distrital. [Consult.12 jul. 2021]. Disponível na internet: <<http://www.oa.pt/upl/%7Bee0e9275-cf60-4420-a2f4-840bd0c0bb2b%7D.pdf>>.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO PARANÁ – **Reincidência de violência doméstica com reabilitação para agressores**. [Em linha]. [Consult. 22 set. 2022]. Disponível na internet: <<https://comunicacao.mppr.mp.br/2019/03/21370/Reincidencia-de-violencia-domestica-cai-com-reabilitacao-para-agressores.html>>.

NORMAS E PRINCÍPIOS DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE PREVENÇÃO AOS CRIMES - **Princípios básicos sobre a independência do Judiciário**. [Em linha]. [Consult.23 jun. 2022]. Disponível na internet: <https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/projects/UN_Standards_and_Norms_CPCJ_-_Portuguese1.pdf>.

OBSERVATÓRIO PERMANENTE DA JUSTIÇA PORTUGUESA - **As reformas processuais e a criminalidade na década de 90. As formas especiais de processo e a suspensão provisória do processo: problemas e bloqueios**. [Em linha.] Coimbra, 2002. [Consult.05 jun. 2023]. Disponível na internet: <<https://opj.ces.uc.pt/wp-content/uploads/pdf/9.pdf>>.

ORIENTAÇÃO 1/12 DA PROCURADORIA-GERAL DE LISBOA - **Ministério Público Portugal**. [Em linha]. [Consult. 21 nov. 2021]. Disponível na internet: <<https://www.ministeriopublico.pt/iframe/orientacoes>>.

PACTO INTERNACIONAL DOS DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS – **Planalto**. [Em linha]. [Cosult. 22 ago. 2021]. Disponível na internet: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>.

PROJETO DE LEI 236/2012 - **Senado Federal**. [Em linha]. [Consult. 21jul. 2022]. Disponível na internet <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>>).

PROJETO DE LEI N.º882 – Câmara Legislativa. [Em linha]. (2019-02-19). [Consult. 6 set. 2019]. Disponível na internet: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2192353>>.

PROJETO DE LEI N.º3890/20 - **Câmara dos Deputados**. [Em linha]. 2020 [Consult. 23 mai. 2022]. Disponível na internet:<<https://www.camara.leg.br/noticias/856888-governo-anuncia-decreto-sobre-direitos-das-vitimas-de-violencia/>>.

RESOLUÇÃO N.º 41 DE OUTUBRO DE 1995 - **Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente**. [Em linha]. (1995-10-01). [Consult.18 jul. 2021]. Disponível na internet: <https://www.mpdft.mp.br/portal/pdf/unidades/promotorias/pdij/Legislacao%20e%20Jurisprudencia/Res_41_95_Conanda.pdf>).

RULE 2 - **Federal Rules of Criminal Procedure**. [Em linha]. 1946. [Consult. 12 jun. 2021]. Disponível na internet: <<https://uscode.house.gov/view.xhtml?path=/prelim@title18/title18a/node35&edition=prelim>>.

RULE11 - **Federal Rules of Criminal Procedure**. [Em linha]. 1946. [Consult.12 Jun. 2021]. Disponível na internet: <<https://uscode.house.gov/view.xhtml?path=/prelim@title18/title18a/node35&edition=prelim>>

SENTENZA 313/90 - **Corte Costituzionale. Giudizio di Legittimità Costituzionale in Via Incidentale**. [Em linha]. *Redattore*: Presidente dott. Francesco Saja. Roma: *Corte Costituzionale*, 1990, p.6. [Consult.20 dez. 2022]. Disponível na internet: <<http://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>>.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - **Habeas Corpus nº35.484-RS**. [Em linha]. Relatora Ministra Laurita Vaz. [Consult.30 mar. 2019]. Disponível na internet: <http://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=570666&Reg=200400677039&sData=20051003&formato=PDF>.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - **RHC 76.026/RS**. [Em linha]. 5ª turma, Rel. Min. Felix Fisher, (2016-10-06), p.12. [Consult.18jul2021]. Disponível na internet:

https://www.stj.jus.br/docs_internet/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprudencia%20em%20Teses%20197%20-%20da%20Colaboracao%20Premiada%20V.pdf>.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - **RHC 79.103/RS**. [Em linha]. 5ª turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, (2017-04-04), p.1-2. [Consult.18 Jul. 2021]. Disponível na internet:

<https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:superior.tribunal.justica;turma.5:acordao;rhc:2017-04-04;79103-1609232>.>.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - **Súmula 545**. [Em linha]. (2015-10-16). [Consult.2 jun. 2022]. Disponível na internet: < <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp> >.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - **Súmula 630, STJ**. [Em linha]. [Consult.2 jun 22]. Disponível na internet: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>.

