



# PUC

**DEPARTAMENTO DE DIREITO**

---

**JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA: A PROBLEMÁTICA  
DA IMPORTAÇÃO DE INSTITUTOS  
ESTRANGEIROS DIANTE DO SISTEMA  
ACUSATÓRIO PÁTRIO**

**por**

**ARTHUR VINÍCIUS SANGIACOMO MEIRA LIMA**

**ORIENTADORA: VICTÓRIA AMÁLIA SULOCKI**

**2022.2**

---

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO DE JANEIRO

RUA MARQUÊS DE SÃO VICENTE, 225 - CEP 22453-900

RIO DE JANEIRO – BRASIL

# **JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA: A PROBLEMÁTICA DA IMPORTAÇÃO DE INSTITUTOS ESTRANGEIROS DIANTE DO SISTEMA ACUSATÓRIO PÁTRIO**

**por**

**ARTHUR VINÍCIUS SANGIACOMO MEIRA LIMA**

Monografia apresentada ao  
Departamento de Direito da  
Pontifícia Universidade Católica do  
Rio de Janeiro (PUC-Rio) para a  
obtenção do Título de Bacharel em  
Direito.

Orientadora: Prof.<sup>a</sup> Victoria Amália  
de Sulocki

**2022.2**

## RESUMO

SANGIACOMO MEIRA LIMA, Arthur Vinícius. **Justiça Penal Negociada:** a problemática da importação de institutos estrangeiros diante do sistema acusatório pátrio. Rio de Janeiro: 2022: 115 p. Monografia de final de curso. Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro - PUC-Rio.

O presente estudo tem como objetivo apresentar um posicionamento crítico frente à ampliação e importação dos institutos de justiça penal negociada, bem como a “americanização” do sistema processual penal em desconformidade com o sistema acusatório e de garantias consagradas na Constituição Federal de 1988. Para tanto, foram expostas as implicações dos institutos adotados no ordenamento jurídico brasileiro, quais sejam, transação penal, suspensão condicional do processo, advindos da Lei nº 9.099/95, Colaboração Premiada (Lei nº 12.850/2013) e como mais recente modalidade negocial advinda da tendência negocial, o Acordo de Não Persecução Penal (Art. 28-A, do CPP). Intenta-se demonstrar que tais institutos devem ser assimilados de acordo com o sistema acusatório pátrio e a principiologia regente do processo penal brasileiro. Faz-se perceptível a importância e atualidade da temática, em razão da difusão do modelo negocial, sendo necessário, por conseguinte, estudar e avaliar sua expansão para uma melhor implementação e prática pelos órgãos do Poder Judiciário, de modo a ser incorporada em conformidade com o ordenamento jurídico pátrio.

**Palavras-Chave:** Direito Processual Penal – Sistemas Processuais Penais – Garantias Constitucionais – Justiça Penal Negocial – *Plea Bargaining*.

## SUMÁRIO

|   |            |
|---|------------|
| <b>1. INTRODUÇÃO.....</b>   | <b>5</b>   |
| <b>2. SISTEMAS PROCESSUAIS PENAI: INQUISITORIAL, ACUSATÓRIO E MISTO.....</b>  | <b>11</b>  |
| 2.1 Sistema Inquisitorial e a confissão como “rainha das provas”: a busca pela “verdade real” .....   | 17         |
| 2.2 Sistema Acusatório e a importância do Juiz das Garantias (art. 3º-A do Código de Processo Penal e a suspensão do Juiz das Garantias) .....    | 25         |
| 2.3 Sistema Misto? Ressurgimento de institutos inquisitoriais no ordenamento jurídico pátrio? .....   | 38         |
| <b>3. O DEVIDO PROCESSO LEGAL .....</b>   | <b>44</b>  |
| 3.1 Princípios e Garantias processuais penais na Constituição Federal de 1988: A consagração do Estado Democrático de Direito .....               | 48         |
| 3.1.1 Princípio da Jurisdicionalidade .....   | 49         |
| 3.1.2 Princípio da Imparcialidade do Juiz .....   | 51         |
| 3.1.2 Princípio do Juiz Natural .....   | 54         |
| 3.1.3 Princípios da Indeclinabilidade e da Inércia da Jurisdição .....  | 57         |
| 3.1.4 Princípio da Presunção de Inocência e suas dimensões .....  | 58         |
| 3.1.5 Princípio do Contraditório e a Ampla defesa .....   | 66         |
| 3.1.6 Princípio da Motivação das Decisões Judiciais .....   | 71         |
| 3.1.7 Princípio da Oficialidade e Obrigatoriedade .....   | 73         |
| <b>4. JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA (PLEA BARGAINING).....</b>  | <b>76</b>  |
| 4.1 Conceito e sua implementação: a falaciosa justificativa de eficiência e celeridade da Justiça Negocial .....                                  | 77         |
| 4.2 Incorporação no ordenamento jurídico pátrio: os institutos advindos da tendência negocial e suas problemáticas .....                          | 88         |
| 4.2.1 Transação penal e suspensão condicional do processo: os primeiros institutos da justiça penal negocial no ordenamento jurídico pátrio ..... | 88         |
| 4.2.1 Delação Premiada o uso coercitivo da confissão como meio de obtenção de prova: a problemática da celebração de acordos por inocentes .....  | 92         |
| 4.2.2 (In)constitucionalidade da confissão do acusado para o Acordo de Não Persecução Penal.....  | 97         |
| <b>5. CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>  | <b>101</b> |
| <b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>   | <b>103</b> |

## LISTA DE ABREVIações

|         |  |
|---------|--|
| ANPP    | Acordo de Não Persecução Penal                                     |
| CADH    | Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Decreto-Lei nº 678/98) |
| CPP     | Código de Processo Penal   |
| CRFB/88 | Constituição da República Federativa do Brasil de 1988             |
| HC      | <i>Habeas Corpus</i>   |
| STJ     | Superior Tribunal de Justiça                                       |
| STF     | Supremo Tribunal Federal   |

## 1. INTRODUÇÃO

A Justiça Penal Negociada enquanto modelo consensual de justiça penal tem origem na experiência dos países de *common law*, notadamente na Inglaterra e nos Estados Unidos, este último como o principal precursor de tal prática, sendo conhecido e notório o uso do instituto denominado *plea bargaining* como principal mecanismo de resolução de conflitos no âmbito penal<sup>1</sup>. Para melhor compreender tal instituto, imperioso destacar sua origem histórica e principiológica decorrente da tradição anglo-americana, para posterior análise de sua expansão em países com tradição do sistema de *civil law* e seus desencontros dogmáticos e principiológicos.

Nesse contexto, o autor John H. Langbein elucida que a prática do *plea bargaining* (ou *plea agreement*) tem início em meados do século XIX, no sistema processual penal estadunidense. Anteriormente a esse modelo, no entanto, havia como prática comum o julgamento do Tribunal do Júri baseado em um processo sumário, cuja principal característica era a possibilidade de julgamento célere e de diversos processos em um mesmo dia. Isso ocorre, uma vez que não eram asseguradas as garantias mínimas ao acusado presentes nos sistemas processuais penais modernos, posto ser um processo não-adversarial<sup>2</sup>.

Além disso, a confissão exercia um papel preponderante nesse tipo de processo, tendo em vista que a admissão de culpa significava renúncia ao julgamento. Nessa perspectiva, havia a possibilidade de assunção do direito de responsabilidade sem julgamento, característico da litigância na esfera cível, perceptível, igualmente, no procedimento do *plea bargaining* moderno. Importante salientar, nesse sentido, a diferença quanto aos sistemas

---

<sup>1</sup> Destaca-se que, nos Estados Unidos, 95% dos casos criminais são resolvidos por meio de acordos. Ver notícia em: CORRÊA, Alessandra. Criminalidade: As consequências inesperadas nos EUA do ‘plea bargain’, parte do pacote anticrime de Moro. *BBC News Brasil*, 17 fev. 2019. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/geral-47225232>>. Acesso em: 13 jun. 2022.

<sup>2</sup> Para uma maior compreensão do contexto histórico prévio ao *plea bargaining*, recomenda-se a leitura da seguinte obra do referido autor: LANGBEIN, John H. *Compreendendo a Curta História do Plea Bargaining*. In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Plea Bargaining*. Organizador Gloeckner. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 116-126.

de tradição romano-germânica, em que não basta a confissão para a condenação do acusado, não eliminando, portanto, o julgamento<sup>3</sup>.

Outro fator relevante para a escolha do Tribunal do Júri, representativo para justiça penal consensual, decorre do histórico inglês de derrocada do absolutismo e de construção de uma constituição em que se privilegiava o julgamento perante o júri. Sua primazia está ligada ao histórico uso do Poder Judiciário, por intermédio do juiz togado (*bench trial*), como meio coercitivo do poder autoritário monárquico. Desse modo, o julgamento por pares simbolizava a separação com o trauma autoritário da Coroa Inglesa e do uso dos juízes com fins políticos<sup>4</sup>.

Já para os norte-americanos, a problemática para o julgamento perante o juiz togado estava atrelada a associação do Poder Judiciário com a administração colonial inglesa e, posteriormente, a não aceitação dos juízes em receber a responsabilidade pelo *bench trial*<sup>5</sup>, principalmente em casos de delitos graves. A recusa pelos magistrados é um reflexo da moralidade da sociedade americana fortemente ligada ao protestantismo, já que a pena de morte era aplicada de forma recorrente à época. Além disso, havia o receio pela impopularidade dos julgamentos, visto que juízes e promotores eram e permanecem sendo eleitos pela população. Desse modo, a divisão da responsabilidade entre os jurados significava que a condenação não recairia sob a responsabilidade de apenas um indivíduo<sup>6</sup>.

---

<sup>3</sup> Ibid., p. 122-123.: “Outra relíquia histórica também pode ter influenciado o sistema da *common law* em sua tendência a construir o procedimento sem julgamento moderno com base na renúncia do acusado ao tribunal do júri: a regra de que o acusado tinha que escolher o julgamento pelo júri e não podia ser julgado sem o seu consentimento. (...) Quando um acusado se recusava a escolher o tribunal do júri, ele seria pressionado à sentença de morte sem julgamento; consequentemente, poucos acusados davam muito valor ao direito de renúncia. **Mas a teoria continuou, pronta para, posteriormente, ser usada de forma oposta.** Quando o tribunal do júri passou por sua grande transformação, **as autoridades deixaram de coagir o acusado a escolher o tribunal do júri e, em vez disso, por meios mais polidos, o obrigariam a renunciar.** (grifou-se).

<sup>4</sup> Ibid., p. 122-123.

<sup>5</sup> Trata-se do julgamento por um juiz togado, em oposição ao julgamento pelo júri.

<sup>6</sup> LANGBEIN, op. cit., p. 124-125. Esclarece John H. Langbein, ainda, que: “A solução extrajudicial do *plea bargaining* não era apenas mais rápida do que o *bench trial*, mas ela **também protegia o fraco e optativo julgamento norte-americano da responsabilidade moral pela decisão judicial e da responsabilidade política de decisões impopulares.** Em um ambiente ideológico em que os

Com o surgimento do sistema penal adversarial, em que há a garantia dos direitos individuais do acusado, do direito probatório, da maior complexidade do procedimento e do consequente aumento no tempo de resposta do Poder Judiciário emergiu, na prática estadunidense, a resolução extrajudicial, *plea bargaining*<sup>7</sup>, visando tornar mais célere os julgamentos. O referido modelo possui como característica a maior autonomia na produção de provas e em sua gerência ao longo do processo, vinculada à principiologia do sistema processual penal norte-americano.

Diante disso, importante ressaltar a influência norte-americana que levou a posituação de institutos já amplamente e majoritariamente utilizados em seu sistema nos ordenamentos jurídicos de outros países, inclusive o Brasil, e suas incompatibilidades frente a um sistema jurídico diverso.

A Lei nº 9.099/1995 - Lei dos Juizados Especiais -, deu início a ampliação das medidas negociais no processo penal brasileiro, inserindo a transação penal e a suspensão condicional do processo, respectivamente, nos artigos 76 e 89, do diploma mencionado. Um dos pontos que se apresentam como justificativa para o incremento dessas medidas é o grande número de processos existentes e a pretensa busca por uma maior efetividade do Poder Judiciário no julgamento de crimes.

Posteriormente, e de modo a concretizar a tendência expansiva desse sistema de barganha, positivou-se a delação premiada e o acordo de leniência, inserido na Lei nº 12.846/2013 e, mais recentemente, o instituto do Acordo

---

defeitos crescentes do procedimento adversarial do júri não poderiam ser reconhecidos e discutidos, mesmo que tivessem sido compreendidos corretamente, **era mais fácil para o Judiciário tolerar renúncias aos julgamentos do que as dispensas do júri – ou seja, era mais fácil os juízes permitirem ao promotor arrancar uma declaração de culpa do que insistirem a necessidade de decisão judicial antes da condenação**”. (grifou-se).

<sup>7</sup> Conforme elucida o autor Vinícius Gomes de Vasconcellos, a justiça penal negociada pode ser definida como: “[o] modelo que se pauta pela aceitação (consenso de ambas as partes – acusação e defesa – a um acordo de colaboração processual com o afastamento do réu de sua posição de resistência, em regra impondo encerramento antecipado, abreviação, supressão integral ou de alguma fase do processo, fundamentalmente com o objetivo de facilitar a imposição de uma sanção penal com algum percentual de redução, o que caracteriza o benefício ao imputado em razão da renúncia ao devido transcorrer do processo penal como todas as garantias a ele inerentes”. VASCONCELLOS, Vinicius G. *Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. São Paulo: IBCCRIM, 2015, p. 55.



de Não Persecução Penal, estabelecido no art. 28-A, do Código de Processo Penal, incluído pela Lei nº 13.964/2019 – “Pacote Anticrime”.

Tal ampliação tem como base o ideário de que o sistema negocial é capaz de trazer uma maior eficiência e celeridade ao sistema tradicional, diante da economia processual e baseado na ideia de despenalização, posto haver um estado de sobrecarga da justiça criminal e crise na administração da justiça. Ademais, alega-se que a justiça penal consensual seria menos custosa aos cofres públicos, em um claro discurso atrelado ao Direito Penal Liberal, utilitarista e efficientista. Nele há a supressão de direitos e garantias fundamentais em nome de uma maior eficiência na justiça penal, com a consequente busca pela “verdade real”, sendo a confissão posta como prova cabal e capaz de angariar um benefício para o acusado.

Imperioso destacar, contudo, que o monopólio do poder punitivo (*ius puniendi*) é inerente ao Estado, de modo que a justiça penal consensual fere a premissa fundante do sistema penal moderno, segundo o qual o Estado toma para si o legítimo poder de aplicar punições em contraposição a vingança privada. Isso ocorre, posto que os acordos firmados não passarão pelo controle jurisdicional ou pelos limites da legalidade, além da pretensa discricionariedade do Ministério Público<sup>8</sup>, inconcebível diante dos princípios da obrigatoriedade da ação penal, da indisponibilidade, da atuação conforme a legalidade e do teor do art. 42, do Código de Processo Penal.

Desse modo, o princípio da necessidade está atrelado ao exercício do poder de aplicar uma pena, devendo-se respeitar as regras do devido processo penal, as “regras do jogo”, conforme preleciona o autor Piero Calamandrei<sup>9</sup>. Confrontando, ainda, inúmeros aspectos do devido processo legal, como a garantia da jurisdição, a premissa de que processo é um procedimento em contraditório, na lição de Fazzalari, o princípio da inocência, a vedação a

---

<sup>8</sup> LOPES JR., Aury. *Fundamentos do Processo Penal: introdução crítica*. 8. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 152.

<sup>9</sup> CALAMANDREI, Piero. II processo come giuoco. *Rivista di Diritto Processuale*, v. 5, parte I, Padova, 1950.

produção de prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*) e os demais mecanismos de proteção ao acusado consagrados na Constituição Federal de 1988.

O primeiro capítulo pretende abordar os sistemas processuais penais, primordialmente, o sistema inquisitorial e a presença marcante dos ideários e práticas dessa modalidade na mentalidade da prática do Poder Judiciário pátrio, sejam pelo Ministério Público e magistrados, além da atuação legislativa. A perigosa continuidade e ampliação de uma postura inquisitorial no país por meio da volta da confissão enquanto “rainha das provas” e da busca pela mítica verdade real. Ademais, serão abordados os avanços normativos e a positivação, no art. 3º-A, do Código de Processo penal, da estrutura acusatória, afastando qualquer dúvida quanto ao sistema adotado no país e a crítica quanto a suspensão do Juiz das Garantias, previsto no art. 3º-B do referido diploma.

Ato contínuo, no segundo capítulo, pretende-se elucidar os contornos do devido processo penal, sua essência e previsão na Constituição Federal de 1988 comungado com o disciplinado no Pacto San José da Costa Rica, o Estado Democrático de Direito e a fragilidade do sistema acusatório pátrio. Objetiva-se, outrossim, apresentar a necessidade de se ultrapassar os *standards* probatórios mínimos, a assunção do princípio da inocência em todas as suas dimensões enquanto base principiológica do procedimento acusatório, da produção de provas em contraditório, paridade de armas e o compartilhamento de informações na fase investigativa com a defesa do acusado e da presença de justa causa para a propositura da ação penal.

No terceiro capítulo, serão abordadas as modalidades de justiça penal negociada positivadas no ordenamento jurídico brasileiro, apresentando um posicionamento crítico frente as inúmeras problemáticas do uso desses instrumentos pelos operadores do direito. Para tanto, serão investigadas a tendência negocial, sua aplicação prática nos tribunais nacionais, as inúmeras deficiências e contradições após as inovações advindas com o Pacote

Anticrime e a atuação de um Ministério Público “protagonista” de políticas criminais e averso as garantias processuais penais.

Portanto, o presente trabalho tem como objetivo precípua apresentar um posicionamento crítico frente a ampliação e importação dos institutos de justiça penal negociada, bem como a “americanização” do sistema processual penal em desconformidade com o arcabouço jurídico e principiológico do devido processo penal e do garantismo penal. Ademais, pretende-se expor as implicações de tais institutos diante da fragilidade do sistema acusatório pátrio, além de observar o uso político do direito penal e as implicações dessa mentalidade para os investigados.

## 2. SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS: INQUISITORIAL, ACUSATÓRIO E MISTO

Diante disso – e para melhor compreender a temática – faz-se mister analisar os sistemas processuais penais, suas características, origem histórica e incidência. Será abordado, ainda, o sistema processual ao qual o ordenamento jurídico pátrio se filia, de modo a evidenciar a problemática da importação da justiça penal negociada no país. Ademais, é necessário realizar o exame do *locus*, isto é, o fundamento de existência e legitimidade do Direito Penal e processual penal hodiernamente, além do conceito de jurisdição penal, evidenciando-se, com isso, o cerne do processo penal democrático e acusatório.

Nessa perspectiva, o processo deve ser observado à luz da Constituição, tendo como objetivo a efetivação das garantias constitucionais, sendo possível, nas palavras de J. Goldschmit valer-se desta, como um “termômetro dos elementos autoritários ou democráticos da sua Constituição”<sup>10</sup>. De modo que, conforme preceitua Aury Lopes Jr.:

Somente a partir da consciência de que a Constituição deve efetivamente constituir (logo, consciência de que ela constitui a ação), é que se pode compreender que o fundamento legitimante da existência do processo penal democrático se dá por meio da sua *instrumentalidade constitucional*. Significa dizer que o processo penal contemporâneo somente se legitima à medida que se democratizar e for devidamente *constituído* a partir da Constituição<sup>11</sup>.

Em consonância com tal entendimento, preceitua Juarez Tavares que, diante de uma análise constitucional do processo penal e da limitação ao *ius puniendi* do Estado, “[a] garantia e o exercício da liberdade individual não necessitam de qualquer legitimação, em face de sua evidência” e “o que necessita de legitimação é o poder de punir do Estado, e esta legitimação não

---

<sup>10</sup> Esclarece o autor que: “(...) os princípios de política processual de uma nação não são outra coisa do que seguimento da sua política estatal em geral; e o processo penal de uma nação não é senão um **termômetro dos elementos autoritários ou democráticos da sua Constituição**. A uma Constituição autoritária vai corresponder um processo penal autoritário, utilitarista. Contudo, a uma Constituição democrática, como a nossa, necessariamente deve corresponder um processo penal democrático, visto como instrumento a serviço da máxima eficácia do sistema de garantias constitucionais do indivíduo”. GOLDSCHMIDT. Apud. LOPES JR. *Fundamentos do Processo Penal...* op. cit., p. 36.

<sup>11</sup> Ibid., p. 36.

pode resultar de que ao Estado se lhe reserve o direito de intervenção”<sup>12</sup>. Portanto, o fundamento de legitimação do processo penal, isto é, seu *locus*<sup>13</sup>, encontra-se na efetivação das garantias constitucionais<sup>14</sup>, não devendo ser utilizado, conseqüentemente, como ferramenta punitiva, seletiva e de controle de determinada parte da população.

Noutros termos, Aury Lopes Jr. adverte que:

O processo não pode mais ser visto como um simples instrumento a serviço do poder punitivo (direito penal), senão que **desempenha o papel de limitador do poder e garantidor do indivíduo a ele submetido**. Há que se compreender que o respeito às garantias fundamentais não se confunde com impunidade, e jamais se defendeu isso. **O processo penal é um caminho necessário para chegar-se, legitimamente, à pena**. Daí por que somente se admite sua existência quando ao longo desse caminho **forem rigorosamente observadas as regras e garantias constitucionalmente asseguradas (as regras do devido processo legal)**<sup>15</sup>. (grifou-se)

Continua o renomado autor:

*O processo penal deve ser lido à luz da Constituição e da CADH e não ao contrário*. Os dispositivos do Código de Processo Penal é que devem ser objeto de uma releitura mais acorde aos postulados democráticos e garantistas na nossa atual Carta, sem que os direitos fundamentais nela insculpidos sejam interpretados de forma restritiva para se encaixar nos limites autoritários do Código de Processo Penal de 1941<sup>16</sup>. (grifos do autor)

<sup>12</sup> TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 162.

<sup>13</sup> Ao analisar a problemática processual penal vigente, o autor Jacinto Nelson de Miranda Coutinho esclarece que o questionamento para a existência do processo penal perpassa o papel do Estado, o princípio da oficialidade a ele inerente e a necessária exclusão da vingança e o fenômeno do *lawfare*. Aduz o renomado mestre que: “Como parece indubitável, para quem pratica o Processo Penal dentro de um sistema de *civil law*, a *legalidade* é vital porque, nela, sobretudo, enraíza-se a *conformidade do estado* e a *compatibilidade do cidadão*. Assim, o Processo Penal como atividade estatal não encontra espaço fora da lei e, portanto, não é vingança, embora, cada vez com maior frequência, os meios de comunicação e as redes sociais levem a população para conclusões precipitadas, justo aquelas que, com o Processo Penal, pretende-se deixar de lado, como conquistas da cidadania. O *grau de civilidade*, então, levou ao que se pretende com o Processo Penal, como resultado da democracia. Eis por que – como conquista do cidadão – a Constituição elenca um bom rol de direitos e garantias, confiando à *jurisdição* (como órgão do poder estatal), no Processo Penal, *respeitar e fazer respeitar os princípios de regência e o referido rol de regras* que se esparram nas leis. *Dicere ius* (de *juris dictio* – jurisdição) no caso penal concreto não é simples; ao contrário, é muito difícil, por vários motivos, que começam com as debilidades humanas – que se deve entender por conta de uma humanidade que se não afasta de qualquer pessoa – mas terminam, não raro, nas pressões externas, mormente políticas. Difícil – sim –, mas não impossível; antes, necessário”. (grifos do autor). COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O Código de Processo Penal é inquisitorial. *Consultor Jurídico*. 12 nov. 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-nov-12/limite-penal-codigo-processo-penal-inquisitorial>>. Acesso em: 19 jul. 2022.

<sup>14</sup> LOPES JR. *Fundamentos do Processo Penal*... op. cit. p. 35.

<sup>15</sup> LOPES JR. *Fundamentos do Processo Penal*... op. cit., p. 38.

<sup>16</sup> *Ibid.*, p. 39-40.

Deve-se examinar ainda, o fundamento do processo penal, pois para que seja legítima a aplicação da pena, esta deve estar vinculada ao processo. Trata-se do princípio da necessidade – inerente ao processo penal – em que, em razão do monopólio do *ius puniendi* do Estado, a sanção aplicada ao autor de um fato delituoso deve ser precedida do processo.

Constata-se que a imprescindibilidade do processo para a aplicação da pena é um ponto nodal de diferenciação para com o processo civil. Isso ocorre, posto que o Direito Civil admite resolução de conflitos de forma extraprocessual, o que não é possível no âmbito penal. Dessa maneira, esclarece Aury Lopes Jr. que:

Existe uma íntima e imprescindível relação entre delito, pena e processo, de modo que são complementares. **Não existe delito sem pena, nem pena sem delito e processo, nem processo penal senão para determinar o delito e impor uma pena.** (...) Assim, fica estabelecido o caráter instrumental do processo penal com relação ao Direito penal e à pena, pois o *processo penal é o caminho necessário para a pena*<sup>17</sup>. (grifou-se).

Diante disso, surge a problemática da implementação da justiça penal consensual, pautada em uma lógica negocial, que relativiza a premissa segundo a qual não há pena sem processo, em oposição à lógica adversarial em que se insere o processo penal.

Nessa perspectiva, deve-se compreender a natureza jurídica do Direito Processual Penal, sendo apresentado, de forma breve, as principais teorias sobre a temática, para posterior abordagem crítica referente a mitigação do princípio da necessidade pela ampliação da justiça penal negocial.

Segundo Bülow, em sua obra intitulada *La teoria de las excepciones dilatorias y los presupuestos procesales*, o processo é uma relação jurídica triangular de natureza pública estabelecida entre as partes e o juiz, gerando uma relação de direitos e obrigações processuais recíprocas entre os

---

<sup>17</sup> LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 38.

envolvidos. Desse modo, consagra-se a separação entre o direito material e processual<sup>18</sup>.

A referida teoria tem como mérito estabelecer que o imputado não é mais tido como mero objeto do processo, mas sujeito de direitos subjetivos, cabendo ao juiz estabelecer a tutela jurisdicional pretendida pelo imputado. Desse modo, a função precípua do magistrado passa a ser a observância do sistema de garantias estatuído na Constituição<sup>19</sup>.

Ademais, conforme preleciona Aury Lopes Jr., ao comentar a referida teoria: “O acusado é parte integrante do processo, em igualdade de armas com a acusação (seja ela estatal ou não), e, como tal, possuidor de um conjunto de direitos subjetivos dotados de eficácia em relação ao juiz e à acusação”<sup>20</sup>. Estabelece, ainda, a existência dos pressupostos processuais de existência e validade para o desenvolvimento regular do processo.

A teoria segundo a qual o processo deve ser compreendido enquanto uma situação jurídica, de James Goldschmidt, estabelece que o processo deve ser analisado como o “conjunto de situações processuais pelas quais as partes atravessam, caminham, em direção a uma sentença definitiva favorável”<sup>21</sup>. Além disso, não haveria direitos e obrigações processuais, sendo que os pressupostos processuais, da supracitada teoria, seriam pressupostos de uma sentença de fundo.

Comentando sobre a teoria de James Goldshmidt, Aury Lopes Jr., evidencia, ainda, o equívoco da premissa formulada por Bülow, posto que o “processo é uma complexa situação jurídica, no qual a sucessão de atos vai

---

<sup>18</sup> Conforme leciona Aury Lopes Jr., quando da análise da referida teoria: “Para Bülow, o processo é uma relação jurídica, de natureza pública, que se estabelece entre as partes (MP e réu) e o juiz, dando origem a uma reciprocidade de direitos e obrigações processuais. Sua natureza pública decorre do fato de o vínculo se dar entre as partes e o órgão público da Administração de Justiça, numa atividade essencialmente pública. Nesse sentido, *o processo é uma relação jurídica de direito público, autônoma e independente da relação jurídica de direito material*. LOPES JR. *Fundamentos do Processo Penal...* op. cit., p. 284.

<sup>19</sup> Ibid., p. 285.

<sup>20</sup> LOPES JR. *Direito processual penal* op. cit., p. 41.

<sup>21</sup> Ibid., p. 41-42.

gerando chances, que bem aproveitadas permitem que a parte se libere das cargas (por exemplo, probatórias) e caminhe em direção a uma sentença favorável (expectativas)”<sup>22</sup>. Desse modo, entende-se que há perda da chance quando a parte, diante da oportunidade de produção de uma prova para convencimento do magistrado deixa de fazê-lo, devendo arcar com essa perda e a possibilidade de mitigação de uma sentença favorável, objetivo da parte<sup>23</sup>.

Conforme preleciona Aury Lopes Jr. ao abordar a teoria de Goldschmidt:

Às partes não incumbem obrigações, mas cargas processuais, sendo que, no processo penal, não existe **distribuição de cargas probatórias**, na medida em que toda a carga de provar o alegado está nas mãos do acusador. Destaca-se no pensamento do autor as noções de dinâmica, movimento e fluidez do processo, bem como o abandono da equivocada e sedutora ideia de segurança jurídica que brota da teoria de Bülow<sup>24</sup>. (grifos do autor).

Diante disso, as regras processuais assumem papel preponderante para a consecução das garantias e dos direitos do acusado, posto não haver segurança jurídica inerente ao processo penal. Consequentemente, estando a carga probatória nas mãos da acusação e, em havendo o princípio da presunção de inocência como valor nodal do processo penal democrático, haverá a perda de uma chance caso a defesa não se manifeste para produção de uma prova por um fato por ela alegado.

Desse modo, a liberação de uma carga processual poderá ser positiva, isto é, um agir, ou negativa, um não fazer, tendo em vista que toda a ação visa a evitar uma sentença desfavorável, sendo certo, portanto, o risco no processo. Não se trata da busca pela “verdade real”, mas do embate entre

---

<sup>22</sup> Ibid., p. 42.

<sup>23</sup> Aury Lopes Jr. explica que, nessa perspectiva: “O processo é uma complexa situação jurídica, na qual a sucessão de atos vai gerando situações jurídicas, das quais brotam as *chances*, que, bem aproveitadas, permitem que a parte se liberte de *cargas* (probatórias) e caminhe em direção favorável. Não aproveitando as chances, não há liberação de cargas, surgindo a perspectiva de uma sentença desfavorável. (...). O processo, enquanto situação – em movimento –, dá origem a *expectativas*, *perspectivas*, *chances* e *liberação de cargas*. Do aproveitamento ou não dessas chances, surgem ônus ou bônus.” LOPES JR. *Fundamentos do Processo Penal...* op. cit., p. 290.

<sup>24</sup> LOPES JR. *Direito processual penal* op. cit., p. 42.



defesa e acusação para o convencimento do juiz<sup>25</sup>. Há, portanto, a assunção de risco pela defesa caso não produza a prova de fato por ela alegada.

Nesse sentido, o exercício do direito ao silêncio (*nemo tenetur se detegere*), enquanto um não fazer, não deve gerar, por si só, um prejuízo. Todavia, trata-se de uma perda da chance de produzir uma prova, assumindo-se, com isso, o risco de uma decisão desfavorável<sup>26</sup>.

Para o autor Elio Fazzalari, o processo penal deve ser compreendido como um procedimento em contraditório, sendo este o foco a ser seguido. Noutros termos, o contraditório deve ser observado em todas as fases e atos do procedimento, sendo este o “núcleo imantador e legitimador do poder jurisdicional”<sup>27</sup>.

O contraditório deve ser interpretado em suas duas dimensões, quais sejam: direito à informação e reação, isto é, igualdade de tratamento e oportunidade. As partes devem estar em condições iguais de participação, sendo este um dos pontos focais dessa garantia. Os atos do procedimento, no sentir do autor, seriam interdependentes, de modo que a validade de um está ligada a validade do subsequente até a sentença final, trata-se, pois, de um processo enquanto unidade. Portanto, deve-se conjugar as teorias de Fazzalari e Goldshmidt de modo a consubstanciar um processo penal democrático pautado no contraditório e no devido processo legal.

Para além da compreensão da jurisdição penal enquanto *juris dictio*, isto é, o “poder-dever de dizer o direito no caso concreto”, deve-se atentar para o fato de que a função maior do magistrado é a de garantidor dos direitos

---

<sup>25</sup> Aury Lopes Jr. expõe que: “[o] pensamento de GOLDSCHMIDT serve para mostrar que o processo – assim como a guerra – está envolto por uma nuvem de incerteza. A expectativa de uma sentença favorável ou perspectiva de uma sentença desfavorável está sempre pendente de aproveitamento das chances e liberação de carga. Em nenhum momento tem-se a certeza de que a sentença será procedente. A acusação e a defesa podem ser verdadeiras ou não; uma testemunha pode ou não dizer a verdade, assim como a decisão pode ser acertada ou não (justa ou injusta), o que evidencia sobremaneira o risco no processo”. Ibid., p. 43.

