

JUIZ DAS GARANTIAS E ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: UMA RELAÇÃO EM PROL DA LEGALIDADE DA INVESTIGAÇÃO E DA TUTELA DOS DIREITOS INDIVIDUAIS

JUDGE OF GUARANTEES AND NON-PROSECUTION AGREEMENT: A RELATIONSHIP IN FAVOR OF THE LEGALITY OF THE INVESTIGATION AND THE PROTECTION OF INDIVIDUAL RIGHTS

Fabricio Dreyer de Ávila Pozzebon¹
Professor Titular (PUC, Porto Alegre/RS, Brasil)

Ana Paula Gonzatti da Silva²
Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Coimbra (UC, Coimbra, Portugal)

ÁREA(S): processo penal.

RESUMO: A Lei nº 13.964/2019, fruto do Pacote Anticrime, passou a regular, em sede de legislação ordinária, o acordo de não persecução penal. Assim o fez prevendo, também na fase preliminar, a presença do juiz das garantias. Contudo, a excelsa Corte, mediante o argumento de inconstitucionalidade formal e material, suspendeu a aplicação dos dispositivos referentes ao juiz

das garantias, ao passo que manteve vigentes os relativos ao acordo de não persecução penal. Destarte, tendo em vista a assimilação parcial da reforma legislativa no cenário jurídico brasileiro, o presente estudo teórico busca analisar os reflexos dessa decisão, tanto em relação ao procedimento legalmente delineado para propositura e celebração do acordo de não persecução penal, como à tutela dos direitos individuais

¹ Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra. Professor Credenciado Permanente do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUCRS. *E-mail:* fabricio.pozzebon@puccrs.br. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/0249107040628151>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-9724-5818>.

² Pós-Graduada em Direito Penal Econômico pela Universidade de Coimbra e em *Compliance* pela FGV-Rio. Graduada em Direito pela UFRGS. Advogada. *E-mail:* anagonzatti@gmail.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/8322397994660002>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-0443-0457>.

envolvidos, à luz da tábua axiológica da Constituição Federal em um Estado Democrático de Direito.

ABSTRACT: *Law nº 13.964/2019, a result of the Anti-Crime Package, began to regulate, in ordinary legislation, the non-prosecution agreement. And so it did by designing, also at the pretrial stage, the presence of the judge of guarantees. However, the Supreme Court, through the formal and material unconstitutionality argument, suspended the application of the articles referring to the judge of guarantees, while the provisions relating to the non-prosecution agreement were kept in force. In this way and starting from the partial assimilation of the legislative reform in the Brazilian legal scenario, the present work seeks to analyze the reflexes of this decision, both in relation to the procedure legally designed for proposing and concluding the non-prosecution agreement, as well as the protection of the individual rights involved, based on the axiological scheme of the Federal Constitution in a Democratic State of Law.*

PALAVRAS-CHAVE: acordo de não persecução penal; direito de defesa; juiz das garantias; Lei nº 13.964/2019; processo penal.

KEYWORDS: *non-prosecution agreement; right of defense; judge of guarantees; Law 13.964/2019; criminal proceedings.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 O acordo de não persecução penal: aspectos gerais; 2 O juiz das garantias: atuação e relevância; 3 Reflexos da suspensão do juiz de garantias para o acordo de não persecução penal; Considerações finais; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 Non-prosecution agreement: general features; 2 Judge of guarantees: role and relevance; 3 Reflections of the suspension of the judge of guarantees for the non-prosecution agreement; Closing remarks; References.*

*Nasci para mandarim de condição
Mas falta-me o sossego, o chá e a esteira.³*

INTRODUÇÃO

Dentre as diversas iniciativas legais no sentido da adoção dos denominados espaços de consenso no processo penal brasileiro, na esteira de uma política criminal voltada à economicidade, simplificação e celeridade dos ritos, já verificada, em parte, com o advento

³ PESSOA, F. *Opiário*.

da Lei nº 9.099/1995, destaca-se o acordo de não persecução penal, trazido pela Lei nº 13.964/2019, por configurar instituto de grande amplitude quanto ao seu emprego. Essa nova lei, fruto do Pacote Anticrime, trouxe profundas mudanças na legislação penal e processual penal brasileira. Para o direito penal adjetivo, pode-se falar, inclusive, em uma verdadeira guinada, capitaneada pelo aludido acordo. A uma, porque solidifica a justiça negocial/consensual na seara criminal; a duas, pois abrange significativo número de tipos legais. Prova disso são os diversos acordos que vêm sendo firmados, inclusive em processos já em fase recursal, cuja denúncia ocorreu antes da vigência da Reforma de 2019⁴.

É que, ao possibilitar a sua aplicação às infrações penais sem violência ou grave ameaça, com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o legislador autorizou, em tese, sua aplicação a centenas de delitos previstos no Código Penal e na Legislação Penal Extravagante, não abrangidos pela competência dos juizados especiais criminais. Apenas para exemplificar essa amplitude, estão incluídos, em tese, crimes de furto, apropriação indébita, estelionato, receptação, peculato, corrupção ativa, corrupção passiva, contra o sistema financeiro nacional, de licitação, trânsito, meio ambiente, entre tantos outros.

Mais requisitos são indispensáveis, como a confissão formal e circunstanciada da prática da infração penal, que a medida seja necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, dentre outras condições ajustadas cumulativa e alternativamente, nos termos do art. 28-A do Código de Processo Penal, com a redação conferida pela mencionada lei. Mas, mesmo assim, reitera-se: o espectro de sua aplicabilidade é extenso.

O aludido texto legislativo trouxe, ainda, à semelhança de outros países que buscam maior familiaridade de seus modelos com o sistema acusatório, o juiz das garantias, encarregado do controle da legalidade da investigação criminal e da tutela dos direitos individuais do investigado nesse novo contexto.

Essa nova figura, objeto de elogios e críticas, há alguns anos vinha sendo debatida no cenário nacional, devido à sua inclusão nos arts. 4º e 14 dos

⁴ Nesse sentido: i) a Apelação Criminal nº 5005673-56.2018.4.04.7000/PR, julgada pela 8ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em 13.05.2020, sob relatoria do Desembargador João Pedro Gebran Neto; ii) Embargos Infringentes nº 5001103-25.2017.4.04.7109/RS, relatados pelo Desembargador Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz e revisados pela Desembargadora Cláudia Cristina Cristofani.

Anteprojeto de Código de Processo Penal (PLS 156/2009 e PL 8.045/2010, respectivamente). Entretanto, após calorosos debates sobre o novo dispositivo e a decisão inicial do então Presidente da Corte, Ministro Dias Toffoli, que adia a implantação desse instituto por até 180 dias, determinou o Ministro Luiz Fux, ao analisar em caráter cautelar as ADIns 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, que a decisão inicial fosse revogada e suspenso por tempo indeterminado esse novo ator processual, mediante o entendimento de sua inconstitucionalidade formal e material. Dentre outros aspectos, porque a proposta deveria ter ocorrido por iniciativa do Poder Judiciário, uma vez que afeta o funcionamento da justiça no país e por ter sido aprovada sem previsão do impacto orçamentário dessa implementação. A decisão está suspensa até que seja analisada pelo Plenário do STF.

O que se está a trazer para reflexão no presente artigo, por meio de pesquisa doutrinária, legislativa e jurisprudencial, não são os motivos que levaram a excelsa Corte a considerar constitucional o acordo de não persecução penal e inconstitucional o juiz de garantias, por decisão monocrática, mas as consequências objetivas que o descolamento desses institutos acarreta para um processo penal que se pretende mais consentâneo com um Estado Democrático de Direito, sobretudo no tocante ao direito de defesa. Assim, independentemente da decisão colegiada que vier a ser tomada pelo Tribunal Constitucional, a importância dessa relação permanece e merece ser analisada com mais profundidade. Especialmente, quando o investigado, em situação de marcada vulnerabilidade, comparece à realização do acordo de não persecução penal – para o qual sequer há um delineamento legal dos procedimentos a serem adotados e que tem como base elementos colhidos em mecanismos de caráter reconhecidamente inquisitorial – sem a certeza da adequada proteção judicial prevista em lei. Tem-se, portanto, no quadro fático atual, apenas reflexos parciais do que definido pelo legislador.

