

ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E GARANTISMO PROCESSUAL: QUATRO TEMAS RECENTES

AMÉRICO BEDÊ FREIRE JR.

Pós-doutor em direito pela Universidad de Las Palmas – Gran Canaria – Espanha. Doutor e mestre em Direitos Fundamentais – FDV. Professor do programa de doutorado e mestrado da FDV. Juiz federal. Cofundador do podcast Processo Penal Ragnarok. Ex-promotor de Justiça. Ex-procurador da Fazenda Nacional.

HERMES ZANETI JR.

Professor de Direito Processual Civil na graduação e mestrado da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Doutor na área de concentração Teoria do Direito e Filosofia do Direito, pela Università degli Studi di Roma 3 (UNIROMA3). Doutor e mestre em Direito Processual, pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Pós-doutor na Università degli Studi di Torino-IT (UNITO). Visiting Scholar na Universidade de Zagreb, 2023 (Programa Erasmus +). Membro da International Association of Procedural Law (IAPL), Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal (IIDP), Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). Membro da Associação Brasileira dos Membros do Ministério Público de Meio Ambiente (Abrampa) e da Associação Nacional do Ministério Público do Consumidor (MPCON). Pesquisador líder do Grupo de Pesquisa Fundamentos do Processo Civil Contemporâneo (FPCC/UFES) vinculado ao Laboratório Processo e Constituição (Laprocon). Promotor de Justiça no Ministério Público do Espírito Santo (MPES). Dirigente do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do MP do Espírito Santo (CEAF/MPES). Presidente do Colégio de Diretores de Escolas e Centros de Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público do Brasil (CDEMP). Bolsista da Fundação de Amparo à Pesquisa e Inovação do Espírito Santo (FAPES) como coordenador do Projeto Direito Processual Estrutural dos Desastres desenvolvido no Instituto Universidade Federal do Espírito Santo (UFES de Vitória) – Edital: EDITAL FAPES 22/2023 – BOLSA PESQUISADOR CAPIXABA – BPC2024. E-mail: hermeszanetijr@gmail.com.

1. Introdução

A defesa do Sistema Brasileiro de Justiça Multiportas como meio adequado de tutela respeita e promove o modelo garantista, embora exista conhecida resistência doutrinária à justiça negociada em matéria penal pelos principais autores do garantismo. E para isso quatro temas típicos dos Acordos de não persecução penal (ANPP) se apresentam ante a sua (in)compatibilidade com o garantismo processual.

Existe direito subjetivo do acusado ao acordo de não persecução penal? Na ausência de regime de transição prevista em lei, a oferta do acordo nos feitos pendentes deve se limitar temporalmente até a sentença ou ser estendida até o trânsito em julgado? Ao homologar o acordo, o juiz pode glosar cláusulas decotando o acordo sem a anuência das partes? Pode a confissão ser limitada à finalidade estrita do acordo, sem efeitos ulteriores em relação a outras esferas de responsabilidade e assunção de culpa?

Como se percebe, esse novo instituto exige refletir e considerar os diversos aspectos críticos que têm suscitado debates acadêmicos e práticos.

2. Garantismo e autocomposição: notas ao problema especial da verdade negociada

“There are many and various true propositions; but only one truth”. (Susan Haack)¹

As relações entre garantismo e autocomposição exigem enfrentar o problema especial da verdade negociada: os fatos que legitimam a tomada de decisão de o agente estatal passar a ser um elemento central.

A teoria do direito contemporânea está fundada sobre a “virada epistemológica” da prova. As vicissitudes da epistemologia são potencializadas na busca da verdade no direito. O direito probatório, portanto, sofre claramente uma “virada epistemológica”, expressão atribuída por Daniela Accatino a Dei Vecchi (2013), cf.

ACCATINO, Daniela. “Teoría de la prueba: ¿somos todos ‘racionalistas’ ahora?”, *Revus*, 39, 2019, Online since 10 March 2020, connection on 28 April 2020. URL: <http://journals.openedition.org/revus/5559>; DOI: <https://doi.org/10.4000/revus.5559>, p. 89.

Há uma passagem da concepção *subjetivista* (persuasiva ou psicológica, a prova como convencimento do juiz) para a concepção *racionalista* (cognitivista, a prova como dever de justificação).² Na esteira das teses racionalistas, o descobrimento da verdade é o fim da prova, ainda que existam limitações normativas e institucionais aos processos judiciais.

Estudos também mostram a passagem do isolamento científico do direito para o diálogo com a epistemologia.³ Na literatura atual, Daniela Accatino procura identificar o terreno comum às concepções racionalistas da prova.⁴

A própria função da atividade judicial de aplicação do direito tendencialmente cognitiva supõe que a consequência normativa se aplica, caso os fatos previstos na norma efetivamente tenham acontecido. Daí a valoração de a prova se preocupar com critérios gerais de racionalidade epistêmica – como o método de corroboração e de refutação de hipóteses.