<sup>26</sup> LOPES JR. *Fundamentos do Processo Penal...* op. cit., p. 292.

<sup>27</sup> LOPES JR. *Direito processual penal*.l. op. cit., p. 44.

fundamentais dos acusados. Portanto, o julgador terá como principal atribuição a consecução das garantias consagradas na Constituição.

Aury Lopes Jr. ao afirmar que o juiz exerce uma posição fundante no sistema processual, sustenta que:

Diante da acusação, vista como exercício de poder, incumbe ao juiz o papel de guardião da eficácia do sistema de garantias, logo, *como limitador e controlador desse poder exercido pelo Ministério Público ou o particular*. A jurisdição aqui, neste primeiro momento, tem de realizar *a filtragem para evitar acusações infundadas ou excessivas*. É um papel de limitador e controlador da legalidade da acusação que está sendo exercida. Nesta dimensão, potencializa-se a importância da “filtragem jurisdicional”, por meio da exigência de preenchimento dos requisitos de admissibilidade da acusação anteriormente tratados<sup>28</sup>. (grifos do autor).

Estabelecidos os principais contornos do moderno processo penal, sua natureza jurídica e seu *locus* no moderno Estado Democrático de Direito, passa-se a análise dos sistemas processuais penais, de modo a identificá-los na temática.

## **2.1 Sistema Inquisitorial e a confissão como “rainha das provas”: a busca pela “verdade real”**

O sistema inquisitório, enquanto modelo histórico, se desenvolveu ao longo do século XII até o século XIV, momento em que são traçados seus contornos e há sua efetiva implementação, tornando-se o modelo predominante<sup>29</sup>. Destaca-se que, anteriormente, prevalecia o modelo processual acusatório, tendo sido gradualmente substituído pelo modelo

<sup>28</sup> LOPES JR. *Fundamentos do Processo Penal...* op. cit., p. 219.

<sup>29</sup> Vale destacar a criação do Tribunal do Santo Ofício, este enquanto principal órgão de repressão da Igreja Católica. Teve sua origem no século XIII, no período da inquisição e fora instituído para, conforme destaca Aury Lopes Jr., “para reprimir a heresia e tudo o que fosse contrário o que pudesse criar dúvidas acerca dos Mandamentos da Igreja Católica. Inicialmente, eram recrutados os fiéis mais íntegros para que, sob juramento, se comprometessem a comunicar as desordens e manifestações contrárias aos ditames eclesiásticos que tivessem conhecimento. Posteriormente, foram estabelecidas as comissões mistas, encarregadas de investigar e seguir o procedimento”. Ibid., p. 231.

inquisitorial<sup>30</sup>. Contudo, não se trata de um modelo que se limitou ao período da Inquisição, mas restou presente em situações políticas totalitárias e em ordenamentos jurídicos de cunho antidemocráticos hodiernamente.

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, ao analisar a origem histórica do sistema inquisitorial e suas consequências nefastas, adverte que:

O sistema inquisitório tem raízes na velha Roma, mormente no período da decadência, e alguns traços em outras legislações antigas. Nasce, porém, na forma como estudamos hoje, no seio da Igreja Católica, como uma resposta defensiva contra o desenvolvimento daquilo que se convencionou chamar de "doutrinas heréticas". **Trata-se, sem dúvida, do maior engenho jurídico que o mundo conheceu; e conhece.** Sem embargo da sua fonte, a Igreja, é diabólico na sua estrutura (o que demonstra estar ela, por vezes e ironicamente, povoada por agentes do inferno!), persistindo por mais de 700 anos. **Não seria assim em vão: veio com uma finalidade específica e, porque serve - e continuará servindo, se não acordarmos – mantém-se hígido**<sup>31</sup>. (grifou-se).

Nesse contexto, os legisladores à época, imbuídos pelas vantagens de um sistema não adversarial, implementaram o modelo inquisitório para qualquer modalidade de delito, estatutando-se, nesse momento, o sistema inquisitório como principal meio de persecução penal. Esclarece o autor Aury Lopes Jr. que:

O sistema inquisitório muda a fisionomia do processo de forma radical. O que era um duelo leal e franco entre acusador e acusado, com igualdade de poderes e oportunidades, se transforma em uma disputa desigual entre o juiz-inquisidor e o acusado. O primeiro abandona sua posição de árbitro imparcial e assume a atividade de inquisidor, atuando desde o início também como acusador. **Confundem-se as atividades do juiz e acusador, e o acusado perde a condição de sujeito processual e se converte em mero objeto da investigação.**<sup>32</sup> (destacou-se)

O julgador, nesse sistema, atua de ofício e em segredo, produz as provas para seu convencimento, abolindo-se a acusação e publicidade. Trata-

<sup>30</sup> Conforme preceitua Aury Lopes Jr., ao analisar a transmutação de um modelo para o outro: “A mudança em direção ao sistema inquisitório começou com a possibilidade de, junto ao acusatório, existir um processo judicial de ofício para os casos de flagrante delito. Os poderes do magistrado foram posteriormente invadindo cada vez mais a esfera de atribuições reservadas ao acusador privado, até o extremo de se reunir no mesmo órgão do Estado as funções que hoje competem ao Ministério Público e ao juiz”. Ibid., p. 229.

<sup>31</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O Papel do Novo Juiz no Processo Penal*. Empório do Direito, 18 abr. 2015. Disponível em: <<https://emporiiodireito.com.br/leitura/o-papel-do-novo-juiz-no-processo-penal#:~:text=Ademais%2C%20compondo%20a%20rela%C3%A7%C3%A3o%20processual,%C3%A9%20de%20%C3%B3rg%C3%A3o%20super%20partes>>. Acesso em: 30 set. 2022.

<sup>32</sup> LOPES JR. *Fundamentos do Processo Penal...* op. cit., p. 230.

se do princípio inquisitivo, informador do sistema processual abordado, em que a gestão da prova reside nas mãos do juiz-ator. Ademais, o acusado é tido como a melhor fonte de obtenção de conhecimento, sendo inquirido para dizer a verdade sob pena de coação, não havendo a garantia da presunção de inocência e da dignidade da pessoa humana<sup>33</sup>.

Quanto aos depoimentos das testemunhas, estas são tomadas por escrito e seus nomes são mantidos em sigilo. Portanto, o juiz passa a atuar enquanto parte, órgão investigador, acusador e julgador, intervindo a qualquer momento e dirigindo todo o processo. Além disso, atua sem qualquer vinculação legal. Consequentemente, não há imparcialidade, ao revés, há uma constante busca pela “verdade real”, ditada desde o início pelo juiz-inquisidor.

Nessa perspectiva, Aury Lopes Jr., elucida que:

É da essência do sistema inquisitório a aglutinação de funções na mão do juiz e atribuição de poderes instrutórios ao julgador, senhor soberano do processo. Portanto, não há uma estrutura dialética e tampouco contraditória. Não existe imparcialidade, pois uma mesma pessoa (juiz-ator) busca a prova (iniciativa e gestão) e decide a partir da prova que ela mesma produziu<sup>34</sup>.

Diante disso, esclarece o supramencionado autor que o procedimento é escrito e secreto, não abrindo as partes possibilidade de contradizer, sendo, pois, “da essência do sistema inquisitório um ‘desamor’ total pelo contraditório<sup>35</sup>”.

Em relação às provas, era estabelecida a tarifa probatória, isto é, havia o sistema legal de valoração da prova em que eram estabelecidos valores,

---

<sup>33</sup> Ao tratar sobre as características e origem do sistema inquisitório, adverte Jacinto Coutinho, que: “O controle direto do processo penal pelos clérigos exclui, por conveniência, um órgão acusador: o *actus trium personarum* já não se sustenta. **Ao inquisidor cabe o mister de acusar e julgar, transformando-se o imputado em mero objeto de verificação, razão pela qual a noção de parte não tem nenhum sentido.** A superioridade do juiz, à evidência, é nítida (mas lógica, na estrutura do sistema), até porque o desencadeamento e o impulso processual é atribuição sua, o que pode ser evidenciado, entre outras coisas, a partir do fato de fixar tanto o *thema probandum* quanto o *thema decidendum*. **Estabelece-se, assim, uma característica de extrema importância a demarcar o sistema, enquanto puro, ou seja, a inexistência de partes, no sentido que hoje emprestamos ao termo**”. (destacou-se). COUTINHO. *O Papel do Novo Juiz no Processo Penal...* op. cit., n. p.

<sup>34</sup> LOPES JR. *Direito processual penal...* op. cit., p. 46.

<sup>35</sup> LOPES JR. *Fundamentos do Processo Penal...* op. cit., p. 230.

hierarquizados, para cada modalidade de prova. Sendo a confissão tida como a de maior carga probatória.

Além disso, a sentença não produzia coisa julgada e a regra era a prisão do acusado ao longo do processo, dado que a tortura era um meio comum de obtenção da confissão, sendo necessário, portanto, a presença do corpo do acusado para tanto.

Nesse contexto, para melhor compreender as características desse sistema, deve-se esclarecer que a inquisição tem como valor fundante a “verdade absoluta”, sendo, pois, um sistema intolerante pautado em uma mítica segurança em que é autorizado o uso de qualquer meio para manter hígido o dogma defendido pela Igreja Católica<sup>36</sup>. Nesse sentido, elucida Paulo Thiago Fernandes Dias, quando da análise da estrutura do sistema processual inquisitorial que:

Em apertada síntese, a inquisição estava estruturada nas seguintes premissas: busca da verdade absoluta (que nada mais era do que a reafirmação do dogma católico); ausência de limites éticos para o encontro dessa verdade (privilegiando-se a obtenção da tortura do processado ou suspeito de heresia); ausência de partes no processo (já que o Estado concentrava as funções típicas do acusador e de julgador, suprimindo a possibilidade do exercício de defesa); estímulo às delações; a prisão se torna a regra (o corpo do herege não lhe pertence mais); não atribuição do efeito de coisa julgada à sentença absolutória (a insegurança jurídica era mais uma pena imposta ao absolvido pela acusação de heresia); a pedagogia do medo (enquanto decorrência do sigilo, já que o acusado desconhecia a identidade de seus acusadores); o excesso de poder (o inquisidor não era a lei, ele estava acima da lei)<sup>37</sup>.

---

<sup>36</sup> Oportuno mencionar o esclarecimento de Aury Lopes Jr. quanto a influência do direito canônico e de seu modelo inquisitorial no processo penal. Elucida o autor que: “O *Directorium Inquisitorium* (*Manual dos inquisidores*), do catalão Nicolau Eymerich, relata o modelo inquisitório do direito canônico que influenciou definitivamente o processo penal: o processo poderia começar mediante uma acusação informal, denúncia (de um particular) ou por meio da investigação geral ou especial levada a cabo pelo inquisidor. Era suficiente um rumor para que a investigação tivesse lugar e com ela seus particulares métodos de averiguação. A prisão era uma regra porque assim o inquisidor tinha à sua disposição o acusado para torturá-lo até obter a confissão. Bastavam dois testemunhos para comprovar o rumor e originar o processo e sustentar a posterior condenação. As divergências entre duas pessoas levavam ao rumor e autorizava a investigação. Uma única testemunha já autorizava a tortura”. Ibid., p. 234.

<sup>37</sup> DIAS, Paulo Thiago Fernandes. *A adoção do adágio do in dubio pro societate na decisão de pronúncia: (in)constitucionalidade e (in)convencionalidade*. Porto Alegre: PUC-RS (Dissertação de Mestrado – Direito), 2016, p. 63.

Resumidamente, as principais características do referido sistema são: gestão probatória nas mãos do julgador, isto é, o juiz enquanto ator, regido pelo princípio inquisitivo (atuação do magistrado na coleta de provas); aglutinação das funções de acusar e julgar nas mãos do juiz, atuação de ofício, parcialidade do julgador, ausência de contraditório efetivo e paridade de armas<sup>38-39</sup>.

Conforme mencionado anteriormente, no sistema inquisitório há o modelo de prova tarifada sendo a confissão a “rainha das provas”, de modo que, basta a confissão para se pôr fim ao processo. Para tanto, o acusado é tido como mero objeto de investigação, sendo, conforme esclarece Jacinto Coutinho, “detentor da verdade de um crime”<sup>40</sup>, justificando-se a tortura para a obtenção da verdade a ser extraída.

Importante destacar que a justiça penal negociada, principalmente por meio dos institutos do Acordo de Não Persecução Penal e da Colaboração Premiada, possui como um de seus requisitos e pressupostos básicos a confissão para que o acusado possa valer-se dos benefícios dos acordos estabelecidos. Sendo, pois, incompatível com o princípio da não auto-incriminação (*nemo tenetur se detegere*), que será melhor explorado em tópico específico. Nesse contexto, Aury Lopes Jr. afirma que, para se obter a confissão:

A estrutura do processo inquisitório foi habilmente construída a partir de um conjunto de instrumentos e conceitos (falaciosos, é claro), especialmente o de

<sup>38</sup> LOPES JR. *Direito processual penal* op. cit., p. 47.

<sup>39</sup> Importante destacar a lição de Barreiros ao dispor sobre as características do referido sistema. Adverte o autor que: “os juizes são permanentes; o juiz acusa, investiga, dirige e julga, sempre em nítida superioridade em relação ao acusado, mero objeto de investigação; a acusação é *“ex officio”*, mas pode ser consequência de uma denúncia secreta, altamente incentivada (malgrado a confissão dos pecados perante os padres pois, ainda que com seu sigilo aparentemente garantido, nunca deixou de ser um grande mecanismo de controle de tudo o que se passa na sociedade, mormente nas localidades menores, inclusive hoje), com a criação locais apropriados para o recolhimento (em geral nas partes frontais das igrejas), (...); o processo é, por excelência, escrito, secreto e não-contraditório; a prova é legalmente tarifada o que, na aparência, estaria a avaliação vetada ao inquisidor, embora tenhamos visto como tal empecilho tenha sido superado, mormente para alcançar-se a “rainha das provas”, a confissão; a sentença, para ser coerente com o modelo proposto, não se torna *“res judicata”* e, por fim, para se sustentar uma tal “busca da verdade”, a regra é o perquirido estar preventivamente preso, à disposição do seu algoz”. BARREIROS, José António. *Processo penal*. Coimbra: Almedina, 1981, p. 30.

<sup>40</sup> COUTINHO. *O Papel do Novo Juiz no Processo Penal...* op. cit., n. p.

“verdade real ou absoluta”. Na busca dessa tal “verdade real”, transforma-se a prisão cautelar em regra geral, pois o inquisidor precisa dispor do corpo do herege. De posse dele, para buscar a verdade real, pode lançar mão da tortura, que se for “bem” utilizada conduzirá à confissão. **Uma vez obtida a confissão, o inquisidor não necessita de mais nada, pois a confissão é a rainha das provas (sistema de hierarquia de provas). Sem dúvida, tudo se encaixa para bem servir ao sistema. (...) A confissão era a prova máxima, suficiente para a condenação e, no sistema de prova tarifada, nenhuma prova valia mais que a confissão.** O inquisidor Eymerich fala da total inutilidade da defesa, pois, se o acusado confirmava a acusação, não havia necessidade de advogado. **Ademais, a função do advogado era fazer com que o acusado confessasse logo e se arrependesse do erro, para que a pena fosse imediatamente aplicada de iniciada a execução**<sup>41</sup>. (destacou-se).

Outro aspecto do referido sistema que deve ser abordado diz respeito à busca pela “verdade real”. Isso decorre do fato de que um delito, enquanto fato ocorrido no passado, é reconstruído no processo para a identificação de sua autoria e materialidade.

Portanto, há a tentativa (errônea) de reconstrução de um fato histórico - em razão do crime ser cometido no passado – e, através dele, dessa prova colhida no futuro, utilizá-lo como prova máxima para condenação do acusado. Não será possível, por conseguinte, extirpar todas as dúvidas quanto ao evento narrado, pois, como esclarecido, o delito ocorre no passado sendo apenas uma (re)construção futura do fato, sendo incompatível, desse modo, a busca pela mítica “verdade real”, inalcançável e antidemocrática.

Deve-se, dessa forma, pautar-se na verdade processual, em que há a produção de provas pautada em uma situação dialética e contraditória que possibilitará às partes convencer o magistrado de sua pretensão, logrando, com isso, possibilitar a escolha (motivada) pelo juiz da versão mais congruente com as demais provas produzidas<sup>42</sup>.

---

<sup>41</sup> LOPES JR. *Fundamentos do Processo Penal...* op. cit., p. 234-235.

<sup>42</sup> Vale mencionar a lição de Sandro Marcelo Kozikoski, quando da análise do referido princípio, a sua falta de credibilidade e a necessidade de se estatuir um modelo pautado no convencimento do juiz, a história reconstruída pelas partes que seja mais verossímil. Adverte o autor que: “Com efeito, se (i) é impossível o restabelecimento dos fatos pretéritos e (ii) se jamais se logrará extirpar toda a dúvida possivelmente existente sobre a ocorrência dos mesmos, tem-se que o aspecto racional da ação julgadora do magistrado deve contemplar a mediação dialético-argumentativa ainda durante a construção da decisão judicial campo da argumentação. O ideário sugerido deve estar amparado nos argumentos que sustentam as pretensões das partes, pois, se é impossível a apreensão exata do fato

O princípio da verdade real ou substancial, corolário do princípio inquisitivo, pressupõe que o juiz seja parte no processo, isto é, enquanto protagonista na coleta de prova, não podendo valer-se apenas das provas trazidas pelas partes para decidir sobre o caso. Conforme preleciona Aury Lopes Jr.:

Atribuir poderes instrutórios a um juiz – em qualquer fase – é um grave erro, que acarreta a destruição completa do processo penal democrático. Ensina Cordero que tal atribuição (de poderes instrutórios) conduz ao *primato dell'ipotesi sui fatti*, gerador de *quadri mentali paranoidi*. **Isso significa que se opera um primado (prevalência) das hipóteses sobre os fatos, porque o juiz que vai atrás da prova primeiro decide (definição da hipótese) e depois vai atrás dos fatos (prova) e justificam a decisão (que na verdade já foi tomada). O juiz, nesse cenário, passa a fazer quadros mentais paranoicos**<sup>43</sup>. (destacou-se).

Nesse sentir, quando o juiz busca a produção de uma prova, já está imbuído com uma certeza acerca dos fatos e irá procurar nela o meio para comprovar sua prévia impressão a justificar sua decisão. Consequentemente, nota-se que há uma formação da opinião do magistrado por meio da coleta das provas, já que não há investigador imparcial<sup>44</sup>.

Nessa perspectiva, Jacinto Coutinho afirma que, com a gestão da prova na figura do magistrado: “(...) abre-se ao juiz a possibilidade de decidir antes e, depois, sair em busca do material probatório suficiente para confirmar a sua versão, isto é, o sistema legitima a possibilidade da crença no imaginário, ao qual toma como verdadeiro”<sup>45</sup>.

O princípio inquisitivo se contrapõe ao princípio dispositivo, em que não há interferência do juiz na coleta de provas, sendo um dos expoentes do

---

— uma vez que sua percepção é deturpada por uma multiplicidade de fatores —, a finalidade precípua da prova judiciária consiste em promover a reconstrução histórica do fato narrado, com apego à escolha da versão mais convincente e congruente entre alternativas possíveis”. KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. O objeto da prova judiciária e a derrotabilidade processual no campo da teoria da argumentação. In: SERBENA, Cesar Antonio (coord). *Teoria da Derrotabilidade: pressupostos teóricos e aplicações*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 392.

<sup>43</sup> LOPES JR. *Fundamentos do Processo Penal...* op. cit., p. 250.

<sup>44</sup> Nesse contexto, Aury Lopes Jr. elucida que: “Sempre que se atribuem poderes instrutórios ao juiz, destrói-se a estrutura dialética do processo, o contraditório, funda-se um sistema inquisitório e sepulta-se de vez qualquer esperança de imparcialidade (enquanto *terzietà* = alheamento). É um imenso prejuízo gerado pelos diversos ‘pré-juízos’ que o julgador faz”. Ibid., p. 251.

<sup>45</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do Direito Processual Penal Brasileiro. *Revista de Estudos Criminais*. Porto Alegre, n. 1, 2001, p. 37.



sistema acusatório, em que há a preocupação pela imparcialidade do julgador frente ao acusado<sup>46</sup>. Ademais, é certo que a aglutinação das funções de investigar, acusar, defender e julgar nas mãos do julgador levará ao erro psicológico ao qual Goldshmidt se refere, uma vez que não é possível um julgamento imparcial nesses termos<sup>47</sup>.

O autor Eugênio Pacelli, ao tratar do princípio da verdade real adverte que:

Talvez o mal maior causado pelo citado princípio da verdade real tenha sido a **disseminação de uma cultura inquisitiva, que terminou por atingir praticamente todos os órgãos estatais responsáveis pela persecução penal**. Com efeito, a **crença inabalável segundo a qual a verdade estava efetivamente ao alcance do Estado foi a responsável pela implantação da ideia acerca da necessidade inadiável de sua persecução, como meta principal do processo penal**. O aludido princípio, batizado como da verdade real, tinha incumbência de legitimar eventuais desvios das autoridades públicas, além de justificar a **ampla iniciativa probatória reservada ao juiz em nosso processo penal**. A expressão, como que portadora de efeitos mágicos, autorizava uma atuação judicial supletiva e substitutiva da atuação ministerial (ou da acusação). Dissemos autorizava, no passado, por entendermos que, desde 1988, tal não é mais possível a igualdade a par conditio (paridade de armas), o contraditório e a ampla defesa, bem como a imparcialidade, de convicção e de atuação, do juiz, impedem-no<sup>48</sup>. (destacou-se).

Nesse contexto, percebe-se que a mentalidade inquisitorial permanecer nos mais diversos âmbitos do Poder Judiciário, sejam pelas constantes intervenções dos juízes na coleta de provas, buscando a dita “verdade real”, seja na recorrente atuação do Ministério Público pautado no princípio *in dubio pro societate*, em clara oposição à presunção de inocência.

Há a insistência dessa mentalidade em contraposição ao respeito ao contraditório, a ampla defesa, ao livre convencimento motivado do magistrado, em claro desrespeito ao sistema acusatório de caráter adversarial.

<sup>46</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Uma Nova Teoria Das Nulidades: processo e instrumentalidade constitucional*. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2010, p. 162 -165.

<sup>47</sup> GOLDSCHMIDT, James. Problemas jurídicos y Políticos del Proceso Penal. Barcelona, Bosch, 1935, p. 67. La imparcialidade como Principio Básico del Proceso. In: *Revista de Derecho Procesal*, n. 2, 1950, p. 29.

<sup>48</sup> PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 346.

Com a ascensão das ideologias e movimentos liberais de meados do século XVIII e início do século XIX, principalmente, com o Iluminismo e seus preceitos de valorização do homem e a Revolução Francesa como principal expoente dessa nova mentalidade, é possível constatar que o sistema inquisitorial foi gradualmente mitigado para um “sistema misto”, isto é, com a presença de características de ambos os sistemas. Contudo, deve-se atentar para a lição de Ricardo Jacobsen Gloeckner, segundo o qual o sucesso do sistema inquisitorial se deu pelo fato de que:

(...) através de construtos semânticos não sujeitos a um controle bem definido que o sistema inquisitorial não apenas permaneceu por grande tempo como modelo de processo penal, como foi possível oferecer uma resposta altamente eficiente. A obtenção de um número maximizado de culpados como estratégia de controle social, a manipulação da prova mediante recursos a fórmulas obscuras, a própria tortura utilizada em prol de uma dirigência confessional construiu um sistema perverso na obtenção de seus fins e fundado sobre um pano de fundo paranóico<sup>49</sup>.

Nesse sentir, a mentalidade inquisitorial permanece no seio dos tribunais pátrios, sendo certo que a importação dos institutos da justiça penal consensual, nesses termos, representa um risco às garantias do acusado consagrados na constituição. Isso ocorre, uma vez que os direitos e garantias dos acusados estão intimamente ligados ao sistema processual acusatório de caráter adversarial e democrático. O referido modelo preza pela separação das funções exercidas pela defesa, acusação e a garantia da imparcialidade do juiz, alheio a produção da prova, enquanto mero espectador que deverá julgar e sentenciar a partir do livro convencimento motivado.

## **2.2 Sistema Acusatório e a importância do Juiz das Garantias (art. 3º-A do Código de Processo Penal e a suspensão do Juiz das Garantias)**

O sistema acusatório de caráter democrático e adversarial<sup>50</sup>, ao revés, é pautado na figura do juiz alheio a iniciativa probatória, de modo a buscar a

---

<sup>49</sup> GLOECKNER. *Uma Nova Teoria Das Nulidades...* op. cit., p. 133 -134.

<sup>50</sup> Ricardo Gloeckner elucida que, no sistema acusatório existem duas características primordiais: “a) o sistema acusatório representa um modelo de preservação da forma processual, principalmente

imparcialidade do julgador e assegurar a eficácia do contraditório e da ampla defesa<sup>51</sup>. Trata-se do princípio acusatório, também denominado por dispositivo, segundo o qual a gestão da prova fica nas mãos das partes, sendo o juiz mero espectador. Sua origem remonta ao direito grego, em que havia a participação direta da população no exercício da acusação e no julgamento do acusado<sup>52</sup>.

Diante da separação das funções de acusar e julgar, o acusado não é tido como mero objeto, mas como parte do processo que buscará, em uma estrutura dialética, contradizer o que está sendo acusado e possibilitar o livre convencimento do magistrado. Passa-se ao ideário de que para o exercício do poder punitivo legítimo deve-se garantir direitos mínimos ao acusado<sup>53-54</sup>.

Nessa perspectiva, importante ressaltar que a Constituição Federal de 1988, consagra o Estado Democrático de Direito por meio dos direitos e garantias fundamentais individuais e coletivos, além de sua principiologia,

---

pela desvinculação do juiz da atividade persecutória, o que determina ao magistrado uma função de fiscalização dos atos processuais mais rigorosa; b) a forma processual é concebida dentro de um sistema processual adversarial, no qual a forma se antepõe – como obstáculo se preciso for – à busca a qualquer preço da verdade substancial”. Ibid., p. 133 -134.

<sup>51</sup> Conforme destaca Alexandre José Trovão Brito: “O processo penal é um código civilizatório que criamos para punir aqueles que praticaram fatos criminosos. **O estilo acusatório de processo é uma forma de garantir os direitos do acusado e também de garantir que a punição ocorra conforme as regras do jogo. A própria democracia exige isso.** Não é possível falar em democracia sem um processamento criminal justo, ético e legal. (...). Não se trata de ser leniente com a criminalidade e os criminosos. Nunca foi isso. **Trata-se de respeitar as formas legais e estabelecer filtros para o Estado-juíz punir os que se afastaram na norma penal.** Agora devemos punir com critérios. E critérios são exigências. Critérios são formas. **Os critérios valem, especialmente se nosso desejo espelha a demanda de materializar a obediência aos comandos da nossa Constituição Federal**”. (destacou-se). TROVÃO BRITO, Alexandre José. A urgência do sistema acusatório no Brasil. *Consultor Jurídico*, 30 dez. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-dez-30/trovaobrito-urgencia-sistema-acusatorio-brasil>>. Acesso em: 14 ago. 2022.

<sup>52</sup> Para mais informações sobre a origem histórica e o desenvolvimento do sistema acusatório *vide*: LOPES JR., *Fundamentos do Processo Penal...* op. cit., p. 223-228.

<sup>53</sup> Mais uma vez, Alexandre José Trovão elucida que: “No processo penal, o acusado não tem os mesmos recursos de que o Estado dispõe. Não existe uma igualdade de condições. Naturalmente, essa posição desvantajosa que paira sobre a figura do réu tem de ser compensada de alguma maneira. **Essa maneira é o oferecimento de direitos e garantias fundamentais.** É necessário punir, dar uma resposta ao fato delituoso. **Entretanto, essa resposta tem de ter fundamentos legais e constitucionais para que a condenação seja passível e possível de legitimidade**”. (destacou-se). Ibid., n. p.

<sup>54</sup> O autor Gustavo Henrique Badaró, igualmente, esclarece que: “A essência do modelo acusatório é a nítida separação entre as funções de julgar e defender. Eliminada a divisão de tarefas, o acusado deixa de ser um sujeito processual com direito de defesa e se converte em objeto do processo. Sem a divisão de tarefas, sem relação processual e sem contraditório, não haverá, sequer, um verdadeiro processo”. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahi. *Direito Processual Penal*, t. I, Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 38.

com maior destaque, ao estabelecer as regras do devido processo legal, disposto no art. 5º, inciso LIV, contraditório e ampla defesa (art. 5º, incisos LV, LVI, LXII). Ademais, prevê a garantia do juiz natural (art. 5º, inciso XXXVII), a presunção de inocência como norte do processo penal, estabelecido no art. 5º, inciso LVII e o princípio da publicidade como regra.

A Constituição consagrou expressamente, ainda, a separação das funções de investigar, nos termos do art. 144, §1º, I e §4º, da CRFB/88, incumbiu ao Ministério Público a função acusatória, em seu art. 129 e estabeleceu a defesa, conforme disciplinado nos artigos 133 e 134 do referido diploma. Desse modo, restou estatuído o núcleo essencial do sistema processual acusatório, ao exigir a separação das funções de acusar e julgar, devendo-se respeitar às regras do jogo<sup>55</sup>.

Ademais, o “Pacote Anticrime” (Lei nº 13.964/2019) consagrou expressamente no art. 3º-A do Código de Processo Penal o sistema processual penal acusatório, devendo se atentar para o fato que tal dispositivo encontra-se suspenso diante da decisão liminar do Ministro Luiz Fux da Suprema Corte brasileira, em sede das ADIn’s nº 6.298, 6.299 e 6.305. Vale, contudo, destacar seu conteúdo: “O processo penal terá *estrutura acusatória*, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.” Consagrando, portanto, o sistema acusatório pátrio como promovedor das garantias e direitos fundamentais, sendo certo que a análise sobre a justiça penal negociada deverá transpassar tal temática.

---

<sup>55</sup> Este aliás é o entendimento firmado pelos tribunais pátrios. Menciona-se, de forma exemplificativa, o entendimento do STJ no HC nº 640518- SC 2021/0015845-2 de relatoria do Ministro Jorge Mussi em que afirmou-se: “Inexiste controvérsia acerca do modelo acusatório conferido ao sistema penal brasileiro, caracterizado pela separação das atividades desempenhadas pelos atores processuais, pela inércia da jurisdição e imparcialidade do julgador, tampouco de que a cabe ao Ministério Público, na forma do artigo 129 da Constituição Federal, promover privativamente a ação penal pública”. STJ — HC: 640518 SC 2021/0015845-2, relator: ministro JORGE MUSSI, Data de Publicação: DJ 22/01/2021. Disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo\\_documento=documento&componente=MON&sequencial=120311233&tipo\\_documento=documento&num\\_registro=202100158452&data=20210122&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=documento&componente=MON&sequencial=120311233&tipo_documento=documento&num_registro=202100158452&data=20210122&formato=PDF)>. Acesso em: 06 ago. 2022.

Portanto, o legislador, seguindo toda a principiologia da Constituição Federal buscou estatuir no Código de Processo Penal a escolha pelo sistema acusatório e democrático, extirpando qualquer dúvida quanto ao modelo que o ordenamento pátrio se vincula.

Vale destacar, nesse contexto, a lição de Ricardo Gloeckner ao expor que a mudança de um regime político ou de uma nova forma de Estado, ainda que democrático, pode não influir no plano do processo penal, como ocorreu com a Constituição Federal de 1988, advinda do processo de redemocratização com o fim do Regime Militar<sup>56</sup>.

Percebe-se que, apesar de a Constituição Federal estabelecer uma série de direitos e garantias fundamentais no rol do art. 5º, foi necessário ao legislador, diante da manutenção do Código de Processo Penal de 1941 e de uma prática sedimentada em uma lógica inquisitorial, posteriormente, estabelecer de forma expressa a escolha pelo modelo acusatório.

Adverte o mencionado autor que:

Exemplo perfeito disso é o processo penal brasileiro regido por estruturas montadas sob os auspícios de uma antidemocracia. A Constituição da República de 1988, apesar de oferecer os alicerces para uma guinada democrática do processo repercutiu pouco significativamente no que diz respeito à doutrina, à praxis e ao ensino jurídico. Nas palavras de Foschini, ocorre no Brasil uma substancial involução inquisitorial ou ainda, como menciona o próprio autor, uma degeneração do processo penal<sup>57</sup>.