Essa reprodução incompleta da Reforma de 2019 arrasta consigo fundados questionamentos, em especial, tendo em vista que o juiz das garantias é o responsável por decidir sobre a homologação de acordo de não persecução penal, quando formalizado durante a investigação (art. 3º-B, XVII, do CPP). Assim, questiona-se, em apertada síntese: quais as consequências da adoção do acordo de não persecução penal, sem a existência concomitante do responsável legal pela análise de sua higidez jurídica? Esse entendimento

adotado pela excelsa Corte é apto a ocasionar prejuízo ao processo penal democrático, sobretudo ao direito de defesa?

A fim de que esse exame possa ser feito de maneira mais acurada, o trabalho analisa, ainda que de maneira não exaustiva, tanto aspectos gerais de entendimento do acordo de não persecução penal, como do instituto do juiz das garantias, no tocante à atividade por ele desenvolvida e sua relevância, para então examinar os reflexos dessa suspensão do juiz das garantias para o acordo de não persecução penal.

1 O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: ASPECTOS GERAIS

Seguindo a forte inclinação da justiça penal de expressivo número de países e de tribunais penais internacionais para adoção de procedimentos negociados oriundos do mundo anglo-saxão⁵, foi introduzido o acordo de não persecução penal no Diploma Processual Penal brasileiro⁶. Após ter sido, ainda que com variações, objeto do projeto do novo Código de Processo Penal (art. 283 do PL 8.045/2010) e do art. 18 da Resolução nº 181, de 7 de agosto de 2017, do CNMP, a qual foi objeto de ações diretas de inconstitucionalidade⁷, houve aprovação do referido acordo, no âmbito do denominado Pacote Anticrime, com a inclusão do art. 28-A no CPP. Esse dispositivo traz a possibilidade de negociação entre o Ministério Público e o suposto autor do fato, em que, em apertada síntese, itens da acusação são objeto de barganha (p. ex.: redução do número de acusações, diminuição da pena a ser imposta, aplicação de penas menos severas) e o réu abre mão do futuro processo penal, deixando, por conseguinte, de exercer garantias que lhe são inerentes, como o contraditório e a ampla defesa, a presunção de inocência e a não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere, nemo tenetur se ipsum accusare, ou ainda, nemo tenetur se ipsum prodere*).

⁵ COSTA, E. M. Justiça negociada: do logro da eficiência à degradação do processo equitativo. *Julgar*, Lisboa, n. 19, p. 87-97, 2013, p. 88; TURNER, J. I. Plea bargaining and international criminal justice. *The University of the Pacific Law Review*, v. 48, p. 219-246, 2017.

⁶ Sobre a importação dos mecanismos consensuais da *common law* aos países latino-americanos de *civil law*, ver: ANITUA, G. I. La importación de mecanismos consensuales del proceso estadounidense, en las reformas procesales latinoamericanas. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 43-65, 2015. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.3>.

⁷ ADIn 5.793 do Conselho Federal da OAB e ADIn 5.790 da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB).

Os requisitos essenciais previstos na lei para aplicação do instituto são: a) confissão formal e circunstanciada da prática de infração penal sem violência ou grave ameaça à pessoa; e b) pena mínima prevista no tipo penal inferior a 4 (quatro) anos, consideradas para aferição as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto. Mas há, ainda, outras condições que podem ser ajustadas cumulativa e alternativamente, pautadas pelo subjetivo critério da necessidade e suficiência para reprovação e prevenção do crime, trazidas do *caput* do art. 59 do Código Penal, que trata da fixação da pena. Quais sejam: a) reparação do dano ou restituição da coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo; b) renúncia voluntária a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; c) pena de prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços; d) pagamento de prestação pecuniária a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução; ou e) cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada. Uma vez preenchidas tais premissas legais e não havendo subsunção a nenhuma das hipóteses vedadas pelo § 2º do art. 28-A⁸, o acordo de não persecução penal pode ser firmado, de modo que o Ministério Público deixa de exercer a ação penal e o imputado, de ser submetido ao processo penal.

Cabe destacar que, enquanto negócio jurídico processual, tem como pressuposto a liberdade negocial, ou seja, não pode ser imposto (nem pelo Ministério Público, nem pelo Judiciário). Por outras palavras: a autonomia da vontade deve ser respeitada. Assim, algumas questões se colocam, como a de saber se essa autonomia da vontade adquire os mesmos contornos para ambas as partes, ou seja, se presentes as condições legais, o órgão do Ministério Público pode, mesmo assim, não propor o acordo e denunciar o réu? Ao que

⁸ Conforme o § 2º do referido artigo: “O disposto no *caput* deste artigo não se aplica nas seguintes hipóteses: I - se for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei; II - se o investigado for réincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas; III - ter sido o agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; e IV - nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor. Os termos, procedimento e consequências de aplicação do instituto encontram-se nos §§ 3º a 12º do mesmo artigo”.

parece, a resposta negativa se impõe, conforme o próprio substrato efficientista que permeia a reforma de 2019, tendo como corolário a necessidade de propor acordo sempre que as exigências legais estiverem configuradas. Quando a lei dispõe que a acusação poderá propor o acordo de não persecução penal, assim o faz quanto à presença ou não dos requisitos legais que estabelece. Portanto, não sendo caso de arquivamento, inexistente discricionariedade ministerial para decidir se propõe acordo ou denúncia: trata-se de um poder-dever⁹.

O acordo de não persecução penal, para que efetivamente seja um acordo, deve ser celebrado num ambiente de horizontalidade. Não pode haver imposição (verticalidade) do compromisso por nenhum dos negociantes. O negócio jurídico aponta para a necessidade de um efetivo consenso. Assim, a declaração de vontade de ambas as partes deve pautar-se na boa-fé e ser fruto de consentimento livre e informado, a fim de que o sinalagma seja assegurado. Além disso, a horizontalidade acaba por não aconselhar tanto a participação do julgador durante as tratativas como a utilização da estrutura verticalizada do Judiciário. À semelhança do *patteggiamento*, o protagonismo do imputado e do Ministério Público se contrapõe à figura tendencialmente notarial do juiz (controle)¹⁰, mas, ressalte-se, nem por isso de menos importância. Nessa senda, apenas após a formalização do acordo entre as partes, com o acusado acompanhado do seu defensor, há a atuação do juiz, a fim de homologar ou não aquilo que foi ajustado¹¹.

O que se apresenta é um novo modelo processual, no qual algumas garantias tradicionais foram afastadas, ao passo que novas devem ser inseridas e observadas. O devido processo legal cede espaço ao devido

⁹ Também nesse sentido, o Enunciado nº 32, aprovado na Plenária da I Jornada de Direito e Processo Penal, em 14.08.2020: “A proposta de acordo de não persecução penal representa um poder-dever do Ministério Público, com exclusividade, desde que cumpridos os requisitos do art. 28-A do CPP, cuja recusa deve ser fundamentada, para propiciar o controle previsto no § 14 do mesmo artigo”.

¹⁰ PERONI, F. La peripezia del patteggiamento in un trentennio di sperimentazione. *Archivio Penale*, n. 3, p. 1-23, 2019, p. 2. Disponível em: <http://www.archiviopenale.it/File/DownloadArticolo?codice=9279b47f-f50c-47a1-8c30-32ef7003ee4b&idarticolo=19684>. Acesso em: 15 ago. 2020.

¹¹ Como a horizontalidade ocupa posição central nos acordos de não persecução penal, ainda que possa ser alegada a economia processual (MP e defesa já estão presentes), não parece ser adequada a propositura de acordos na audiência de custódia porquanto há presença do magistrado e sua realização ocorre em sede judicial. Entretanto, o Tribunal de Justiça de São Paulo vem acenando pela possibilidade de homologação na própria audiência de custódia (Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/Download/CapacitacaoSistemas/AcordoDeNaoPersecucaoPenal.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2020).

processo consensual¹², de tal sorte que o acordo de não persecução penal não se traduz numa lógica apartada de garantias. Elas existem, mas, à guisa dos demais microssistemas de justiça consensual, funcionam de maneira diferente e visam, principalmente, como acenado pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, a assegurar que a renúncia dos direitos processuais seja inequívoca e acompanhada por salvaguardas mínimas proporcionais à sua importância¹³.

Boa-fé, transparência, consentimento livre e informado, liberdade e defesa efetiva são os vetores que servem de bússola. As negociações, assim, somente serão legítimas se realizadas a partir de um jogo diáfano, sem qualquer tipo de violação aos deveres informativos que comprometa a hígida formação do consenso contratual¹⁴. Isso, por suposto, acarreta deveres de conduta para ambas as partes.