SUPREME COURT - **Boykin v. Alabama**. [Em linha]. 395, U.S. 238. (1969). [Consult. 21out. 2021]. Disponível na internet: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/395/238/>.>.

SUPREME COURT - **Corbit v. New Jersey**. [Em linha]. (439 U.S 212). 1978. [Consult.18 jun.2021]. Disponível na internet: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/439/212/>>.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - **Ag. Reg. HC 156.157**. [Em linha]. (2018). [Consult.18 jul. 2021]. Disponível na internet: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/768167915/inteiro-teor-768167925>>.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - **AP 341**. [Em linha]. 1ªTurma. Rel. Ministro Marco Aurélio. [Consult.14 jul. 2020]. Disponível na internet: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/864015031/inteiro-teor-864015061>>.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - **HC 68.929/SP**. [Em linha]. 1ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJ (1992/08/28). [Consult.18 set. 2021]. Disponível na internet: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/751543>>.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - **HC 85.717/SP**. [Em linha]. 2ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, (2007-10-09). Informativo n.º 483 do STF. [Consult. 21 jul 2021]. Disponível na internet: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3993379>.>.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - **HC 86.915/SP**. [Em linha]. 2ª Turma. 2005. [Consult. 16 jun. 2021]. Disponível na internet: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2329112>).>.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - **HC 110.271/ES**. [Em linha]. 1ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, (2013-06-27). [Consult. 21 jul. 2021]. Disponível na internet: <https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo712.htm>.>.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - **HC 127.483/PR**. [Em linha]. Tribunal Pleno, rel. Min. Dias Toffoli, (2015-08-27). [Consult. 24 jun. 2022]. Disponível na internet: <https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo796.htm>.>.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - **HC 138.207/PR**. [Em linha] 2ª Turma, rel. Min. Edson Fachin, (2017-04-25). [Consult. 18 Jul. 2021]. Disponível na internet: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/769812320/inteiro-teor-769812330>.>.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - **Súmula 523**. [Em linha]. [Consult. 21 jul. 2021]. Disponível na internet: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=30&sumula=2729>.>.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - **Súmula 708 do STF**. [Em linha]. [Consult. 21 jul. 2021]. Disponível na internet: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=30&sumula=2639>.>.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - **Pacote Anticrime**. [Em linha]. [Consult. 27 abr. 2023]. Disponível na internet: <https://www.stj.jus.br/sites/portalt/Paginas/Comunicacao/Noticias/2023/12032023-Acordo-de-nao-persecucao-penal-a-novidade-do-Pacote-Anticrime-interpretada-pelo-STJ.aspx>>.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - **RE-AgR 425.734/MG**. [Em linha]. 2ª Turma, Rel. Min. Ellen Gracie. (2005-10-28). [Consult.19 set. 2022]. Disponível na internet: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/18314052>>.

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA - **Acórdão de uniformização de jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça nº.16/2009**. [Em linha]. DR, n.º248, I Série, de 24/12/2009. [Consult.19 jul. 2021]. Disponível na internet: <<https://dre.tretas.org/dre/267078/acordao-do-supremo-tribunal-de-justica-16-2009-de-24-de-dezembro>>.

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA - **Processo 224/06.7GAVZL.C1.S1**. [Em linha]. [Consult.12 jul. 2021]. Disponível na internet: <https://vlex.pt/vid/-431767634>..>.

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA - **Processo n.º478/14.5JFLSB-E.S1**. [Em linha]. Sessão: 21 Agosto 2015. Relator. Isabel São Marcos. [Consult. 16 jun. 2021]. Disponível na internet: <<https://jurisprudencia.pt/acordao/127028/pdf/>>

UNITED STATES SENTENCING COMMISSION GUIDELINS MANUAL – **Guide Lines**. [Em linha]. (2018). [Consult. 09 set. 2019]. Disponível na internet: <<https://www.ussc.gov/guidelines/2018-guidelines-manual>>.

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA - **Ministério Público do Paraná**. [Em linha]. [Consult.22 set. 2022]. Disponível na internet: <https://comunicacao.mppr.mp.br/2019/03/21370/Reincidencia-de-violencia-domestica-cai-com-reabilitacao-para-agressores.html> >.

WIKIPEDIA. **Última ratio**. [Em linha]. [Consult. 30 mai. 2022]. Disponível na internet: <[https://pt.wikipedia.org/wiki/Ultima_ratio_\(princ%C3%ADpio\)](https://pt.wikipedia.org/wiki/Ultima_ratio_(princ%C3%ADpio))>.

29 VARAS ESPECIALIZADAS A REPRESSÃO DE CRIMES CONTRA A MULHER – **CNJ**. [Em linha]. [Consult.14 set. 2022]. Disponível na internet: <https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opensoc.htm?document=qvw_l%5Cpainelcnj.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shVDResumo>.