Portanto, a maior dificuldade para a implementação do sistema acusatório não são as inovações legislativas ou os alicerces legais, estes estão presentes e consagrados pela Constituição Federal, mas pela mentalidade inquisitorial persistente no país, notória, inclusive, pela decisão de suspensão dos arts. 3º-A e 3º-B do CPP, que estatuem, respectivamente, o sistema acusatório e o Juiz das Garantias<sup>58</sup>.

---

<sup>56</sup> GLOECKNER. *Uma Nova Teoria Das Nulidades...* op. cit., p. 108-109.

<sup>57</sup> Ibid., p. 109.

<sup>58</sup> Para uma melhor compreensão das principais críticas sobre a suspensão do art. 3º-A e art. 3-B do CPP, incluídos pela Lei nº 13.964/2019, recomenda-se a leitura do artigo Crítica à Suspensão da

Diante da consagração do sistema acusatório no art. 3º-A do CPP, estão revogados tacitamente os dispositivos que não passem pela “filtragem constitucional”, cabendo ao legislativo revogá-los expressamente. Diante disso, assevera Aury Lopes Jr. que:

Assumindo o problema estrutural do CPP, a luta passa a ser pela acoplagem constitucional e pela filtragem constitucional, expurgando de eficácia todos aqueles dispositivos que, alinhados ao núcleo inquisitório, são incompatíveis com a matriz constitucional acusatória e, principalmente, **pela mudança de cultura, pelo abandono da cultura inquisitória e pela assunção de uma postura acusatória por parte do juiz e de todos os atores judiciários.** (...). Agora, a estrutura acusatória está expressamente consagrada no CPP e não há mais espaço para o juiz-ator-inquisidor que atue de ofício violando o *ne procedat iudex ex officio* ou que produza prova de ofício, pilares do modelo acusatório<sup>59</sup>. (grifos do autor).

Com a incursão do referido dispositivo, deve ocorrer a filtragem dos dispositivos que sejam contrários ao modelo acusatório, dentre os quais destacam-se os artigos 156 e 385 do CPP. Os referidos dispositivos preveem, respectivamente, a iniciativa probatória de ofício nas fases de investigação e processual, além da possibilidade de condenação, ainda que o Ministério Público se manifeste pela absolvição do acusado pelo julgador, em clara afronta a separação das funções de acusar e investigar.

Nesse contexto, vale destacar a decisão proferida pela Suprema Corte no Habeas Corpus nº 202.557/SP. Entendeu-se que o juiz da ação penal, durante a audiência de instrução e julgamento, agiu de modo a interferir na apuração da prova testemunhal, atuando como protagonista na inquirição das testemunhas de acusação, ferindo o art. 212 do Código de Processo Penal e a separação das funções de acusar e julgar. Vale destacar o referido julgado:

---

Eficácia do Art. 3º-A do CPP, de autoria de Bruno August Milanez. Com maior destaque aos esclarecimentos do primeiro dispositivo, adverte o autor que: “O que o art. 3º- A do CPP faz, em realidade, é apenas explicitar a CR/88, afirmando que juiz não investiga – quem o faz é a autoridade policial (art. 144, §1º, I e § 4º) e o MP (art. 129, VIII) – e não exerce função de acusador, atividade esta que, nas ações penais de iniciativa pública, é desempenhada pelo MP (art. 129, I)”. MILANEZ, Bruno Augusto Vigo. *Crítica à Suspensão da Eficácia do Art. 3º-A do CPP*. In: Boletim IBCCRIM, n. 345, ago. 2021. Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/edicoes/750/8586/critica-a-suspensao-da-eficacia-do-art-3o-a-do-cpp>>. Acesso em: 14 ago. 2022.

<sup>59</sup> LOPES JR. *Fundamentos do processo penal...* op. cit., p. 253-254.

EMENTA: HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO QUE FIGURA COMO SUCEDÂNEO DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. **ILEGALIDADE FLAGRANTE VERIFICADA NO CASO CONCRETO. ATUAÇÃO DO JUIZ E ORDEM DE INQUIRÇÃO DE TESTEMUNHAS. ART. 212 DO CPP.** AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA APTA A AFASTAR A INCIDÊNCIA DE NORMA COGENTE E DE APLICABILIDADE IMEDIATA. **VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. ATUAÇÃO ATIVA E DE PROTAGONISMO DESEMPENHADA PELO JUÍZO A QUO NA INQUIRÇÃO DE TESTEMUNHAS DE ACUSAÇÃO. AFRONTA AO PRINCÍPIO ACUSATÓRIO. COMPROMETIMENTO AO ACTUM TRIUM PERSONARUM.** UTILIZAÇÃO DE DEPOIMENTOS COLHIDOS EM DESCOMPASSO COM A LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA PARA FUNDAMENTAR O DECRETO CONDENATÓRIO. PREJUÍZO DEMONSTRADO. RÉU CUSTODIADO EM DECORRÊNCIA DE SENTENÇA ORA REPUTADA NULA. RESTITUIÇÃO AO STATUS LIBERTATIS QUE SE IMPÕE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO PARA RECONHECER A NULIDADE DA AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA A PARTIR DA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO E DETERMINAR A IMEDIATA SOLTURA DO PACIENTE. 1. A Constituição Federal de 1988, ao atribuir a privatividade da promoção da ação penal pública ao Ministério Público (art. 129, I); ao assegurar aos ligantes o direito ao contraditório e à ampla defesa e assentar o advogado como função essencial à Justiça (art. 5º, LV e 133); bem como, ao prever a resolução da lide penal, após o devido processo legal, por um terceiro imparcial, o Juiz natural (art. 5º, LIII e LXI; 93 e seguintes), consagra o sistema acusatório. 2. A separação entre as atividades de acusar e julgar não autoriza que o juiz, em substituição ao órgão de acusação, assumira papel ativo na produção probatória, sob pena de quebra da necessária imparcialidade do Poder Judiciário. 3. O processo penal é instrumento de legitimação do direito de punir do Estado e, para que a intervenção estatal opere nas liberdades individuais com legitimidade, é necessário o respeito à legalidade estrita e às garantias fundamentais. 4. No que tange à oitiva das testemunhas em audiência de instrução e julgamento, deve o magistrado, em atenção ao art. 212 do CPP, logo após a qualificação do depoente, passar a palavra às partes, a fim de que produzam a prova, somente cabendo-lhe intervir em duas hipóteses: se evidenciada ilegalidade ou irregularidade na condução do depoimento ou, ao final, para complementar a oitiva, se ainda existir dúvida - nessa última hipótese sempre atuando de forma supletiva e subsidiária (como se extrai da expressão “poderá complementar”). 5. A redação do art. 212 é clara e não encerra uma opção ou recomendação. Trata-se de norma cogente, de aplicabilidade imediata, e portanto o seu descumprimento pelo magistrado acarreta nulidade à ação penal correlata quando demonstrado prejuízo ao acusado. (...). 7. Demonstrado, no caso dos autos, iniciativa e protagonismo exercido pelo Juízo singular na inquirição das testemunhas de acusação e verificado que foram esses elementos considerados na fundamentação do decreto condenatório, forçoso reconhecer a existência de prejuízo ao acusado. 8. O Juízo *a quo* ao iniciar e questionar detalhadamente a testemunha de acusação, além de subverter a norma processual do art. 212 do CPP, violando a diretiva legal, exerceu papel que não lhe cabia na dinâmica instrutória da ação penal, comprometendo o *actum trium personarum*, já que a “separação rígida entre, de um lado, as tarefas de investigar e acusar e, de outro, a função propriamente jurisdicional” é consectário lógico e inafastável do sistema penal acusatório (ADIMC 5.104, Plenário, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 21.5.2014 ). 9. Habeas corpus concedido de ofício a fim de reconhecer a nulidade da ação penal originária a partir da audiência de instrução e julgamento e, como consequência,

restituir a liberdade ao acusado, a fim de que responda solto à instrução da ação penal que deverá ser renovada<sup>60</sup>. (destacou-se).

Diante do mencionado julgado, percebe-se que, em um processo penal de caráter acusatório, o magistrado não poderá buscar produzir provas, deverá, em verdade, ficar alheio a coleta dela, sendo mero espectador do embate entre defesa e acusação. Perceptível, no caso em comento, a manutenção de uma mentalidade inquisitorial, que deve ser constantemente rechaçada para que haja a garantia dos direitos do acusado.

Em consonância com tal entendimento, Aury Lopes Jr. esclarece que:

Em última análise, é a **separação de funções e, por decorrência, a gestão da prova na mão das partes e não do juiz (juiz-espectador), que cria as condições de possibilidade para que a imparcialidade se efetive**. Somente no processo acusatório-democrático, em que o juiz se mantém afastado da esfera de atividade das partes, é que podemos ter a figura do juiz imparcial, fundante da própria estrutura processual<sup>61</sup>. (destacou-se).

Outrossim, menciona-se, ainda, a importância do Juiz das Garantias (suspensão em razão da decisão liminar do Ministro Luiz Fux – artigos 3º-B ao art. 3º -F, do CPP), para a consecução do sistema acusatório. O referido juiz atuará na fase investigativa, isto é, antes do ajuizamento da ação penal. Terá como atribuição deferir ou indeferir as medidas solicitadas para a obtenção de provas em face do acusado. Diante disso, o Juiz das Garantias terá como incumbência atuar na salvaguarda dos direitos dos investigados e na legalidade do procedimento.

---

<sup>60</sup> Importante destacar o entendimento firmado pelo Ministro relator Edson Fachin ao expor em seu voto que: “Com efeito, o Juízo *a quo* ao iniciar e questionar detalhadamente a testemunha de acusação, além de subverter a norma processual do art. 212 do CPP, violando a diretiva legal, exerceu papel que não lhe cabia na dinâmica instrutória da ação penal, comprometendo o *actum trium personarum*, já que a ‘separação rígida entre, de um lado, as tarefas de investigar e acusar e, de outro, a função propriamente jurisdicional’ é consectário lógico e inafastável do sistema penal acusatório (ADIMC 5.104, Plenário, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 21.5.2014 ). (...). Assim, no caso presente, seja por evidente prejuízo causado à parte no caso concreto, seja por deliberada afronta, por parte do Juízo a quo, ao princípio acusatório e do devido processo legal, inevitável a decretação da nulidade pelo impetrante postulada”. STF — HC: 202557 SP 0054793-62.2021.1.00.0000, relator: EDSON FACHIN, Data de Julgamento: 03/08/2021, Segunda Turma, Data de Publicação: 12/08/2021. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=756729163>>. Acesso em: 13 ago. 2022.

<sup>61</sup> LOPES JR. *Direito Processual Penal...* op. cit., p. 48.



Trata-se de uma inovação legislativa advinda da Lei nº 13.964/19 representativa na consecução do sistema acusatório pátrio, objetivando a separação efetiva das funções de investigar e acusar. Além disso, com a separação do juiz da fase de conhecimento - responsável pelo julgamento do processo, da fase investigativa de caráter pré-processual, possibilitará uma maior imparcialidade do julgador por meio da garantia de sua “originalidade cognitiva”<sup>62</sup>.

Dessa maneira, com a introdução do juiz das garantias no CPP, passam a ser dois os juízes que atuarão ao longo do processo. O primeiro, juiz das garantias, será responsável pela fase pré-processual, isto é, ao longo do inquérito policial, disciplinado no art. 4º e seguintes, do CPP, até o recebimento da denúncia. Sua principal atribuição será a atuação no deferimento das medidas solicitadas pela autoridade policial ou pelo Ministério Público, de caráter investigatórias ou assecuratórias. Dentre elas, podem ser mencionadas: a prisão preventiva, exame de corpo de delito, busca e apreensão, quebra do sigilo bancário, sequestro de bens, dentre outras medidas.

Posteriormente, deverá encaminhar os autos do processo para o juiz da causa responsável pela instrução e julgamento, buscando-se, com isso, garantir a imparcialidade do juiz por meio de sua não contaminação<sup>63</sup>. Desse modo, restará assegurada a efetiva cisão das funções de acusar e julgar. Isso porque, conforme exposto, o magistrado que atua na investigação tende a atuar como órgão acusador, por meio da coleta de provas, comprometendo a sua imparcialidade quando do julgamento.

---

<sup>62</sup> Para mais informações acerca da temática, recomenda-se a leitura do artigo intitulado: “Quando o juiz já sabia: a importância da originalidade cognitiva no Processo Penal”, elaborado por Aury Lopes Jr. e Alexandre Moraes da Rosa em coautoria. LOPES JR, Aury; ROSA, Alexandre Moraes da. Quando o juiz já sabia: a importância da originalidade cognitiva no Processo Penal. *Consultor Jurídico*, 29 abr. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-abr-29/limite-penal-quando-juiz-sabia-importancia-originalidade-cognitiva-processo-penal>>. Acesso em: 06 jun. 2022.

<sup>63</sup> Ibid., p. 142.

Simone Schreiber ao defender a constitucionalidade do juiz das garantias, afirma que:

O artigo 3º da lei 13964/19 introduziu no Código de Processo Penal a figura do juiz de garantias. **Atribui-se ao juiz que atua na fase da investigação criminal**, antes do ajuizamento da ação penal portanto, **a função de tutelar os direitos fundamentais das pessoas investigadas e de zelar pela legalidade da investigação**. Não se está criando a figura do juiz instrutor, que preside a investigação. O juiz de garantias, é preciso que se diga, tem praticamente as mesmas funções hoje cometidas ao juiz que julga a ação penal proposta com base nos elementos colhidos naquela investigação<sup>64</sup>. (destacou-se)

Desse modo, o juiz que atuará na fase de instrução será distinto do que irá julgar (fase de conhecimento) de modo a mantê-lo alheio a produção probatória e garantindo a sua não contaminação por essa atividade, mantendo a imparcialidade do magistrado. Prescreve o art. 3º-D do CPP, que o juiz da investigação não poderá atuar no processo, *in verbis*: “O juiz que, na fase de investigação, praticar qualquer ato incluído nas competências dos arts. 4º e 5º deste Código ficará impedido de funcionar no processo”. Como esclarece sucintamente Bruno Augusto Vigo Milanez:

A rigor, com o juiz de garantias se buscou uma repartição funcional de competência por fases da persecução penal, com um magistrado exercendo o controle de legalidade da investigação preliminar e outro presidindo o processo de conhecimento. Com essa providência, maximiza-se a imparcialidade, preservando-se a originalidade cognitiva do juiz do processo de conhecimento, não mais contaminado pelos atos investigativos<sup>65</sup>.

Em conformidade com tal entendimento, Simone Schreiber adverte que:

A atuação do juiz na fase de investigação pode prejudicar sua imparcialidade porque, em primeiro lugar, **exige que o juiz mantenha um contato próximo com os atores incumbidos da persecução penal, em que é constantemente inteirado das etapas e rumos da investigação**. O propósito da investigação é desvendar a prática do crime e apontar seu autor. Nesse ambiente **o juiz acaba se engajando num esforço conjunto para que a apuração chegue a bom termo**. **Aí está a semente da ideia de que o juiz criminal se une aos órgãos de persecução no combate à criminalidade**. (destacou-se)

Continua a autora:

---

<sup>64</sup> SCHREIBER, Simone. Em defesa da constitucionalidade do juiz das garantias. *Consultor Jurídico*, 25 abr. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-abr-25/simone-schreiber-defesa-constitucionalidade-juiz-garantias>>. Acesso em: 25 out. 2022.

<sup>65</sup> MILANEZ. *Crítica à Suspensão da Eficácia do Art. 3º-A do CPP...* op. cit., n. p.

Em segundo lugar, quando o juiz defere a adoção de medidas investigatórias ou assecuratórias em detrimento do investigado, ele explicita um juízo (ainda que provisório, perfunctório) sobre a ocorrência do crime e sua autoria. **Está claro que a avaliação do que se pede obriga o juiz a formular uma opinião, ainda que não definitiva, sobre a linha investigatória adotada e sobre os fatos e pessoas envolvidas na investigação.** Esse papel que o juiz é chamado a exercer demanda redobrada cautela, pois, por um lado, o mesmo não pode substituir os órgãos de persecução penal na condução da investigação e também não deve cercear indevidamente sua ação. Por outro lado, ele não pode se demitir do seu dever de tutelar os direitos das pessoas investigadas, impedindo que sofram restrições injustificadas ou desarrazoadas, o que exige que fundamente adequadamente o deferimento de medidas invasivas. E, principalmente, ele deve procurar não se contaminar pelas versões dos fatos que lhes são **trazidas pela autoridade policial e pelo ministério público no curso da investigação. Não é uma tarefa simples. Pelo contrário, é extremamente difícil, quase impossível, que o juiz se mantenha alheio às versões dos fatos que vão sendo reveladas no decorrer da investigação e que lhe são narradas pela autoridade policial a cada nova representação**<sup>66</sup>. (destacou-se)

Nesse sentir, o juiz ao atuar na fase investigativa requisitando a produção de provas solicitadas pela autoridade policial ou pela acusação tomará um posicionamento e comprometerá sua imparcialidade. Isso ocorre, pois, só se defere uma medida investigativa, atingindo os direitos individuais do acusado, se acredita estarem presentes os indícios de autoria e materialidade<sup>67</sup>. Dessa maneira, haverá a formação da convicção do magistrado acerca dos fatos, por apenas uma de suas versões, a posição da acusação.

Nesse contexto, ao deferir as medidas de cunho investigativo solicitadas, passa-se a atingir a esfera dos direitos fundamentais do acusado, como a privacidade, sigilo bancário, dentre outros, sendo notório, portanto, os riscos do processo para os acusados. Vale destacar que tanto a prova pericial, que busca a materialidade do delito, como as provas cautelares, tais quais a interceptação telefônica e busca e apreensão, são exceções ao art. 155,

<sup>66</sup> SCHREIBER, Simone. *Em defesa da constitucionalidade do juiz das garantias* ... op. cit., n. p.

<sup>67</sup> Conforme elucida Simone Schreiber: (...) a figura do juiz de garantias reforça o princípio do contraditório (ainda que diferido). Pois, estando afastado da investigação, o juiz da causa terá mais condições de decidir com isenção (atento ao debate dialético estabelecido no processo) a respeito da legalidade/validade dessas provas que, embora não produzidas no curso do processo, serão consideradas na prolação da sentença. (...). Dito de outra forma, se o juiz da causa é o mesmo que avaliou a pertinência e a legalidade das medidas probatórias realizadas na fase investigatória, é bastante improvável que venha posteriormente a desqualificar a prova que foi produzida, reconhecendo por exemplo a ocorrência de vício que a torne ilícita. Ibid., n. p.

do CPP, sendo obtidas por meio do contraditório diferido. Estabelece o referido dispositivo que:

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.

Nesses termos, tais modalidades de provas passam apenas pelo contraditório diferido, não perpassando o contraditório judicial em que há a produção da prova com a participação das partes em situação dialética. Dessa maneira, o mandamento constitucional que prescreve a imparcialidade do juiz somente será efetivado diante da separação entre as fases do procedimento penal, em razão dessa mitigação do contraditório e da ampla defesa presente no Inquérito Policial<sup>68</sup>.

Menciona-se, inclusive, a importância do art. 3º - C, § 3º, do CPP, ao disciplinar que o juiz da causa não terá acesso aos elementos informativos produzidos na fase de inquérito policial, de modo a buscar a efetividade da produção de provas em contraditório judicial, nos termos do art. 155 do referido diploma<sup>69</sup>.

Diante disso, caso tais provas, posteriormente, não possam ser levadas ao processo, em razão de eventual ilegalidade, quebra de cadeia de custódia, dentre outros motivos, o juiz não terá tomado conhecimento sobre elas. Nessa perspectiva, percebe-se a importância do juiz das garantias e o desentranhamento dos autos para a garantia da imparcialidade efetiva do julgador.

---

<sup>68</sup> FERREIRA E FERREIRA, Tainá. *Quem tem medo do juiz das garantias?* Uma análise acerca dos reais obstáculos ao sistema acusatório. In: Boletim IBCCRIM, n. 334, 02 set. 2020. Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/edicoes/92/997/quem-tem-medo-do-juiz-das-garantias-uma-analise-acerca-dos-reais-obstaculos-ao-sistema-acusatorio>>. Acesso em: 29 out. 2022.

<sup>69</sup> Ibid., n. p.

Esclarecida a importância e imprescindibilidade do Juiz das Garantias para a efetivação do sistema acusatório, são características essenciais do referido modelo, de forma resumida, no sentir de Aury Lopes Jr.

Na *atualidade*, a forma acusatória caracteriza-se pela: a) clara distinção entre as atividades de acusar e julgar; b) iniciativa probatória deve ser das partes (decorrência lógica da distinção entre as atividades); c) mantém-se o juiz como um terceiro imparcial, alheio a labor de investigação e passivo o que se refere à coleta da prova, tanto de imputação como de descargo; d) tratamento igualitário das partes (igualdade de oportunidades no processo); e) procedimento é em regra oral (ou predominantemente); f) plena publicidade de todo o procedimento (ou de sua maior parte); g) contraditório e possibilidade de resistência (defesa); h) ausência de uma tarifa probatória, sustentando-se a sentença pelo convencimento motivado do órgão jurisdicional; i) instituição, atendendo a critérios de segurança jurídica (e social) da coisa julgada<sup>70</sup>.

O sistema acusatório, conseqüentemente, busca privilegiar os direitos e garantias do acusado por meio de uma estrutura dialética que privilegia o contraditório e ampla defesa. Sendo que a gestão das provas se restringe a acusação e defesa, garantindo-se a imparcialidade do julgador enquanto mero espectador.

A Lei nº 13.964/2019 estabeleceu, ainda, nos moldes dos artigos 282, §2º, 311 e 316, do CPP que o juiz não poderá decretar prisão preventiva, *ex officio* e das medidas cautelares diversas da prisão. Devendo, nos moldes do artigo 311 do CPP, decretar somente mediante requerimento do Ministério Público. *In verbis*: “Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial”. Trata-se de outro dispositivo legal que reafirma a necessidade de separação das funções de investigar e julgar.

Segundo Lenio Luiz Streck e Jorge Bheron Rocha, ao abordarem a impossibilidade de decretação de prisão *ex officio*:

Qualquer prisão, seja durante a investigação, seja durante a ação penal, dependerá de pedido de órgão/pessoas/instituições a que a lei processual devidamente atribui essa função (Ministério Público, vítima, autoridade policial). (...) Agora, mais do que nunca, deixa de fazer sentido qualquer distinção entre decretar e converter a

---

<sup>70</sup> LOPES JR. *Fundamentos do processo penal...* op. cit., p. 226.

prisão em flagrante em preventiva, pois são atividades decisórias rigorosamente iguais que verificam rigorosamente as mesmas questões (necessidade/adequação das medidas cautelares diversas, pressupostos e requisitos ensejadores da prisão preventiva etc.). Distinguir decretar e converter é um mero jogo de linguagem, pelo qual se busca esconder o velho inquisitivismo, que teima em sobreviver. Na verdade, usando um velho chavão — até um pouco piegas — podemos dizer que o velho inquisitivismo não quer morrer e, com isso, não quer deixar nascer o novo — o sistema acusatório<sup>71</sup>.

Todavia, como se observa na prática forense e conforme explicitado, há uma insistente mentalidade inquisitorial no país, muito por conta da seletividade do sistema penal brasileiro como um todo. Desse modo, antes de se pretender uma flexibilização do sistema adversarial para um sistema negocial, devem ser estabelecidas e enraizadas, em todos os atores que repercutem no sistema processual penal, os ideários e princípios do sistema acusatório.

Como principal debilidade do referido sistema constata-se a possibilidade de uma atividade probatória incompleta das partes. Desse modo, não basta apenas rechaçar a atuação do juiz na gestão da prova, já que a carga probatória é do acusador (Ministério Público). Isso ocorre, posto que a defesa não possui carga probatória, pois abarcada pelo princípio da presunção de inocência, mas sendo vedado, inclusive, ao juiz atuar de modo a “ajudar a defesa” solicitando a produção de provas.

Dispõe Aury Lopes Jr. que:

É importante destacar que a *principal crítica* que se fez (e se faz até hoje) ao modelo acusatório é exatamente com relação à inércia do juiz (imposição da imparcialidade), pois este deve resignar-se com as consequências de uma atividade incompleta das partes, tendo de decidir com base em um material defeituoso que lhe foi proporcionado. Esse sempre foi o fundamento histórico que conduziu à atribuição de poderes instrutórios ao juiz e revelou-se (por meio da inquisição) um gravíssimo erro<sup>72</sup>.

<sup>71</sup> STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Jorge Bheron. A batalha: o velho inquisitivismo não quer morrer — mas o novo nascerá. *Consultor Jurídico*, 6 jan. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jan-06/opiniao-velho-inquisitivismo-nao-morrer-nascera>>. Acesso em: 30 out. 2022.

<sup>72</sup> Ibid., p. 226. Adverte o autor, ainda, que ao juiz: “Não se lhe autoriza descer para a arena das partes e produzir (de ofício) provas nem para colaborar com a acusação nem para auxiliar a defesa. Ele não pode ‘descer’ na estrutura dialética, nem para um lado nem para o outro. Mais grave ainda, como adverte Moraes da Rosa, é quando o juiz, ‘fingindo que age em prol da defesa, passará a produzir provas para condenação’”. Ibid., p. 257.

Portanto, o modelo acusatório restou consagrado no presente ordenamento jurídico pátrio. Previsto constitucionalmente, diante de toda sua principiologia voltada para um sistema democrático e de respeito ao devido processo legal e, com a recente introdução do art. 3º-A, do CPP. Trata-se, por evidente, de um sistema de caráter democrático cujo principal objetivo é o respeito aos direitos e garantias dos acusados, de modo a legitimar o *ius puniendi* do Estado.

Ademais deve-se buscar a efetivação desse modelo com a expurgação da mentalidade inquisitorial existente nos mais diversos âmbitos que compõe o Poder Judiciário. Desde a fase investigativa, exercida pela polícia, perpassando a fase processual com todos os seus atores, condenação pelo juiz e execução da pena, sendo necessário a todo momento buscar a legitimidade do processo penal e da pena.

Por derradeiro, não há que se falar em um sistema misto, devendo-se analisar o núcleo do sistema estabelecido para verificar a prevalência de qual modelo se verifica no ordenamento em análise. Em havendo a separação das funções de acusar, defender e julgar, da prevalência da gestão das provas nas mãos das partes (acusação e defesa) e da garantia dos direitos básicos do acusado, quais sejam, contraditório e ampla defesa, paridade de armas, publicidade, juiz natural, dentre outros, restará consagrado o sistema acusatório.

### **2.3 Sistema Misto? Ressurgimento de institutos inquisitoriais no ordenamento jurídico pátrio?**

Primordialmente, deve-se destacar que não há sistemas processuais puros, isto é, como foram concebidos em sua origem, todos os sistemas são, na atualidade, de caráter misto, uma vez que os modelos “puros” são

históricos, precisos e datados<sup>73</sup>. Nesse contexto, o sistema misto teria origem na divisão do processo em duas fases, são elas: fase pré-processual (de caráter inquisitório) e fase processual (de caráter acusatório), a partir do Código Napoleônico de 1808. Haveria, portanto, o predomínio na fase investigativa e preparatória do modelo inquisitorial e ao longo da fase processual do modelo acusatório, sendo este o motivo de sua denominação enquanto “misto”.

Nesse prisma, não há que se falar em sistemas mistos, mas deve-se analisar o predomínio de qual estrutura se evidencia no ordenamento jurídico, isto é, se há a predominância do princípio inquisitivo ou acusatório, anteriormente abordados. De modo a se verificar se há a separação das funções de acusar e julgar ou não. Porém, para uma correta abordagem, deve-se analisar não apenas a separação (ou não) das referidas atribuições, mas se presentes outros aspectos, tais quais a publicidade, contraditório e ampla defesa, paridade de armas, dentre outros.

Conforme preleciona Jacinto Nelson Coutinho:

Salvo os menos avisados, todos sustentam que não temos, hoje, sistemas puros, na forma clássica como foram estruturados. Se assim o é, vigora sempre sistemas mistos, dos quais, não poucas vezes, tem-se uma visão equivocada (ou deturpada), justo porque, na sua inteireza, acaba recepcionado como um terceiro sistema, o que não é verdadeiro. O dito sistema misto, reformado ou napoleônico é a conjugação dos outros dois, mas não tem um princípio unificador próprio, sendo certo que ou é essencialmente inquisitório (como o nosso), com algo (características secundárias) proveniente do sistema acusatório, ou é essencialmente acusatório, com alguns elementos característicos (novamente secundários) recolhidos do sistema inquisitório. Por isto, só formalmente podemos considerá-lo como um terceiro sistema, mantendo viva, sempre, a noção referente a seu princípio unificador, até porque está aqui, quiçá, o ponto de partida da alienação que se verifica no operador do direito, mormente o processual, descompromissando-o diante de um atuar que o sistema está a exigir ou, pior, não o imunizando contra os vícios gerados por ele. Visitá-los, ainda que brevemente, é tarefa imprescindível, para se verificar suas estruturas e, a partir daí, situar o papel que desempenha no atuar dos operadores jurídicos e, mais particularmente, dos juízes no processo penal<sup>74</sup>.

---

<sup>73</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. *Revista de Informação Legislativa*, v. 46, n. 183, p. 103-115, jul./set. 2009.

<sup>74</sup> COUTINHO. *O Papel do Novo Juiz no Processo Penal* op. cit., p. 4.



Apesar de o renomado autor afirmar no trecho mencionado que o nosso sistema seria de caráter inquisitorial, em recente artigo publicado, o autor revisitou seu pensamento. Afirmou o autor que, a partir da Lei nº 13.965/19 e o disciplinado no já mencionado art. 3º-A do CPP, ainda que suspenso, pode-se afirmar que se passou a adotar o sistema acusatório<sup>75</sup>.

O recorrente equívoco de assinalar que o sistema processual penal adotado no país seria o inquisitorial, decorre da existência do mencionado sistema bifásico, em que o inquérito policial é totalmente inquisitório e na fase processual seria de caráter acusatório. Entretanto, conforme explicitado, deve-se atentar para o núcleo presente no ordenamento jurídico em análise, devendo-se observar a prevalência das principais características e das distinções entre os modelos para se aferir o sistema estabelecido.

Nesse sentir, Aury Lopes Jr. ao analisar o sistema bifásico de modo crítico, elucida que:

É necessário ler com muita atenção para compreender o alcance desse fenômeno pois ele reflete exatamente o que temos no sistema brasileiro. O monstro de duas cabeças (inquérito policial totalmente inquisitório e fase processual com “ares” de acusatório (...)) é a nossa realidade diária, nos foros e tribunais do País inteiro. (...). A fraude reside no fato de que a prova é colhida na inquisição do inquérito, sendo trazida integralmente para dentro do processo e, ao final, basta o belo discurso do julgador para imunizar a decisão. (...). O processo acaba por converter-se em uma mera repetição ou encenação da primeira fase<sup>76</sup>.

E adverte o autor, ainda, que:

Enquanto não tivermos um processo verdadeiramente acusatório, do início ao fim, ou, ao menos, adotarmos o paliativo da exclusão física dos autos do inquérito policial dentro do processo, as pessoas continuarão sendo condenadas com base na “prova” inquisitorial, disfarçada no discurso do “cotejando”, “corrobora” ... e outras fórmulas que mascara a realidade: a condenação está calcada nos atos de investigação, naquilo feito na pura inquisição<sup>77</sup>.

Desse modo, a separação inicial das atividades de acusar e julgar deve ocorrer do início até o fim do processo, não basta uma separação inicial, mas o juiz deve ficar alheio a atividade instrutória. A gestão da prova deve estar

---

<sup>75</sup> Ibid., *O Código de Processo Penal é inquisitorial* n. p.

<sup>76</sup> LOPES JR. *Fundamentos do Processo Penal...* op. cit., p. 240.

<sup>77</sup> Ibid., p. 241.

nas mãos das partes de modo que os princípios da imparcialidade e do contraditório correspondem ao núcleo do sistema acusatório<sup>78</sup>.

Além disso, faz-se necessário retomar ao ponto da imprescindibilidade do juiz das garantias que irá atuar na fase investigativa, assegurando que o juiz “julgador” não será contaminado pela coleta de provas.

Ademais, outra inovação advinda da Lei nº 13.964/2019, diz respeito a inclusão do art. 3º-C, §3 do CPP, segundo o qual deve haver a exclusão física dos autos do inquérito, corroborando com o exposto, já que se deve buscar a imparcialidade do juiz julgador, igualmente suspenso pela liminar do Ministro Luiz Fux. Reverberando com a perspectiva de que há uma insistente mentalidade inquisitória no Poder Judiciário.