À acusação cabe apresentar os resultados da investigação realizada sem quaisquer ocultações, pois só de posse desse conhecimento pleno é que pode o investigado decidir se entabula um acordo (consentimento informado) ou se parte para a defesa contenciosa. A obnubilação de pontos de que o órgão ministerial tem ciência acabaria por macular a boa-fé objetiva – enquanto norma de comportamento leal que protege as expectativas legitimamente geradas, pela própria conduta, ao outro polo da relação obrigacional¹⁵ –, além de gerar vício em eventual consentimento da defesa. Ademais, o dever de escrutinar o material probatório que suporta a propositura do acordo pelo Ministério Público contribui, de modo decisivo, para obstar eventuais excessos negociais, que poderiam “degenerar o sistema para formas intoleráveis de sobreimputação e/ou infraimputação”¹⁶.

¹² CUNHA, V. S. O devido processo consensual e os acordos de não persecução penal. In: WALMSLEY, A.; CIRENO, L.; BARBOZA, M. N. (coord. e org.); QUEIROZ, P. et al. (colab.). *Inovações da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019*. Brasília: MPF, p. 290-312, 2020, p. 299.

¹³ Item 91 do Case of *Natsolishvili And Togonidze v. Georgia*, julgado em 29.04.2014.

¹⁴ Isso porque o dever pré-contratual de informação (dever de proteção) tutela a hígida formação do consenso contratual. MARTINS-COSTA, J. Um aspecto da obrigação de indenizar: notas para uma sistematização dos deveres pré-negociais de proteção no direito civil brasileiro. *Separata da Revista dos Tribunais*, a. 97, v. 867, p. 11-51, jan. 2008, p. 48.

¹⁵ MARTINS-COSTA, J. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 412.

¹⁶ GABINETE DE ESTUDOS E OBSERVATÓRIO DOS TRIBUNAIS. *Linhas de reforma do processo penal: relatório do grupo de trabalho*. 2011, p. 60. Disponível em: http://ficheiros.parlamento.pt/dilp/NT/XII_Leg/PJL/PJL_452/Linhas-de-reforma-do-processo-penal.pdf. Acesso em: 15 ago. 2020.

Do mesmo modo, ao investigado cabe narrar o fato (confessar formal e circunstancialmente), a partir do que delineado pela acusação. Consoante lição de João Mendes de Almeida Júnior, a exposição narrativa do fato na denúncia não se cinge à elucidação apenas da ação transitiva, devendo, igualmente, descrever “a pessoa que a praticou (*quis*), os meios que empregou (*quibus auxiliis*), o malefício que produziu (*quid*), os motivos que o determinaram a isso (*cur*), a maneira porque a praticou (*quomodo*), o lugar onde a praticou (*ubi*), o tempo (*quando*)”¹⁷. Importante salientar que a confissão é condição para a propositura do acordo e manifestada para essa finalidade. O principal objetivo de uma manifestação autodeclaratória é justamente evitar a condenação de inocentes, permitindo um contraexame para que não haja eventuais incongruências com a realidade fática.

A confissão não tem o condão de preencher lacunas investigatórias, porquanto o acordo surge como uma alternativa à ação penal. O Ministério Público só pode cogitar recorrer à justiça negocial caso já tenha investigação suficientemente madura, sob pena de o acordo substituir a investigação, e não a ação penal. Entendimento contrário colocar-se-ia na contramão da celeridade processual, pois, caso essa confissão possa servir para complementar inquéritos e impedir o seu arquivamento, acabará por, em vez de desafogar o Judiciário, inflá-lo mais ainda. Além disso, poderia gerar uma perigosa hipervalorização da manifestação do imputado, típica de um sistema inquisitório¹⁸. O surgimento dessa nova esfera de salvaguarda dos direitos do acusado tem afixado que o transplante para países de tradição romano-germânica não fosse declarado inconstitucional¹⁹. Entretanto, isso não é suficiente para afastar múltiplos desafios que a aplicação do instituto arrasta consigo.

¹⁷ ALMEIDA JÚNIOR, J. M. de. *O processo criminal brasileiro*. Rio de Janeiro/São Paulo: Freitas Bastos, v. II, 1959. p. 183.

¹⁸ No sentido de que a exigência de manifestação autodeclaratória (pretensamente) voluntária do acusado já configura, por si só, hipervalorização da confissão incriminatória. RIBEIRO, M. H. M.; MELO, M. E. V. Justiça criminal negocial e *pleabargaining*: a fragilização do devido processo e a prevalência autoritária da racionalidade neoliberal eficientista. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, a. 28, n. 333, p. 9-11, ago. 2020, p. 11.

¹⁹ Assim, por exemplo, a decisão do Tribunal Constitucional Alemão (*Bundesverfassungsgericht*, em 19.03.2013, na Reclamação Constitucional 2 BvR 2628/10, Rn. 1-132), que reconheceu a não inconstitucionalidade dos acordos sobre sentença oriundos da prática processual e introduzidos, em 2009, no § 257, c, do Código de Processo Penal alemão (*Verständigung*) (Disponível em: https://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20130319_2bvr262810.htm. Acesso em: 12 ago. 2020). Também nesse sentido, a Corte Constitucional Italiana manifestou-se pela compatibilidade do

A igualdade das partes negociadoras – requisito indispensável para o equilíbrio do acordo – é um mito que pode se transformar numa fonte privilegiada de injustiças²⁰. A vulnerabilidade, conatural à posição de imputado, em virtude da radical desigualdade material verificada entre acusação e defesa²¹, acaba ganhando contornos ainda mais expressivos e marcados quando transladada para um campo negocial sequer delimitado por uma denúncia. Isso porque, no nosso ordenamento – ressalvados os processos iniciados antes da entrada em vigor da Lei nº 13.969/2019 (por se tratar de lei penal processual material²²) e aqueles em que, ao longo da marcha processual, houver a desclassificação para crime que admita a aplicação do art. 28-A –, o acordo é firmado antes que se inicie a fase processual. Acentuam-se os riscos de eventuais discussões sobre a própria imputação (*charge bargaining*), pois inexiste, nessa fase pré-processual, uma formalização concreta capaz de balizar os limites do acordo de não persecução penal²³.

patteggiamento com a Constituição italiana, em especial nos seguintes julgados: 313/1990, 100/2003 e 225/2003, 336/2009 (Disponível em: <https://www.cortecostituzionale.it/default.do>. Acesso em: 15 ago. 2020).

²⁰ TULKENS, F. Justiça negociada. In: DELMAS-MARTY, M. (org.); CHOUKR, F. H.; CHOUKR, A. C. F. (trad.). *Processos penais eurpeus*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 673-717, 2005. p. 712.

²¹ OLIVEIRA, F. da C. *A defesa e a investigação do crime*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 18.

²² Justamente por se tratar de lei penal processual material, alguma parte da jurisprudência vem se manifestando pela possibilidade de acordo de não persecução penal aos processos em andamento (em primeiro ou segundo grau), quando a denúncia tiver sido ofertada antes da vigência do novo art. 28-A do CPP. Nesse sentido, a 4ª Seção do TRF da 4ª Região, por maioria, em questão de ordem no Embargos Infringentes e de Nulidade nº 5001103-25.2017.404.7109/RS, julgados em 21 de maio de 2020 e de relatoria do Desembargador Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz. Também nessa linha de raciocínio, o Enunciado nº 98, da 2ª Câmara do Ministério Público Federal, de 25.05.2020: “É cabível o oferecimento de acordo de não persecução penal no curso da ação penal, isto é, antes do trânsito em julgado, desde que preenchidos os requisitos legais, devendo o integrante do MPF oficiante assegurar seja oferecida ao acusado a oportunidade de confessar formal e circunstancialmente a prática da infração penal, nos termos do art. 28-A da Lei nº 13.964/2019”. Entretanto, em sentido oposto, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, no Recurso em *Habeas Corpus* nº 130.175/SP (Rel. Min. Félix Fischer), filia-se a outro entendimento. Veja-se: “A Lei nº 13.964/2019 (com vigência superveniente a partir de 23.01.2020), na sua parte processual, é dotada de aplicação imediata, embora sem qualquer tom de retroatividade. Não obstante, já assente nesta eg. Corte que, em geral, a lei que [...] compreende normas de cunho processual [...] a sua aplicação é imediata, ainda que em relação a processos já em curso, nos termos do art. 2º do Digesto Processual Penal (princípio do efeito imediato da norma processual penal ou *tempus regit actum*)” (AgRg-HC 562.733/SP, 5ª T., de minha relatoria, DJe 04.05.2020)”.