FONTES BIBLIOGRÁFICAS

ALBERGARIA, Pedro Soares de – **Plea Bargaining: aproximação à Justiça Negociada nos EUA**. Almedina. Coimbra. 2007, 160p. ISBN:978972403852.

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de - **Princípios fundamentais do processo penal**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1973, ISBN 9780000000002.

AMODIO, Ennio - **I procedimenti speciali nel labirinto dellagiustizia costituzionale. Processo Penale e Giustizia**, Roma, a.2, n.3, 2012, ISSN e 2039.4527.

ANDRADE, Fábio da Silva. 2017. Dissertação de Mestrado em Direito. *A Ampliação dos Espaços de Consenso no Processo Penal*. [Em linha]. [Consult.12 jul. 2024]. Universidade Federal de Minas Gerais, pág. 96. Disponível na internet: <<https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/42844/1/DISSERTA%c3%87%c3%83O%20-%20FINAL%20-%20PDF.pdf>>.

ANDRADE, Manuel da Costa - **Consenso e oportunidade – Reflexões a propósito da Suspensão Provisória do Processo e do Processo Sumaríssimo**. Jornadas de Direito Processual Penal – O Novo Código de Processo Penal. Coimbra: Almedina, 1995.

ANGELINI, Roberto - **A negociação das penas no direito italiano. (o chamado patteggiamento)**. [Em linha]. Julgar, Coimbra: Juruá, 2013. [Consult. 22 set 2020]. Disponível na internet: <<file:///C:/Users/yaram/Downloads/221-229-Negocia%C3%A7%C3%A3o-penas-direito-italiano.pdf>>. 2013, p.224-227.

BARBOSA, Rui. **Citações**. [Em linha]. [Consult. 23 mai. 2022]. Disponível na internet: <<https://citacoes.in/autores/ruy-barbosa/citacoes-de-justica/>>.

BARBOSA, Rui – **Frases Famosas**. [Em linha]. [Consult.2 jun. 2022]. Disponível na internet: < <https://www.frasesfamosas.com.br/frases-de/ruy-barbosa/>>.

BARROS, Marco Antônio de - **A busca da verdade no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. ISBN13 9788520341971.

BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho - A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. **Revista Consultor Jurídico**. [Em linha]. (11.07.2012). [Consult. 28 mar. 2020]. Disponível na internet: <<https://www.conjur.com.br/2012-jul-11/morte-ela-dignidade-autonomia-individual-final-vida>>.

BECCARIA, Cesare Bonesana - **Dos delitos e das penas**. Ed Hemus, 1ªed, 1999. ISBN13 9788528900279.

BELEZA, Tereza Pizarro - Tão amigos que nós éramos: o valor probatório do depoimento de co-arguido no Processo Penal português. **Revista do Ministério Público**. Ano 19.º, Abril-junho 1998, n.º74.

BRANDALISE, Rodrigo da Silva - **A negociação da sentença criminal e os princípios processuais relevantes**. 2015. Dissertação. (Mestrado em Ciências Jurídico Criminais). – Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa. Lisboa, 2015.

BRANDALISE, Rodrigo da Silva - **Justiça Penal Negociada: Negociação de Sentença Criminal e Princípios Processuais Relevantes**. Curitiba: Juruá, 2016. ISBN: 9788536255569.

BOHM, Robert M - “McJustice”: on the McDonaldization of criminal justice. **Justice Quartely**. [Em linha]. v. 23, n.1, p.127-146, 2006. [Consult.23 jul. 2020]. Disponível na internet <<https://www.ojp.gov/ncjrs/virtual-library/abstracts/mcjustice-mcdonaldization-criminal-justice>>.

BONATO, Gilson - **Devido processo legal e garantias processuais penais**. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2003. ISBN13 978-8573873818.

BONFIM, Edilson Mougenot - **Curso de processo penal/Edilson Mougenout Bonfim** – 12.ed. – São Paulo: Saraiva, 2017. ISBN13 978-8547219550.

BORRI, Luiz Antônio - Delação Premiada do investigado/acusado preso cauterlamente: quando o Estado se transfigura em criminoso para extorquir a prova do investigado. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, ano 24, n. 285, ago.2016.

CANOTILHO, J.J.Gomes; BRANDÃO, Nuno - Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v.133, ano 25, jul.2017.

CANOTILHO, J.J.Gomes; MOREIRA, Vital - **Constituição da República Portuguesa anotada**. 4.ed. Coimbra, 2010. v.2. ISBN: 978-8520330449.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes - **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2007. ISBN: 978-9724021065.