Aury Lopes Jr. ao analisar os benefícios imprescindíveis da separação dos autos físicos do inquérito, elucida que:

Trata-se de uma das maiores (r)evoluções na estrutura do processo penal brasileiro com vistas ao abandono do modelo inquisitório e à máxima eficácia da imparcialidade e da originalidade cognitiva do julgador, que não mais terá contato com os atos do inquérito (ou de qualquer investigação preliminar)<sup>79</sup>.

Portanto, a prática reforça a necessidade de um processo de caráter acusatório desde seu início, em todas as fases do processo. Dessa maneira, deve-se privilegiar as garantias do acusado, do contraditório, ampla defesa e da garantia da imparcialidade do julgador, alheio a gestão da prova, de modo

---

<sup>78</sup> Para Aury Lopes Jr. é reducionista afirmar que basta a separação de funções para que se possa estabelecer que há predominância do sistema acusatório. Alega, para tanto que, diante da complexidade do processo penal hodierno: “*pensar o sistema acusatório desconectado do princípio da imparcialidade e do contraditório é incorrer em grave reducionismo. (...) É necessário que se mantenha a separação para que a estrutura não se rompa e, portanto, é decorrência lógica e inafastável, que a iniciativa probatória esteja (sempre) nas mãos das partes. Somente isso permite a imparcialidade do juiz. (...) Todas essas questões giram em torno do binômio sistema acusatório e imparcialidade, porque a imparcialidade é garantida pelo modelo acusatório e sacrificada no sistema inquisitório, de modo que somente haverá condições de possibilidade de imparcialidade quando existir, além da separação inicial das funções de acusar e julgar, um afastamento do juiz da atividade investigatória/instrutória. Ibid., p. 244.*

<sup>79</sup> Ibid., p. 242.

a não restar contaminado pela instrução probatório, consagrando-o como mero espectador imparcial.

Por fim, em razão da justiça consensual flexibilizar as garantias fundamentais do acusado, é notório o potencial risco ao sistema acusatório de caráter democrático e dialético. Isso porque o acusado passa a ser objeto do processo, tendo como objetivo precípua sua confissão para que, em troca, o réu obtenha um benefício concedido pela acusação, sendo o acordo celebrado sem o transcorrer do devido processo legal.

Desse modo, a justiça penal negocial assume o espectro do sistema inquisitorial, porquanto presentes as principais características do referido modelo, quais sejam a confissão e o segredo<sup>80</sup>. Conforme preceitua o Gabriel Ignacio Anitua:

(...) ao se buscar a confissão, se valida esta como *probatio probatissima*, substituindo a atividade probatório. Isto é a base do sistema inquisitivo. Significa um retorno ao sistema inquisitivo se quem pactua é o Estado, que coage o imputado com uma ameaça penal maior para que este colabore evitando o julgamento em contraditório (...) O caráter inquisito do juízo abreviado verifica a intenção de condenar sobre a base da confissão obtida coativamente<sup>81</sup>.

Em consonância com tal entendimento, Aury Lopes Jr. pontua que:

O *plea bargaining* projeta o equívoco de querer aplicar o sistema negocial, como se estivessemos tratando de um ramo do direito privado. (...). O primeiro pilar da função protetora do direito e processual é o monopólio legal e jurisdicional (do poder) da violência repressiva. **A justiça negociada viola desde logo esse primeiro pressuposto fundamental, pois o poder de penar não passa mais pelo controle jurisdicional e tampouco se submete aos limites da legalidade, senão que está nas mãos Ministério Público e vinculado à sua discricionariedade. É a mais completa desvirtuação do juízo contraditório, essencial para a própria**

<sup>80</sup> O autor Marcelo Herval Macêdo Ribeiro, ao analisar o processo de expansão da justiça penal negocial afirma que: “Imperioso salientar que a tendência contemporânea de expansão dos espaços de consenso no processo penal, objeto do presente trabalho, revela-se essencialmente deletéria na medida em que possibilita flexibilizações a garantias fundamentais (e, por tal razão, não sujeitas à relativização) constitutivas de um sistema processual acusatório. O que se verifica, nesse sentido, é que institutos negociais — como a barganha penal — enfraquecem a posição do acusado como sujeito de direitos, deslocando-o à mera posição de objeto de intervenção, aproximando-se, por conseguinte, do modelo autoritário inquisitorial.” MACÊDO RIBEIRO, Marcelo Herval. *Justiça Criminal Negocial e “Plea Bargaining”*: a fragilização do devido processo legal e a primazia inquisitória da lógica neoliberal eficientista In: Anais do 10º Congresso Internacional de Ciências Criminais – PUCRS: direito processual penal, vol. 2, 1. ed. São Paulo: Tirant Lo Blach, 2020, p. 328.

<sup>81</sup> ANITUA, Gabriel Ignacio. A importação de mecanismos consensuais do processo estadunidense nas reformas processuais latino-americanas. In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (org.). *Sistemas Processuais Penais*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 369.

**existência de processo, e se encaixa melhor com as práticas persecutórias permitidas pelo segredo e nas relações desiguais do sistema inquisitivo. É transformar o processo penal em uma “negociata”, no seu sentido mais depreciativo**<sup>82</sup>. (destacou-se).

Nessa perspectiva, conforme exposto anteriormente, a justiça consensual é uma tendência em diversos ordenamentos jurídicos, sendo um movimento que não retroagirá. Ela decorre da crise do processo penal, tendo como fundamento a perspectiva de possibilitar uma maior eficiência na justiça criminal diante de sua sobrecarga.

Todavia, são argumentos que não justificam uma ampliação desenfreada desses institutos haja vista os desencontros principiológicos e dogmáticos já expostos. Dessa maneira, deve-se atentar para os riscos do modelo negocial, sendo imperioso que tais institutos sejam incorporados observando-se os direitos e garantias do acusado e venham acompanhados, principalmente, por uma revisão da lógica inquisitorial presente nos diversos âmbitos do Poder Judiciário.

---

<sup>82</sup> LOPES JR. *Fundamentos do Processo Penal...* op. cit., p. 154-155.

### 3. O DEVIDO PROCESSO LEGAL

O presente capítulo visa apresentar as características do devido processo legal consagrado na Constituição Federal de 1988, explicitando os princípios que consubstanciam as garantias dos indivíduos frente ao Estado e os limites impostos ao poder punitivo. Trata-se de um princípio informador do sistema de garantias mínimas, englobante dos demais princípios processuais dele decorrente.

Como oportunamente destacado, a Constituição estabelece uma principiologia pautada na defesa dos direitos e garantias do acusado, consagrando o sistema acusatório como modelo processual penal vigente. Posteriormente ratificada pela legislação infraconstitucional no art. 3º - A, do CPP, incluída pela Lei nº 13.964/19. Sendo certo que a incorporação dos institutos da justiça penal negociada deve estar em conformidade com essas garantias e prerrogativas dos acusados.

O processo penal democrático, portanto, deve ser pautado em um sistema de garantias mínimas, isto é, deve ter como fundamento legitimador a “instrumentalidade constitucional”<sup>83</sup>, de modo que o processo deve ser entendido enquanto instrumento para a garantia dos direitos fundamentais consagrados na Constituição, dado o risco inerente ao processo.

Conforme preceitua Aury Lopes Jr., ao analisar a instrumentalidade constitucional do processo penal, não é possível a aplicação da pena sem processo – *nulla poena sine iudicio*, não há que se falar em consentimento do acusado para aplicação da pena, portanto<sup>84</sup>. Segundo o autor:

(...) a instrumentalidade do processo penal é o fundamento de sua existência, mas com uma especial característica: **é um instrumento de proteção dos direitos e garantias individuais e de limitação do poder punitivo**. É uma especial conotação do caráter instrumental e que só se manifesta no processo penal, pois se trata de instrumentalidade relacionada ao direito penal e à pena, mas, principalmente, *um instrumento a serviço da máxima eficácia das garantias constitucionais*. Está legitimado enquanto instrumento a serviço do projeto

---

<sup>83</sup> Ibid., *Direito Processual Penal* op. cit., p. 66.

<sup>84</sup> LOPES JR. *Fundamentos do Processo Penal...* p. 62.

constitucional de limitação do poder e maximização dos direitos fundamentais. (grifos do autor).

Acrescenta, ainda, que:

Trata-se de limitação do poder e tutela do débil a ele submetido (réu, por evidente), cuja debilidade é estrutural (e estruturante do seu lugar). Essa debilidade sempre existirá e não tem absolutamente nenhuma relação com as condições econômicas ou sociopolíticas do imputado, senão que decorre do lugar em que ele é chamado a ocupar nas relações de poder estabelecidas no ritual judiciário (pois é ele o sujeito *passivo*, ou seja, aquele sobre quem recaem os diferentes constrangimentos e limitações impostos pelo poder estatal). Essa é a *instrumentalidade constitucional* que a nosso juízo funda sua existência<sup>85</sup>.

O devido processo legal, nessa perspectiva, se afigura como valor nodal para consecução dessas garantias mínimas, restando expressamente previsto na Constituição de 1988, no art. 5º, inciso LIV, *in verbis*: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Trata-se de um princípio que norteia os demais previstos no que diz respeito ao processo. Ademais, conforme preceitua José Afonso da Silva:

O princípio do *devido processo legal* entra agora no Direito Constitucional positivo com um enunciado que vem da Carta Magna inglesa: *ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal* (art. 5º, LIV). Combinado com o direito de acesso à Justiça (art. 5º, XXXV) e o contraditório e a plenitude de defesa (art. 5º, LV), fecha-se o ciclo das garantias processuais. Garante-se o *processo*, e “quando se fala em ‘processo’, e não simples procedimento, alude-se, sem dúvida, a formas instrumentais adequadas, a fim de que a prestação jurisdicional, quando entregue pelo Estado, dê a cada um o que é seu, segundo os imperativos da ordem jurídica. E isso envolve a garantia do contraditório, a plenitude do direito de defesa, a isonomia processual e a bilateralidade dos atos procedimentais”, conforme autorizada lição de Frederico Marques<sup>86</sup>.

O *due process of law* (devido processo legal), nesse contexto, nas precisas lições de Gustavo Badaró, deve ser analisado sob dois aspectos: enquanto devido processo legal substantivo e processual. O primeiro, diz respeito a imprescindibilidade da razoabilidade das leis, isto é, na necessidade de se validar as normas e atos praticados pelo Poder Público de acordo com a razoabilidade, racionalidade e, por conseguinte, proporcionalidade. Desse modo, caberia ao Poder Judiciário o *judicial review*

---

<sup>85</sup> Ibid., p. 65-66.

<sup>86</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 42. ed. São Paulo: Malheiros 2019, p. 434-435.

*of legislation*, ou seja, a verificação da compatibilidade da lei ou do ato emanado pelo Poder Público com os preceitos do devido processo legal, da razoabilidade e da proporcionalidade<sup>87</sup>.

Nessa perspectiva, menciona-se a lição de Luiz Gustavo Grandinelli ao expor que:

Quanto ao aspecto substantivo do devido processo legal, é possível ao aplicador da lei aferir se a imposição de qualquer medida coativa processual penal atende ao que reclama a razoabilidade ou a racionalidade, ou, em outros termos, se a medida processual é proporcional, ou seja, se é legal, teleologicamente justificável, necessária, idônea e preencha os demais requisitos de motivação e judicialidade<sup>88</sup>.

Já o devido processo legal sob o aspecto processual diz respeito às regras processuais penais e de efetivo acesso à justiça. Engloba os princípios e garantias consagrados na CRFB/88 como o juiz natural, contraditório e ampla defesa, publicidade, presunção de inocência, dignidade da pessoa humana, dentre outros<sup>89</sup>.

A justiça consensual penal, desse modo, apresenta inúmeras desconformidades com as prerrogativas dos acusados. De modo exemplificativo, tem-se a possibilidade de imposição de sanção sem processo e o uso da confissão como instrumento necessário para a celebração de um

---

<sup>87</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 96-97.

<sup>88</sup> CARVALHO, Luis Gustavo Grandinelli Castanho de. *Processo penal e Constituição: princípios constitucionais do processo penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 172-173.

<sup>89</sup> Dessa maneira, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, ao abordar a garantia do devido processo legal adverte que: “É provável que a garantia do devido processo legal configure uma das mais amplas e relevantes garantias do direito constitucional, se considerarmos a sua aplicação nas relações de caráter processual e nas relações de caráter material (princípio da proporcionalidade/ direito substantivo). Todavia, no âmbito das garantias do processo é que o devido processo legal assume uma amplitude inigualável e um significado ímpar como postulado que traduz uma série de garantias hoje devidamente especificadas e especializadas nas várias ordens jurídicas. Assim, cogita-se de devido processo legal quando se fala de (1) direito ao contraditório e à ampla defesa, de (2) direito ao juiz natural, de (3) direito a não ser processado e condenado com base em prova ilícita, de (4) direito de não ser preso senão por determinação da autoridade competente e na forma estabelecida pela ordem jurídica. (...) Nesse sentido, princípio do devido processo legal possui um âmbito de proteção alargado, que exige o *fair trial* não apenas dentre aqueles que fazem parte da relação processual, ou que atuam diretamente no processo, mas de todo o aparato jurisdicional, o que abrange todos os sujeitos, instituições e órgãos, públicos e privados, que exercem, direta ou indiretamente, funções qualificadas, constitucionalmente, como essenciais à justiça”. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 621-622.

acordo, estes ferem, respectivamente os princípios *nulla poea sine iudicio* e o princípio da não autoincriminação estabelecido na Carta Magna.

Ademais, os institutos negociais corroboram com a mentalidade inquisitorial presente no Poder Judiciário, haja vista que, diante da disparidade entre acusado e acusação e, em razão de um sistema carcerário sucateado, o acordo apresenta-se como uma via para que o indiciado evite entrar nesse sistema colapsado. No entanto, trata-se de uma escolha ingrata, uma vez que o sistema carcerário não pode restar em “estado de coisas inconstitucional”, declarado em sede da ADPF nº 347, pelo STF<sup>90</sup>, cabe a administração pública junto ao Poder Executivo garantir a melhora do sistema como um todo, de modo que o acusado não renuncie as suas garantias para obtenção de um benefício em razão do receio de ingressar nesse sistema.

A justiça penal negociada está sendo colocada como uma via alternativa, uma solução para a crise do sistema, contudo, a experiência de outros países, notadamente nos Estados Unidos, demonstra o contrário. Objetivamente, a proposta por maior eficiência e soluções mais rápidas significam a retirada de direitos, louvavelmente conquistadas - não concedidas - após o Regime Militar, período em que diversos direitos e garantias foram suprimidos para a manutenção de um governo autoritário.

Nessa perspectiva, a justiça consensual pode representar um retrocesso nessas conquistas, privilegiando ricos em detrimento de pobres. Contudo, se incorporada à luz do sistema acusatório garantista e, ainda, extirpando-se a mentalidade inquisitorial, pode vir a ser um meio de, em determinados e sob estritos critérios, possibilitar uma resolução de um caso penal por fora do sistema clássico, notoriamente seletivo e punitivista.

---

<sup>90</sup> STF, MC/ADPF n 347/DF, Rel. Ministro Marco Aurélio, Brasília, 9 set. 2015.



### 3.1 Princípios e Garantias processais penais na Constituição Federal de 1988: A consagração do Estado Democrático de Direito

A Constituição Federal de 1988, conhecida como Constituição Cidadã, em razão de seu caráter democrático e de confluência de interesses das diversas camadas da população, prevê uma série de princípios e garantias fundamentais coletivos e individuais. Estes que restam consagrados em inúmeros dispositivos legais, com maior destaque para as garantias estabelecidas no art. 5º e incisos, do referido diploma.

Nessa perspectiva, como explicitado, a Constituição estatui um sistema de garantias mínimas ao acusado e estabelece o sistema acusatório como modelo prevalente, de modo que, somente será legítimo o uso do poder punitivo, por meio da aplicação das penas, se forem respeitados e efetivados os direitos fundamentais.

Alexandre Morais da Rosa, ao analisar o exercício da jurisdição em um país democrático, assevera que:

No campo do Direito Penal o manejo do poder no Estado Democrático de Direito deve se dar de maneira controlada, evitando-se a arbitrariedade dos eventuais investidos no exercício do poder Estatal. **Para que as sanções possam se legitimar democraticamente precisam respeitar os Direitos Fundamentais, apoiando-se numa cultura igualitária e sujeita à verificação de suas motivações, porque o poder estatal deve ser limitado, a saber, somente pode fazer algo – por seus agentes – quando expressamente autorizado.** (...). Em face do monopólio do Estado na imposição de penas, somente o Estado Juiz pode reconhecer responsabilidade penal, impor sanções, analisar questões, sem possibilidade de sua reabertura eterna, mediante a fixação da coisa julgada. (...). O monopólio penal é do Estado e não pode ser delegado. (...). A intervenção e fundamento da Jurisdição Penal é o mesmo da guerra, a saber, exclusivamente político, com o fim de sustentar o controle social e suas práticas (des)normalizadoras, acertando discursivamente, por decisão judicial, as condutas criminalizadas<sup>91</sup>. (grifou-se)

Desse modo, serão abordados os princípios basilares formadores do sistema de garantias do acusado demarcadores do Estado Democrático de Direito, estando este consagrado como no art. 1º, da CRFB/88. Segundo a precisa lição de José Afonso da Silva:

---

<sup>91</sup> ROSA, Alexandre Morais da. *Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 124-125.

A democracia que o Estado Democrático de Direito realiza há de ser um processo de convivência social numa sociedade livre justa e solidária (art. 3º, I), em que o poder emana do povo, e deve ser exercido em proveito do povo, diretamente ou por representantes eleitos (art. 1º, parágrafo único); participativa, porque envolve a participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos do governo; pluralista, porque respeita a pluralidade de ideias, culturas e etnias e pressupõe assim o diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes e a possibilidade de convivência de formas de organização e interesses diferentes da sociedade; há de ser um processo de liberação da pessoa humana das formas de opressão que não depende apenas do reconhecimento formal de certos direitos individuais, políticos e sociais, mas especialmente da vigência de condições econômicas suscetíveis de favorecer o seu pleno exercício<sup>92</sup>.

Portanto, deve-se compreender o papel preponderante do processo penal na consecução das garantias do acusado, sendo este o dever do juiz, qual seja garantir a limitação do poder punitivo do Estado, assegurando-se os direitos fundamentais previstos na Constituição. Somente assim, com o devido respeito às referidas garantias, com a revisão da mentalidade inquisitorial e a assunção do modelo acusatório é que o Estado Democrático de Direito restará estabelecido.

Diante disso, serão apresentados os principais princípios processuais penais que dizem respeito ao referido sistema de garantias e, portanto, do Estado Democrático de Direito. Ademais, como exposto, a CRFB/88 consagrou o modelo acusatório e o princípio dispositivo como precursor dos demais, deve-se compreendê-los, portanto, tendo em vista o risco inerente ao processo, de modo a analisá-los enquanto garantias do acusado frente ao *ius puniendi* do Estado e o uso arbitrário por seus agentes.

### 3.1.1 Princípio da Jurisdicionalidade

Estabelece o referido princípio, assentado pelo brocardo latino *nulla poena, nulla culpa sine iudicio*, está previsto expressamente no art. 5º, inciso XXXV, da CRFB/88, *in verbis*: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, sendo uma das premissas para o exercício do direito de ação. Segundo Aury Lopes Jr.: “A garantia da jurisdição significa muito mais do que apenas ‘ter um juiz’, exige ter um juiz

---

<sup>92</sup> SILVA. *Curso de direito constitucional positivo* op. cit., p. 122.

imparcial, natural e comprometido com a máxima eficácia da própria Constituição”<sup>93</sup>.

Dessa maneira, para além do poder-dever de dizer o direito (*iuris dictio*), isto é, da sua característica essencial de estabilizadora dos casos penais por meio de uma decisão condenatória ou absolutória e, após o transcurso do processo, torná-la definitiva por intermédio da coisa julgada, trata-se de uma garantia dos cidadãos, não podendo ser por eles renunciada<sup>94</sup>.

Conforme anteriormente explicitado, o Estado exerce exclusivamente o *ius puniendi*, isto é, detêm o monopólio legítimo do uso da força, sendo que o processo é imprescindível para a aplicação da pena. Esclarece a autora Cristina Di Gesu que:

Somente os órgãos jurisdicionais podem declarar a existência de um delito e impor uma pena, por meio do processo. Trata-se do monopólio da jurisdição criminal pelo Estado. (...). A jurisdição em sentido estrito refere-se aos procedimentos e às garantias de que depende o caráter cognoscitivo ou declarativo do juízo, formada pelo conjunto de três teses: *nullum iudicium sine accusatione, sine probatione y sine defensione*. Supõe a forma acusatória de processo, explica FERRAJOLI. Tais garantias processuais primárias significam: a) a formação de acusação e a efetiva contratação (*nullum iudicium sine accusatione*); b) a prova a cargo do órgão acusador (*nulla accusatio sine probatione*) e c) o direito de defesa (*nulla probatio sine defensione*)<sup>95</sup>.

Diante da imprescindibilidade do regular tramite do processo para a aplicação da pena, esclarece Aury Lopes Jr., “o acesso à jurisdição é premissa

<sup>93</sup> LOPES JR. *Direito Processual Penal* op. cit. p. 66.

<sup>94</sup> Adverte o autor Jacinto Coutinho que: “Não é demais lembrar, também, em tempos de *neoliberalismo* e *Estado mínimo* (...), que a *jurisdição*, a par de ser um *poder* – e como tal deve ser estudado com proficiência –, é uma *garantia constitucional do cidadão*, da qual não se pode abrir mão. As críticas, neste raio, por evidente que são bem-vindas, porque se há de pesar, sempre, em aprimoramento do *poder* e dos *órgãos que o exercem*. Haverão de ser, portanto, *construtivas*. Não é, porém, o que se tem visto; e com frequência. Incautos e insipientes lançam-se na aventura *eficientista* e *minimalista*, de cariz eminentemente economicista, donde fazem um ataque desarrazoado à jurisdição, em geral buscando suprimi-la, em largos espaços, quando não mais importantes para, quem sabe, reservarem-lhe as *questões menores*. A hipótese é absurda. Em definitivo, *não há democracia, neste país, sem a regra do art. 5º, XXXV, da CF*: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. (grifos do autor) COUTINHO. *Introdução aos princípios gerais...* op. cit., p. 29.

<sup>95</sup> DI GESU, Cristina. *Prova penal e falsas memórias*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2022, p. 59.

material e lógica para a efetividade dos direitos fundamentais”<sup>96</sup>, sendo certo que o juiz passa a exercer um papel preponderante nessa lógica, qual seja:

O juiz assume uma nova posição no Estado Democrático de Direito, e a legitimidade de sua atuação não é política, mas constitucional, consubstanciada na função de proteção dos direitos fundamentais de todos e de cada um, ainda que para isso tenha que adotar uma posição contrária à opinião da maioria. Deve tutelar o indivíduo e reparar as injustiças cometidas e absolver quando não existirem provas plenas e legais (abandono completo do mito da verdade real)<sup>97</sup>.

Diante disso, o princípio da jurisdição deve ser consubstanciado pelos princípios da imparcialidade e do juiz natural.

### 3.1.2 Princípio da Imparcialidade do Juiz

Infere-se do princípio da imparcialidade do juiz que, ao contrário do que possa parecer, não se trata de neutralidade do julgador, pois todo indivíduo é imbuído por valores próprios, crenças, opiniões políticas e ideológicas, mas da posição de alheamento do magistrado da gestão das provas<sup>98</sup>. O que se pretende, ao revés, é a garantia da imparcialidade do juiz enquanto terceiro afastado das partes, isto é, a garantia de um julgador enquanto mero espectador<sup>99</sup>. Trata-se, conforme preceitua o autor Pedro Aragonese Alonso, portanto, de um “princípio supremo do processo”<sup>100</sup>.

<sup>96</sup> LOPES JR. *Direito Processual Penal* op. cit. p. 66.

<sup>97</sup> Ibid., p. 67.

<sup>98</sup> Conforme preceitua a Desembargadora aposentada do TJ-SP, Kenarik Boujikian: “A neutralidade é um mito, mas a imparcialidade é dever. (...). **O juiz deve se colocar entre as partes e manter a mesma distância entre ambas, que têm direito a ter as mesmas oportunidades processuais e serem tratadas de forma absolutamente igualitária.** Cada uma das partes tem um papel próprio a cumprir na relação processual, de modo que não pode ocorrer substituição e nem compartilhamento. **Exercem funções inconciliáveis: quem acusa ou quem defende não julga e vice-versa.** (...). Se o processo for julgado por juiz parcial não teremos um julgamento, mas uma fraude, pois **a imparcialidade compõe a própria jurisdição, não restando outra alternativa senão reconhecer que aqueles atos não têm qualquer valor.** (...). Juiz que atua com parcialidade corrompe a jurisdição e mancha o Poder Judiciário. Não se trata de uma questão que alcança exclusivamente as partes. Estas são diretamente atingidas, mas **a atuação parcial afeta o Poder e a democracia**”. (grifou-se). BOUJIKIAN, Kenarik. Neutralidade é um mito, mas a imparcialidade do juiz é um dever. *Consultor Jurídico*, 29 jan. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jul-29/escritos-mulher-neutralidade-mito-imparcialidade-juiz-dever?imprimir=1>>. Acesso em: 6 nov. 2022.

<sup>99</sup> Como elucida Aury Lopes Jr.: (...) a *parcialidade* significa um estado subjetivo, emocional, um **estado anímico do julgador**. A imparcialidade corresponde exatamente a essa posição de terceiro que o Estado ocupa no processo, por meio do juiz, atuando como órgão supraordenado às partes ativa e passiva. (grifos do autor). LOPES JR. *Direito Processual Penal* op. cit., p. 70.

<sup>100</sup> ARAGONESES ALONSO. Apud. LOPES JR. *Direito Processual Penal* op. cit., p. 70.

Jacinto Coutinho adverte, nessa perspectiva, que devem ser superadas as estruturas de neutralidade e imparcialidade do juiz, para a consecução da função do juiz no processo enquanto garantidor dos direitos fundamentais do acusado. Expõe o autor que:

*(...) democracia – a começar a processual – exige que os sujeitos se assumam ideologicamente. Por esta razão é que não se exige que o legislador, e de consequência o juiz, seja tomado completamente por neutro, mas que procure, à vista dos resultados práticos do direito, assumir um compromisso efetivo com as reais aspirações das bases sociais. Exige-se não mais a neutralidade, mas a clara assunção de uma postura ideológica, isto é, que sejam retiradas as máscaras hipócritas dos discursos neutrais, o que começa pelo domínio da dogmática, apreendida e construída na base da transdisciplinariedade<sup>101</sup>.*

Nesse contexto, importante mencionar a crítica de Aury Lopes Jr. quanto aos poderes instrutórios do juiz, conforme explicitado no capítulo anterior, em que se analisou a fase do inquérito policial e a necessidade da implementação do Juiz das Garantias para a consecução do sistema acusatório pátrio. Adverte o autor que:

Mas tudo isso cai por terra quando se atribuem poderes instrutórios (ou investigatórios) ao juiz, pois a gestão ou iniciativa probatória é característica essencial do princípio inquisitivo que leva, por consequência, a fundar um sistema inquisitório. A gestão/iniciativa probatória nas mãos do juiz conduz à figura do *juiz-ator* (e não espectador), núcleo do sistema inquisitório. Logo, destrói-se a estrutura dialética do processo penal, o contraditório, a igualdade de tratamento e, por derradeiro, a imparcialidade – o princípio supremo do processo. (...). Esse é um risco sempre presente no modelo brasileiro, que carrega uma tradição inquisitória fortíssima (e com ela uma cultura inquisitória ainda mais resistente) pois somente com a Lei n. 13.964 e a inserção do art. 3º-A é que nosso CPP consagrou expressamente a adoção do sistema acusatório e, portanto, o afastamento do agir de ofício do juiz na busca de provas, decretação de prisão etc. (...). **Recordemos que não se pode pensar sistema acusatório desconectado do princípio da imparcialidade e do contraditório, sob pena de incorrer em grave reducionismo<sup>102</sup>.** (grifos o autor)

Para o autor, ainda, não basta apenas a separação inicial das funções de acusar e julgar para que se possa falar em um sistema acusatório efetivo, deve haver um alheamento do juiz das atividades investigatórias para a valoração probatória. Sendo que tal distanciamento possibilita verificar o

<sup>101</sup> COUTINHO. *O Papel do Novo Juiz no Processo Penal* op. cit., n. p.

<sup>102</sup> LOPES JR. *Direito Processual Penal* op. cit., p. 71.

Ademais, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos no ano de 1982, firmou entendimento no sentido de que o juiz, ao atuar na fase investigatória gera dúvida quanto a sua imparcialidade, tornando-se incompatível com a atribuição de julgar<sup>105</sup>.

Desse modo, seriam duas as possíveis imparcialidades a que um juiz poderia se submeter, de ordem subjetiva e objetiva, tornando-o incompatível para o exercício de sua função precípua. Aury Lopes Jr. ao tratar da temática afirma que:

Em razão da teoria da aparência adotada nos julgamentos do TEDH, em havendo dúvida razoável quanto a imparcialidade do julgador, este deve ser afastado. Nesse sentir, não basta ao juiz ser imparcial, este deve aparentar ser imparcial, conferindo legitimidade a sua atuação perante a sociedade<sup>107</sup>.

107 TERÇAROLLI, André Fini. Juiz de garantias é instrumento que pode assegurar a imparcialidade do julgador. *Consultor Jurídico*, 15 out. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-10-15-tercarolli>>.

Como abordado anteriormente, a estrutura do Código de Processo Penal permite que o juiz atue na fase investigativa, de caráter pré-processual, de modo a deferir os requerimentos do Ministério Público e da autoridade policial, de modo a atingir a esfera dos direitos fundamentais do acusado.

Ao participar dessa fase preliminar, isto é, ao longo do inquérito policial, o julgador passa a se contaminar com essa tomada de decisões e com a coleta dos elementos de prova, há a formação de um prejulgamento sobre a culpa dos investigados, ferindo-se de pronto a garantia da imparcialidade do juiz<sup>108</sup>.

Diante disso, a prevenção se apresenta como uma grande problemática para a efetivação do julgamento por um juiz imparcial. Isso pois, o magistrado atuará enquanto juiz-instrutor a realizar atividade investigativa, sendo para Aury Lopes Jr. uma causa de exclusão da competência<sup>109</sup>. Portanto, o juiz das garantias apresenta-se como a solução para a exclusão do mesmo julgador da fase investigativa e da fase processual.

### 3.1.2 Princípio do Juiz Natural

A jurisdição comporta ainda, a garantia do Juiz Natural, consagrado no art. 5º, inciso XXXVII, da CRFB/88, segundo o qual: “não haverá juízo ou tribunal de exceção”. No sentir de Jacinto Coutinho: “O princípio do juiz natural é expressão do princípio da isonomia e também um pressuposto de imparcialidade”<sup>110</sup>.

Trata-se de um princípio que deve ser compreendido sob dois aspectos, quais sejam: vedação ao tribunal de exceção, ou seja, a proibição

---

out-15/tercarolli-juiz-garantias-garantir-imparcialidade-julgador?imprimir=1 >. Acesso em: 6 nov. 2022.

<sup>108</sup> Adverte o autor, ainda, que: “A grande problemática decorre das hipóteses geradoras da prevenção, que vinculam o magistrado funcionalmente ao julgamento da ação penal, apesar da possibilidade de contaminação subjetiva e, como consequência, o desequilíbrio da atividade cognitiva. Pois o magistrado que formou seu convencimento prévio durante a instrução processual tenderá a ser mais receptivo às provas que confirmam sua hipótese, de forma a desprezar os elementos ofertados em sentido contrário.” Ibid., n. p.

<sup>109</sup> LOPES JR. *Direito Processual Penal* op. cit. p. 76-77.