²³ É nessa linha que Nuno Brandão, acompanhando o entendimento de Jorge de Figueiredo Dias, julga que as vulnerabilidades estariam mais acauteladas no modelo de acordos sobre sentença, ou seja, quando já há uma imputação (indisponível e tendencialmente imutável) capaz de repelir as tentações

Além disso, a prática estrangeira já vem acenando com a forte apetência dos profissionais do foro para obtenção de solução consensual, mesmo que à revelia dos ditames legais e dos direitos e garantias fundamentais do acusado²⁴. A fim de que acordos sejam concluídos, observa-se, tanto nos países de *civil law* quanto de *commom law*, a utilização de práticas carentes da adequada tônica jurídica²⁵. Muitos dos acordos tornaram-se verdadeiros contratos de adesão, em que a liberdade do réu circunscreve-se a aceitar ou não, principalmente quando o réu é hipossuficiente²⁶. Além do mais, não raras vezes, a falta de aquiescência por parte da defesa tem estimulado a transformação do julgamento numa pena²⁷, incitando que os próprios advogados aconselhem ao réu (inocente ou culpado) que confesse e evite consequências mais nefastas.

A junção desses elementos, num cenário onde as partes ainda não foram treinadas para desenvolver capacidades no campo negocial, acaba por criar um oásis extremamente fértil para que pressões de toda ordem brotem ao longo das negociações e que desabrochem acordos leoninos e de adesão. Como advertem Miguel Reale Jr. e Alexandre Wunderlich, a justiça negocial penal no Brasil nada evolui por não criar instrumentos destinados a ampliar a segurança

da *charge bargaining*. BRANDÃO, N. Acordos sobre a sentença penal: problemas e vias de solução. *Julgar*, Lisboa, n. 25, p. 161-178, 2015, p. 175.

²⁴ BRANDÃO, N. Acordos sobre a sentença penal: problemas e vias de solução. *Julgar*, Lisboa, n. 25, p. 161-178, 2015, p. 162.

²⁵ Nesse sentido, pesquisa utilizada pelo Tribunal Constitucional Alemão, no julgamento da já aludida Reclamação Constitucional 2 BvR 2628/10, apontou “38,3% dos juízes admitiram que nem sempre verificam a credibilidade da confissão, mas apenas frequentemente, às vezes, raramente ou nunca”, bem como advertiu que os acordos “acarretam o risco de que os requisitos constitucionais não sejam totalmente observados”.

²⁶ Reconhecendo tal realidade e posicionando-se criticamente, a *American Bar Association* documentou os problemas apresentados pela defesa de réus pobres, condensando na frase “*meet ‘em and plea ‘em*”. Brandon Garrett apresenta diversos relatos de insuficiências na defesa de imputados hipossuficientes, como o caso Anthony Gray, cuja discussão sobre o acordo com seu advogado durou menos de uma hora. GARRETT, B. *Convicting the innocent: where criminal prosecutions go wrong*. Cambridge: Harvard University Press, 2011. p. 151.

²⁷ Nesta linha, Garrett, ao analisar 250 casos de erros judiciários em condenações criminais nos Estados Unidos, afirma: “Talvez essas pessoas inocentes tivessem passado muito menos tempo na prisão se tivessem aceitado as pechinchas. Na verdade, o motivo pelo qual sabemos sobre essas pessoas inocentes em particular é em parte porque eles se recusaram a aceitar pechinchas e, portanto, receberam sentenças muito mais duras após um tentativas. Se James Lee Woodard tivesse cumprido três anos de prisão, ele teria sido libertado em 1984 e não teria se incomodado em fazer o teste de DNA uma década depois, quando isso se tornou possível”. GARRETT, B. *Convicting the innocent: where criminal prosecutions go wrong*. Cambridge: Harvard University Press, 2011. p. 152.

jurídica ou o nível de garantias constitucionais nas várias formas de acordo²⁸. A propósito, a própria práxis nacional nos acordos de colaboração premiada reproduziu, em parte, a utilização de prisão preventiva como estímulo à realização de acordos, como demonstrado *ad oculos* pela Operação Lava Jato.

Devido a isso, fundamental que sejam redobradas as cautelas com a inserção desse novo mecanismo. Em especial, porque, mesmo consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto para aferição da pena mínima cominada ao delito a que se refere o *caput* do art. 28-A, como referido acima, o fato é que uma vasta gama de delitos e, assim, de ações penais estará sujeita a essa modalidade de acordo – o que demonstra a dimensão dos reflexos deste dispositivo para o (não) processo penal brasileiro. Todas as considerações feitas acenam, como será tratado em pormenores a seguir, para a imprescindibilidade da fiscalização concreta e permanente pelo Judiciário sobre a fase preliminar e o acordo de não persecução firmado entre partes processuais.

2 O JUIZ DAS GARANTIAS: ATUAÇÃO E RELEVÂNCIA

Como referido no início, a decisão da excelsa Corte afetou a relação entre os institutos do acordo de não persecução penal e do juiz das garantias, ao suspender a eficácia dos arts. 3º-A a 3º-F do Código de Processo Penal, trazidos pela Lei nº 13.964/2019. Esses dispositivos, com redações previstas no texto da reforma global do Código de Processo Penal que tramitou na Câmara dos Deputados (PLS 156/2009) e no Senado Federal (PL 8.045/2010), constituem, respectivamente, transcrição dos arts. 4º e 14 dos aludidos projetos.

Respeitadas as posições em contrário, tal entendimento jurisprudencial vai em sentido diverso do modelo adotado em outros países, inclusive latino-americanos, que aproximaram seus institutos de um sistema acusatório efetivo²⁹. Ao abraçarem o juiz das garantias em suas reformas, demonstraram

²⁸ REALE JR., M.; WUNDERLICH, A. Justiça negocial e o vazio do Projeto Anticrime. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, a. 27, n. 318, edição especial, p. 6-8, maio 2019, p. 7-8.

²⁹ Como é o caso da Argentina (art. 192 do Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba, art. 209 do Código Procesal Penal de Buenos Aires, art. 17 c/c art. 165 do Código Procesal Penal de Chubut), do Chile (arts. 93, 183 e 186 do Código Procesal Penal do Chile), da Colômbia (art. 267 e ss. do Código de Procedimiento Penal Colombiano) e do Uruguai (art. 264 do Código del Proceso Penal Uruguayo).

reconhecer a relevância de uma defesa penal concreta para o exercício das garantias relativas a um juízo justo³⁰. Mas essa aproximação, cumpre reconhecer, não tem se mostrado fácil, especialmente em culturas jurídicas consolidadas, que têm como características comuns herança colonialista, passagem por períodos totalitários e reduzida ênfase na tutela de direitos fundamentais³¹.

No caso da Lei nº 13.964/2019, tanto a relevância como a função do juiz das garantias estão claramente demonstradas. Primeiramente, porque, ao incluí-lo entre as Disposições Preliminares do Código de Processo Penal, determinou o legislador que o processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão da acusação (art. 3-A do CPP). E mais. Que esse magistrado será o responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais, cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário (art. 3º-B, *caput*, do CPP), elencando a lei uma série de competências. Vale dizer, o *due process of law* determina o caminho para o *fair play* e o sistema acusatório fortalece a posição do juiz, como garantidor desse *fair play*³².

É nesse sentido que esse novo instituto processual tem sido referenciado como um marco assecuratório ao princípio da imparcialidade, pois tem a virtude de propiciar ao magistrado, além das garantias materiais inerentes ao cargo, uma proteção subjetiva de cariz cognitivo³³. Com isso, é afastada a tão temida dissonância cognitiva e protegido o princípio da imparcialidade: o juiz que atuou na fase pré-processual não é o mesmo da fase processual (não preventivo)³⁴, de modo que eventuais decisões tomadas na fase de investigação

³⁰ BINDER, A.; CAPE, E.; NAMORADZE, Z. *Defesa criminal efetiva na América Latina: Argentina, Brasil, Colômbia, Guatemala, México e Peru*. São Paulo: ADC/CERJUSC/Conectas/DeJuSticia/IIDD/ICCPG/IJPP/Inecip, 2016. p. 7.