CASARA, Rubens R. R - **O Acordo para a aplicação da pena: Novas Considerações Acerca da Verdade e do Consenso no Processo Penal Brasileiro**. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (Org.). O Novo Processo Penal à Luz da Constituição – Análise Crítica do Projeto de Lei n.º156/09, do Senado Federal. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2011. ISBN 9788537507896.

CASSIDY, R. Michael - **Some reflections on ethics and plea bargaining na essay in honor of Fred Zacharias**. Boston College Law School Legal Studies Research. Boston, v.48, Paper 202, p.1-18, 2011, p.10. [Em linha]. [Consult.18 jul. 2022]. Disponível na internet: <<http://lawdigitalcommons.bc.edu/lsp/306>>.

CAPEZ, Fernando - **Curso de Direito Penal**. Vol.1, 26ªed, São Paulo. 2022. Ed.Saraiva Jur. ISBN: 978-6555596085.

CARMO, Rui do - A autonomia do Ministério Público e o exercício da ação penal. **Revista CEJ**, Coimbra, 2ºsemestre/2004.

CARMO, Rui do - Um exercício de leitura do regime jurídico da mediação penal. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Lisboa, a.20, n.3, 2010.

CASTRO, Ana Lara Camargo de - **Plea Bargain: Resolução Penal Pactuada nos Estados Unidos**. Belo Horizonte. Editora D'Plácido, 2019. ISBN:978-85-60519-78-1.

CAVALCANTI, Eduardo Medeiros - **Crime e sociedade complexa**. Campinas: LZN, 2005. ISBN: 978-8588387911.

CONDE, F.Edmund Mezger Munôz – **E o Direito Penal de seu tempo – Estudos sobre o Direito Penal neo Nacional-Socialismo**. Trad Paulo César Busato. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. ISBN: 8573876182.

CORREIA, João Conde - **Questões práticas relativas ao arquivamento e à acusação e à sua impugnação**. Porto. Universidade Católica. 2008. ISBN: 978-9728069681.

CORRÊA JÚNIOR, Alceu; SALOMÃO, Sérgio Shecaira - **Teoria da pena: finalidade, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2002. ISBN: 978-8520322666.

COSTA, José de FARIA - **Diversão (desjudiciarização) e mediação: que rumos?** Coimbra: Almedina, 1986. ISBN: 978-9724001517.

CUNHA, Karina Cristina Ribeiro; SALES, Juliana Dias et al - Índice de reincidência na Lei Maria da Penha após intervenção psicológica no Fórum do Gama – DF. **Revista JusNavegandi**. ISSN 1518-4862, Teresina, ano 23, n. 5344, 17 fev. 2018. [Em linha]. [Consult.22 set. 2022]. Disponível na internet: <<https://jus.com.br/artigos/63543/indice-de-reincidencia-na-lei-maria-da-penha-apos-intervencao-psicologica-no-forum-do-gama-df>>.

CUNHA, Leonardo Carneiro da - **A Fazenda Pública em Juízo**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense,2016. ISBN:9788530969738.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista - **Crime Organizado. Comentários à nova lei sobre o Crime Organizado (Lei nº12.850/13)**. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2020. ISBN: 9788544234839.

DIAS, Augusto Silva- **Modernas tendências da política criminal em matéria de desjuridicização e de descarceirização: a experiência portuguesa.** Cabinda Universitária, Cabinda, n.3-4, p.41-44, jun.ago.2008.

DIAS, Jorge de Figueiredo- **Acordos sobre a sentença em processo penal: o “fim” do Estado de direito ou um novo “princípio”.** Porto: Ordem dos Advogados Portugueses, 2011. ISBN: 9789899606715.

DIAS. Jorge de Figueiredo - **Direito Processual Penal.** Coimbra: Ed. Coimbra, Lda, 1981.

DIAS. Jorge de Figueiredo - **Direito Processual Penal: lições do Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias coligidas por Maria João Antunes.** Coimbra. Faculdade de Direito, 1988-1989, p.11. ISBN:97232115201.

DIAS, Jorge de Figueiredo - **Para uma reforma global no processo penal português: da sua necessidade e de algumas orientações fundamentais,** In: CORREIA. Eduardo *et al.* **Para uma nova justiça penal: ciclo de conferências no Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados.** Coimbra. Almedina, 1983, p.224.

DIDIER JÚNIOR, Fredie - **Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil.** In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. Negócios processuais. 7. ed. Salvador: Juspodvm. ISBN: 9788544230268.

DINAMARCO, Cândido Rangel - **A instrumentalidade do processo.** 14ªed. Malheiros. ISBN: 978-8574209722.

DOUGLAS, John Jay - **Ethical issues in prosecution.** Houston: National College of District Attorneys, 1988. ISBN: 9780910397131.