<sup>110</sup> COUTINHO. *Introdução aos princípios gerais...* op. cit., p. 34.

da criação de um tribunal *post facto* e, enquanto regra de competência, isto é, a definição do órgão do Poder Judiciário competente por meio da lei, notadamente, a Constituição, anteriormente a prática do crime (art. 5º, LIII, da CRFB/88: “não haverá juízo ou tribunal de exceção”). Conforme preceitua Eugênio Pacelli:

O Direito brasileiro, adotando o juiz natural em suas duas vertentes fundamentais, a da vedação de tribunal de exceção e a do juiz cuja competência seja definida anteriormente à prática do fato, reconhece como juiz natural o órgão do Poder Judiciário cuja competência, previamente estabelecida, derive de fatos constitucionais. E a razão de tal exigência assenta-se na configuração do nosso modelo constitucional republicano, em que as funções do Poder Público e, particularmente, do Judiciário, têm distribuição extensa e minudente. Em inúmeras ordenações, sobretudo europeias, não se vai muito longe na definição dos órgãos da jurisdição. Normalmente, deixa-se para o legislador a fixação da competência jurisdicional. Ali, a garantia é a do *juiz legal*, isto é, conforme definido em lei<sup>111</sup>.

Em consonância com o exposto, Alexandre Morais da Rosa, ao analisar o referido princípio salienta que:

Conquista democrática, o Juiz Natural busca evitar o Juiz de ocasião. Atribui-se ao princípio do juiz natural três significados distintos, embora correlatos: (i) juiz pré-constituído pela lei e não concebido após o fato; (ii) impossibilidade de derrogação e indisponibilidade de competência; e, (iii) proibição de juízes extraordinários e especiais. Assim é que não se podem criar juízos de ocasião, devendo-se analisar a competência em face dos juízes existentes no momento da imputação. Na tradição constitucional brasileira (CR, art. 5º, LIII), o princípio do juiz natural emprega dupla finalidade, proibindo tribunais de exceção e não consentindo com a transferência da competência para outro tribunal (avocação). É aquele previsto por Lei em sentido estrito, antes do fato imputado, não se podendo alterar posteriormente<sup>112</sup>.

Diante disso, o princípio do juiz natural se afigura como uma garantia de que o acusado será julgado por uma autoridade previamente estabelecida evitando-se, com isso, a possibilidade de escolha do julgador pelas partes, sendo uma fraude processual essa forma de ingerência. Aury Lopes Jr., nessa perspectiva, elucida que: O princípio do juiz natural não é mero atributo do juiz, senão um verdadeiro pressuposto para sua própria existência<sup>113</sup>”.

---

<sup>111</sup> PACELLI. *Curso de Processo Penal* op. cit., p. 32.

<sup>112</sup> ROSA. *Guia compacto do processo penal...* op. cit., p. 128.

<sup>113</sup> LOPES JR. *Direito Processual Penal* op. cit., p. 68.



Ademais, importante mencionar a lição de Aury Lopes Jr. ao esclarecer que o juiz passa a ter uma nova função no processo, qual seja a de garantidor dos direitos fundamentais, sendo certo que:

A legitimidade democrática do juiz deriva do caráter democrático da Constituição, e não da vontade da maioria. O juiz tem uma nova posição dentro do Estado de Direito, e a legitimidade de sua atuação não é política, mas constitucional, e seu fundamento é unicamente a intangibilidade dos direitos fundamentais. É uma legitimidade democrática, fundada na garantia dos direitos fundamentais e baseada na democracia substancial<sup>114</sup>.

Desse modo, o juiz deve ser um terceiro imparcial, alheio a gestão das provas, um julgador enquanto espectador que busca a garantia dos direitos fundamentais. Devendo, ainda, que o órgão jurisdicional competente para o julgamento do caso concreto esteja estabelecido previamente (juiz natural). Portanto, legítimo é o juiz que não busca fazer justiça, mas que atua em estrita observância da garantia dos direitos fundamentais estabelecidos na Constituição, recebendo as provas de maneira dialética e legitimando sua atuação por meio da motivação de suas decisões.

Conforme elucida o juiz federal Eduardo Appio:

Nada ofende mais a confiança que o cidadão comum deposita em seu sistema de Justiça do que a sensação, ainda que subjetiva, de que o juiz já predeterminou o resultado de seu julgamento sem nem mesmo ouvir o que o acusado tem a dizer. (...). O senso de pertencimento (aquilo que Ronald Dworkin chamava de concepção dependente ou substantiva de democracia) do cidadão comum em seu meio social pressupõe esta confiança no seu sistema de Justiça. Sem esse elemento nuclear do sistema, empresas e cidadãos comuns passarão a praticar seus atos a revelia da legislação vigente, buscando formas alternativas de composição dos litígios longe do Judiciário (como a mediação) ou mesmo recorrendo a tribunais fora de seus países de origem (algo bastante comum em contratos ditos de massa ou entre empresas transnacionais)<sup>115</sup>.

Nessa perspectiva, e ao que parece, a Justiça Penal Negociada está atrelada a esse movimento de ampliação das modalidades de resolução consensual de conflitos, sendo certo que há o risco iminente de desrespeito às garantias fundamentais do acusado. Sua ampliação decorre do próprio

---

<sup>114</sup> Ibid., p. 69.

<sup>115</sup> APPIO, Eduardo. O princípio do juiz natural: não se pode jogar com dados viciados. *Consultor Jurídico*, 17 mar. 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-mar-17/eduardo-appio-principio-juiz-natural?imprimir=1>>. Acesso em: 7 nov. 2022.

entendimento do Poder Judiciário de que deve haver uma resolução dos casos penais de forma eficiente, entendimento este desconforme com a verdadeira delegação do poder de punir ao Estado. O que se pretende com o monopólio do uso da força pelo Estado é a garantia dos direitos fundamentais, não uma ressignificação e retomada do uso da força pelos mais fortes.

Diante disso, conforme preceitua o magistrado Eduardo Appio:

O princípio do juiz natural é uma espécie de irmão siamês do princípio da imparcialidade do juiz, porque sua decorrência lógica. Um juiz escolhido ao acaso, por sorteio, apresenta maiores chances de se apresentar absolutamente distante do interesse das partes e as estratégias de acusação e defesa não tomarão em conta o perfil ideológico do juiz. (...). Sintetizando, a irretroatividade das leis criminais e o princípio do juiz natural são os dois pilares sobre os quais se sustenta todo edifício jurídico de um país. A interpretação que os tribunais conferem a esses dois institutos milenares é tradicionalmente caracterizada por uma grande dose de cautela, pois qualquer mitigação da sua força axiológica certamente irá impactar na própria subsistência do princípio do devido processo. Não se pode fragilizar garantias constitucionais sob o argumento de que os resultados justificam os meios. (...). Uma das características mais gratificantes — talvez a mais importante — da atividade judicial é a sensação de que o processo é um caminho a ser percorrido com liberdade de pensamento e livre da pressão das ruas. (...). A percepção de que as partes apresentam versões diferentes e até geralmente opostas sobre um mesmo fato não deve causar qualquer ansiedade no juiz, pois o seu papel não é de extrair uma verdade real inalcançável a qualquer custo. Nem mesmo os torturadores conseguem arrancar essa verdade real. Na melhor das hipóteses arranca-se a dignidade e a completa rendição psicológica do interrogado/delator. Muito distante da verdade real<sup>116</sup>.

O magistrado, desse modo, deve basear-se apenas nas provas produzidas em contraditório para proferir uma decisão, deve estar alheio a pressões políticas e demandas sociais, deve pautar-se na garantia dos direitos fundamentais dos acusados de modo a legitimar o poder de penar.

### 3.1.3 Princípios da Indeclinabilidade e da Inércia da Jurisdição

Na esteira do exposto, o juiz natural, enquanto juízo competente para julgar determinado caso não pode declinar sua competência, não pode imiscuir-se a resolução do caso quando provocado. Trata-se, pois, do princípio da indeclinabilidade da jurisdição, corolário do juiz natural,

---

<sup>116</sup> Ibid., n. p.

segundo o qual, nas lições de Jacinto Coutinho, por meio da transferência do monopólio do uso da força, a jurisdição passa a ser indeclinável:

(...) tal atividade estatal passou a ser indeclinável. Desta forma, desde que provocado, o estado, através do Poder Judiciário, não pode furtar-se à resolução de uma lide ou, no que diz com o processo Penal, ao acerto de um caso penal. (...). Assim, tendo em vista o que já se expôs acerca do princípio do juiz natural, tem-se que o juiz competente para julgar determinada causa, ou seja, para exercer a jurisdição em relação a determinado caso concreto, não poderá declinar de tal exercício. Ora, por sua face operacionalizada (competência), tem-se a jurisdição como exclusiva de quem detém e excludente dos demais; daí por que não se admite, ademais, a *prorrogação* e a *delegação* da competência (outros dois princípios decorrentes da indeclinabilidade), sob pena de usurpação de função pública<sup>117</sup>.

Já o princípio da inércia da jurisdição significa que a jurisdição é inerte e desautoriza a atuação de ofício pelo juiz, o juízo, para tanto, só age mediante provocação das partes. O referido princípio é inerente ao sistema acusatório democrático, pois visa a buscar a imparcialidade do julgador e seu distanciamento das partes.

Significa dizer, ainda, que o julgador fica restrito ao julgamento do que foi pedido pela acusação na inicial, isto é, fica vedado o julgamento *ultra petita*, *extra petita* e *citra petita*, devendo haver uma correlação entre a imputação e a sentença, sendo vedado ao magistrado, ainda, atuar na gestão das provas, sob pena de ferir o referido princípio<sup>118</sup>.

#### 3.1.4 Princípio da Presunção de Inocência e suas dimensões

Previsto expressamente na Constituição Federal de 1988 no art. 5º, inciso LVII, *in verbis*: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” e no art. 8º, 2, da Convenção Americana de Direitos Humanos<sup>119</sup>. Trata-se de um dos principais princípios

<sup>117</sup> COUTINHO. *Introdução aos Princípios...* op. cit., p. 36.

<sup>118</sup> Ibid., p. 37-38.

<sup>119</sup> Artigo 8. Garantias judiciais. 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: (...) a. direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal; (...). b. comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada; (...). c. concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa; (...). d. direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de

a darem efetividade ao devido processo legal e ao Estado Democrático de Direito, embasando o sistema acusatório. Deve ser compreendido enquanto garantia do acusado frente aos possíveis abusos do poder punitivo e prescreve o acusado na qualidade de sujeito do processo.

Conforme prescreve Gustavo Henrique Badaró: “A primeira, e talvez a mais importante forma de analisar este princípio, é como garantia política do cidadão. A presunção de inocência é, antes de tudo, um princípio político!”<sup>120</sup>. Em consonância com tal entendimento, afirma Cristina Di Gesu que: “A presunção de inocência pode ser conceituada como uma opção garantista a favor da tutela da imunidade dos inocentes, inclusive, ao preço da imunidade de algum culpado, traduzindo-se em um princípio fundamental de civilidade”<sup>121</sup>.

Em se tratando de um princípio nodal do sistema processual penal acusatório, em razão de seu caráter democrático e assecuratório dos direitos fundamentais, deve haver a supressão do ideário do sistema inquisitorial de presunção de culpabilidade, devendo-se tratar o princípio da inocência como pressuposto basilar de tratamento dos acusados. O acusado deve ser entendido como sujeito processual, não mais como objeto do processo detentor da “verdade real”, deve-se buscar, como dito, a verdade processual.

Noutros termos, assegura-se ao acusado, presumidamente inocente, todas as garantias do devido processo legal, dentre as quais, o contraditório e a ampla defesa, defesa técnica, paridade de armas, publicidade e motivação das decisões, o direito ao silêncio, dentre outros. Dessa maneira, tais

---

comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor; (...) e. direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei; (...). f. direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos; (...). g. direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada; e (...). h. direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.

<sup>120</sup> LOPES JR., Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. Presunção de inocência: Do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória. *Consultor Jurídico*. 2016, p. 7. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/parecer-antecipacao-pena.pdf>>. Acesso em: 08 nov. 2022.

<sup>121</sup> DI GESU. *Prova penal e falsas memórias* op. cit., p. 64.

garantias visam possibilitar ao acusado que este apresente a sua versão dos fatos de modo dialético, isto é, em contraposição ao órgão acusador, pretendendo-se, com isso, levar ao livre convencimento motivado do julgador<sup>122</sup>.

Nessa perspectiva, adverte o Gustavo Badaró, em complemento ao exposto que:

O processo, e em particular o processo penal, é um microcosmos no qual se refletem a cultura da sociedade e a organização do sistema político. Não se pode imaginar um estado de Direito que não adote um processo penal acusatório e, como seu consectário necessário, a presunção de inocência. que é, nas palavras de PISANI, um “presupposto implícito e peculiare del processo accusatorio penale”. O princípio da presunção de inocência é reconhecido, atualmente, como componente basilar de um modelo processual penal que queira ser respeitador da dignidade e dos direitos essenciais da pessoa humana. Há um valor eminentemente ideológico na presunção de inocência. Liga-se, pois, à própria finalidade do processo penal: um processo necessário para a verificação jurisdicional da ocorrência de um delito e sua autoria<sup>123</sup>.

Conforme estabelecido na Constituição Federal: “ninguém será considerado culpado até o *trânsito em julgado* de sentença penal condenatória”, trata-se de um marco que determina que o acusado é presumidamente inocente até o trânsito em julgado. Deve-se entender por trânsito em julgado quando não couber mais recursos. Apesar da existência de tal garantia, não quer dizer que não há prisão antes desse momento, pode haver a prisão cautelar do acusado, desde que presentes seus requisitos e de modo excepcional, posto ser a liberdade a regra e a prisão uma exceção.

Gustavo Henrique Badaró afirma que:

A presunção de inocência assegura a todo e qualquer indivíduo um prévio estado de inocência, que somente pode ser afastado se houver prova plena do cometimento

---

<sup>122</sup> Vale mencionar, diante disso, a precisa lição de Eugênio Pacelli, ao afirmar que: “Afirma-se frequentemente em doutrina que o princípio da inocência, ou *estado* ou *situação jurídica* de inocência, impõe ao Poder Público a observância de duas regras específicas em relação ao acusado: uma de *tratamento*, segundo a qual o réu, em nenhum momento do *iter persecutório*, pode sofrer restrições pessoais fundadas exclusivamente na possibilidade de condenação, e outra de fundo *probatório*, a estabelecer que todos os ônus da prova relativa à existência do fato e à sua autoria devem recair exclusivamente sobre a acusação. À defesa restaria apenas demonstrar a eventual incidência de fato caracterizador de excludente de ilicitude e culpabilidade, cuja presença fosse por ela alegada. PACELLI. *Curso de Processo Penal* op. cit., p. 39-40.

<sup>123</sup> LOPES JR; BADARÓ. op. cit., p. 7.

de um delito. O estado de inocência somente será afastado com o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória<sup>124</sup>.

Importante mencionar, nesses termos, a decisão do STF no HC nº 126.292/SP, ao estabelecer ser possível a execução provisória da pena diante da condenação confirmada em sede de segundo grau. Trata-se de um posicionamento, posteriormente revisado, que entendeu não ferir o princípio da inocência consagrado no art. 5º, inciso LVII da Constituição Federal, mesmo que pendente recurso especial ou extraordinário, em clara violação ao texto legal, que assegura a presunção de inocência até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória<sup>125</sup>.

Tal entendimento, acertadamente, foi revisado pela Suprema Corte em sede das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43, 44 e 54, julgados em conjunto, restando consignado que não caberia prisão logo após a condenação em segunda instância. Desse modo, o Supremo Tribunal Federal voltou ao seu entendimento inicial no sentido da impossibilidade de cumprimento de pena antes do trânsito em julgado, isto é, não seria possível a execução antecipada da pena em respeito ao princípio da presunção de inocência disposto no supramencionado dispositivo legal. Diante disso, vale mencionar o entendimento firmado pelo STF no julgamento das referidas ADCs:

PENA – EXECUÇÃO PROVISÓRIA – IMPOSSIBILIDADE – PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE. Surge constitucional o artigo 283 do Código de Processo Penal, a condicionar o início do cumprimento da pena ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, considerado o alcance da garantia versada no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, no que direciona a apurar para,

---

<sup>124</sup> Ibid., p. 8.

<sup>125</sup> Nesse contexto, restou consignado pela Suprema Corte que: “EMENTA: CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado”. STF, HC n. 126.292/SP, Rel. Ministro Teori Zavascki, Brasília, 17 fev. 2016.

selada a culpa em virtude de título precluso na via da recorribilidade, prender, em execução da sanção, a qual não admite forma provisória<sup>126</sup>.

Destaca-se, ainda, a importante discussão no julgamento do Recurso Extraordinário nº 1.235.340, Tema 1.068, em que há o debate sobre a possibilidade de execução imediata da pena após o veredito do Tribunal do Júri, em condenados a 15 anos de prisão ou mais, conforme a inovação legislativa do art. 492, I, *e*, do CPP, advinda do “Pacote Anticrime”. O ministro relator Luís Roberto Barroso, entende ser possível a execução imediata da pena após a condenação pelo júri. Alega o Ministro da Suprema Corte que:

O conceito e a origem do Júri estão diretamente relacionados com a noção de participação popular na administração da Justiça. O texto originário da Constituição Federal de 1988 fez a opção política de fixar no Tribunal do Júri a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, assegurada a soberania dos seus veredictos. **Soberania que concede ao Júri, portanto, a prerrogativa da última palavra sobre a procedência ou não da pretensão punitiva. De modo que não faria o menor sentido a Constituição atribuir ao Júri o exercício de tão nobre e distinto poder – julgar soberanamente os crimes dolosos contra a vida –, caso o seu veredito pudesse ser livremente modificado pelos tribunais de segundo grau**<sup>127</sup>. (destacou-se).

Em sentido contrário, o Ministro Gilmar Mendes entendeu não ser possível a execução imediata da pena imposta pelo júri, em respeito à presunção de inocência, negando provimento ao recurso vedando-se a imediata execução da pena, julgando, ainda, pela inconstitucionalidade do art. 492, I, *e*, do CPP. Afirmou o Ministro em sede de tese que:

A Constituição Federal, em razão da presunção de inocência (art. 5º, inciso LV), e a Convenção Americana de Direitos Humanos, em razão do direito ao recurso ao condenado (art. 8.2.h) vedam a execução imediata das condenações proferidas por Tribunal do Júri, mas a prisão preventiva do condenado pode ser decretada motivadamente, nos termos do art. 312 CPP, pelo Juiz-Presidente a partir dos fatos e fundamentos assentados pelos Jurados<sup>128</sup>.

<sup>126</sup> Nesses termos, é possível constatar que a decisão foi acertada em respeito à presunção de inocência até o trânsito em julgado, resguardando o direito ao devido processo legal dos acusados; STF, ADC n. 43/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, Brasília, 7 nov. 2019.

<sup>127</sup> STF, RE n. 1.235.340/SC, Rel. Min. Roberto Barroso, Brasília. Disponível em: <[https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/4/6DAC9D4C675685\\_barroso.pdf](https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/4/6DAC9D4C675685_barroso.pdf)>. Acesso em: 10 nov. 2022.

<sup>128</sup> Vide nota de rodapé nº 125.

O entendimento do Ministro Gilmar Mendes, em conformidade com o princípio da presunção de inocência, enquanto valor nodal do devido processo legal e, da disciplina constitucional em consonância com CADH, veda a possibilidade de prisão imediata do réu condenado no Tribunal do Júri<sup>129</sup>. Vale destacar que o julgamento foi suspenso em 8 de novembro de 2022, em razão do pedido de vista do Ministro André Mendonça<sup>130</sup>.

Conforme preleciona o autor Aury Lopes Jr., a presunção de inocência deve ser compreendida enquanto: norma de tratamento, norma probatória e norma de julgamento. No sentir do autor, entende-se por norma de tratamento, enquanto “verdadeiro *dever de tratamento* (na medida em que exige que o réu seja tratado como inocente)”, sendo observado em duas dimensões, quais sejam: interna, em que impõe ao juiz o dever de “tratar o acusado efetivamente como inocente até que sobrevenha eventual sentença penal condenatória transitada em julgado”.

E sob o aspecto externo ao processo, em que se “exige uma proteção contra a publicidade abusiva e a estigmatização (precoce) do réu”. Adverte o autor, ainda, que a presunção de inocência conjugada com as garantias constitucionais da personalidade, quais sejam: imagem, dignidade e privacidade representam um “verdadeiro limite democrático à abusiva exploração midiática em torno do fato criminoso do processo judicial”<sup>131</sup>.

O autor Roger Machado elucida, nesse sentido, que:

A presunção de inocência como norma de tratamento de caráter extraprocessual tem amparo em tratados internacionais a que o Brasil aderiu, sobretudo na CADH e nas decisões da Corte IDH. Trata-se de uma dimensão mais elástica e externa ao

---

<sup>129</sup> Para mais informações sobre o debate, vide artigos: “*STF precisa ser contra prisão imediata de réu condenado no Tribunal do Júri*” e “*O erro lógico da prisão automática no júri: Tema 1.068 do STF*”. FERNANDES, Maíra; SCALCON, Raquel; SOARES, Pollyana de Santana. STF precisa ser contra prisão imediata de réu condenado no Tribunal do Júri. *Consultor Jurídico*, 26 jan. 2022. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2022-jan-26/escritos-mulher-stf-prisao-imediata-reu-tribunal-juri?imprimir=1>>. Acesso em: 10 nov. 2022. LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Moraes da. *O erro lógico da prisão automática no júri: Tema 1.068 do STF*. 11 nov. 2022. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2022-nov-11/limite-penal-erro-logico-prisao-automatica-juri-tema-1068-stf>>. Acesso em: 11 nov. 2022.

<sup>130</sup> Vide nota de rodapé nº 125.

<sup>131</sup> LOPES JR. *Direito Processual Penal...* op. cit., p. 110.



procedimento, vedando manifestações públicas de agentes estatais que explicitamente emitem juízos incriminatórios contra alguém por meio de canais de comunicação ou, de modo geral, por meios de divulgação e propagação de informações, ou seja, a exigência de que o Estado não condene informalmente uma pessoa ou emita um juízo perante a sociedade, contribuindo para a formação de uma opinião pública, enquanto não tenha uma comprovação legal da culpa dessa pessoa (CORTE IDH, 2004; 2013)<sup>132</sup>.

Enquanto norma probatória<sup>133</sup>, posto que, em razão da carga probatória estar inteiramente ligada a atividade acusatória, o réu deve ser tido como inocente, isto é, não deve provar sua inocência, cabe a acusação provar a autoria e materialidade do fato ao acusado. A imputação do fato ao acusado cabe, nesses termos, integralmente à acusação. Desse modo, preleciona Aury Lopes Jr. que:

Não se admite, ainda, nenhum tipo de inversão de carga probatória, sendo censuráveis – por violadores da presunção de inocência – todos os dispositivos legais neste sentido. Não basta “qualquer” prova, é preciso que seja lícita, buscada, produzida e valorada dentro dos padrões constitucionais e legais. Nessa perspectiva, acrescentamos a garantia de ser julgado com base em “prova” e não “meros atos de investigação” ou “elementos informativos” do inquérito<sup>134</sup>.

Preleciona Cristina Di Gesu que: “Quanto à matéria probatória, a presunção de inocência é tida como regra processual, no sentido de o acusado não ser obrigado a fornecer prova de sua inocência, pois esta é presumida e, em caso de dúvida, impera a absolvição”<sup>135</sup>. Ademais, prescreve a autora que:

O princípio da presunção de inocência apresenta o “norte” da carga da prova. Contudo, é preciso, ainda, que o réu possa contraditar a prova produzida pela acusação, produzir, se quiser, provas, a fim de minimizar os riscos de uma sentença desfavorável, exercendo amplamente sua defesa<sup>136</sup>.

Por fim, Aury Lopes Jr. refere-se ao princípio supramencionado, ainda, enquanto norma de julgamento, segundo o qual: “a presunção de

<sup>132</sup> MACHADO, Roger. *Antecipação de Atribuição de Culpa e a Dimensão Extraprocessual da Presunção de Inocência*. In: Boletim IBCCRIM, n. 353, abr. 2022.

<sup>133</sup> Preceitua Marcelo Herval Macêdo, quando da análise da presunção de inocência no seu aspecto probatório que: (...), infere-se da presunção de inocência uma *norma probatória*, apresentando-se como exigência de que os instrumentos de prova trazidos à baila sejam efetivamente lícitos, vale dizer, produzidos em conformidade com os ditames constitucionais e legais. Nesse sentido, se alguma das partes por ventura trazer a processo informação obtida a partir de recursos espúrios – como a tortura, por exemplo – imperioso será concluir pela inadmissibilidade da eventual informação obtida como argumento idôneo a fundamentar uma hipotética decisão condenatória. MACÊDO RIBEIRO. *Justiça Criminal Negocial e “Plea Bargaining”*... op. cit., p. 334.

<sup>134</sup> LOPES JR. *Direito Processual Penal* op. cit. p. 110.

<sup>135</sup> DI GESU. *Prova penal e falsas memórias* op. cit. p. 64.

<sup>136</sup> Ibid., p. 67.

inocência é uma ‘norma para o juízo’, diretamente relacionada à definição e observância do ‘*standard probatório*’, atuando no nível de exigência de suficiência probatória para um decreto condenatório”<sup>137</sup>. Desse modo, deve ser entendido como concretização do princípio do *in dubio pro reo*, incidindo sobre as provas produzidas de modo a valorá-las, sendo necessário ultrapassá-lo para que possa haver uma sentença condenatória.

Trata-se, pois, de uma barreira que deve ser ultrapassada para que o acusado deixe de se presumir inocente. Sendo que, somente na motivação da decisão judicial será possível constatar a observância do referido princípio. Assevera Aury Lopes Jr que:

A presunção de inocência – e sua dimensão de norma de julgamento – incide não apenas no “julgamento” em sentido estrito, mas ao longo de toda a persecução criminal, da fase de inquérito até o trânsito em julgado (...). Essencialmente a presunção de inocência, enquanto norma de julgamento, diz respeito à suficiência probatória e constitui, assim, o “*standard probatório*”<sup>138</sup>.

Ainda, dentro do próprio conceito de presunção de inocência, pode ser mencionado o direito ao silêncio (*nemo tenetur se detegere*), ou seja, ao exercício do direito de defesa negativo. Nessa perspectiva, exercer tal garantia não deve ser entendido como presunção de culpa, mas como exercício de uma prerrogativa. Cristina Di Gesu afirma, nesse sentido, que:

Em consonância com o sistema acusatório, a garantia da presunção de inocência, tem, portanto, o condão de transferir inteiramente o ônus da prova ao órgão acusador. Destarte, ao réu não incumbe o dever ou ônus de provar absolutamente nada, nem ao menos colaborar com a desconstrução aludida presunção, na medida em que pode valer-se do direito ao silêncio – *nemo tenetur se detegere*. (...). Enquanto a acusação possui a carga de provar a alegação, a defesa tem o direito – e não o dever – de contradizê-la, a fim de que se respeite a estrutura dialética do processo<sup>139</sup>.

Portanto, a justiça penal negocial apresenta um descompasso com a presunção de inocência, haja vista que o acusado deverá admitir sua culpa para que possa se beneficiar de um acordo. A acusação, desse modo, ao propor um acordo deixa de apresentar as provas cabais, isto é, para além da

---

<sup>137</sup> LOPES JR. *Direito Processual Penal* op. cit. p. 111.

<sup>138</sup> Ibid., p. 111.

<sup>139</sup> DI GESU. *Prova penal e falsas memórias*. op. cit., p. 65.

dúvida razoável de que o acusado cometeu o crime, não há justa causa. Dessa maneira, a acusação deixa de exercer seu dever de provar a culpa do acusado e passa a procurar a confissão, retomando velhos institutos inquisitórios, em nome de uma pretensa eficiência há a supressão de direitos.

### 3.1.5 Princípio do Contraditório e a Ampla defesa

O contraditório e a ampla defesa, constitucionalmente assegurados no art. 5º, inciso LV, que estabelece: “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”. O referido princípio deve ser compreendido enquanto a máxima segundo a qual garante-se as partes a possibilidade de participação do processo em contraditório. Desse modo, diante da estrutura dialética efetivada pelo sistema acusatório, cabe à acusação e a defesa apresentarem suas versões sobre o fato para o julgador, terceiro imparcial mero espectador.

Os referidos princípios, constitutivos do devido processo legal, possuem distintos significados de natureza meramente teórico, que serão expostos sem maiores debates, tendo em vista o pretendido no presente trabalho. Assim, adverte o autor Marcelo Herval Macêdo que:

Com efeito, **pode-se compreender o contraditório, de um lado, como *direito à informação*, relacionando-se à imprescindibilidade de que seja oportunizado às partes o conhecimento a respeito de todos os elementos fáticos e jurídicos atinentes ao caso penal em análise.** De outro lado, esse princípio se manifesta como *direito à reação*, na medida em que não basta simplesmente estabelecer as condições para que as partes conheçam o processo: é necessário que elas possam, de maneira efetiva, em posição de igualdade, influenciar a formação do convencimento do julgador. (...). **O direito à ampla defesa, por sua vez, exsurge a partir do imperativo de que o réu possa conhecer o processo e nele efetivamente atuar (ou reagir).** Contudo, diferentemente do contraditório — que incide tanto em favor da acusação quanto do acusado —, **a ampla defesa se destina fundamentalmente a este último, materializando-se em duas dimensões: defesa técnica e defesa pessoal**<sup>140</sup>. (destacou-se)

Nesses termos, preleciona Jacinto Miranda Coutinho que:

---

<sup>140</sup> MACÊDO RIBEIRO. *Justiça Criminal Negocial e “Plea Bargaining”*... op. cit., p. 336.

O princípio do contraditório é típico de um processo de partes, no qual o julgador mantém-se equidistante delas no exercício da atividade jurisdicional (conforme determina o princípio da imparcialidade), embora, *presentando* o Estado na relação processual, é o detentor do Poder e, por conta disso, funciona como órgão *mediador*, através do qual passam os pleitos<sup>141</sup>.

Em consonância com o exposto, Aury Lopes Jr. leciona que:

O contraditório pode ser inicialmente tratado como um método de confrontação da prova e comprovação da verdade, fundando-se não mais sobre um juízo potestativo, mas obre o conflito, disciplinado e ritualizado, entre partes contrapostas: a acusação (expressão do interesse punitivo do Estado) e a defesa (expressão do interesse do acusado [e da sociedade] em ficar livre de acusações infundadas e imune a penas arbitrárias e desproporcionadas. É imprescindível para a própria existência da estrutura dialética do processo<sup>142</sup>.

Em razão da gestão das provas restarem em poder das partes, como prelecionado, o princípio do contraditório deve ser analisado em conjunto com o princípio do *audiatur et altera pars*, segundo o qual deve-se dar as partes a possibilidade de exporem a sua versão dos fatos por meio da apresentação de provas. Portanto, nos termos de Jacinto Coutinho: “é forçoso reconhecer que, por tal princípio, reflete-se um *dever-ser* que reclama (exige) a dialética de um processo de partes, ou seja, o diálogo entre a acusação e a defesa, perante um juiz imparcial”<sup>143</sup>.

Diante do ideário de que as partes criam chances a partir da produção de provas, deve ser assegurado aos mesmos iguais condições, isto é, deve ser garantido um tratamento isonômico e possibilitar que atuem com paridade de armas. Nesse sentido, vale mencionar o posicionamento de Aury Lopes Jr. ao expor que:

O núcleo fundante do pensamento de FAZZALARI está na ênfase que ele atribui ao contraditório, **com importante papel na democratização do processo penal, na medida em que desloca o núcleo imantador, não mais a jurisdição, mas o efetivo contraditório entre as partes. A sentença – provimento final – deve ser construída em contraditório e por ele legitimada.** Não mais concebida como (simples) ato de poder e dever, a decisão deve brotar do contraditório real, da efetiva e igualitária participação das partes no processo. Isso fortalece a situação das partes, especialmente do sujeito passivo no caso do processo penal. O contraditório, na concepção do autor, deve ser visto em duas dimensões: no primeiro momento, é o direito à informação (conhecimento); no segundo, é a

<sup>141</sup> COUTINHO. *Introdução aos princípios...* op. cit., p. 43.

<sup>142</sup> LOPES JR. *Direito Processual Penal*. op. cit., p. 112.

<sup>143</sup> COUTINHO. *Introdução aos princípios...* op. cit., p. 44.

efetiva e igualitária participação das partes. É a igualdade de armas, de oportunidades<sup>144</sup>.

Oportuno menciona, nesses termos, que a justiça penal negociada, em razão da ausência do trâmite regular do processo, impossibilita que o órgão jurisdicional participe e exerça sua função de garantidor. Isso ocorre, uma vez que as partes não vão produzir provas em contraditório, pelo contrário, será apresentado um acordo pelo Ministério Público (acusação), mediante assunção de culpa, e ao acusado caberá aceitá-lo ou recusar, cabendo ao órgão jurisdicional meramente homologar o acordo firmado, não havendo uma sentença legalmente constituída e ampara no processo.