³¹ CHASE, O. G. *Direito, cultura e ritual: sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

³² POZZEBON, F. D. de Á.; CAMARGO, R. de O. A relevância do juiz das garantias para investigação defensiva na fase preliminar. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, n. 334, p. 21-23, set. 2020.

³³ RODRIGUES JÚNIOR, J. R. Juiz das garantias: uma exigência do Estado Democrático de Direito. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, a. 28, n. 333, p. 20-22, 2020, p. 22.

³⁴ Houve, assim, a revogação tácita do art. 83 do CPP pelo art. 3º-C do mesmo Diploma.

preliminar não vinculam cognitivo-comportamentalmente o seu responsável (magistrado)³⁵.

A inserção dessa figura representa uma verdadeira revolução copernicana no processo penal brasileiro: o sistema inquisitório cede espaço ao acusatório. O juiz, então, deixa de ser parte do processo³⁶ para ser fiscal das partes. Como não lhe compete, agora, qualquer iniciativa probatória³⁷ ou substituição da atividade do órgão acusatório, o magistrado concentra seus esforços na supervisão da legalidade dos atos realizados na fase de investigação. Consequentemente, resta consagrado um processo penal de partes (acusação e defesa), no qual não há sobreposição de funções, mormente entre Ministério Público e juiz.

O juiz das garantias irrompe, assim, como verdadeiro “instrumento de conformidade constitucional da atuação jurisdicional na fase pré-processual”³⁸. Sua existência representa uma condição *sine qua non* num processo penal típico de um Estado Democrático de Direito, vez que sua principal atribuição radica em controlar e limitar o exercício das atividades de persecução penal realizadas pelo *Parquet* e pela polícia, tutelando efetivamente os limites de averiguação da

³⁵ LOPES JR., A.; RITTER, R. A imprescindibilidade do juiz das garantias para uma jurisdição penal imparcial: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. *Revista Duc In Altum Cadernos de Direito*, Recife, v. 8, n. 16, p. 55-91, set./dez. 2016.

³⁶ O juiz enquanto parte do processo penal deriva do traslado acríptico da teoria da relação jurídica processual (civil) para o processo penal (italiano da década de 30 e seguido pelo nosso CPP na década de 40). Segundo a referida teoria, concebida por Oskar von Bülow (*La teoria de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Tradução: Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1964. p. 287), o julgador figurava como parte processual e podia agir mesmo quando autor e réu fossem omissos. Ocorre que, como adverte Ricardo Jacobsen Gloeckner (*Uma nova teoria das nulidades: processo penal e instrumentalidade constitucional*. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 623 p., 2010, p. 52), uma das principais barreiras da introdução da teoria de Bülow ao processo penal se deve ao fato “da relação como vínculo entre dois agentes do Estado”, de modo que, ao invés de tríade, a relação passa a ser dupla: o Estado (enquanto órgão do Poder Judiciário e enquanto Ministério Público) e o réu. Ao lado dessa compressão da relação jurídica, Gloeckner constata que a participação ativa do juiz contribuiu muito para a solidificação do autoritarismo no processo penal brasileiro.

³⁷ Resta, assim, revogado tacitamente o art. 156, I, do CPP.

³⁸ MAYA, A. M. *Imparcialidade e processo penal*. Da prevenção da competência ao juiz de garantias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 222.

verdade derivados desse modelo jurídico-estatal³⁹. As suas funções repousam no binômio controle da legalidade da investigação criminal e na salvaguarda dos direitos individuais com reserva de jurisdição.

Dentre o extenso rol (não exaustivo) de competências desse sujeito processual, previsto nos incisos do art. 3-B do CPP, insere-se a decisão de homologação do acordo de não persecução penal. Importa salientar que a atuação desse novo personagem é a pedra de toque para que nova forma de justiça negocial introduzida pelo Pacote Anticrime, no art. 28-A do CPP, não afronte os ditames jurídico-constitucionais. É por meio de sua atuação que eventuais desvios legais podem ser constatados no acordo entabulado. O juiz das garantias, portanto, ainda que não esteja presente durante as tratativas entre acusação e defesa (imputado e seu advogado), em homenagem ao princípio da horizontalidade, não é mero figurante. Muito pelo contrário. Seu papel é indispensável para que apenas negociações equânimes e em conformidade com o ordenamento jurídico brasileiro sejam reconhecidas como válidas e produzam efeitos.

Além disso, justamente por não participar da realização do acordo, tem o distanciamento necessário para decidir, sem qualquer tipo de juízo prévio sobre o assunto, se homologa ou não o documento que lhe é apresentado pelas partes⁴⁰. Igualmente, o fato de não participar de eventual fase processual,

³⁹ *La reforma al proceso penal chileno y el juez de garantía*. Disponível em: https://www.ibccrim.org.br/noticias/exibir/289#_ftn8.

⁴⁰ A participação do juiz ao longo das tratativas de justiça negociada, como no caso alemão, tem demonstrado a perda de parcialidade, descambiando, muitas vezes, em acordos sem a devida liberdade ao réu. Por outras palavras: sempre que o juiz deixa de apenas fiscalizar o acordo para participar de sua elaboração, perde o referencial de controle externo. Isso ficou atestado em investigação juntada na já referida decisão do Tribunal Constitucional alemão. Nesse sentido, vale a pena a transcrição de trecho do Acórdão onde constam tais informações: “58,9% dos juízes entrevistados afirmaram ter cumprido mais da metade dos seus acordos ‘informalmente’, ou seja, sem aplicar o art. 257-C do Código de Processo Penal; 26,7% afirmaram que sempre procederam desta forma. 33% dos juízes entrevistados afirmaram ter celebrado acordos fora da audiência principal sem que isso fosse divulgado na audiência principal, enquanto 41,8% dos procuradores e 74,7% dos advogados de defesa afirmaram já ter passado por isso. A obrigação de divulgação é sentida por uma parte considerável dos juízes como um formalismo supérfluo. O regulamento sobre o chamado certificado negativo (Seção 273 (1a), frase 3 StPO) é frequentemente ignorado na prática. 54,4% dos juízes pesquisados afirmaram não considerarem a falta de entendimento digna de menção na ata. 46,7% dos juízes pesquisados, ao contrário do art. 267, § 3º, inciso 5º do Código de Processo Penal, não fazem referência a entendimento prévio nas razões da decisão. [...] Enquanto 61,7% dos juízes afirmaram que sempre verificam a credibilidade das confissões feitas na sequência de um conluio, 38,3% dos juízes admitiram que nem sempre verificam a credibilidade da confissão, mas apenas frequentemente, às vezes, raramente ou

caso o acordo não seja homologado, além de reforçar a sua imparcialidade, diminui os riscos de que o processo se torne uma pena pelo simples fato de inexistir acordo homologado. A equidistância do juiz das garantias em relação ao acordo fornece o substrato para as análises de voluntariedade e legalidade, imprescindíveis para que o ajuste seja validado (art. 28-A, § 4º, do CPP).

De um lado, portanto, é feito um exame sobre a declaração de vontade do investigado, averiguando se ela se ancorou num consentimento informado e livre. A finalidade precípua é obstar a presença de qualquer tipo de vício de consentimento que possa inquinar o negócio jurídico processual. Assim, por exemplo, eventuais coações ilegais (*v.g.*, ameaça de denúncia por crimes cuja pena é mais elevada em relação ao crime objeto do possível acordo, ameaça de prisão cautelar ou sequestro de bens), erros (*v.g.*, o imputado acredita que o Ministério Público possui farto material probatório, ao passo que, em verdade, a principal fonte de conhecimento do suposto ato ilícito é a confissão do investigado), dissenso oculto (quando “as declarações coincidem exteriormente, mas têm objetivamente sentido diverso, e cada parte dera e podia dar significação distinta à sua declaração”)⁴¹, dentre várias outras hipóteses que podem ocorrer.

Por outro lado, o juiz das garantias deve certificar-se da legalidade do acordo. Importante destacar que essa apreciação de juridicidade não fica restrita à minuta do acordo de não persecução penal, mas sim em decorrência da própria atuação como “controlador da legalidade da *persecutio criminis*” da fase preliminar do processo⁴²; diz respeito, também, à integralidade dos atos que precederam a formalização do acordo. Nessa senda, imaginemos, a

nunca. 35,3% dos juízes inquiridos afirmaram que deram ao arguido ou ao seu advogado de defesa uma segunda pena em caso de audiência principal ‘polêmica’, além do limite máximo da pena ou da pena específica para o caso de cooperação, 16% disseram normalmente para fazer isso. [...] Nada menos que 16,4% dos juízes e 30,9% dos promotores públicos afirmaram que já haviam concordado com o que consideraram uma punição muito branda. Em contrapartida, 30,3% dos advogados de defesa já concordaram com o que consideram uma pena muito elevada por meio de um acordo” (tradução nossa).