Consideradas essas premissas, uma decisão só será justa se observar três critérios, mesmo quando se tratar da homologação de um acordo de não persecução penal: a) se é correta do ponto de vista da escolha da norma e da interpretação aplicável ao caso; b) se decorre da

1. HAACK, Susan. *Evidence Matters*, p. 297. FERRAJOLI, op. cit., p. 93.

2. No campo latino e ibero-americano os autores de referência são Michele Taruffo (La Prova dei Fatti Giuridici, 1992), Marina Gascón (1999), Daniel Gonzáles, Jordi Ferrer (2002) e Carmen Vázquez, e, ainda que sem essa “etiqueta”, Luigi Ferrajoli (Diritto e Ragione, 1989), Giulio Ubertis (1992 e 1995), Paolo Ferrua (1995 e 2000) e Juan Igartua (1994). Os livros de Ferrajoli e Taruffo foram traduzidos para o espanhol por Perfecto Andrés Ibáñez (Derecho y Razón, 1995) e por Jordi Ferrer (La Prueba de los Hechos, 2002). A conformação de uma nova comunidade de estudos surge, ainda, com o terceiro número da Revista Discusiones (2003), consolidando em particular a partir do diálogo de Marina Gascón (2003) e Perfecto Andrés (2003) com Michele Taruffo e a introdução do volume por Jordi Ferrer e González Lagier (2003). No âmbito anglo-americano a “tradição racionalista” começou ainda antes (New Evidence Scholarship) tendo William Twining (1982) identificado uma “tradição racionalista” em diversos autores que se ocuparam do direito probatório (Gilbert e Bentham, século XIX, Thayer e Wigmore, século XX). Essa aproximação propiciou um campo para o estudo do direito comparado e para a internacionalização dos pressupostos compartilhados, encontrando fundamentos para princípios probatórios comuns (como apontado por Jackson e Summers, 2012). Nesse sentido: ACCATINO, Daniela. “Teoría de la prueba: ¿somos todos ‘racionalistas’ ahora?”, *Revus*, 39, 2019, Online since 10 March 2020, connection on 28 April 2020. URL: <http://journals.openedition.org/revus/5559>; DOI: <https://doi.org/10.4000/revus.5559>.

3. No Brasil, sobre essa virada, consultar RAMOS, Vitor de Paula. *Ônus da Prova no Processo Civil* (2015). 2ª ed. RT: São Paulo, 2018; RAMOS, Vitor de Paula. *Prova Testemunhal*. RT: São Paulo, 2018, bem como, a tradução para o português de FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prova e Verdade no Direito*. Trad. Vitor de Paula Ramos. RT: São Paulo, 2017.

4. ACCATINO, Daniela. “Teoría de la prueba: ¿somos todos ‘racionalistas’ ahora?”, p. 90.

verificação controlável dos fatos relevantes do caso; c) se ocorre o emprego de um procedimento válido e justo para atingir a decisão.⁵

Michele Taruffo e outros autores, contudo, não conseguem estender essa noção de decisão justa para a autocomposição desejável em ordenamentos constitucionais democráticos, tornando a justiça multiportas compatível com o garantismo processual.⁶ Mas primeiro é preciso compreender a crítica garantista. Para Ferrajoli, o direito é uma vitória da civilização sobre a barbárie e o arbítrio, poder domado. A legitimação da jurisdição decorre moral e socialmente da efetividade da norma jurídica para o reconhecimento e deslegitimação dos comportamentos desviantes. O papel do direito penal mínimo é assegurar a pena justa e certa. Na esfera do indecidível, existem direitos fundamentais e direitos humanos que não podem ser negociados. Esses são os direitos de liberdade contra o arbítrio e fundamentados eticamente pela máxima kantiana de que o homem jamais pode ser um meio para atingir um fim.

Sobre o modelo americano penal, Ferrajoli⁷ assevera:

A ausência de garantias e de limites ao arbítrio dos juízes e à violência das penas determina a derrota daquela assimetria entre a civilidade do direito e a selvageria dos delitos que formam o principal fator de legitimação da jurisdição, de deslegitimação moral e social dos desvios e, por isso, da efetividade primária do direito penal. É por causa desta ausência que os sistemas punitivos degeneram em sistemas de direito penal ao mesmo tempo maximamente punitivo e maximamente ineficiente. Prova de tal fato é a explosão da população carcerária nos Estados Unidos seguida da quase generalização, ao final dos anos 80, do recurso incontrolado em 97% dos casos julgados pela justiça federal e em 94% daqueles julgados pelas jurisdições estatais. A verdadeira

alternativa ao processo justo é o *plea bargaining*, isto é, a extorsão inquisitória da confissão na forma da troca proposta pelo prosecutor ao acusado entre a admissão de culpa, mesmo se inocente, e a redução da pena que a ele seria aplicada, não podendo, frequentemente, pagar defesas custosas caso ele desejasse ser submetido ao juízo contraditório. (Grifo nosso)

A verdade para o direito penal mínimo tem um preço que não se pode negociar. Há uma profunda preocupação da substituição do devido processo legal por um reino dos acordos no qual “não importa o quê”.⁸ Trata-se de um reino do tanto faz, tanto fez, em que basta qualquer resposta sem processo. Não importa se a resposta é boa ou ruim, mais ou menos adequada. Esse ponto da teoria garantista também pode ser alvo de profunda crítica. A globalização da justiça negociada faz com que se busque mais debater como e quais requisitos e limites devem ser observados para que a implementação não viole direitos humanos. Esse posicionamento parece mais útil do que a simples negativa geral do instituto defendida por Ferrajoli, postura que encerra prematuramente o debate e não ajuda a conceber um modelo de justiça negociada a que se possa chamar de garantista.