Ademais, em razão da persistente mentalidade inquisitorial, a ampliação das modalidades consensuais de resolução de conflitos penais apresenta-se como um risco às garantias dos acusados.

Ainda, menciona-se a necessária defesa técnica, indispensável para a consecução do princípio do contraditório e da ampla defesa, sendo, pois, a sua presença e participação indispensável para a atuação no processo penal, assegurada expressamente no art. 261 do CPP. A presença de um profissional com conhecimento técnico jurídico apresenta-se como condição para o regular tramite do processo, a garantia da paridade de armas e do efetivo exercício do contraditório.

Trata-se, pois, de um imperativo de ordem pública, como se observa da criação e existência das Defensorias Públicas e do Ministério Público, sendo, portanto, de interesse da sociedade, conforme art. 5º, inciso LXXIV, da CRFB/88.

A defesa poderá ser, ainda, de caráter pessoal, positiva ou negativa (*nemo tenetur se detegere*), ambas exercidas junto à defesa técnica, mas sendo disponível. A primeira diz respeito ao exercício pessoal do acusado na sua defesa, seja no interrogatório policial seja no interrogatório judicial,

---

<sup>144</sup> LOPES JR. *Direito Processual Penal*. op. cit., p. 113.

apresentando seu posicionamento e atuando efetivamente, apresentando sua versão, atuando de modo positivo, isto é, um agir. O autor Aury Lopes Jr. esclarece que:

A autodefesa positiva deve ser compreendida como o direito disponível do sujeito passivo de praticar atos, declarar, constituir defensor, submeter-se a intervenções corporais, participar de acareações, reconhecimentos etc. Em suma, praticar atos dirigidos a resistir ao poder de investigar do Estado, fazendo valer seu direito de liberdade<sup>145</sup>.

Já a defesa negativa, enquanto um não fazer, abster-se de produzir provas, posto ser a prerrogativa do Ministério Público produzir as provas suficientes para ultrapassar o *standard* probatório da presunção de inocência, nos dizeres de Aury Lopes Jr., deve ser entendida como:

Ao lado deste *atuar* que supõe o interrogatório, também é possível uma completa omissão, um atuar negativo, através do qual o imputado se nega a declarar. Não só pode negar a declarar, como também pode se negar a dar a mínima contribuição para a atividade probatória realizada pelos órgãos estatais de investigação, como ocorre nas intervenções corporais, reconstrução do fato, fornecer material escrito para a realização do exame grafotécnico etc.<sup>146</sup>.

O direito ao silêncio, previsto no art. 5º, inciso LXIII, da CRFB/88 em consonância com o art. 8.2, g, da CADH, portanto, constitui uma das premissas da ampla defesa no que diz respeito ao exercício negativo do direito de defesa negativo. Nesse contexto, o interrogatório é o momento em que o acusado exerce sua defesa, sendo esse o momento que ele pode, não deve, defender-se, trata-se do direito ao silêncio enquanto garantia de que não haverá qualquer prejuízo pelo exercício do direito ao silêncio.

Na acepção de Cristina Di Gesu:

(...) a autodefesa encontra seu ápice no interrogatório (policial ou judicial), na medida em que neste ato pode optar por *atuar* (falar – autodefesa positiva) ou *omitir-se* (calar – autodefesa negativa), sem que o silêncio venha sem prejuízo, devido à observância do princípio da presunção de inocência. De outra banda, o sujeito passivo pode negar-se a participar de qualquer outra diligência que possa prejudicar sua defesa ou que possa incriminá-lo<sup>147</sup>.

---

<sup>145</sup> Ibid., p. 116.

<sup>146</sup> Ibid., p. 116.

<sup>147</sup> DI GESU. *Prova penal e falsas memórias*. op. cit., p. 71.

Quando da análise do direito ao silêncio exercida pelo acusado na aceção da garantia do *nemo tenetur se detegere*, isto é, nada a temer por se deter, afirma a supramencionada autora que:

Realçamos o fato de a defesa jamais poder ser obrigada a prática determinado ato processual, assumindo o risco de sua omissão. Contudo, o juízo tem o dever tanto de cientificar as partes, quanto de garantir que a informação seja dada. **O contraditório configura-se, portanto, no direito de informação e efetiva participação no processo. (...). O réu encontra-se na posição de hipossuficiência no processo**, diante da dupla atuação do Estado, ora como parte através do Ministério Público, ora como poder atuante pelo órgão jurisdicional. Contudo, **a aludida desigualdade é superada através da garantia do contraditório, essencialmente através da igualdade de oportunidades, da igualdade de tratamento, da simétrica paridade de armas**<sup>148</sup>. (destacou-se)

Salienta-se, inclusive, o dever da autoridade policial e judicial de assegurar que o investigado não seja obrigado a responder perguntas a ele dirigidas, trata-se de uma garantia frente ao Estado. Noutros termos, Aury Lopes Jr., ao analisar o direito ao silêncio exercido pelo sujeito passivo afirma que:

O direito de silêncio é apenas uma manifestação de uma garantia muito maior, insculpida no princípio *nemo tenetur se detegere*, segundo o qual **o sujeito passivo não pode sofrer nenhum prejuízo jurídico por omitir-se de colaborar em uma atividade probatória da acusação ou por exercer seu direito de silêncio quando do interrogatório**. Sublinhe-se: **do exercício do direito de silêncio não pode nascer nenhuma presunção de culpabilidade ou qualquer outro tipo de prejuízo para o imputado**. Dessarte, o imputado não pode ser compelido a participar de acareações, reconstituições fornecer material para realização de exames periciais (exame de sangue, DNA, escrita etc.) Por elementar, sendo a recusa um direito, obviamente não pode causar prejuízos ao imputado e muito menos ser considerado delito de desobediência<sup>149</sup>. (grifos do autor).

A informação, nesses termos, apresenta-se como um vetor para o exercício do contraditório e da ampla defesa. Isso porque, com efetivação do sistema acusatório em que a publicidade dos atos se torna a regra, a informação dos atos processuais passa a ser de suma importância para possibilitar a isonomia e a paridade de armas, valendo tanto para a acusação quanto para a defesa.

---

<sup>148</sup> Ibid., p. 68.

<sup>149</sup> LOPES JR. *Direito Processual Penal* op. cit., p. 119.

Nesses termos, a justiça penal negociada pauta-se na desigualdade e no sigilo, no uso de ferramentas por parte do Ministério Público, como a prática do *overcharging*, isto é, no uso de diversas acusações, mesmo que infundadas, ou insuficientes os indícios de autoria e materialidade, com o intuito de coagir o acusado a celebração de um acordo.

### 3.1.6 Princípio da Motivação das Decisões Judiciais

Trata-se de uma garantia prevista no art. 93, IX, da Constituição Federal, segundo a qual:

IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e *fundamentadas todas as decisões*, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

E no art. 155 do CPP, *in verbis*:

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.

O princípio da motivação das decisões judiciais, desse modo, possibilita identificar se há verdadeiramente justa causa para condenação, isto é, se os indícios de autoria e materialidade se verificam no caso em concreto, sendo suficientes para imputar a culpa ao acusado. Sendo o princípio do livre convencimento motivado, expresso no art. 155, do CPP, corolário daquele, de modo que a decisão fundamentada do julgador está atrelada ao convencimento dele por meio das provas obtidas em contraditório entre acusação e defesa.

Somente uma decisão fundamentada possibilita efetivar o contraditório, posto que a defesa somente poderá identificar a razão, os fundamentos da condenação a partir da exposição dos fatos que levaram o



juiz a proferir a sentença acusatória. Sendo necessário fundamentar, inclusive as decisões interlocutórias ao longo de todo o procedimento<sup>150</sup>.

Nessa perspectiva, por meio da valoração das provas produzidas em contraditório o juiz poderá verificar a reconstrução do fato criminoso e, por meio do livre convencimento motivado, decidir quanto ao caso. A valoração, contudo, apesar de se tratar de um ato discricionário deve ser balizado, isto é, deve ser limitado pelos princípios e garantias supramencionados, pela vedação das provas ilícitas, pela análise da cadeia de custódia, dentre outros. Noutros termos, preceitua Cristina Di Gesu que:

Através da motivação, as partes têm conhecimento das razões pelas quais o juiz chegou a uma determinada conclusão, isto é, do porquê daquela decisão. **A motivação permite, portanto, o controle da racionalidade da decisão judicial, não só pela publicidade, mas também pela possibilidade de impugnação pela via recursal.** Mais do que isso, em sendo a decisão um ato de saber judicial, **só a fundamentação permite avaliar se a racionalidade da decisão preponderou sobre o poder e, principalmente, se foram observadas as regras do devido processo penal**<sup>151</sup>. (destacou-se).

Esclarece Aury Lopes Jr., em consonância com o exposto que, a motivação das decisões judiciais:

Serve para o controle da eficácia do contraditório, e de que existe prova suficiente para derrubar a presunção de inocência. **Só a fundamentação permite avaliar se a racionalidade da decisão predominou sobre o poder, principalmente se forem observadas as regras do devido processo penal.** Trata-se de uma garantia fundamental e cuja eficácia e observância **legitimam o poder contido no ato decisório.** Isso porque, no sistema constitucional-democrático, o poder não está autolegitimado, não se basta por si próprio. **Sua legitimação se dá pela estrita observância das regras do devido processo penal, entre elas o dever (garantia) da fundamentação dos atos decisórios**<sup>152</sup>. (destacou-se)

Portanto, somente pela fundamentação da decisão é que se poderá verificar o respeito ao devido processo legal e aos princípios destacados no presente capítulo, possibilitando, com isso, a legitimação da decisão. Nesse

<sup>150</sup> Preleciona Cristina Di Gesu, nesse contexto, que: “A motivação deve estar presente não somente nas sentenças e acórdãos criminais, mas também em todas as demais decisões interlocutórias proferidas no curso do processo que impliquem restrições ao *status libertatis*, enfim, que de qualquer forma restrinjam direitos fundamentais, tais como na decretação de prisão temporária, preventiva, recebimento da denúncia ou queixa, interceptação telefônica, sequestro, arresto, busca e apreensão, etc.” DI GESU. *Prova penal e falsas memórias* op. cit., p. 74.

<sup>151</sup> Ibid., p. 75.

<sup>152</sup> LOPES JR. *Direito Processual Penal* op. cit., p. 119.

sentido, somente a sentença motivada e fundamentada permite o seu controle, possibilitando as partes recorrerem das decisões proferidas e de modo a dar efetividade ao contraditório e a ampla defesa.

### 3.1.7 Princípio da Oficialidade e Obrigatoriedade

Os referidos princípios decorrem do exercício da jurisdição em um Estado Democrático de direito, exercida a partir do momento que é provocada e sendo a ação o meio através do qual se busca tutela jurisdicional. A ação, no processo penal é um direito e um dever público para o Ministério Público, este é um ponto nodal para identificação da problemática da ampliação dos institutos consensuais no processo penal, posto ser uma garantia de uma estrutura regida por princípios basilares da atuação do poder punitivo do Estado<sup>153</sup>.

No que diz respeito ao princípio da oficialidade, entende-se que o impulso para o exercício jurisdicional é de ordem pública, pertencente à coletividade. Por conseguinte, é dever do Ministério Público, por meio das ações penais públicas condicionada e incondicionada, exercer o direito da ação, nos termos do art. 24 do CPP. Desse modo, ao tomar conhecimento de uma infração criminal, caberá à polícia judiciária, nos termos o art. 144, §1º, IV, da CRFB/88 c/c art. 4º do CPP, por meio do inquérito policial, investigar o crime. Ressalvados os casos em que a lei estabelece as hipóteses de ação penal privada, nos termos do art. 30 do CPP.

No que diz respeito ao princípio da obrigatoriedade, enquanto manifestação da legalidade, deve-se compreender que, estando presentes os requisitos legais para o exercício da ação penal, o Ministério Público – titular da ação penal pública, nos termos do art. 129, da CRFB – este não pode negar-se a dar início a ação penal. Isso porque, o Ministério Público deve respeitar o princípio da isonomia, não havendo possibilidade de disponibilidade do exercício da ação penal. Desse modo, restando verificada

---

<sup>153</sup> COUTINHO. *Introdução aos Princípios...* op. cit., p. 39.

a justa causa, não pode a acusação renunciar a sua função. O autor Marcelo Macêdo Ribeiro, nesses moldes, afirma que:

O princípio da obrigatoriedade consiste em premissa lógica da ação penal pública e importa na condição de que, uma vez satisfeitos os requisitos autorizadores da instauração do processo (*fumus comissi delicti*, punibilidade concreta, legitimidade de parte e justa causa), deve o órgão ministerial, sem espaço de discricionariedade, oferecer a ação penal visando à apuração do pretense fato delituoso. Trata-se de princípio que deriva da própria natureza pública do processo e que (...), tem sua origem na cláusula de reserva à jurisdição<sup>154</sup>.

Importante mencionar, ainda, as precisas lições de Jacinto Coutinho ao tratar do princípio da obrigatoriedade em comparação com o princípio da discricionariedade, adverte o autor que:

O princípio, de linha mais vinculadora, opõe-se ao da oportunidade ou discricionariedade e ambos projetam-se no mundo informando os sistemas processuais. De regra, os países do *Common law* e os influenciados diretamente por ele tendem para a oportunidade, ao passo que os países de traços germano-romanísticos, via de regra, adotam o princípio da obrigatoriedade. Isto não implica, é claro, regras estanques. Os países mesclam a utilização dos princípios conforme suas necessidades. A análise, neste sentido, serve bem para questionar-se até que ponto o argumento das influências externas seria válido. Por esse caminho, sabe-se que não se tem podido desacreditar – muito pelo contrário – na seriedade do MP nos países onde prevalece a discricionariedade no exercício do direito de ação. De uma forma ou de outra, os sistemas caminham. Vale a seriedade do MP, independentemente da obrigação legal ou não. Isso é o que menos importa. A discussão, desta forma, deve ficar para o controle de exercitar o direito de ação ou não. Assim, um controle sério, exclusivamente hierárquico, é o suficiente para resguardar o órgão – como homens e, como tal, passíveis de erro – e a instituição, fiel defensora da Constituição e do Estado e, portanto, do todo, sem espaço para interferências estranhas, máxima do Executivo. Basta, de pronto, seriedade<sup>155</sup>.

Desse modo, como preceitua o renomado autor, mais do que a obrigatoriedade da ação penal, o Ministério Público deve atuar enquanto defensor da Constituição e, por conseguinte, das garantias dos acusados. A justiça penal negocial, de origem do sistema de *Common Law*, pautado no princípio da discricionariedade, sendo que o órgão da acusação não é obrigado a dar início a ação penal mesmo diante da justa causa. Ao revés, possui amplos poderes para negociar e propor acordos, não havendo, dessa maneira, problemas de cunho principiológico para com o referido sistema.

<sup>154</sup> MACÊDO RIBEIRO. *Justiça Criminal Negocial e "Plea Bargaining..."* op. cit., p. 331.

<sup>155</sup> COUTINHO. *Introdução aos Princípios...* op. cit., p. 41-42.

Como explicitado anteriormente, o avanço das modalidades de resolução consensual de conflito é uma realidade. Consequentemente, advertir sobre o descompasso entre a justiça consensual e os princípios estabelecidos na Constituição serve como reforço para a necessidade de se buscar um Ministério Público que respeite as garantias do acusado.

O que se deve estabelecer, portanto, é que a atuação do *Parquet* deve pautar-se no cumprimento e efetividade do sistema acusatório, em respeito ao contraditório e ampla defesa e que esteja limitado pelo princípio da legalidade. Desse modo, se evitará a atuação do Ministério Público “promovedor” de política criminal, haja vista que esta não é sua função precípua.

#### 4. JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA (*PLEA BARGAINING*)

O presente capítulo não tem a pretensão de exaurir o debate acerca da temática sobre a Justiça Penal Negociada, mas apresentar os principais temas que representam a problemática de sua implementação diante do sistema acusatório pátrio. Pretendeu-se, nos capítulos anteriores, demonstrar que em um Estado Democrático de Direito, pautado pelo sistema acusatório e pelas garantias aos direitos fundamentais dos acusados, estabelecidos na Constituição Federal, os limites aos arbítrios e ao uso ilegítimo do *ius puniendi* são devidamente assegurados.

Nessa perspectiva, a ampliação das modalidades consensuais de resolução de conflitos penais, originárias da tradição de *common law*, notadamente da experiência norte americana, é uma realidade, demonstrada por meio das recentes inovações nos ordenamentos jurídicos dos países da América Latina, de tradição da *civil-law*.

Como asseverado, nos países de tradição anglo-saxã, há a total liberdade para negociar, diante do princípio da discricionariedade em que o acusador e o investigado podem negociar com ampla liberdade. Diferentemente, nos países de tradição romano-germânica, prevalece o princípio da necessidade, o princípio da obrigatoriedade e o respeito ao devido processo legal como garantias dos acusados, incompatíveis, portanto, com o referido sistema.

Ademais, importante ressaltar que a justiça penal negociada advém de uma racionalidade neoliberal, pautada em ideários utilitaristas e de eficiência. Há a perspectiva de que a justiça deve ser célere, devendo-se reduzir os seus gastos, por meio do corte de despesas do Estado e sendo pautado pelo individualismo. Trata-se de uma lógica de mercado, que se expande para o

controle da população por meio da incorporação dessa lógica no sistema penal<sup>156</sup>.

Perceptível que a justiça consensual penal é uma modalidade de resolução de conflitos penais pautada em um modelo de Direito Penal arraigado pela ideologia neoliberal. Desse modo, há a defesa dessa modalidade em razão de uma pretensa eficiência e celeridade na resolução dos casos penais. Esta se comprovaria por meio do maior número de prisões, penas mais severas, com maior velocidade e diminuição dos custos para o Estado, em razão das soluções por fora do processo, este tido como burocrático e precursor da crise do sistema de administração da justiça.

Nessa perspectiva, resta claro que o poder de punir tende a se expandir, sendo necessário buscar, a todo momento, a defesa dos direitos e garantias fundamentais dos acusados para a consecução de um processo penal legítimo. O *plea bargain*, desse modo, é representativo de uma ideologia racionalizada em uma mentalidade mercadológica de celeridade, retirando-se direitos e garantias fundamentais conquistadas e limitadoras do poder punitivo e legitimadoras do Direito Penal.

Dessa maneira, serão apresentadas as principais problemáticas da incorporação de institutos estrangeiros advindos da justiça penal consensual no ordenamento jurídico pátrio.

#### **4.1 Conceito e sua implementação: a falaciosa justificativa de eficiência e celeridade da Justiça Negocial**

Para melhor compreender o conceito de justiça penal negocial, faz-se necessário, em um primeiro momento, rememorar que a tendência negocial de resolução de conflitos no âmbito penal decorre da crise do processo penal, sendo um movimento que tende a se perpetuar. Nessa perspectiva, em um

---

<sup>156</sup> GOMES, Ariel Koch. *Neoliberalismo e justiça do consenso no processo penal*. In: Anais do 10º Congresso Internacional de Ciências Criminais – PUCRS: direito processual penal, v. 2., 1. ed. São Paulo: Tirant Lo Blach, 2020, p. 379-380.

primeiro plano, deve-se rememorar que o processo penal é abarcado pelo princípio da necessidade (*nullum crime sine iudicio*), segundo o qual não há pena imposta sem o transcorrer do devido processo legal.

Diante disso, a ampliação das modalidades consensuais de resolução de conflito está em desconformidade com o referido princípio, posto que as partes celebram um acordo sem o regular tramite do processo penal. Há, ainda, disparidade com relação ao sistema de garantias previsto na CRFB/88, consagrado em diversos dispositivos, com maior destaque para o art. 5º e incisos, conforme destacado no capítulo anterior.

Preceitua Geraldo Prado que: “Constituição e Processo Penal lidam com algumas importantes questões comuns: a proteção aos direitos fundamentais e a separação dos poderes”<sup>157</sup>. Portanto, deve-se sempre estar atento as tendentes ampliações dos poderes dos atores processuais no âmbito da justiça criminal enquanto atentatórios aos direitos dos acusados e da independência e harmonia dos poderes. No sentir de Pâmela de Araújo Aquino:

A justiça negociada objetiva claramente a tarefa de evitar processos e um processo nada mais é do que o direito de todo e qualquer cidadão a ser processado e julgado mediante contraditório, ampla defesa e eventual aplicação de pena justa. (...). Consequentemente, não se reduz a pessimismo a conclusão de que a expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro acarreta em um acréscimo de poderes judiciais já excessivos, fortalece o autoritarismo e corresponde a uma nova fase do (neo)inquisitório brasileiro<sup>158</sup>.

Além disso, há o descompasso com a base principiológica de primazia dos direitos fundamentais individuais e coletivos frente ao poder punitivo do Estado, com respeito ao devido processo legal, contraditório e ampla defesa, paridade de armas e da presunção de inocência. Notório,

---

<sup>157</sup> PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. Rio de Janeiro: Lumen Jurs, 2006, p. 41.

<sup>158</sup> AQUINO, Pâmela de Araújo. *A ampliação dos espaços de consenso no processo penal brasileiro: uma nova fase da mentalidade inquisitorial*. In: Anais do 10º Congresso Internacional de Ciências Criminais – PUCRS: direito processual penal, v. 2, 1. ed. São Paulo: Tirant Lo Blach, 2020, p. 56.

portanto, que a justiça penal consensual deve respeitar tais nortes para que possa ser devidamente aplicado em nosso ordenamento jurídico.

Outrossim, com a consagração do sistema acusatório na Constituição Federal e pela recente inclusão do art. 3º-A, no CPP, resta estabelecida a estrutura acusatória, de cunho adversarial e democrático, de modo que as partes atuam de modo contrapostas, em situação dialética, portanto.

O princípio acusatório, enquanto princípio máximo do referido modelo, estabelece que a gestão das provas deve ficar nas mãos das partes – Ministério Público e acusado. O juiz, nesse sentir, atua como terceiro imparcial, mero espectador das provas produzidas pelas partes em contraditório, para o seu livre convencimento, devendo exercer a função de garantidor dos direitos fundamentais ao longo do processo.

Portanto, a justiça consensual apresenta-se como um contraponto ao modelo tradicional, sendo, pois, uma modalidade de resolução por fora da jurisdição, por meio da celebração de um acordo. A referida ampliação das modalidades consensuais de resolução de conflitos penais está intimamente ligada a crise do sistema tradicional, haja vista o grande volume de demandas e a consequente lentidão da resposta do Poder Judiciário aos casos criminais.

Diante disso, surgem inúmeros discursos economicistas e eficientistas, de cunho neoliberal, que pretendem apresentar a solução para os problemas do sistema de justiça penal por meio da banalização da justiça consensual<sup>159</sup>. Trata-se, por evidente, de um discurso reducionista, visando tornar

---

<sup>159</sup> Conforme preleciona Ariel Koch: “A eficiência neoliberal significa redução dos gastos do Estado, garantia da livre concorrência de mercado e celeridade na obtenção dos resultados. Assim, também é exigido do processo penal essa eficiência neoliberal, o que faz com que surjam as críticas ao processo penal, em especial três: (I) o processo penal é muito moroso – alguns autores, alguns políticos, uma parte da mídia e, inclusive, alguns juristas criticam as garantias processuais e constitucionais do réu, pois essas garantias é que causariam essa morosidade processual; (II) o processo penal movimenta muitos servidores públicos, consequentemente, é muito “caro” para o Estado – novamente, se se eliminar algumas fases processuais ou, mais, se for possível eliminar o processo, reduz-se os gastos do Estado; e (III) muitos acusados são absolvidos – também há o argumento no sentido de “uma impunidade” no contexto brasileiro e acusam os direitos humanos, os direitos fundamentais (as garantias do acusado), de “causar” essas absolvições. GOMES. *Neoliberalismo e justiça do consenso...* op. cit., p. 389.



“eficiente” a resposta dos órgãos jurisdicionais aos casos criminais, sem ter em vista a qualidade das decisões, mas a quantidade de casos solucionados, número de prisões e a redução dos gastos do Estado.

Contudo, importante destacar que tais discursos de cunho “salvador”, tendem a buscar soluções tidas como práticas por meio da deterioração de direitos e garantias fundamentais conquistadas pelos cidadãos.

Evidente a crise do sistema de administração da justiça, decorrente do acúmulo de processos, da dificuldade de investigação e excesso de julgamentos. Isso ocorre, em razão da banalização do uso do Direito Penal como resposta para todo tipo de conflito, ferindo sua função precípua enquanto *ultima ratio*. Diante disso, a solução negocial é apresentada como a solução para tal situação<sup>160</sup>.

Dessa maneira, há a demora na prestação jurisdicional e, por conseguinte, sua ineficiência, surgindo, então, a percepção de que há impunidade, sendo um terreno fértil para ideias de cunho punitivista<sup>161</sup>. Nessa perspectiva, vale destacar a lição de Aury Lopes Jr. ao abordar a crise na esfera processual que leva a ampliação da justiça penal negocial. Adverte o autor que:

A crise de credibilidade do processo e da jurisdição conduz à **ampliação dos casos de prisão preventiva, a menos liberdade no processo, menos direitos e garantias processuais e mais eficiência (leia-se: atropelo procedimental)**. Em suma, **conduz à ilusão de que, acelerando de forma utilitarista os processos, restringindo recursos, limitando o uso do *habeas corpus* e ampliando o espaço de justiça negocial, se chega o mais rápido possível a uma pena, de preferência sem precisar do processo**. Ainda que em uma esfera de apenamento restrita, os institutos da “transação penal” e da “suspensão condicional do processo”, instituídos pela Lei n. 9.0095/95, comprovam o quão problemática pode ser a

<sup>160</sup> Nesse contexto, vale mencionar a precisa lição de Aury Lopes Jr. ao asseverar que: “O entulhamento do sistema é um problema real, mas a negociação não vai na verdadeira causa e, portanto, não dá a solução adequada. **É uma pseudo-solução que ainda corre o risco de gerar mais injustiça**. Não é preciso maior esforço (apenas honestidade intelectual) para ver que **o problema nasce com a banalização do direito penal** (panpenalização), que é o primeiro ponto a ser corrigido. **A crise do bem jurídico, a banalização da intervenção penal, a criminalização da miséria e da pobreza, os gravíssimos equívocos na política nacional de drogas, enfim, uma série (histórica) de erros que precisam ser revisados para, em última análise, conduzir o direito penal ao seu lugar, de intervenção mínima e *ultima ratio* do sistema**. Essa é a solução ‘material’ que tanto precisamos”. (destacou-se). LOPES JR. *Fundamentos do Processo Penal...* op. cit., p. 172.

<sup>161</sup> Ibid., p. 96.

negociação no processo penal. Esse espaço agora foi ampliado significativamente pelo acordo de não persecução penal<sup>162</sup>. (destacou-se)

Nesse sentir, conforme ressalta o autor, em nome da “eficiência” são reduzidos os direitos e as garantias processuais dos acusados, sendo, pois, um risco ainda maior para a ampliação dos poderes punitivos do Estado.

Deve-se restar claro que transferir a responsabilidade ao acusado na demora da resposta do Poder Judiciário aos delitos é atentatório ao Estado Democrático de Direito, posto que a defesa dos direitos e prerrogativas dos acusados são dirimidas em nome da eficiência e celeridade. Nessa perspectiva, tais discursos escancaram o viés inquisitorial marcante no país e o anseio do poder punitivo de condenar sem respeito ao devido processo legal<sup>163</sup>.

Menciona-se que há um meio capaz de reduzir os números de processos levados ao Poder Judiciário, trata-se da necessidade de efetivação da superação dos *standards* de garantias processuais e da necessidade de justa causa para que o Ministério Público possa oferecer a denúncia.

Nessa perspectiva, Esther Solano ao analisar a pós-democracia e suas consequências para os cidadãos, adverte que:

(...) como um sistema de fachada democrática, com instituições representativas que aparentemente funcionam (na pós-democracia votamos, elegemos a (sic) nossos representantes), mas, na verdade, por baixo desse exterior puramente formal, o sistema está totalmente capturado pela lógica capitalista. Eis aí o paradoxo: uma democracia que funciona na aparência, mas cada vez mais esvaziada de conteúdo e sentido<sup>164</sup>.

Ademais, conforme exposto nos capítulos anteriores, há a afirmação de que a justiça penal consensual seria uma consequência lógica decorrente da implementação do sistema acusatório. Contudo, notadamente, o princípio regente do referido sistema processual é o dispositivo, segundo o qual a

---

<sup>162</sup> Ibid., p. 96-97.

<sup>163</sup> AQUINO. *A ampliação dos espaços de consenso no processo penal brasileiro...* op. cit., p. 67.

<sup>164</sup> SOLANO, Esther. Pós-democracia e o espetáculo moralista da Justiça messiânica. In: CASARA, Rubens R. (Org). *Em tempos de pós-democracia*. 1. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 25-68.

gestão das provas resta nas mãos das partes, sendo o juiz mero espectador, terceiro imparcial e garantidor dos direitos fundamentais. Diante disso, afirma Aury Lopes Jr. que:

A lógica da *plea negotiation* se situa em outra dimensão, conduzindo a um afastamento do Estado-juíz das relações sociais, **não atuando mais como interventor necessário, mas apenas assistindo de camarote ao conflito**. A negociação guarda relação com **a disponibilidade do objeto do processo penal (pretensão acusatória) e da própria acusação, bem como com a flexibilização do princípio da necessidade**<sup>165</sup>. (destacou-se)

Desse modo, notório o descompasso entre a justiça pena negocial, o sistema de garantias consagrado pela Constituição federal e o sistema processual acusatório. Isso porque, há a violação ao princípio da necessidade, do respeito ao contraditório e da ampla defesa. Ainda, constata-se a supressão da máxima garantia da presunção de inocência e, por conseguinte, do respeito ao devido processo legal, suprimindo-se as prerrogativas dos acusados.

A justiça consensual, desse modo, é mais próxima do sistema inquisitorial, pois a aplicação da pena é feita sem processo, a confissão é posta como meio suficiente para ilidir o princípio da presunção de inocência. Além disso, não há o transcorrer do devido processo legal e, por fim, há o sigilo em detrimento da publicidade<sup>166</sup>. O juiz deixa de atuar enquanto garantidor dos direitos fundamentais do acusado, passando apenas a homologar os acordos feitos entre partes desiguais, isto é, o acusado (hipervulnerável) e o Ministério Público.

A relativização das garantias constitucionais é representativa da crise democrática brasileira, haja vista que discursos de cunho autoritário ganham notoriedade entre a população e os integrantes dos órgãos do Poder Judiciário em seu afã por ampliação de prerrogativas e poderes punitivos<sup>167</sup>. Importante expor, ainda, a crítica feita pelo autor Aury Lopes Jr. quanto a afirmação de

---

<sup>165</sup> LOPES JR. *Fundamentos do Processo Penal...* op. cit., p. 97.

<sup>166</sup> Vide nota de rodapé nº 81.

<sup>167</sup> AQUINO. *A ampliação dos espaços de consenso no processo penal brasileiro...* op. cit., p. 51.

que a justiça consensual representa o retorno da credibilidade do processo penal. Afirmar o autor que:

Tampouco entendemos que o sistema negocial colabore para aumentar a credibilidade da justiça, pois ninguém gosta de negociar sua inocência. **Não existe nada mais repugnante que, diante de frustrados protestos de inocência, ter de decidir entre reconhecer uma culpa inexistente, em troca de uma pena menor, ou correr o risco de se submeter a um processo que será desde logo desigual.** (...). É um poderoso estímulo negativo saber que terá de enfrentar um promotor cuja “imparcialidade” (ainda sustentada por muitos e com a qual não concordamos) imposta por lei foi enterrada junto com a frustrada negociação, e que acusará de forma desmedida, inclusive obstaculizando a própria defesa<sup>168</sup>. (destacou-se)

Em consonância com as críticas esposadas, adverte Ricardo Jacobsen Gloeckner, quando da análise da expansão do modelo consensual de resolução de conflitos, notadamente por meio do instituto do *plea bargaining*, que:

A justiça penal negociada não é apenas uma determinada alteração na estrutura jurídica que provoca mutações drásticas no campo do sistema de administração da justiça criminal. Se há alguma coisa que permite identificar os seus códigos genéticos tal elemento reside em uma racionalidade que se origina a partir dos processos de subjetivação deflagrados pelo neoliberalismo, especialmente através da construção de um sujeito delinquente interpretado como ator racional – *homo oeconomicus* – e que funcionaria, parafraseando Dardot e Laval, como “empresário-de-si”. De acordo com tais processos de subjetivação, a aplicação da linguagem de mercado em todos os setores da vida não poderia, por óbvio, deixar de impregnar o processo penal. Então, gelhas de medida de eficiência da justiça criminal como tempo de duração médio de um processo, eficácia das sanções, quantidade de punições lançadas pelo sistema de administração da justiça criminal incorporam esta racionalidade empresarial<sup>169</sup>.