⁴¹ GOMES, O. *Contratos*. 26. ed. Edvaldo Brito (coord.). Antônio Junqueira de Azevedo; Francisco de Paula Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 13.

⁴² GIACOMOLLI, N. J. Algumas marcas inquisitoriais do Código de Processo Penal brasileiro e a resistência às reformas. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 143-165, 2015, p. 157. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.8>.

título exemplificativo, as seguintes hipóteses: *i*) o órgão persecutório propõe ao investigado um acordo, ao passo que a medida mais correta seria o arquivamento do processo; *ii*) o órgão persecutório propõe acordo alicerçado em interceptações telefônicas que sequer passaram pelo crivo do Judiciário (indispensável, pelo art. 5º, XII, da CRFB); *iii*) o órgão persecutório propõe acordo com base em material oriundo de medida cautelar real fundada, exclusivamente, em relatos realizados em acordo de colaboração premiada (vedado pelo art. 4º, § 16, da Lei nº 12.850/2013). Perceba-se que essas três conjecturas exemplificativas, ainda que não digam respeito diretamente ao acordo *per se*, acabam por nele refletir. Precisamente por isso, a homologação não pode prescindir dessa avaliação. A par disso, cumpre observar a legalidade na formação do acordo, como, por exemplo, se houve lealdade negocial, ou ainda, se a confissão corresponde à realidade fática, em homenagem ao princípio da culpa.

Por fim, antes de homologar o acordo, o magistrado verifica se as condições nele dispostas não se mostram inadequadas, insuficientes ou abusivas (art. 28-A, § 5º). O juízo, nesse ponto, é feito sob a ótica material, ou seja, se as cláusulas conduzem, de fato, à justiça material. Insta destacar que, caso uma das três situações seja identificada, não se fecham as portas à solução negocial: os autos são devolvidos ao Ministério Público para que, desde que haja concordância do imputado e seu defensor, a proposta de acordo seja reformulada (art. 28-A, § 6º, do CPP).

A confluência dessas atividades do juiz das garantias é basilar para que o espaço negocial não se transforme em um mar de arbitrariedades. O legislador, na verdade, quando concebeu ambos os institutos, talhou-os de tal maneira que a (perigosa) inserção dos acordos de não persecução penal encontrasse nesse novo sujeito processual um manto protetor. Houve, por parte do Poder Legislativo, aquilo que Taipa de Carvalho⁴³ denomina de legisprudência, ou seja, aquela “virtude prática da prudência, isto é, pressupõe uma ‘arte’ e uma ‘sabedoria’, ou, se preferirmos, uma *técnica legislativa* e um *saber jurídico*”.

À vista dessa constatação, e após terem sido perpassados os principais aspectos relacionados ao juiz das garantias e ao acordo de não persecução penal, passa-se, pois, à última parte da reflexão proposta no presente artigo.

⁴³ CARVALHO, A. A. T. de. *Sucessão de leis penais*. 3. ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra, 2008. p. 33-34.

3 REFLEXOS DA SUSPENSÃO DO JUIZ DE GARANTIAS PARA O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Conforme visto nos tópicos anteriores, o acordo de não persecução penal, destacada manifestação da política criminal do consenso adotada no processo penal brasileiro, possui três aspectos cuja confluência resta-nos agora averiguar: a) a vulnerabilidade do investigado na fase pré-processual, especialmente no momento da celebração do acordo; b) a ausência do juiz de garantias no procedimento preliminar; e c) a falta de um procedimento legalmente delineado para propositura e celebração do acordo de não persecução. Além da insegurança jurídica proporcionada, tais fatores são motivo de especial preocupação no presente trabalho, pelos riscos ocasionados à estrutura processual, cujo desenvolvimento deve ser pautado pelos princípios e valores constitucionais em um Estado Democrático de Direito.

Salta aos olhos, e é ponto de partida para a análise das repercussões, o fato de o juiz das garantias previsto na lei funcionar como forma de contrapeso ao modelo de justiça penal negociada. Por outras palavras: em virtude de o modelo tradicional, em que as garantias são desenvolvidas no devido processo legal, ter cedido espaço a um novo sistema negocial após a fase preliminar, que prevê, dentre outros requisitos, a confissão formal e circunstanciada da prática de infração penal, com a possibilidade de imposição da pena, no outro prato da balança, adveio o juiz das garantias para controlar a legalidade dessa investigação que embasará o acordo, com a responsabilidade de zelar pela tutela dos direitos do investigado.

Assim, a supressão dessa figura específica traz um desequilíbrio desencadeador de um cenário com tons distintos daqueles pincelados pelo legislador brasileiro na Reforma de 2019, reforçando a vulnerabilidade do investigado. Aliás, cumpre lembrar que, em países europeus com tradição de um processo penal inquisitorial, como Espanha e Itália, o legislador foi, à semelhança do nosso, metuculoso para garantir que o juiz que preside a resolução consensual do caso não seja o juiz da instrução⁴⁴.

No novo paradigma de justiça negocial, a presença de um juiz criminal, *tale quale* delineado na década de 1940 para o sistema processual penal daquela

⁴⁴ THAMAN, S. C. Plea-bargaining, negotiating confessions and consensual resolution of criminal cases. *Electronic Journal of Comparative Law*, v. 11.3, p. 1-51, 2007, p. 35.

época, já não se amolda à lógica negocial consolidada na Reforma de 2019, podendo ser um terreno fértil para injustiças. Isso porque o procedimento de negociação, realizado entre partes (ainda que desiguais), necessita de um juiz com função específica, equidistante, reativo e fiscalizador das partes. A reconfiguração parcial dos sujeitos processuais no acordo de não persecução penal – apenas partes que negociam, mas sem um juiz próprio responsável pela fiscalização e homologação – acaba por desequilibrar os poderes em favor de uma das partes. Mas não só. Como lembra Maia Costa, também vem acompanhada por outra profunda transformação, varando-se “da procura da verdade material à consensualização dos factos, da transparência e publicidade do procedimento ao secretismo e opacidade das negociações”⁴⁵.

Ademais, uma única figura judicial que atue nas fases pré-processual e processual aumenta a pressão sobre a defesa para que um acordo seja firmado, em quaisquer termos. Com efeito, inibe-se, por exemplo, a possibilidade de a defesa alegar ilegalidades no acordo, pois, mesmo que reconhecidas pela autoridade judiciária e que não haja a homologação, o julgador já teve contato com o material (ilícito) e, de certo modo, será influenciado ao sentenciar. Pairam, portanto, riscos de que oposições ao acordo, ainda que de maneira mais ou menos consciente, possam ser valoradas negativamente na decisão judicial, como também de valoração implícita de provas ilícitas. Ou, ainda, que, caso posteriormente haja o reconhecimento da nulidade do arcabouço probatório, possa restar comprometida a própria efetividade de atuação dos órgãos judiciais.

A vulnerabilidade do investigado, ao invés de se traduzir numa prescrição normativa de cuidado redobrado por essa especial situação de fragilidade acrescida⁴⁶, acaba sendo potencializada nos acordos de não persecução penal com o desaparecimento do juiz das garantias. A ausência desse sujeito com marcados traços de proteção subjetiva de cariz cognitivo e cujas funções concentram-se no resguardo dos direitos fundamentais e da legalidade processual, ao invés de colaborar para um processo de partes de

⁴⁵ COSTA, E. M. Justiça negociada: do logro da eficiência à degradação do processo equitativo. *Julgar*, Lisboa, n. 19, p. 87-97, 2013, p. 95.