DUARTE, Hugo Garcez; MARQUES, Leonardo Augusto Marinho - Justiça consensual e tutela dos direitos individuais. PHRONESIS. **Revista do Curso de Direito da FEAD.** n.4, jan-dez.2008, p.72.

D'URSO, Luiz Flávio B. - Delação Premiada: proibição para quem está preso. **Revista Magister de Direito Penal e Processo Penal**. v.11, n.66, 2015.

DUQUE, Marcelo Schenk - **Curso de Direitos Fundamentais: teoria e prática**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2014. ISBN: 978-8520352373.

FELIPE, João Vitor. Curso de Graduação em Direito. *Barganha no Processo Penal: Uma Análise Crítica à (In)Devida Importação da Negociação da Sentença ao Sistema Processual Penal Brasileiro Proposto no Pacote Anticrime do Ministério da Justiça e Segurança Pública*. [Em linha]. [Consult.12 jul.2024]. Universidade Federal de Santa Catarina, pág. 39. Disponível na internet: <
<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/197785/TCC%20Barganha%20no%20Processo%20Penal%202019.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>.

FERNANDES, Antônio Scarance - **Processo Penal Constitucional**. 7ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. ISBN: 9788520344378.

FERNANDES, Antônio Scarance - **Teoria Geral do Procedimento e O Procedimento no Processo Penal**. São Paulo: Ed. RT, 2005. ISBN: 8520327877.

FERNANDES, Fernando - **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Almedina, 2001. ISBN: 978-9724015705.

FERNANDO, Rui do Carmo - O Ministério Público face à pequena e média criminalidade (em particular a suspensão provisória do processo e o processo sumaríssimo). **Revista do Ministério Público**, n.º81, p.129-150.

FERRAJOLI, Luigi - *Patteggiamento e crisi dela giurisdizione*. **Questione Giustizia**, Milano, n.2, 1989.

FIDALGO, Sónia - O consenso no processo penal: reflexões sobre a suspensão provisória e o processo sumaríssimo. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Coimbra, v.18, n.º2, abr.-set/2008.

FIGUEIRÊDO, Laíla - **Modelos de justiça negociada no âmbito do processo penal nos Estados Unidos da América, Inglaterra, França e Alemanha.** [Em linha]. 2019. [Consult. 12 ago. 2021]. Disponível na internet: <<https://jus.com.br/artigos/72655/modelos-de-justica-negociada-no-ambito-do-processo-penal-nos-estados-unidos-da-america-inglaterra-franca-e-alemanha>>.

FREEDMAN, Warren - **The constitutional right to a speedy and fair criminal trail.** New York: Quorum Books, 1989. ISBN: 97808993033314.

GARCIA, Emerson - **Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico/ Emerson Garcia.** – 5.ed.rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. ISBN: 9788502623637.

GOMES, Luiz Flávio - **Direito Penal: comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos: Pacto de San José da Costa Rica.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. ISBN: 9788520332931.

GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo R. - **Organizações Criminosas e técnicas especiais de investigação.** Salvador: JusPodivm, 2015. ISBN: 9788544203088.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Et. Al - **Juizados Especiais Criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995.** 5ed. São Paulo: RT, 2005. ISBN: 9788520327036.

IVO, Pedro - Direitos das vítimas de crimes - Uma luta mais do que justa! **CONAMP.** [Em linha]. 2020. [Consult. 02 mai. 2023]. Disponível na internet: <<https://www.conamp.org.br/publicacoes/artigos-juridicos/7012-direitos-das-vitimas-de-crimes-uma-luta-mais-do-que-justa-7012.html>>.

KOBOR, Susanne - **Bargaining in the criminal justice system of the unites states and Germany: matter of justice and administrative efficiency within legal.** Frankfurt am Main: Internationaler Verlag der Wissenschaften, 2008. ISBN: 9783631565070.

KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino - A jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos como paradigma para a concretização do conceito de razoável duração do processo.

Revista da Ajufe. [Em linha]. [Consult. 2 jun. 2022]. Disponível na internet: <<http://ajufe.org.br/images/bkp/ajufe/arquivos/downloads/frederico-augusto-leopoldino-koehler-a-jurisprudncia-da-corte-europeia-de-direitos-humanos-como-paradigma-para-a-concretizao-do-conceito-de-razovel-durao-do-processo-410151512.pdf>>.

LANGER, Máximo - **From legal transplants to çegal translations: the globalization of plea bargaining and the americanization thesis in criminal procedure.** [Em linha]. Universidade da Califórnia, Los Angeles. (2005-04-20). Disponível na internet: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=707261>.

LEAL, Rosemiro Pereira - **Teoria geral do Processo.** 14^a ed. São Paulo: Thompson-IOB-Síntese, 2018. ISBN: 9788545004868.