Perceptível a crítica do autor ao ideário eficientista e utilitarista da justiça penal negociada, uma vez que há a transmutação de ideais neoliberais, de cunho econômico, para o Direito Penal em nítida violação a atuação legítima do poder punitivo em respeito aos direitos fundamentais dos investigados.

A inserção da justiça penal consensual decorre dos avanços dos ideários neoliberais nas políticas criminais, sendo, pois, uma postura

<sup>168</sup> LOPES JR. *Fundamentos do Processo Penal...* op. cit., p. 98.

<sup>169</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Um “novo” liberalismo processual penal autoritário? In: Plea Bargaining*. Organizador Ricardo Jacobsen Gloeckner. 1 ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 179-180.

utilitarista em desconformidade com o devido processo legal e as garantias do acusado. Desse modo, valiosa a lição de Ariel Koch Gomes, em consonância com o exposto, ao afirmar que:

(...) o paradigma do modelo neoliberal é o da “eficiência” das funções penais (leia-se: mais punições, penas maiores e de forma mais célere), que afeta toda a política criminal de modo a abandonar as pretensões democráticas. Se manifesta, principalmente, nas políticas policiais e na simplificação do processo penal. Isto é, as premissas do estado mínimo do neoliberalismo, no sentido de corte de gastos, se refletem também no campo processual penal, eis que a intervenção jurisdicional deve ser mínima (na justiça negociada o Estado se afasta do conflito), tanto no fator tempo (duração do processo), como também na ausência de um comprometimento por parte do julgador, que passa a desempenhar um papel meramente burocrático<sup>170</sup>.

Estabelecidas as principais críticas referentes à implementação da justiça penal negocial no ordenamento jurídico pátrio e diante de sua incompatibilidade com as garantias e o sistema adotado no país, passa-se a análise de seu conceito. Define-se justiça penal negocial enquanto a renúncia ao regular trâmite do processo por meio da celebração de um acordo entre a acusação e defesa, em troca de um benefício para o acusado, qual seja, a redução da pena<sup>171</sup>.

Desse modo, conforme prelecionado, o Estado Democrático de Direito restou consagrado na Constituição Federal de 1988, sendo certo que, o sistema de garantias por ele estabelecido representa um avanço para os acusados e enquanto limitação ao poder punitivo. Contudo, o país passa por uma onda punitivista, que busca reduzir as garantias processuais penais dos cidadãos em nome da eficiência. Ademais, a insistente mentalidade inquisitorial presente nos órgãos do Poder Judiciário representa um risco ao devido processo legal.

Diante disso, a justiça penal negociada é representativa no avanço dos meios de controle da população na sociedade neoliberal. Isso ocorre, uma vez que, apesar do reconhecimento da falência do sistema tradicional de

---

<sup>170</sup> GOMES. *Neoliberalismo e justiça do consenso no processo penal* ... op. cit., p. 389-390.

<sup>171</sup> Vide nota de rodapé nº 7.

resolução de conflitos penais<sup>172</sup>, isto é, do modelo adversarial, não se debate o motivo de sua ocorrência, ao revés, alega-se que o problema está no processo penal garantista, tido como burocrático e que favoreceria o culpado<sup>173</sup>.

A resolução consensual, nesse contexto, é apresentada como o melhor meio para impedir a impunidade, assumida como uma nova política criminal, em detrimento do processo penal democrático e adversarial. Advirta-se que no Brasil, em razão da mentalidade inquisitorial presente nos órgãos do Poder Judiciário é possível constatar uma tendência inquisitorial nos mais diversos âmbitos da sociedade. Nesses termos, adverte Ricardo Gloeckner que:

A importação de um modelo de justiça negocial nos mesmos moldes americanos se reveste de um problema ainda mais acentuado do que aqueles que surgem nos Estados Unidos. Com efeito, o modelo de *plea bargaining* americano é predominantemente tomado por um viés racial (*racial bias*) que autorizou, em grande parte, a guerra às drogas posta em ação em 1982 pelo governo Reagan, atingindo sobremaneira os afrodescendentes. Além disso, através de acordos celebrados por réus em posição de extrema vulnerabilidade, os Estados Unidos detêm uma marca impressionante de casos de erros judiciais (o que não significa que esta quantidade não possa ser verificada no Brasil, caso existisse qualquer espécie de estatística sobre o erro judicial aqui), justamente através de “confissões contaminadas”, “equivocadas” ou “extorquidas”. Todavia, paradoxalmente, o *plea bargain* tem o condão de fazer desaparecer a sensação pública de condenações equivocadas (justamente por não se submeterem ao júri). Além disso, sob a mesma justificativa da pressão por resultados, o *plea bargaining* nos Estados Unidos pôde constituir-se como uma ferramenta indispensável para a demonstração de eficiência por parte primeiramente de promotores de justiça, que contaram posteriormente com a decisão dos juízes e como resposta à explosão de casos (*caseload pressure*)<sup>174</sup>.

O maior perigo, portanto, é que ocorra no país o mesmo que ocorrera nos Estados Unidos, qual seja, a consagração de um novo modelo de punir os marginalizados de forma mais “eficiente”. Nesses termos, Ricardo Gloeckner, afirma que:

A implementação de um modelo de ampla negociação no processo penal brasileiro constitui-se como uma farsa programada em dois tempos. Em primeiro lugar, se

---

<sup>172</sup> A crítica aqui designada diz respeito a seletividade e punitivismo presente no sistema tradicional de resolução de conflitos penais. Notadamente, não se deslegitima o sistema de garantias e respeito aos direitos fundamentais dos acusados, pelo contrário, o presente trabalho visa apresentar um contraponto a expansão da justiça penal negocial em descompasso com as referidas garantias.

<sup>173</sup> GLOECKNER. *Um “novo” liberalismo processual penal autoritário?* op. cit., p. 180.

<sup>174</sup> Ibid., p. 186.

trata efetivamente de se punir cada vez mais os pobres (e inocentes) com menores custos. Ou seja, tornar o direito fundamental de ser julgado pelo juiz natural um risco que pode custar significativamente caro ao acusado, devido à negociação que recai sobre o estado de inocência e sobre o “direito ao processo”. A inevitabilidade do julgado pela assunção rápida de uma pena através da confissão torna o caminho para obtenção de uma condenação mais simples e rápido. Além disso, como reverso desta questão, é justamente o *plea bargaining* um dos principais fatores que autoriza a impunidade de crimes praticados nos denominados crimes corporativos. **Ou seja: punir os pobres e evitar condenações criminais em casos de crimes corporativos.** (...). O *plea bargain* consiste num modelo de renúncia ao processo e de distribuição de penas aos economicamente mais desfavorecidos (com a manutenção das mesmas lógicas de corte racial que autorizam uma segregação absolutamente desproporcional de afrodescendentes, que atinge cerca de 2/3 da população carcerária brasileira)<sup>175</sup>. (grifou-se)

Em consonância com o exposto, vale mencionar o apontamento feito por Aury Lopes Jr. ao advertir que:

O panorama é mais grave quando, ao lado da acusação, está um juiz pouco disposto a levar o processo até o final, quiçá mais interessado que o próprio promotor em que ele 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 produção quantitativa do que pela qualidade de suas decisões, o processo assume sua face mais nefasta e cruel. Sintoma disso é o fato e que, logo após o anúncio do Projeto Anticrime, mesmo despedido de qualquer justificativa ou fundamentação, uma pesquisa da AMB (Associação dos Magistrados Brasileiros) apontou que 90% dos juízes apoiam a “*plea bargaining* Moro”. Como recorda Langbein, nesse tema existe um adágio popular adequado: **“se a necessidade é a mãe da invenção, a preguiça é o pai”**. (...). Em síntese, tudo dependerá do ‘espírito aventureiro’, da aposta que o acusado aceita fazer e de seu poder de barganha. É um modelo que subverte a lógica do sistema penal, baseado na ideia utilitarista e do menor esforço, atropelando-se garantias em nome da eficiência punitiva. É disfuncional também porque prejudica o inocente e beneficia o culpado, gerando uma distorção seletiva e formalizada de impunidade<sup>176</sup>. (grifos do autor)

Perceptível, nesses termos, a fragilidade do Estado Democrático de Direito no país, constantemente ameaçado, por discursos e por atos atentatórios à Constituição e aos direitos fundamentais da coletividade. Sendo certo que o poder punitivo no país é seletivo, pune os pobres, negros e marginalizados, o maior risco com os avanços da justiça penal negociada é a assunção de um meio ainda mais seletivo de punição.

Conforme preleciona Pâmela de Araújo, ao atentar para a importação dos institutos da justiça penal negociada de países estrangeiros, trata-se, na

<sup>175</sup> Ibid., p. 187-188.

<sup>176</sup> LOPES JR. *Fundamentos do Processo Penal ...* op. cit., p. 168-169.

visão da autora, de um meio de impossibilitar a determinação dos elementos base do sistema processual acusatório. Afirma a autora que:

(...) a atual tendência é de expansão do discurso autoritário e reestruturação do processo penal a partir dessa lógica, o qual decorre do ativismo judicial, da violência estrutural nos discursos políticos, da ausência de diálogo, das transgressões a direitos fundamentais e da manipulação de conceitos no âmbito da justiça criminal. Há um interesse muito claro de ampliação de tipos penais associado à expansão de poder dos atores processuais que representam o interesse estatal<sup>177</sup>.

As garantias e direitos fundamentais não devem ser reduzidos, pelo contrário, devem ser efetivamente praticados, sendo a tendência consensual uma revisão desses preceitos, ampliando um espectro discricionário de atuação do Ministério Público e relativizando a atuação garantista dos magistrados, que se tornam meros homologadores a darem uma roupagem de legalidade e judicialidade aos acordos celebrados<sup>178</sup>.

Perceptível, portanto, que a expansão das modalidades consensuais de resolução de conflitos penais não se pauta em perspectivas democráticas, pelo contrário, vislumbra-se a ampliação das formas de punição sem observância do devido processo legal e o respeito aos direitos fundamentais conquistados. Perpassados os principais motivos da ampliação da justiça penal negocial, passa-se a análise das modalidades incorporadas no ordenamento jurídico pátrio.

<sup>177</sup> AQUINO. *A ampliação dos espaços de consenso no processo penal brasileiro...* op. cit., p. 54.

<sup>178</sup> Conforme destaca Aury Lopes Jr: “Grave erro é a importação “a la carte” de institutos de sistemas de matriz absolutamente distinta, como o modelo *common law* norte-americano, desconsiderando sua incompatibilidade com o modelo *civil law* brasileiro, com os princípios que regem a acusação de iniciativa pública, os limites institucionais do Ministério Público, a indisponibilidade do objeto do processo penal brasileiro, enfim, com nosso desenho jurídico, processual e institucional. Figueiredo Dias é claro em rechaçar a importação do *plea bargaining* porque incompatível com o modelo português (e também com o brasileiro, acrescentamos), na medida em que não coincide com nossa concepção de Estado de Direito, que tampouco é conciliável com o *rule of law* anglo-saxônico. Logo, é preciso respeitar certos limites metodológicos que infelizmente estão sendo esquecidos nesse debate. Para tratar de direito comparado é preciso saber direito e saber comparar. LOPES JR., Aury. *A crise existencial da justiça negocial e o que (não) apreendemos com o JECRIM*. In: Boletim Especial Justiça Penal Negocial IBCCRIM, ano 29, n. 344, jul. 2021, p. 5. Disponível em: <[https://ibccrim.org.br/media/publicacoes/arquivos\\_pdf/revista-29-06-2021-15-2725985060.pdf](https://ibccrim.org.br/media/publicacoes/arquivos_pdf/revista-29-06-2021-15-2725985060.pdf)[https://ibccrim.org.br/media/publicacoes/arquivos\\_pdf/revista-29-06-2021-15-2725-985060.pdf](https://ibccrim.org.br/media/publicacoes/arquivos_pdf/revista-29-06-2021-15-2725-985060.pdf)>. Acesso em: 6 jun. 2022.



## 4.2 Incorporação no ordenamento jurídico pátrio: os institutos advindos da tendência negocial e suas problemáticas

Diante do exposto, o movimento de ampliação dos institutos da justiça penal negocial não é recente, tendo sido introduzidos no ordenamento jurídico pátrio pela Lei dos Juizados Especiais (Lei nº 9.099/95), por meio dos institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo, respectivamente, nos artigos 76 e 89, do diploma. De modo a concretizar e ampliar a tendência negocial, foram incorporados, ainda, os mecanismos da colaboração premiada e acordo de leniência (Lei nº 12.846/2013), culminando no estabelecimento do Acordo de Não Persecução Penal advindo da Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime), incorporando o art. 28-A, ao Código de Processo Penal.

Importante destacar que, originalmente, o “Pacote Anticrime” previa uma ampla inserção da justiça penal negocial, por intermédio do acordo de não persecução penal, incorporado ao ordenamento e o “acordo penal”, que não foi aprovado. Vale destacar que o “acordo penal” se aproxima do *plea bargaining* norte americano, sendo aplicável a qualquer crime, realizado após o recebimento da denúncia ou queixa, até a instrução e com imediata aplicação da pena, por meio de requerimento do Ministério Público, nos moldes do art. 395-A, do referido projeto de lei. Tal modelo é criticado por permitir uma ampla forma de negociação, não tendo sido aprovado na Lei nº 13.964/2019.

### 4.2.1 Transação penal e suspensão condicional do processo: os primeiros institutos da justiça penal negocial no ordenamento jurídico pátrio

Nessa perspectiva, a incorporação da justiça consensual na Lei dos Juizados Especiais sofreu diversas críticas desde a sua implementação<sup>179</sup>.

---

<sup>179</sup> Segundo Maria Lúcia Karam, ao avaliar a incorporação dos referidos institutos nos JECRim: “No Brasil, não muito tempo depois da criação dos juizados especiais criminais, já se percebia essa ‘economia’ funcional ao agigantamento do sistema penal”. KARAM, Maria Lúcia. Juizados Especiais Criminais. *A concretização antecipada do poder de punir*. São Paulo: Editora RT, 2004, p. 28.

Inicialmente, como salientado, a lei buscou reduzir a quantidade de processos e, com isso, possibilitar uma diminuição da crise do sistema da administração da justiça. Ocorre que o resultado não correspondeu a pretendido, repercutindo no incremento da justiça penal negocial.

Em razão de não ser o objeto do presente trabalho, os institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo serão apresentados de forma breve, de modo a destacá-los enquanto pertencentes ao movimento de ampliação da justiça penal consensual, sem, no entanto, tratá-los com maiores detalhes.

A Lei nº 9.099/95 é representativo no processo penal pátrio, pois foi por meio dela que ocorreu a adoção de medidas despenalizadas e descarcerizadoras, exprimindo, desse modo, um rompimento com o modelo tradicional de resolução de litígios no âmbito penal. Como asseverado, a Lei dos Juizados Especiais marca, ainda, a introdução da justiça negocial no ordenamento jurídico pátrio, sendo competente para o julgamento das infrações penais de menor potencial ofensivo, isto é, para os crimes cuja pena máxima não seja superior a 2 anos, cumulado ou não com pena de multa<sup>180</sup>.

Desse modo, observa-se que a transação penal está prevista no art. 76 da Lei dos Juizados Especiais, *in verbis*: “Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta”. Trata-se de um direito subjetivo do acusado de, preenchidos os requisitos expostos nos incisos do § 2º, do art. 76, do referido diploma, e antes de formalizada a denúncia, seja proposta pelo Ministério Público uma pena antecipada de multa ou restritiva de direitos.

---

<sup>180</sup> LOPES JR. *Direito Processual Penal* op. cit., p. 821-822.

Esclarece o autor Vinicius Vasconcellos, quando da análise do referido instituto que:

Trata-se do acordo realizado entre o acusado (necessariamente acompanhado por advogado) e o promotor, em que aquele aceita a aplicação imediata de uma sanção penal, sem o transcorrer regular do processo, ou seja, com “concretização antecipada do poder de punir”. Em contrapartida, o interesse acusatório é favorecido pela imposição de uma punição de modo célere, com redução de gastos de recursos. Ou seja, caracteriza-se como pacto, em que, teoricamente, ambas as partes são beneficiadas. Embora ateste conformidade com a proposta de punição, conforme a doutrina majoritária, o acusado não reconhece sua culpabilidade, o que supostamente afasta violações à presunção de inocência<sup>181</sup>.

Conforme destaca Aury Lopes Jr.:

O instituto também conduziu a relativização do princípio da obrigatoriedade da ação penal de iniciativa pública, pois permite certa ponderação por parte do Ministério Público. Não se trata de plena consagração dos princípios da oportunidade e conveniência na ação penal de iniciativa pública. Muito longe disso. **É uma pequena relativização do dogma da obrigatoriedade, de modo que, preenchidos os requisitos legais, deverá o Ministério Público ofertar a transação penal.** Dessa forma, é recorrente a afirmação de que se trata de uma discricionariedade regrada. Noutra dimensão, é um poder-dever<sup>182</sup>. (destacou-se)

Destaca-se, por fim, que se houver o descumprimento das condições estabelecidas na transação penal, poderá o Ministério Público dar continuidade na persecução penal, por meio do oferecimento da denúncia ou requerimento de inquérito policial, de acordo com a Súmula Vinculante 35:

A homologação da transação penal prevista no artigo 76 da Lei 9.099/1995 não faz coisa julgada material e, descumpridas suas cláusulas, retoma-se a situação anterior, possibilitando-se ao Ministério Público a continuidade da persecução penal mediante oferecimento de denúncia ou requisição de inquérito policial<sup>183</sup>.

A suspensão condicional do processo, também denominada como *sursis* processual está previsto no art. 89 da Lei de Juizados Penais. Caberá quando a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano e, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, preenchidos os demais requisitos do *caput* do mencionado dispositivo. Desse modo, o *Parquet* deverá, presentes os

<sup>181</sup> VASCONCELLOS. *Barganha e justiça criminal negocial...* op. cit., p. 103.

<sup>182</sup> LOPES JR. *Direito Processual Penal* op. cit., p. 827.

<sup>183</sup> Íntegra da Súmula nº 35, do Supremo Tribunal Federal disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=26&sumula=1953>>. Acesso em: 17 nov. 2022.

requisitos legais, oferecer a suspensão condicional do processo, pois trata-se de um direito subjetivo do réu.

Dessa maneira, a suspensão será oferecida pelo Ministério Público, por escrito, junto com a denúncia ou logo após seu oferecimento, sendo estabelecidas determinadas condições para o réu, feitas em juízo e na presença da defesa técnica que, se forem atendidas levarão a extinção da punibilidade<sup>184</sup>. O descumprimento das obrigações significa o retorno do tramite do processo do momento em que parou.

Mais uma vez, faz-se necessário apresentar o entendimento de Aury Lopes Jr., ao expor que:

A nosso ver, o Princípio da Indisponibilidade da Ação Pública não foi fulminado, mas mitigado. Nos moldes tradicionais, não poderia o Ministério Público dispor da ação penal, não podendo dela desistir, transindo ou acordado. Ao Ministério Público, continua sendo vedada a desistência pura e simples da ação penal de iniciativa pública, como é possível ao querelante na perempção da ação penal privada ou o perdão. É a consagração do Princípio da Discricionariedade Regrada, estando sempre sujeita ao controle judicial<sup>185</sup>.

Como salientado ao longo do trabalho, o *plea bargaining*, enquanto expressão máxima da justiça negocial não encontra amparo no ordenamento jurídico pátrio, tendo em vista que seria aplicada uma pena sem o transcorrer do devido processo legal, em clara violação ao sistema de garantias consagrado na Constituição Federal e ao sistema acusatório de caráter adversarial. Nesse sentir, Aury Lopes Jr. elucida que:

Cada avanço do espaço de negociação acarreta um achatamento da garantia da jurisdição – Princípio Supremo do Processo Penal (Werner Goldschmidt) – e de todo o devido processo, além de sepultar qualquer esperança de se ter um processo

---

<sup>184</sup> Vinicius Vasconcellos aponta que a suspensão condicional do processo: (...) acarreta a paralisação do procedimento, após o recebimento da denúncia, por tempo determinado, durante o qual o acusado consente em se submeter a certas condições, as quais, se atendidas, acarretam a extinção da sua punibilidade (e, conseqüentemente, do processo) ao término do referido lapso temporal. Conforme sua determinação legal art. 89 da Lei 9.099/1995), tal opção é admissível em delitos com pena abstrata mínima menor ou igual a um ano, tornando-se, assim, mais abrangente do que no âmbito de aplicação dos institutos restritos às infrações de menor potencial ofensivo. Ademais, requer-se que o acusado não esteja sendo processado por outras supostas transgressões ou que tenha sido condenado por crime, além de caracterizar medida adequada diante das circunstâncias de fato e das condições pessoais do acusado. VASCONCELLOS. *Barganha e justiça criminal negocial...* op. cit., p. 109.

<sup>185</sup> LOPES JR. *Direito Processual Penal* op. cit., p. 835.

como procedimento em contraditório (Fazzalari). Fulminada a legitimação formal do processo, melhor sorte não assiste ao seu caráter epistêmico, pois o sistema negocial prescinde de qualquer compromisso ético com a “verdade” (crítica também feita por Schünemann) e com o valor “justiça”<sup>186</sup>.

No que diz respeito à colaboração premiada, prevista expressamente no art. 3-A da Lei nº 12.850/2013, estabelece que: “O acordo de colaboração premiada é negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesse públicos”, inserido pelo Pacote Anticrime.

O acordo de não persecução penal (ANPP), por sua vez, foi inserido no art. 28-A do Código de Processo Penal, advindo do “Pacote Anticrime”. Desse modo, pretende-se abordar os principais pontos críticos quanto aos referidos institutos, sem ter a pretensão de esgotar o debate, mas apresentar um contraponto à importação dos institutos da justiça penal negocial.

#### 4.2.1 Delação Premiada o uso coercitivo da confissão como meio de obtenção de prova: a problemática da celebração de acordos por inocentes

Dando prosseguimento a análise dos institutos da justiça negocial incorporados no ordenamento jurídico pátrio será abordado o instituto da colaboração premiada<sup>187</sup>, incorporada pela Lei nº 12.850/2013 (Lei de Organização Criminosa), representativo na ampliação dos espaços consensuais no Direito Penal. Desse modo, para melhor compreender a problemática da coação sofrida pelos acusados quando da realização da delação premiada como meio de obtenção de prova, deve-se analisar o seu conceito, primordialmente.

Entende-se por colaboração premiada como o instituto em que o acusado, diante da promessa de um prêmio, qual seja, a redução da pena, perdão judicial ou substituição da pena privativa por restritiva de direitos, confessa o cometimento de um delito, renunciando ao direito ao julgamento

---

<sup>186</sup> LOPES JR. *A crise existencial da justiça negocial e o que (não) apreendemos com o JECRIM* op. cit., p. 5.

<sup>187</sup> No presente trabalho, apesar do entendimento de parte da doutrina em diferenciar “colaboração premiada” de “delação premiada”, serão usados como denominações sinônimas do referido instituto.

para obtenção desse benefício, nos termos do artigo 4º da Lei nº 12.850/2013. Sendo entendido, ainda, como um negócio jurídico processual<sup>188</sup> e como meio de obtenção de prova, nos termos do art. 3º-A, da Lei 12.850/2013, advindo da alteração da Lei nº 13.964/2019. Necessário, ainda, que a colaboração seja efetiva, isto é, que possibilite a punição de terceiros.

Conforme preceitua o autor Gabriel Ignácio Anitua, trata-se do instituto em que há:

A promessa de lhe impor uma pena de forma direta e sem julgamento, que seria menor àquela que lhe poderia ser-lhe imposta ao optar por exercer seus direitos, é a via utilizada para obrigar o acusado a “colaborar”, concordando com a acusação. Os “acordos” assim obtidos representam um golpe mortal contra a estrutura do juízo penal em um estado de direito liberal<sup>189</sup>.

Diante disso, o autor Vinicius Vasconcellos esclarece que:

Como expressão da justiça negocial, juntamente com os acordos para reconhecimento de culpabilidade, a colaboração premiada se estabelece no ordenamento pátrio permeada pelos constantes discursos que clamam celeridade e eficiência à persecução penal, ou “o melhoramento da operatividade do sistema jurídico punitivo”. Por certo, trata-se de questionáveis influxos pautados por objetivos de política criminal, que adentram o processo penal sob a justificação de uma suposta necessidade para o enfrentamento da nova criminalidade e das dificuldades probatórias em casos complexos<sup>190</sup>.

Notadamente, a colaboração premiada advém do mencionado discurso e tendência neoliberal de eficiência em detrimentos dos direitos fundamentais. Ademais, é possível constatar que o Estado assume a sua incapacidade de investigar delitos cometidos por organizações criminosas, utilizando-se da confissão de um dos investigados para dar prosseguimento a atividade investigativa. Assevera o autor, ainda, que:

Para a delação premiada, em que um réu acusa coautores, afirma-se a necessidade da autoincriminação, ou seja, impõe-se que “as revelações do colaborador tenham relação com o crime específico pelo qual ele está sendo acusado, ou com a organização ou quadrilha de que fez parte ou tenha colaborado”. Tal declaração deve ser realizada ou confirmada diante do juiz competente na fase processual da

<sup>188</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). HC 127.483/PR. Relator: Min. Dias Toffoli, 27 de agosto de 2015. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10199666>>. Acesso em: 18 nov. 2022.

<sup>189</sup> ANITUA. *A Importação de Mecanismos Consensuais...* op. cit., p. 358.

<sup>190</sup> VASCONCELLOS. *Barganha e justiça criminal negocial...* op. cit., p. 114-115.

persecução penal. Além disso, ela deve ser expressão de vontade livre, esclarecida e consciente, portanto, voluntária<sup>191</sup>.

Evidente, desse modo, que a confissão e a necessária autoincriminação para obtenção do benefício violam, dentre outras garantias, a presunção de inocência e a vedação à produção de provas contra si mesmo. Além do direito ao silêncio, contraditório e ampla defesa e, consequentemente, ao sistema acusatório. Ferindo-se, ainda, os princípios da legalidade e obrigatoriedade da ação penal pela atuação do Ministério Público.

Além da renúncia ao devido processo legal e demais direitos fundamentais inerentes ao processo, para que, de algum modo, possa obter um benefício, resta evidente o cunho punitivista do referente instituto face a incapacidade do Estado de investigar os crimes organizados.

Nesse contexto, Rafael Ferreira de Albuquerque, ao analisar os avanços de ideologias pautadas no Direito Penal do inimigo adverte que:

A delação premiada, utilizada como meio de obtenção de prova, a seu turno, possibilita ao Estado maior rapidez na resposta aos anseios punitivos e emergenciais, favorecendo os atropelos processuais, de modo que sua instrumentalização talvez seja consequência da mentalidade autoritária irrigada pela desvalorização dos direitos e garantias fundamentais e pela narrativa de urgência no combate a um suposto inimigo social.

E continua o autor:

O volume da criminalidade é enviesadamente apreendido e abre margem, portanto, a políticas criminais emergenciais. Nesse cenário **a delação premiada é a ferramenta investigatória mais empregada e problemática, porque poupa o Estado de etapas de investigação, ao passo que fere de morte preceitos constitucionais importantíssimos, como o direito ao silêncio, à ampla defesa e ao contraditório, à isonomia, ao sistema acusatório e à presunção de inocência, além da jurisdicionalidade própria do processo penal.** (destacou-se)<sup>192</sup>.

Estabelecidos os principais contornos do referido instituto, passa-se a análise da coação a que os delatores são submetidos para que confessem um delito para obtenção de um benefício. Primordialmente, deve-se pôr em

---

<sup>191</sup> Ibid., p. 118.

<sup>192</sup> ALBUQUERQUE COSTA, Rafael Ferreira. *A Delação premiada no contexto da eficiência processual: A mercantilização das virtudes e dos valores constitucionais*. In: Boletim IBCCRIM, n. 349, dez. 2021.

termos que o acusado tem o receio, diga-se, justificado, de que, se não aceitar o acordo será punido de forma exemplar com penas mais severas, o que efetivamente ocorreu, vide a “Operação Lava Jato” e as decisões dos julgadores nos processos decorrentes das grandes operações.

Ademais, deve-se esclarecer que o compartilhamento dos elementos de prova produzidos ao longo da investigação pelo Ministério Público é um meio necessário para se obtenha o consentimento livre e informado do acusado, de modo a possibilitar realização de um acordo (voluntariedade e consentimento efetivo), tanto na colaboração premiada quanto no acordo de não persecução penal. Nesse sentido, Aury Lopes Jr. elucida que:

Um procedimento muito importante que não está sendo ventilado no Brasil (e que já deveria ter entrado junto com o acordo de não persecução penal) como requisito para a realização do acordo, proibindo que o acusado seja impedido de ter acesso à integralidade dos elementos colhidos e tenha que decidir sobre fazer ou não o acordo a partir de uma análise parcial da viabilidade ou não da acusação. Esse dever de compartilhamento é uma exigência de boa-fé e transparência que não só deve pautar o agir do Estado, mas também como uma forma de evitar “blefe” e acordos abusivos. Se a “estratégia” e a “malícia” podem ser utilizadas nos negócios privados, não o devem quando se trata de um agente público<sup>193</sup>.

Outro ponto que merece destaque diz respeito ao retorno da supervalorização da confissão enquanto “rainha das provas”, já devidamente assinalado no presente trabalho<sup>194</sup>, enquanto meio suficiente a legitimar a aplicação de uma sanção. Diante disso, esclarece Aury Lopes Jr. que:

A confissão volta a ser a rainha das provas no modelo negocia, como uma recusa a toda a evolução da epistemologia da prova e também do nível de exigência na formação da convicção dos julgadores (*proof beyond a reasale doubt*). Bastam os meros atos de investigação, realizados de forma inquisitória na fase pré-processual, sem (ou com muita restrição) de defesa e contraditório, seguidos de uma confissão<sup>195</sup>.

Ademais, deve-se analisar o uso extensivo da prisão preventiva como meio de obtenção da confissão pelos investigados. A prisão é medida excepcional, razão pela qual devem estar presentes os requisitos legais para

---

<sup>193</sup> LOPES JR. *A crise existencial da justiça negocial e o que (não) apreendemos com o JECRIM* op. cit., p. 5.

<sup>194</sup> Vide subcapítulo 2.1 do presente trabalho.

<sup>195</sup> LOPES JR. *Fundamentos do Processo Penal ...* op. cit., p.163-164.



a prisão preventiva, já que a regra é a resposta as acusações em liberdade, em razão da presunção de inocência. Prescreve a lei no art. 313, do CPP, os requisitos legais para as decisões cautelares, havendo a necessidade de decisão motivada e fundamentada do juiz para tanto.

Nesse contexto, o “Pacote Anticrime”, introduziu o inciso IV, ao §7º do art. 4º, prescrevendo que, celebrado o acordo entre acusação e investigado na presença de seu defensor, o juiz deverá analisar a: “voluntariedade da manifestação de vontade, especialmente nos casos em que o colaborador está ou esteve sob efeito de medidas cautelares”. A voluntariedade encontra-se prevista, ainda, no *caput*, do referido dispositivo.

Diante disso, é imprescindível constatar que não há voluntariedade na celebração de colaboração premiada de acusado preso. Isso porque, a medida, muitas vezes, é decretada com o intuito de coagir o investigado para confessar o delito, como se observou nas grandes operações anticorrupção, com o uso das prisões cautelares como meio de coação e técnica de negociação para obtenção da confissão, haja vista, ainda, o caráter sigiloso dos acordos celebrados. Vale mencionar o parecer do MPF no TRF4 ao asseverar que:

Além de se prestar a preservar as provas, o elemento autorizativo da prisão preventiva, consistente na conveniência da instrução criminal, diante da série de atentados contra o país, **tem importante função de convencer os infratores a colaborar com o desvendamento dos ilícitos penais**, o que poderá acontecer neste caso, a exemplo de outros tantos<sup>196</sup>. (destacou-se)

Diante disso, o autor Aury Lopes Jr. esclarece que a banalização das prisões cautelares como meio de coação para obtenção de confissões é uma forma de coerção que:

(...) no Brasil, é ainda mais grave que nos Estados Unidos, na medida em que o acusado ficará preso em um sistema carcerário medieval, violento e dominado por facções, onde o risco de morte é real e concreto. Um dia de prisão cautelar no Brasil, pode representar uma pena de morte, sem qualquer exagero, basta conhecer nossa realidade carcerária<sup>197</sup>.