⁴⁶ KEMP, P. Four ethical principles in biolaw. In: KEMP, P.; RENDTORFF, J.; JOHANSEN, N. M. *Bioethics and biolaw*, Copenhagen: Rhodos International Science and Art Publishers and Center for Ethics and Law, v. II, p. 13-22, p. 21.

cunho acusatório, vem agravar, ainda mais, a disparidade entre o órgão de acusação e defesa, além de reforçar o autoritarismo penal⁴⁷ (já não mais judicial, mas ministerial). O poder desigual de barganha, com reflexo inevitável sobre a justiça dos acordos, já não encontra freio adequado a eventuais abusos de poder pela parte mais potente. Ganham fôlego promessas e pressões de toda ordem para obter-se uma confissão; aumentam-se os riscos de acordos pautados em investigações parcas, que podem encontrar apoio em confissões extorquidas ou manufaturadas⁴⁸, na maioria das vezes de inocentes⁴⁹. É claro que são distorções, mas não podem ser desconsideradas, até porque não é demais recordar que, já na década de 70, John H. Langbein⁵⁰ apontava paralelos notáveis entre as técnicas de extração da confissão aplicadas pela tortura medieval e pelas leis de negociação penal.

Por outro lado, a inexistência de uma regulação mínima dos trâmites a serem seguidos durante as tratativas é um fator de extrema insegurança jurídica, em especial ao imputado. A falta de calculabilidade do procedimento a ser adotado, que funciona como um pressuposto para a liberdade jurídica, dificulta, pois, esse “poder jurídico de escolha entre as alternativas comportamentais que evitem ou amenizem os riscos jurídicos, isto é, consequências jurídicas, capazes de prognóstico e de controle, que afetam as decisões individuais”⁵¹. O vácuo procedimental dos acordos de não persecução penal permite a formação de geometrias variáveis nesses negócios jurídicos processuais, com trâmites nem sempre transparentes e que reforçam, ainda mais, a desigualdade entre as partes acordantes⁵². Como alertava Schünemann, a busca da verdade material,

⁴⁷ Sobre o assunto, ver GLOECKNER, R. J. *Autoritarismo e processo penal: uma genealogia das ideais autoritárias no processo penal brasileiro*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

⁴⁸ TULKENS, F. Justiça negociada. In: DELMAS-MARTY, M. (org.); CHOUKR, F. H.; CHOUKR, A. C. F. (trad.). *Processo penais europeus*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 673-717, 2005, p. 714.

⁴⁹ THAMAN, S. C. Plea-bargaining, negotiating confessions and consensual resolution of criminal cases. *Electronic Journal of Comparative Law*, v. 11.3, p. 1-51, 2007, p. 37.

⁵⁰ LANGBEIN, J. H. Torture and plea bargaining. *The University of Chicago Law Review*, a. 46, n. 3, p. 3-22, 1978.

⁵¹ ÁVILA, H. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 226.

⁵² TULKENS, F. Justiça negociada. In: DELMAS-MARTY, M. (org.); CHOUKR, F. H.; CHOUKR, A. C. F. (trad.). *Processo penais europeus*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 715.

desencadeadora de uma crise no processo penal continental, transformou-se, hipocritamente, num “*catch as catch can*”⁵³.

É ocioso repetir, assim, que a vulnerabilidade do investigado e a carência de um procedimento com balizas mínimas para a formação do acordo, por interferirem diretamente na liberdade de escolha do imputado e, possivelmente, desaguarem em acordos leoninos, precisam ser acauteladas pelo juiz das garantias. Do contrário, permite-se um sistema no qual não há garantias processuais penais tradicionais e tampouco aquelas civis que tutelam as partes mais débeis nos acordos regidos pelo direito privado e que, ao mesmo tempo, mancam da fiscalização do sujeito que serviria (exclusivamente) de regulador.

A retirada do juiz das garantias de cena altera o centro de gravidade da lógica negocial imprimida pela Lei nº 13.964/2019. Inadvertidamente, desconsidera o princípio hologramático, inspirado na ideia de Pascal e formulado por Edgar Morin: “Não apenas a parte está no todo, mas o todo está na parte”⁵⁴. Vai, inclusive, além da política criminal consolidada pelo próprio legislador brasileiro, dando contornos muito mais amplos à política criminal do consenso. Representa, em verdade, sintoma de um contexto de complexidade (epistemologicamente instalada, segundo Edgar Morin⁵⁵) e crise, no qual o Poder Judiciário enfrenta dificuldades no exercício da sua função de garantidor de direitos fundamentais e passa a assumir, também, a função política de regulador das expectativas dos cidadãos “consumidores”, que cobram do Poder Judiciário maior eficiência no controle da criminalidade. O que significa dizer uma cobrança por processos mais céleres e com o menor gasto possível, ainda que em prejuízo das garantias.

Indispensável, diante de todo o cenário descrito, que a Lei nº 13.964/2019, ainda que com todas as críticas a ela dirigidas, pelo menos deve ter a sua

⁵³ SCHÜNEMANN, B. Cuestiones básicas de la estructura y reforma del procedimiento penal bajo una perspectiva global. Tradução: Mariana Sacher. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, v. 25, n. 76, p. 175-197, 2004, p. 188-189.

⁵⁴ MORIN, E. *Introdução ao pensamento complexo*. 4. ed. Tradução: Eliane Lisboa. Porto Alegre: Sulina, 2014. p. 74.

⁵⁵ Sobre o tema, ver: MORIN, E. *O problema epistemológico da complexidade*. 2. ed. Lisboa: Europa-América, 1996.

integridade respeitada, ou, parafraseando Eros Roberto Grau⁵⁶, “não pode ser lida em tiras”. O modelo previsto na lei foi pensado com uma fase preliminar, de estrutura acusatória, em que o juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e salvaguarda de direitos individuais, e, após essa fase, é que a proposta do acordo de não persecução penal deveria ocorrer. Não a partir do tradicional modelo a cargo da autoridade policial que tem, dentre outras características, a inquisitividade e o sigilo, ficando a produção do contraditório e da ampla defesa postergados para o devido processo legal. Assim, nesta fase processual inicial em que será proposto o acordo de não persecução penal, se realizada com base no modelo a cargo exclusivamente da autoridade policial, a decisão sobre sua aceitação estará sujeita a uma série de limitações e prejuízos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo exposto, verificou-se a importância do juiz das garantias para que o acordo de não persecução penal possa ser celebrado em procedimento que encontre sintonia com uma estrutura acusatória, onde haja um magistrado específico e com a finalidade de zelar tanto pelo controle da legalidade da investigação criminal como pela tutela dos direitos individuais do investigado.

A reconhecida vulnerabilidade do investigado, aliada à inexistência do juiz de garantias em um procedimento preliminar que seja legalmente definido para propositura e celebração do acordo de não persecução, acaba por trazer insegurança jurídica e riscos à estrutura processual, que deve encontrar efetiva guarida em nossa Constituição Federal.

Argumentos de índole utilitarista, como a falta de estrutura ou de custeio específico, em que pesem pertinentes e relevantes, não devem se sobrepor àqueles postos pela lei, voltados a um procedimento investigatório com ênfase na legalidade e proteção de direitos. O amplo espectro de tipos penais envolvidos, além da gama de medidas passíveis de imposição no momento do acordo e da conseqüente supressão de inúmeras ações penais, onde seriam exercidos o contraditório e a ampla defesa, recomendam que a opção pela não persecução penal ocorra a partir de procedimento substancialmente

⁵⁶ GRAU, E. R. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 176.

democrático. Parece, assim, ter andado bem o então Presidente da excelsa Corte quando, ao invés de suspender o juiz das garantias por tempo indeterminado, estabeleceu um prazo de até 180 dias para adaptação, ainda que esse prazo, há muito, tenha transcorrido.

Se vai haver a substituição de um rito por outro, vale dizer, da persecução penal judicial por um acordo de não persecução penal, essa alteração deve ser realizada de modo que o novo instituto tenha, ao menos, um procedimento prévio, mais isonômico, acompanhado por juiz de garantias e o ato de celebração, em si, tenha um formato legal que possibilite uma decisão mais segura pela parte vulnerável, no caso o investigado.

Assim, a vontade legislativa deve ser respeitada e, semelhante ao que ocorreu com os JECs, uma estrutura correspondente deve ser fornecida para tornar efetiva a atuação do juiz das garantias. E essa estrutura pode ser propiciada de várias formas: casos de mais de um juiz na Comarca, da integração de Comarcas vizinhas, das hipóteses em que necessários os plantões judiciários, enfim. Assim, permite-se afirmar que a adoção de medidas nesse sentido depende mais de vontade política e convicção quanto à importância do instituto e da admissão de um modelo de sistema mais próximo do acusatório do que qualquer outro motivo.