LEITE, Inês Ferreira. “Arrependido”: a colaboração processual do co-arguido na investigação criminal. In: PALMA, Maria Fernanda; SILVA DIAS, Augusto; SOUSA MENDES, Paulo (Coords.). **2º Congresso de Investigação Criminal.** Coimbra: Almedina, 2010, p.399-400.

LEITE, Rosimeire Ventura - **Justiça consensual e efetividade do processo.** Belo Horizonte: Del Rey, 2013. ISBN: 9788538403005.

LEITÃO, Luís Menezes - **A negociação das penas em processo penal.** Ordem dos advogados portugueses. [Em linha]. 08/06/2021. [Consult. 05 mai. 2023]. Disponível na internet: <<https://portal.oa.pt/comunicacao/imprensa/2021/06/08/a-negociacao-das-penas-em-processo-penal/>>.

LE MOS, Bruno E.; CALDEIRA, Felipe M. - **Delação premiada de acusado preso.** In: ESPINERA, Bruno; CALDEIRA, Felipe (org). **Delação Premiada.** Belo Horizonte: D´Plácido, 2016. ISBN: 9788584257089.

LIMA, Marco Antônio Ferreira - **Acesso à justiça Penal e Estado Democrático de Direito.** São Paulo: Ed. Juruá, 2008. ISBN: 9788536221151.

LIMA, Renato Brasileiro - **Manual de Processo Penal.** 3^oed. Editora JusPodivm, 2015. ISBN: 9788544203996.

LOPES JÚNIOR, Aury - **Direito Processual Penal: e sua conformidade constitucional**. 3.ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. ISBN: 9788537503461.

LOPES JÚNIOR, Aury - **Fundamentos do Processo Penal. Introdução crítica**. São Paulo: Saraiva, 2015. ISBN: 9788502618909.

MA, Yue - Explorando as origens da ação penal pública na Europa e nos Estados Unidos. Tradução: Adauto Villela. Revisão e Adaptação: Bruno Amaral Machado. Modelos de Ministério Público. **Revista do CNMP**, nº1. Brasília, CNMP, 2011.

MAC CRORIE, Benedita Ferreira - **Os limites da renúncia a direitos fundamentais nas relações entre particulares**. Almedina, 2017. ISBN 9788520339048.

MACHADO, Antônio Alberto - **Ministério Público: democracia e ensino jurídico**, 2001, E. Del Rey. ISBN: 8573083107.

MADLENER, Kurt - **Meios e métodos para alcançar-se no processo penal as metas de prazo razoável e de celeridade: observações a respeito da justiça alemã**. In: MONTE, Mário Ferreira (Org.). **Que futuro para o Direito Processual Penal?**: simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias. Coimbra. 2009.

MARMELSTEIN, George - **Curso de Direitos Fundamentais**. 6ªed. São Paulo: Atlas, 2016. ISBN: 9788597003376.

MARQUES, José Frederico - **Elementos de Direito Processual Penal**. 2ªed. Rio de Janeiro. Forense, 2003, v.2. ISBN: 8586833207.

MEIRELLES, Hely Lopes - **Direito administrativo brasileiro**. 44ª. Ed. São Paulo. Malheiros, 2020. ISBN:9788539204670.

MENDRONI, Marcelo Batlouni - **Comentários à Lei de Combate ao Crime Organizado. Lei n.º12.850/13.** São Paulo. Atlas, 2014. ISBN: 9788522486526.

MESQUITA, Paulo Dá - **A Prova do Crime e o que se disse antes do Julgamento.** Coimbra Editora, S.A., Dezembro, 2011, p.36. ISBN: 9789723219517.

MIRABETE, Júlio Fabrini - **Processo Penal.** 18ªed. São Paulo: Editora Atlas, 2006. ISBN: 9788522443260.

MIRANDA, Jorge - **Manual de Direito Constitucional.** Tomo IV, 4 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. ISBN: 9789723218619.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui - **Constituição Portuguesa anotada.** Tomo I. Coimbra: Editora Coimbra, 2005. ISBN: 9789725405413.

MOREIRA, Rômulo de Andrade - **A Corte Europeia de Direitos Humanos fixou um prazo de dois anos para a Polónia indenizar aqueles que foram vítimas de lentidão judicial.** [Em linha]. (2015-07-16). [Consult. 2 jun. 2022]. Disponível na internet: <<https://jus.com.br/artigos/40893/a-corte-europeia-de-direitos-humanos-e-o-excesso-prazal>>.

MONTE, Mário Ferreira - **Os limites da Justiça Penal Negociada**, in VALENTE, Manuel Monteiro Guedes (Coord.),1970. **Os desafios do Direito (Penal) do Século XXI.** Lisboa: Legit Edições, 2018, p.77.