---

<sup>196</sup> Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/lava-jato-parecer-mpf-prisao-forcar.pdf>>. Acesso em: 18 nov. 2022.

<sup>197</sup> LOPES JR. *Fundamentos do Processo Penal* ... op. cit., p.167-168.

Sendo aberrante, portanto, a possibilidade de se afirmar que a confissão é voluntária estando o réu preso, trata-se de um meio coercitivo ilegal e representa a aceitação da tortura moral como meio de obtenção de prova.

#### 4.2.2 (In)constitucionalidade da confissão do acusado para o Acordo de Não Persecução Penal

O acordo de não persecução penal (ANPP) foi introduzido pela Lei nº 13.964/19 no artigo 28-A, do Código de Processo Penal, sendo o mais recente instrumento representativo da ampliação da justiça penal negocial.

O referido instituto é entendido como o negócio jurídico pré-processual em que Ministério Público (acusação) junto à defesa do investigado, podem celebrar um acordo cujo benefício será a redução da pena de 1/3 a 2/3, desde que o acusado confesse formalmente o cometimento do delito e que este tenha sido sem violência ou grave ameaça, com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos<sup>198</sup>.

Em caso de cumprimento integral do acordo celebrado, deverá o juiz declarar extinta a punibilidade, restando apenas o registro para fins de impossibilitar que o acusado faça novo acordo no prazo de 5 (cinco) anos.

Ademais, em caso de descumprimento, o Ministério Público deverá oferecer a denúncia e terá prosseguimento ao processo. Importante destacar, contudo, que, apesar de parte da doutrina defender que seria um direito subjetivo do investigado<sup>199</sup>, desde que preenchidos seus requisitos legais, há

---

<sup>198</sup> Nessa toada, vale a lição de Aury Lopes Jr. ao esclarecer que o ANPP representa: “um poderoso instrumento de negociação processual penal que requer uma postura diferenciada por parte dos atores judiciais, antes forçados no confronto, que agora precisam abrir-se para uma lógica negocial, estratégica, que demanda uma análise do que pode oferecer e do preço a ser pago (prêmio), do *timing* da negociação, da arte negocial. LOPES JR. *Direito Processual Penal*. op. cit., p. 220-221.

<sup>199</sup> Para mais informações sobre a defesa da tese de que o ANPP é um direito público subjetivo *vide*: AGACCI, Matheus. Acordo de não persecução penal é direito público subjetivo do acusado. *Consultor Jurídico*, 22 mai. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mai-22/mathaus-agacci-acordo-nao-persecucao-penal#author>>. Acesso em: 18 nov. 2022

entendimento do STJ e do STF no sentido de que não se trata de um direito subjetivo do imputado, mas de ato discricionário do Ministério Público<sup>200</sup>.

Como proposta do presente trabalho, será analisado o acordo de não persecução penal enquanto integrante do movimento de ampliação da justiça penal negocial e seu descompasso com o sistema de garantias constitucional. Não se pretende analisar o instituto em todas as suas características, mas expor sua incompatibilidade com preceitos de ordem constitucional e da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Notadamente, como nos demais mecanismos de justiça negocial, o ANPP afronta os princípios da indisponibilidade da ação penal, imparcialidade, não autoincriminação, direito ao silêncio, ao contraditório e ampla defesa e ao devido processo legal, portanto.

Ademais, a exigência de confissão representa uma afronta aos preceitos constitucionais, sendo necessário defender sua incompatibilidade com a Constituição Federal. Nesse contexto, o art. 28 -A, do CPP, prescreve que o investigado tenha “confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal”, diante disso, Lucas Ramos Krause e Thiago Bottino entendem que:

É formal, porque materializa a ideia de que deve estar expressamente estabelecida nas cláusulas do acordo. Circunstancialmente, porque todos os fatos descritos nessas cláusulas devem estar vinculados estritamente ao acordo, além de estarem especificados com todos os detalhes possíveis, não havendo brechas ou lacunas que possam obstaculizar o efetivo cumprimento. Escritas as cláusulas, é o acordo submetido à apreciação judicial em audiência na qual o magistrado analisa a voluntariedade da parte em formular o acordo, com oitiva do investigado/réu, bem como analisa a legalidade dos requisitos e as condições referentes ao ANPP<sup>201</sup>.

Conforme preceituam os autores, podem ser mencionados os seguintes argumentos contrários a confissão nos ANPP, diante de uma Análise

---

<sup>200</sup> Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/16022022-Jurisprudencia-em-Teses-traz-novos-entendimentos-sobre-o-Pacote-Anticrime.aspx>>. Acesso em: 18 nov. 2022

<sup>201</sup> SANTOS ROCHA, Lucas Ramos Krause de.; AMARAL, Thiago Bottino do. A exigência da confissão no acordo de não persecução penal sob a óptica da Análise Econômica do Direito. Revista Brasileira de Ciências Criminais 2022. *RBCCrim* 191, p. 268-269.

Econômica do Direito, são eles: a confissão não teria valor probatório para o Estado; o elevado risco de falsas confissões para obtenção do benefício, enquanto ato de vingança social, o reconhecimento por parte do Estado de sua incapacidade de investigar e, por fim, o uso de pressão psicológica como ferramenta de tortura para obtenção da confissão<sup>202</sup>.

Enquanto ausência de valor probatório, tendo em vista que não há lei autorizando o uso da confissão em caso de descumprimento do acordo ou quando não houver homologação, nos termos dos artigos 5º, II e 37, da CRFB/88. Ainda, em razão de ser um meio de defesa e pelo fato de não poder ser utilizado em seu prejuízo (princípio da não autoincriminação). Além disso, a assunção de culpa do acusado não pode ser compreendida, igualmente, como meio suficiente para ilidir a garantia da presunção de inocência<sup>203</sup>.

No que diz respeito ao segundo ponto, qual seja, ao risco de confissões falsas, esta decorre da própria limitação da acusação sobre os fatos, tendo em vista que se busca, por meio da confissão, obter provas para dar continuidade a investigação. Nesse contexto, o acusado poderá apresentar fatos e versões distorcidas da realidade com o intuito de obter os pretendidos benefícios<sup>204</sup>.

---

<sup>202</sup> Ibid., p. 273.

<sup>203</sup> Adverte Matheus Léo Pereira Badaró que; “A homologação do acordo pelo juiz de primeiro grau significa reconhecer, pelo menos em princípio, a tipicidade do fato, imprescindível para a verificação da viabilidade da acusação. A confissão do imputado não dispensa a análise do magistrado sobre os elementos do crime e os pressupostos de validade da proposta, ainda que o Acordo de Não Persecução Penal tenha sido assinado conjuntamente com a defesa técnica. **Admitir que a confissão de um fato é elemento suficiente para que haja um crime, é flertar com um sistema inquisitório e recriar o sistema de prova tarifada em que a confissão é a “rainha das provas”**. Se cabe ao magistrado rejeitar a denúncia oferecida se não verificar as condições da ação penal, ainda que em um juízo prognóstico, seria contraditório se não pudesse rejeitar a homologação de acordo diante do mesmo argumento. BADARÓ DUARTE, Matheus Léo Pereira. *O controle judicial na homologação do acordo de não persecução penal: análise a partir do Habeas Corpus 619.751/SP*. Boletim IBCCRIM, mai. 2022.

<sup>204</sup> Afirmam os autores que: “(...) ao se pensar no indivíduo racional que busca a maximização dos seus interesses, se colocado em uma situação em que ele é o detentor das informações e a disparidade é muito grande, o cenário comumente mais vantajoso para ele será o de omitir fatos ou alterá-los de modo que reduza a sua punição ou desvie a atenção do acusador para longe dos acontecimentos. Tratando-se, inclusive, de manifestação evidente do direito ao silêncio (art. 5º, LXIII, da CRFB/88) e, novamente, da não produção de provas contra si mesmo (art. 8.2, g, da CADH)”. SANTOS ROCHA; AMARAL. *A exigência da confissão no acordo de não persecução penal...* op. cit., p. 276.

Quanto a assunção de que se trata de uma vingança social, percebe-se que, em razão de a confissão não poder ter embasamento legal para ser utilizada em outro momento do processo, limitando-se a ser uma exigência para a celebração do acordo, trata-se de um meio de humilhação do investigado, de se realizar uma pretensa “penitência religiosa”.

O quarto ponto em que se argumenta no sentido de que o Estado admite expressamente que não é capaz de realizar a investigação e crimes de maior complexidade, representa a falência na atividade persecutória do Estado. Desse modo, se no inquérito policial, por meio dos atos investigativos não restou caracterizada a justa causa, isto é, não havendo indícios suficientes de autoria e materialidade o *Parquet* não pode realizar o oferecimento da denúncia. Por conseguinte, não há que se colocar o investigado em negociação, posto que a acusação não foi capaz de ilidir a garantia da presunção de inocência. Nesses termos, o acusado seria responsável por sua própria condenação, haja vista que confessaria um delito não provado pela acusação.

Por fim, a análise quanto ao uso da confissão como tortura psicológica decorre do fato de que, como já mencionado no presente trabalho, o acusado sente-se na obrigação de celebrar um acordo sob pena de arcar com uma possível condenação desproporcionalmente maior, como forma de exemplo para outros infratores<sup>205</sup>.

Importante destacar, mais uma vez, que a confissão viola os preceitos constitucionais de vedação à tortura nos moldes do art. 5º, III, da CRFB/88, do direito ao silêncio e do princípio da vedação da produção de provas contra si mesmo (art. 5º, LXIII, da CRFB/88 e art. 8.2, g, da CADH). Pelos argumentos expostos, a confissão apresenta-se como inconstitucional frente ao sistema de garantias consagrados na Constituição e nas demais normas legais presentes no ordenamento jurídico pátrio.

---

<sup>205</sup> Ibid., p. 275-279.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As reflexões propostas na presente pesquisa possibilitam identificar que a justiça penal negocial é uma tendência internacional, perceptível em inúmeros ordenamentos jurídicos que passam a adotar diversos mecanismos negociais.

Trata-se de um movimento presente no Brasil, perceptível por meio da incorporação dos instrumentos introduzidos pela Lei dos Juizados Especiais, pela Colaboração Premiada e pelo Acordo de Não Persecução Penal, mais recente mecanismo de justiça negocial, advindo do “Pacote Anticrime” e a tentativa de instauração do *plea bargaining*, enquanto expressão máxima de liberdade de negociação entre acusação e defesa.

De cunho neoliberal, pautado em ideias eficientistas e utilitaristas, a justiça penal consensual é apresentada como meio capaz de “solucionar” a crise do sistema de administração da justiça criminal. Contudo, intentou-se demonstrar no presente trabalho que a justiça negociada é uma alternativa ao sistema tradicional, pautado no avanço de institutos de caráter punitivistas, uma vez que em nome da celeridade na resolução dos conflitos penais, há a supressão de garantias e direitos conquistados. Portanto, não se trata de uma tentativa de solucionar a problemática existente, mas de um meio de punir os já marginalizados de uma forma mais “eficiente”.

Pretendeu-se abordar as principais características do referido movimento consensual, abordando suas origens e apontamentos em desconformidade com as garantias do devido processo legal e demais preceitos constitucionais. Sendo um trabalho crítico a incorporação dos institutos negociais, mas que reconhece que sua ampliação é inevitável.

Nesses termos, de origem na experiência de matriz de tradição da *commow law* e, diante da maior liberdade de negociar por parte do órgão acusador e das partes nesse sistema, a justiça consensual deve ser observada à luz do ordenamento jurídico pátrio, voltado para as garantias dos acusados.

Primordialmente, a referida modalidade de resolução de conflitos penais, de forma extraprocessual, se assemelha ao sistema inquisitório, em razão da assunção da confissão enquanto “rainha das provas”, do sigilo dos acordos celebrados e da ausência do controle jurisdicional.

Ademais, diante da mentalidade inquisitorial que permeia os órgãos jurisdicionais, temática perpassada ao longo do trabalho, resta comprovado que se deve buscar a efetivação do sistema acusatório e das garantias dos acusados para que haja o respeito ao devido processo legal. Isso porque, a morosidade do Poder Judiciário, por razões das mais diversas, não pode acarretar a retirada de direitos e prerrogativas dos acusados.

As garantias do devido processo legal consubstanciadas na Constituição Federal e no Pacto San José da Costa Rica são instrumentos de efetivação da dignidade da pessoa humana, de modo a legitimar a aplicação da pena, sob seus estritos contornos. Diante dos mencionados instrumentos de justiça penal negocial, pode-se esclarecer o descompasso dos referidos institutos com as referidas garantias.

Não obstante, trata-se de um movimento que não retroagirá. Os apontamentos feitos no presente estudo tiveram como intuito corroborar com a consecução de um Direito Penal Democrático, visando-se, com isso, apresentar que, para além de revisões legislativas deve-se, primordialmente, revisitar a insistente mentalidade inquisitorial.

No mais, buscou-se consignar que o Estado Democrático de Direito está sob constante ameaça e que o poder punitivo e os agentes estatais buscam ampliar suas prerrogativas e poderes. Desse modo, os cidadãos devem ficar atentos as propostas milagrosas e aos discursos disfarçados, mas efetivamente de cunho punitivista. Por mais obscuro, antiético e desabonador que possa parecer o momento e o anseio por “justiça”, deve-se ter como perspectiva máxima que direitos são arduamente conquistados, constantemente ameaçados e facilmente retirados.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGACCI, Matheus. *Acordo de não persecução penal é direito público subjetivo do acusado*. Consultor Jurídico, 22 mai. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mai-22/mathaus-agacci-acordo-nao-persecucao-penal#author>>. Acesso em: 18 nov. 2022

ALBUQUERQUE COSTA, Rafael Ferreira. *A Delação premiada no contexto da eficiência processual: A mercantilização das virtudes e dos valores constitucionais*. In: Boletim IBCCRIM, n. 349, dez. 2021.

ALVAREZ, Vanessa. O ex-juiz Sergio Moro é vítima de lawfare. *Consultor Jurídico*, 13 fev. 2022. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2022-fev-13/vanessa-alvarez-ex-juiz-sergio-moro-vitima-lawfare>>. Acesso em: 13 jun. 2022.

ANITUA, Gabriel Ignacio. A importação de mecanismos consensuais do processo estadunidense nas reformas processuais latino-americanas. In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (org.). *Sistemas Processuais Penais*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

AQUINO, Pâmela de Araújo. *A ampliação dos espaços de consenso no processo penal brasileiro: uma nova fase da mentalidade inquisitorial*. In: Anais do 10º Congresso Internacional de Ciências Criminais – PUCRS: direito processual penal, v. 2, 1. ed. São Paulo: Tirant Lo Blach, 2020.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahi. *Direito Processual Penal*. t. I. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.



BADARÓ DUARTE, Matheus Léo Pereira. *O controle judicial na homologação do acordo de não persecução penal: análise a partir do Habeas Corpus* 619.751/SP. Boletim IBCCRIM, mai. 2022.

BARBOSA DIAS, Fernando. *Plea bargain e análise das estatísticas da justiça criminal e paulista*. In: Boletim IBCCRIM, n. 327, 03 fev. 2020. Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/noticias/exibir/7193/>>. Acesso em: 06 jun. 2022.

BARREIROS, José António. *Processo penal*. Coimbra: Almedina, 1981.

BOAVENTURA, João Paulo. A omissão de provas e os acordos de colaboração premiada. *Consultor Jurídico*, 29 out. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-out-29/opinio-o-omissao-provas-acordos-colaboracao-premiada?imprimir=1>>. Acesso em: 06 jun. 2022.

BOUJIKIAN, Kenarik. Neutralidade é um mito, mas a imparcialidade do juiz é um dever. *Consultor Jurídico*, 29 jan. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jul-29/escritos-mulher-neutralidade-mito-imparcialidade-juiz-dever?imprimir=1>>. Acesso em: 06 nov. 2022.

BRAGA, Diego dos Reis; LOPES, Rafaella Marineli. *Pleabargain e disparidade de armas: a coroa de louros da acusação*. In: Boletim IBCCRIM, ano 28, n. 328, mar. 2020. Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/edicoes/14/37>>. Acesso em 14 jun. 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Organizado por Cláudio Brandão de Oliveira. Rio de Janeiro: Roma Victor, 2002. 320 p.

\_\_\_\_\_. Código de Processo Penal. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995*. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013*. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019*. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 640.518 SC 2021/0015845-2. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Relator: Jorge Mussi. Data de Julgamento: 22/01/2021, Data de Publicação: 22/01/2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 202.557 SP 0054793-62.2021.1.00.0000. Impetrante: Victor Hugo Anuvale Rodrigues e outro (A/S). Autoridade Coatora: Relator do HC nº 535.249 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Edson Fachin. Data de Julgamento: 03/08/2021, Segunda Turma, Data de Publicação: 12/08/2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Pleno). HC 127.483/PR. Relator: Min. Dias Toffoli, 27 de agosto de 2015.

CABRERA, Michelle Gironda; RIBEIRO, Bárbara Feijó. *Os acordos penais como efeito da retórica do catastrofismo: uma análise a partir do plea bargaining* estadunidense. In: Boletim Especial Justiça Penal Negocial

IBCCRIM, ano 29, n. 344, jul. 2021. Disponível em: <[https://ibccrim.org.br/media/publicacoes/arquivos\\_pdf/revista-29-06-2021-15-27-25-985060.pdf](https://ibccrim.org.br/media/publicacoes/arquivos_pdf/revista-29-06-2021-15-27-25-985060.pdf)>. Acesso em: 6 jun. 2022.

CALAMANDREI, Piero. II processo come giuoco. *Rivista di Diritto Processuale*, v. 5, parte I, Padova, 1950.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinelli Castanho de. *Processo penal e Constituição: princípios constitucionais do processo penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CHILANTE, Emiliano Campagnaro. *A fragilização das garantias penais a partir da expansão da Justiça negociada*. Consultor Jurídico, 4 fev. 2022. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2022-fev-04/chilante-garantias-penais-expansao-justica-negociada>>. Acesso em: 6 jun. 2022.

CORRÊA, Alessandra. Criminalidade: As consequências inesperadas nos EUA do ‘plea bargain’, parte do pacote anticrime de Moro. *BBC News Brasil*, 17 fev. 2019. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/geral-47225232>>. Acesso em: 13 jun. 2022.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do Direito Processual Penal Brasileiro. *Revista de Estudos Criminais*. Porto Alegre, n. 1, 2001.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O Código de Processo Penal é inquisitorial. *Consultor Jurídico*, 12 nov. 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-nov-12/limite-penal-codigo-processo-penal-inquisitorial>>. Acesso em: 19 jul. 2022.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O Papel do Novo Juiz no Processo Penal*. Empório do Direito, 18 abr. 2015. Disponível em:

<<https://emporiiododireito.com.br/leitura/o-papel-do-novo-juiz-no-processo-penal#:~:text=Ademais%2C%20compondo%20a%20rela%C3%A7%C3%A3o%20processual,%C3%A9%20de%20%C3%B3rg%C3%A3o%20super%20partes>>. Acesso em: 30 set. 2022.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. *Revista de Informação Legislativa*, v. 46, n. 183, p. 103-115, jul./set. 2009.

DIAS, Paulo Thiago Fernandes. *A adoção do adágio do in dubio pro societate na decisão de pronúncia: (in)constitucionalidade e (in)convencionalidade*. Porto Alegre: PUC-RS (Dissertação de Mestrado – Direito), 2016.

DI GESU, Cristina. *Prova penal e falsas memórias*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2022.

FERNANDES, Maíra; SCALCON, Raquel; SOARES, Pollyana de Santana. STF precisa ser contra prisão imediata de réu condenado no Tribunal do Júri. *Consultor Jurídico*, 26 jan. 2022. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2022-jan-26/escritos-mulher-stf-prisao-imediata-reu-tribunal-juri?imprimir=1>>. Acesso em: 10 nov. 2022.

FERNANDES, Pedro de Araújo. A armadilha geopolítica da operação “lava jato”. *Consultor Jurídico*, 2 mai. 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-mai-02/pedro-fernandes-armadilha-geopolitica-operacao-lava-jato>>. Acesso em: 7 jun. 2022.

FERREIRA E FERREIRA, Tainá. *Quem tem medo do juiz das garantias? Uma análise acerca dos reais obstáculos ao sistema acusatório*. In: Boletim IBCCRIM, n. 334, 02 set. 2020. Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/edicoes/92/997/quem-tem-medo->

do-juiz-das-garantias-uma-analise-acerca-dos-reais-obstaculos-ao-sistema-acusatorio>. Acesso em: 29 out. 2022.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Processo Penal Pós-acusatório? Resignificações do Autoritarismo no Processo Penal*. Disponível em: <[https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista67/revista67\\_378.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista67/revista67_378.pdf)>. Acesso em: 14 jun. 2022.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Uma Nova Teoria Das Nulidades: processo e instrumentalidade constitucional*. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2010.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Um “novo” liberalismo processual penal autoritário? In: Plea Bargaining*. Organizador Ricardo Jacobsen Gloeckner. 1 ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

GOLDSCHMIDT, James. Problemas jurídicos y Políticos del Processo Penal. Barcelona, Bosch, 1935, p. 67. La imparcialidade como Princípio Básico del Processo. *In: Revista de Derecho Procesal*, n. 2, 1950.

GOLDSCHMIDT, James. *Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal*. Barcelona: Bosch, 1935.

GOMES, Ariel Koch. *Neoliberalismo e justiça do consenso no processo penal*. *In: Anais do 10º Congresso Internacional de Ciências Criminais – PUCRS: direito processual penal*, v. 2, 1. ed., São Paulo: Tirant Lo Blach, 2020.

KARAM, Maria Lúcia. Juizados Especiais Criminais. *A concretização antecipada do poder de punir*. São Paulo: Editora RT, 2004.

KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. O objeto da prova judiciária e a derrotabilidade processual no campo da teoria da argumentação. In: SERBENA, Cesar Antonio (coord). *Teoria da Derrotabilidade: pressupostos teóricos e aplicações*. Curitiba: Juruá, 2012.

LANGBEIN, John H. *Compreendendo a Curta História do Plea Bargaining*. In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Plea Bargaining*. Organizador Gloeckner. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

LOPES JR., Aury. *A crise existencial da justiça negocial e o que (não) apreendemos com o JECRIM*. In: Boletim Especial Justiça Penal Negocial IBCCRIM, ano 29, n. 344, jul. 2021. Disponível em: <[https://ibccrim.org.br/media/publicacoes/arquivos\\_pdf/revista-29-06-2021-15-27-25-985060.pdf](https://ibccrim.org.br/media/publicacoes/arquivos_pdf/revista-29-06-2021-15-27-25-985060.pdf)>https://ibccrim.org.br/media/publicacoes/arquivos\_pdf/revista-29-06-2021-15-27-25-985060.pdf>. Acesso em: 6 jun. 2022.

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

LOPES JR., Aury. *Fundamentos do Processo Penal: introdução crítica*. 8. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

LOPES JR., Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. Parecer Jurídico: *Presunção de inocência: Do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória*. Consultor Jurídico, 20 mai. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/parecer-antecipacao-pena.pdf>>. Acesso em: 7 jun. 2022.

LOPES JR., Aury; PASCZEK, Vitor. *O plea bargaining no projeto “anticrime” remédio ou veneno?*. In: *Plea Bargaining*. Organizador Ricardo Jacobsen Gloeckner. 1 ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

LOPES JR, Aury; ROSA, Alexandre Moraes da. *Quando o juiz já sabia: a importância da originalidade cognitiva no Processo Penal*. Consultor Jurídico, 29 abr. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-abr-29/limite-penal-quando-juiz-sabia-importancia-originalidade-cognitiva-processo-penal>>. Acesso em: 06 jun. 2022.

LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Moraes da. *O erro lógico da prisão automática no júri*: Tema 1.068 do STF. 11 nov. 2022. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2022-nov-11/limite-penal-erro-logico-prisao-automatica-juri-tema-1068-stf>>. Acesso em: 11 nov. 2022.

MACÊDO RIBEIRO, Marcelo Herval. *Justiça Criminal Negocial e “Plea Bargaining”*: a fragilização do devido processo legal e a primazia inquisitória da lógica neoliberal efficientista *In*: Anais do 10º Congresso Internacional de Ciências Criminais – PUCRS: direito processual penal, vol. 2, 1. ed. São Paulo: Tirant Lo Blach, 2020.

MACHADO, Roger. *Antecipação de Atribuição de Culpa e a Dimensão Extraprocessual da Presunção de Inocência*. *In*: Boletim IBCCRIM, n. 353, abr. 2022.

MARTINS, Cristiano Zanin; AMBROSIO, Graziella. *Vieses cognitivos que influenciam no acordo de colaboração premiada – parte 2*. Consultor Jurídico, 12 ago. 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-ago-12/zanin-ambrosio-vieses-influenciam-formalizacao-delacao2>>. Acesso em: 12 jun. 2022.

MAZLOUM, Nadir. *Justiça negocial é uma petição de princípio*. Consultor Jurídico, 16 abr. 2022. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2022-abr-16/nadir-mazloum-justica-negocial-peticao-principio>>. Acesso em: 6 jun. 2022.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

MILANEZ, Bruno Augusto Vigo. *Crítica à Suspensão da Eficácia do Art. 3º-A do CPP*. In: Boletim IBCCRIM, n. 345, ago. 2021. Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/edicoes/750/8586/critica-a-suspensao-da-eficacia-do-art-3o-a-do-cpp>>. Acesso em: 14 ago. 2022.

MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt; CARVALHO, Felipe Fernandes de; OLIVEIRA CHAVES, Álvaro Guilherme de. *Projeto de plea bargain é inócuo para mudança do sistema penal*. Consultor Jurídico, 22 fev. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-fev-22/opinioao-projeto-plea-bargain-inocuo-mudar-sistema-penal>>. Acesso em: 6 jun. 2022.

PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juirs, 2006.

ROCHA, Claudia da; ARNS DE OLIVEIRA, Marlus H. A justiça penal negociada e os direitos fundamentais. *Migalhas*, 14 fev. 2021. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/340762/a-justica-penal-negociada-e-os-direitos-fundamentais>>. Acesso em: 14 jun. 2022.

RODAS, Sérgio. Para advogados, dever do MP de revelar provas à defesa reforça paridade de armas. *Consultor Jurídico*, 18 abr. 2022. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2022-abr-18/mp-revelar-provas-defesa-reforca-paridade-armas-dizem-advogados>>. Acesso em: 13 jun. 2022.

RODRIGUES DE LEMOS, Marcelo Augusto. O ANPP a partir da crítica hermenêutica do Direito. *Consultor Jurídico*, 7 mai. 2022. Disponível em:



<<https://www.conjur.com.br/2022-mai-07/diario-classe-anpp-partir-critica-hermeneutica-direito>>. Acesso em: 6 jun. 2022.

RODRIGUES DE LEMOS, Marcelo Augusto. A influência dos EUA nos acordos penais brasileiros. *Consultor Jurídico*, 3 jul. 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-jul-03/diario-classe-influencia-eua-acordos-penais-brasileiros>>. Acesso em: 6 jun. 2022.

RODRIGUES DE LEMOS, Marcelo Augusto. O Direito como fim no “combate à corrupção”. *Consultor Jurídico*, 12 mar. 2022. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2022-mar-12/diario-classe-direito-fim-combate-corrupcao>>. Acesso em: 7 jun. 2022.

ROSA, Alexandre Morais da. *Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SANTOS ROCHA, Lucas Ramos Krause de.; AMARAL, Thiago Bottino do. A exigência da confissão no acordo de não persecução penal sob a óptica da Análise Econômica do Direito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 2022. *RBCCrim* 191.

SCHREIBER, Simone. Em defesa da constitucionalidade do juiz das garantias. *Consultor Jurídico*, 25 abr. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-abr-25/simone-schreiber-defesa-constitucionalidade-juiz-garantias>>. Acesso em: 25 out. 2022.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 42. ed. São Paulo: Malheiros 2019.

SILVA DE FRANCO, Ivan Candido da. *O Ministério Público e a justiça negocial no Brasil: entre a obrigatoriedade e a discricionariedade*. In: Boletim Especial Justiça Penal Negocial IBCCRIM, ano 29, n. 344, jul. 2021.

Disponível em:  
 <[https://ibccrim.org.br/media/publicacoes/arquivos\\_pdf/revista-29-06-2021-15-27-25-985060.pdf](https://ibccrim.org.br/media/publicacoes/arquivos_pdf/revista-29-06-2021-15-27-25-985060.pdf)>. Acesso em: 6 jun. 2022.

SOLANO, Esther. Pós-democracia e o espetáculo moralista da Justiça messiânica. In: CASARA, Rubens R. (Org). *Em tempos de pós-democracia*. 1. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

SOUZA, André Peixoto de; ROSA KALACHE, Kauana da Rosa. *Plea bargaining*: o perigoso caminho em direção ao alargamento das práticas de negociação penal. In: Boletim Especial Justiça Penal Negocial IBCCRIM, ano 29, n. 344, jul. 2021. Disponível em:  
 <[https://ibccrim.org.br/media/publicacoes/arquivos\\_pdf/revista-29-06-2021-15-27-25-985060.pdf](https://ibccrim.org.br/media/publicacoes/arquivos_pdf/revista-29-06-2021-15-27-25-985060.pdf)>. Acesso em: 6 jun. 2022.

STF, ADC n. 43, Rel. Min. Marco Aurélio, Brasília, 7 nov. 2019. Disponível em:  
 <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357342>>. Acesso em: 08 nov. 2022.

STF, MC/ADPF n 347/DF, Rel. Ministro Marco Aurélio, Brasília, 9 set. 2015. Disponível em:  
 <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 1 nov. 2022.

STF, HC n. 126.292/SP, Rel. Ministro Teori Zavascki, Brasília, 17 fev. 2016. Disponível em:

<<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 8 nov. 2022.

STF, RE n. 1.235.340/SC, Rel. Min. Roberto Barroso, Brasília. Disponível em:

<[https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/4/6DAC9D4C675685\\_barroso.pdf](https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/4/6DAC9D4C675685_barroso.pdf)>. Acesso em: 10 nov. 2022.

STJ, HC: 640518 SC 2021/0015845-2, relator: ministro JORGE MUSSI, Data de Publicação: DJ 22/01/2021. Disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo\\_documento=documento&componente=MON&sequencial=120311233&tipo\\_documento=documento&num\\_registro=202100158452&data=20210122&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=documento&componente=MON&sequencial=120311233&tipo_documento=documento&num_registro=202100158452&data=20210122&formato=PDF)>. Acesso em: 06 ago. 2022.

STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Jorge Bheron. A batalha: o velho inquisitismo não quer morrer — mas o novo nascerá. *Consultor Jurídico*, 06 jan. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jan-06/opinio-velho-inquisitismo-nao-morrer-nascera>>. Acesso em: 30 out. 2022.

TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

TERÇAROLLI, André Fini. Juiz de garantias é instrumento que pode assegurar a imparcialidade do julgador. *Consultor Jurídico*, 15 out. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-out-15/tercarolli-juiz-garantias-garantir-imparcialidade-julgador?imprimir=1>>. Acesso em: 06 nov. 2022.

TROVÃO BRITO, Alexandre José. A urgência do sistema acusatório no Brasil. *Consultor Jurídico*, 30 dez. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-dez-30/trova-brito-urgencia-sistema-acusatorio-brasil>>. Acesso em: 14 ago. 2022.

VASCONCELLOS, Vinicius G. *As Tendências de Expansão da Justiça Criminal Negocial em Âmbito Internacional: A Barganha como Instituto Importado em Convergências entre Sistemas*. In: Revista de Estudos Criminais – Ano XVIII – nº 76.

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

VASCONCELLOS, Vinicius G. *Justiça criminal negocial e direito de defesa: Os acordos no processo penal e seus limites necessários*. In: Boletim Especial Justiça Penal Negocial IBCCRIM, ano 29, n. 344, jul. 2021. Disponível em: [https://ibccrim.org.br/media/publicacoes/arquivos\\_pdf/revista-29-06-2021-15-27-25-985060.pdf](https://ibccrim.org.br/media/publicacoes/arquivos_pdf/revista-29-06-2021-15-27-25-985060.pdf)[https://ibccrim.org.br/media/publicacoes/arquivos\\_pdf/revista-29-06-2021-15-27-25-985060.pdf](https://ibccrim.org.br/media/publicacoes/arquivos_pdf/revista-29-06-2021-15-27-25-985060.pdf)>. Acesso em: 6 jun. 2022.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; CAAMAÑO, Cristina; VEGH WEIS, Valeria. *Bem-vindos ao Lawfare!* manual de passos básicos para demolir o direito penal. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.