Cumprir deixar claro que não se está, de forma alguma, desmerecendo a atividade dos juizes nas diversas comarcas deste país instados a decidir sobre incidentes ocorridos no curso do inquérito policial, mas, assim como já ocorrido em diversos países, trata-se da implementação de um magistrado que tem uma importante função específica, e que não será o mesmo que cuidará de eventual instrução, quando houver. E o contexto legislativo atual é outro, como referido, diante do advento do acordo de não persecução penal e sua abrangência.

A adoção do juiz das garantias, dada a sua importância para um processo penal mais aproximado de um modelo acusatório e democrático, em que um acordo de não persecução penal será celebrado em melhores termos, pode não ser a medida mais fácil ou econômica. Porém, ainda assim, mostra-se como um baixo custo a arcar, especialmente diante do oásis extremamente fértil – que a própria prática estrangeira tem, reiteradamente, demonstrado – para que coações de toda ordem brotem ao longo das negociações e que desabrochem

em falsas confissões de inocentes ou em acordos leoninos e/ou de adesão. Sem falar, é claro, na possibilidade de termos, finalmente, um procedimento preliminar com um magistrado específico para o controle da legalidade da investigação e salvaguarda dos direitos individuais, cuja atuação cessará com o recebimento da denúncia ou da queixa, ficando o feito, então, a cargo do juiz da instrução e julgamento.

Parece então, por todo o perscrutado, que o acordo de não persecução penal, assim como o Bolero de Maurice Ravel, necessita ser conduzido a seis mãos. Cada um dos três sujeitos envolvidos tem a sua função bem delimitada e deve ser exercida em sincronia e diacronia com a dos demais: Ministério Público deve ter arcabouço probatório mínimo que sustente e delimite a esfera negocial; investigado deve confessar, formal e circunstancialmente a prática delitiva; juiz das garantias deve averiguar a legalidade do acordo e zelar pelo respeito aos direitos individuais nessa fase pré-processual. Não é possível a ausência de nenhum desses partícipes, tampouco sua troca, sob pena de dissintonia irreparável. Do contrário, ainda que o acordo de não persecução penal tenha nascido com vocação para substituir o processo penal tradicional e imprimir traços de efficientíssimo, lhe faltará, como ao mandarim de Fernando Pessoa, característica indispensável: alguém que, por evitar desequilíbrio ínsito à parte vulnerável e barrar ilegalidades negociais, assegure que esse novo modelo se coadune com o Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA JÚNIOR, J. M. de. *O processo criminal brasileiro*. Rio de Janeiro/São Paulo: Freitas Bastos, v. II, 1959.

ANITUA, G. I. La importación de mecanismos consensuales del proceso estadounidense, en las reformas procesales latinoamericanas. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 43-65, 2015. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.3>.

ÁVILA, H. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012.

BINDER, A.; CAPE, E.; NAMORADZE, Z. *Defesa criminal efetiva na América Latina: Argentina, Brasil, Colômbia, Guatemala, México e Peru*. São Paulo: ADC/Cerjusc/Conectas/DeJuSticia/IDDD/ICCPG/IJPP/Inecip, 2016.

BRANDÃO, N. Acordos sobre a sentença penal: problemas e vias de solução. *Julgar*, Lisboa, n. 25, p. 161-178, 2015.

BÜLOW, O. von. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Tradução: Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1964.

CARVALHO, A. A. T. de. *Sucessão de leis penais*. 3. ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra, 2008.

CHASE, O. G. *Direito, cultura e ritual: sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

COSTA, E. M. Justiça negociada: do logro da eficiência à degradação do processo equitativo. *Julgar*, Lisboa, n. 19, p. 87-97, 2013.

CUNHA, V. S. O devido processo consensual e os acordos de não persecução penal. In: WALMSLEY, A.; CIRENO, L.; BARBOZA, M. N. (coord. e org.); QUEIROZ, P. et al. (colab.). *Inovações da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019*. Brasília: MPF, p. 290-312, 2020.

GABINETE DE ESTUDOS E OBSERVATÓRIO DOS TRIBUNAIS. *Linhas de reforma do processo penal: relatório do grupo de trabalho*. 2011. Disponível em: http://ficheiros.parlamento.pt/dilp/NT/XII_Leg/PJL/PJL_452/Linhas-de-reforma-do-processo-penal.pdf. Acesso em: 15 ago. 2020.

GARRETT, B. *Convicting the innocent: where criminal prosecutions go wrong*. Cambridge: Harvard University Press, 2011.

GIACOMOLLI, N. J. Algumas marcas inquisitoriais do Código de Processo Penal brasileiro e a resistência às reformas. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 143-165, 2015. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.8>.

GLOECKNER, R. J. *Uma nova teoria das nulidades: processo penal e instrumentalidade constitucional*. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 623 p., 2010.

GLOECKNER, R. J. *Autoritarismo e processo penal: uma genealogia das ideais autoritárias no processo penal brasileiro*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

GOMES, O. *Contratos*. 26. ed. Edvaldo Brito (coord.). Antônio Junqueira de Azevedo; Francisco de Paula Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GRAU, E. R. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

KEMP, P. Four ethical principles in biolaw. In: KEMP, P.; RENDTORFF, J.; JOHANSEN, N. M. *Bioethics and Biolaw*, Copenhagen: Rhodos Internacional Science and Art Publishers and Center for Ethics and Law, v. II, p. 13-22.

LANGBEIN, J. H. Torture and plea bargaining. *The University of Chicago Law Review*, a. 46, n. 3, p. 3-22, 1978.

LOPES JR., A.; RITTER, R. A imprescindibilidade do juiz das garantias para uma jurisdição penal imparcial: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. *Revista Duc In Altum Cadernos de Direito*, Recife, v. 8, n. 16, p. 55-91, set./dez. 2016.

MARTINS-COSTA, J. Um aspecto da obrigação de indenizar: notas para uma sistematização dos deveres pré-negociais de proteção no direito civil brasileiro. *Separata da Revista dos Tribunais*, a. 97, v. 867, p. 11-51, jan. 2008.

MARTINS-COSTA, J. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MAYA, A. M. *Imparcialidade e processo penal*. Da prevenção da competência ao juiz de garantias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MORIN, E. *Introdução ao pensamento complexo*. 4. ed. Tradução: Eliane Lisboa. Porto Alegre: Sulina, 2014.

MORIN, E. *O problema epistemológico da complexidade*. 2. ed. Lisboa: Europa-América, 1996.

OLIVEIRA, F. da C. *A defesa e a investigação do crime*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

PERONI, F. La peripezia del patteggiamento in un trentennio di sperimentazione. *Archivio Penale*, n. 3, p. 1-23, 2019. Disponível em: <http://www.archiviopenale.it/File/DownloadArticolo?codice=9279b47f-f50c-47a1-8c30-32ef7003ee4b&idarticolo=19684>. Acesso em: 15 ago. 2020.

POZZEBON, F. D. de Á.; CAMARGO, R. de O. A relevância do juiz das garantias para investigação defensiva na fase preliminar. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, n. 334, p. 21-23, set. 2020.

REALE JR., M.; WUNDERLICH, A. Justiça negocial e o vazio do Projeto Anticrime. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, a. 27, n. 318, edição especial, p. 6-8, maio 2019.

RIBEIRO, M. H. M.; MELO, M. E. V. Justiça criminal negocial e *pleabargaining*: a fragilização do devido processo e a prevalência autoritária da racionalidade neoliberal efficientista. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, a. 28, n. 333, p. 9-11, ago. 2020.

RODRIGUES JÚNIOR, J. R. Juiz das garantias: uma exigência do estado democrático de direito. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, a. 28, n. 333, p. 20-22, 2020.

SCHÜNEMANN, B. Cuestiones básicas de la estructura y reforma del procedimiento penal bajo una perspectiva global. Tradução: Mariana Sacher. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, v. 25, n. 76, p. 175-197, 2004.

THAMAN, S. C. Plea-bargaining, negotiating confessions and consensual resolution of criminal cases. *Electronic Journal of Comparative Law*, v. 11.3, p. 1-51, 2007.

TULKENS, F. Justiça negociada. In: DELMAS-MARTY, M. (org.); CHOUKR, F. H.; CHOUKR, A. C. F. (trad.). *Processo penais europeus*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 673-717, 2005.

TURNER, J. I. Plea bargaining and international criminal justice. *The University of the Pacific Law Review*, v. 48, p. 219-246, 2017.

Submissão em: 16.09.2020

Avaliado em: 12.12.2022 (Avaliador A)

Avaliado em: 08.09.2022 (Avaliador B)

Aceito em: 27.12.2022