MOUTINHO, José Lobo - **Arguido e Imputado no Processo Penal Português.** Lisboa: Universidade Católica, 2000. ISBN: 9789725400135.

NOGUEIRA, Carlos Frederico Coelho - **Comentários ao Código de Processo Penal.** Bauru: Edipro, 2002, v.1. ISBN: 85772833420.

NOVAIS, Jorge Reis - **Direitos Fundamentais: trunfos contra a maioria.** Coimbra: Coimbra Editora, 2006. ISBN: 9789723214451.

NOVAIS, Jorge Reis - **Renúncia a direitos fundamentais**. In: MIRANDA, Jorge (Org.). *Perspectivas constitucionais - nos 20 anos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. ISBN: 9723207516.

NOVELINO, Marcelo - **Direito Constitucional**, 2. ed. São Paulo: Método, 2008. ISBN:9788576602576.

NUCCI, Guilherme de Souza - **O valor da confissão como meio de prova no processo penal**. 2ª São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. ISBN: 8520317952.

OLIVEIRA, Rui Barbosa de - **Citações**. [Em linha]. [Consult. 23 Mai. 2022]. Disponível em <https://citacoes.in/autores/ruy-barbosa/citacoes-de-justica/>.

OLIVEIRA, Rui Barbosa de - **Oração aos Moços**, Ed. Edipro. 2009. ISBN: 9788572836265.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard - **Direitos Fundamentais**. Trad. De Antônio Francisco de Sousa e Antônio Franco. São Paulo: Saraiva, 2012. ISBN: 97885021300364.

PINTO, Mário - **Os direitos humanos são invioláveis e irrenunciáveis; ou não são humanos**. [Em linha]. (2020-02-18). [Consult.01 jun 2022]. Disponível na internet: <https://observador.pt/opiniao/os-direitos-humanos-sao-inviolaveis-e-irrenunciaveis-ou-nao-sao-humanos/>.

PIZZI, William T.; MONTAGNA, Mariangela - The battle to establish an adversarial trial system in Italy. **Michigan Journal of International Law**, Ann Arbor, v.25, 2004.

QUEIJO, Maria Elizabeth - **O direito de não produzir provas contra si mesmo: (o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal)**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. ISBN: 978850213058.

REIS, Sónia - A vítima na mediação penal em Portugal. **Revista da Ordem dos Advogados**, Lisboa, ano 70, n.1-4, 2010, p. 575.

RODRIGUES, Anabela Miranda - **A celeridade do processo penal. Uma Visão de Direito Comparado**, in Actas de revisão do Código de Processo Penal, Assembleia da República – Divisão de edições, 1999, Vol. II, - Tomo II.

ROSA, Alexandre M - **Guia compacto do processo penal conforme teoria dos jogos**. 3ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. ISBN: 9788568972717.

PEREIRA, Frederico Valdez - **Delação Premiada. Legitimidade e procedimento**. 3 ed. Curitiba: Juruá, 2016. ISBN: 9788536258379.

RÁO, Vicente - **O direito e a vida dos direitos**. v.1, 3ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. ISBN: 9788520325964.

ROSA, Alexandre Moraes da; MARCELLINO JR., Júlio Cesar - **O Processo Eficiente na Lógica Econômica: Desenvolvimento, Aceleração e Direitos Fundamentais**. Empório do Direito, Florianópolis, 2015. ISBN: 978856872038.

ROXIN, Claus - **Derecho processual penal**. Buenos Aires: Editores del Puerto S.R.L., 2003. ISBN: 9789120361.

ROXIN, Claus - **Política Criminal y sistema del Derecho Penal**. Trad y introd. Francisco Munôz Conde. 2ª Ed. 1ª Reimp. Buenos Aires, Hammurabi, 1972.

SANCHEZ, Alberto Suárez - **El debido proceso legal**. 2 ed. Bogotá – Colômbia. Universidad Externado de Colômbia.2001P.193

SÁNCHEZ, Jesus-Maria Silva - A expansão do Direito Penal. 2ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2011. ISBN: 9788520339046.

SANTOS, Cláudia Cruz - **Decisão Penal Negociada**. [Em linha]. Ed. Coimbra. [Consult.17 mai. 2023]. Disponível na internet: < <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2015/01/JULGAR-25-08-CCS-Decis%C3%A3o-penal-negociada.pdf>>.

SANTOS, Raimundo Marinho dos - O princípio da celeridade processual aplicado à vítima. **JusNavegandi**. [Em linha]. 24/03/2014. [Consult.01 mai. 2023]. Disponível na internet: <<https://jus.com.br/artigos/27156/o-principio-da-celeridade-processual-aplicado-a-vitima>>.

SCHÜNNEMANN, Bernd. **Cuestiones básicas de la estrutura y reforma del procedimiento penal bajo uma perspectiva global. Derecho Penal y Criminologia**. [Em linha]. Bogotá, v.25n.6, 2004. [Consult.14 Jun. 2022]. Disponível em [http://revistas.uexternado.edu.co/index.php?journal=derpen&page=article&op=view&path\[\]=1034&path\[\]=978](http://revistas.uexternado.edu.co/index.php?journal=derpen&page=article&op=view&path[]=1034&path[]=978).

SCHÜNNEMAN, Bernrd - **Do templo ao mercado? Como a justiça penal aparentemente transforma a teoria econômica do direito em prática, governo em governança e soberania em cooperação**. In: SCHÜNNEMAN, Bernrd; Greco, Luíz. (Coord.). **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013. ISBN: 9788566722055.

SILVA, José Afonso da - **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 42.ed. São Paulo: Malheiros, 2019. ISBN:9788539204328.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da - **Curso de direito processual penal: teoria (constitucional) do processo penal**. 2. ed. Natal: OWL Editora Jurídica. 2015. ISBN: 9788571476462.

SUXBERGER, Antônio H. G.; MELLO, Gabriela S. J. V - A voluntariedade da colaboração premiada e sua relação com a prisão processual do colaborador. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**. Porto Alegre, v.3, n.1, jan/abr.2017.

SOUSA, Pedro; DUARTE, Evandro Piza - **A teoria dos poderes implícitos na determinação das competências constitucionais (legislativa e material) nos Estados Unidos e no Brasil: a trajetória constitucional para fundamentar os poderes de investigação do Ministério Público**. [Em linha]. [Consult.29 jun. 2022]. Disponível na internet: <https://www.academia.edu/73840545/A_TEORIA_DOS_PODERES_IMPL%C3%8DCITOS_NA_DETERMINA%C3%87%C3%83O_DAS_COMPET%C3%84NCIAS_CONSTITUCION>

AIS_LEGISLATIVA_E_MATERIAL_NOS_ESTADOS_UNIDOS_E_NO_BRASIL_A_TRAJET%3%93RIA_CONSTITUCIONAL_PARA_FUNDAMENTAR_OS_PODERES_DE_INVESTIGA%3%87%C3%83O_DO_MINIST%3%89RIO_P%3%9ABLICO >.

SWENSON, Thomas. The German “plea bargaining” debate. **Pace International Law Review**. [Em linha]. New York, v.7, n.2, p.373-429, spring 1995. [Consult.13 jul. 2022]. Disponível na internet: <<http://digitalcommons.pace.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1306&context=pilr>>.

TONINI, Paolo - **Manuale di procedura penale**. 13.ed., Milão: Giuffrè, 2012. ISBN: 9788814174889.

TORRÃO, Fernando - **A relevância político-criminal da suspensão provisória do processo**. Coimbra: Almedina, 2000. ISBN:9789724012827.

VALENTE. Manuel Monteiro Guedes (Coord.), 1970 - **Os desafios do Direito (Penal) do Século XXI**. Lisboa: Legit Edições, 2018. ISBN: 9789728973513.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes - **Processo Penal**. - 3ªed, rev.atctual.e aument. Tomo I. Almedina. 2022. ISBN:9789724042077.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes - **Teoria Geral do Direito Policial**. 5 ed. Ed. Almedina, 2017.ISBN: 978-972-40-7017-9.

VANINI, Ottorino, COCCIARDI, Giuseppe - **Manuale di diritto processuale penale italiano**. Milão: Giufré, 1986. ISBN:9788814009655.

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

VASCONCELLOS, Vinícius G.; CAPPARELLI, Bruna - Barganha no processo penal italiano: análise crítica do patteggiamento e das alternativas procedimentais na justiça criminal. **Revista**

Eletrônica de Direito Processual, jan-jun. p.446. Disponível na internet: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/16880>>.

VILLAYERDE MENÉNDEZ, Ignacio - **La renuncia de los derechos fundamentales**. In: FRUMER, Philippe; VILLAYERDE MENÉNDEZ, Ignacio. **La renunciabilidad de los derechos fundamentales y las libertades públicas**. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2013. ISBN: 9788461654499.

WEIGEND, Thomas - **Anmerkung zu dem Urteil des BVerfG v. 19.3.2013, 2 BvR 2628/10.2013**. Strafverteidiger, Köln, n.33, p.424-427, 2013. [Em linha]. [Consult. 18 jul. 2021]. Disponível na internet: <<https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=BVerfG&Datum=19.03.2013&Aktenzeichen=2%20BvR%202628/10>>.

WEIGEND, Thomas; GHANAYIM, Khalid - Human dignity in criminal procedure: a comparative overview of Israeli and German law. **Israel Law Review**, Jerusalem, v.44, p.199-228, 2011.