A verdade não pode ser obtida pelo consenso, porém não é correto afirmar que Ferrajoli coloque o direito de mentir entre as garantias do acusado. Ele admite que algum ordenamento preveja o direito de mentir, mas não justifica esse direito como parte da teoria garantista de valoração negativa do comportamento do réu para fins penais. Há diversas gradações na contraposição entre o modelo acusatório – que abre espaço para o debate dialógico entre acusação e defesa – e o modelo inquisitório, no qual o juiz está mais comprometido e, por consequência, deve perquirir ele mesmo sobre a verdade dos fatos. Os direitos fundamentais são irrenunciáveis. Logo, não se devem permitir espaços a tal

5. TARUFFO, Michele. Idee per una teoria della decisione giusta. In: *Verso la Decisione Giusta*. Torino: Giappichelli, 2020, p. 360

6. Alguns críticos dos acordos são TARUFFO, Michele. Verità Negoziata? In: *Verso la Decisione Giusta*. Torino: Giappichelli, 2020; GALANTER, Marc. The Vanishing Trial: An Examination of Trials and Related Matters in Federal and State Courts. *Journal of Empirical Legal Studies*, v. 1, n. 3, p. 459-570, 2004; FISS, Owen M. Against Settlement. *The Yale Law Journal*, v. 93, n. 6, p. 1073-1090, 1984. A presença no ANPP de um órgão público com independência funcional e autonomia perante o poder político, como o Ministério Público brasileiro, não foi e nem poderia ser analisada nesses textos, uma vez que o Ministério Público como agência de controle pro-accountability e instituição essencial ao sistema de justiça pode responder a muitas das críticas efetuadas por esses autores.

7. FERRAJOLI, Luigi. *A construção da democracia: teoria do garantismo constitucional*. Florianópolis: Emais, 2023, p. 349

8. Na doutrina francesa sobre acordos, essa crítica é profundamente analisada no âmbito civil por Loïc Cadiet et all. CADIET, Loïc; NORMAND, Jacques; MEKKI, Soraya Amrani. *Théorie Générale du Procès*. 2 ed. Paris: PUF, 2013, p. 225 e 226.

prática. Na verdade, a faculdade de mentir é uma garantia ligada muito mais ao aspecto de vedar a valoração de qualquer comportamento do acusado para fins penais.⁹

Mais uma vez é necessário fazer uma distinção entre teoria e dogmática jurídica. Acrescente-se que “a opção entre cognição e inquisição não vem expressa apenas por meio do caráter cognitivo ou valorativo do julgamento, mas também das técnicas alternativas de aquisição das provas endereçadas à verificação ou à falsificação, em concreto, das hipóteses acusatórias”. Quais são os meios moral e politicamente lícitos para alcançar a verdade no processo? Justificam-se a tortura, a prisão preventiva, o interrogatório sem a presença de um defensor, o segredo instrutório mais ou menos ilimitado, ou a política premiai para as confissões e colaborações?

Tais perguntas admitem respostas diversas no plano da legitimidade interna, a depender da presença ou não, no ordenamento que se analisa, das garantias processuais relativas ao “como provar” e ao “como não provar” o *habeas corpus* em favor do imputado, sua imunidade contra pressões físicas e morais, o seu direito de negar ou mentir, a assistência do defensor, entre outras. Entretanto, a adoção ou não de tais garantias normativas é, mais uma vez, uma justificação externa a se solucionar de diversas formas, todas submetidas ao fato de que a individuação da verdade seja concebida como um fim condicionado ao respeito de outros valores ou como fim incondicionado do processo penal que, desta feita, justificaria o uso de quaisquer meios para alcançá-la. (FERRAJOLI, **Direito e Razão**, p. 188-189)

A verdade será sempre condicionada a alguns valores dentro do ordenamento jurídico, o que implica uma série de regras sobre a produção da prova, sobre o tempo do processo, sobre os critérios de valoração e julgamento da prova produzida. As regras de vedação da prova ilícita e da prova ilegítima servem à produção da prova assim como as da prescrição e preclusão servem ao tempo do processo. Já os standards probatórios – a quantidade de prova necessária para julgar – e o ônus da prova – quem suporta as consequências da falta de prova – são regras de valoração e julgamento. Essa lógica se aplica ao processo como um todo, seja ele administrativo, civil ou penal, e o direito material tem um relevante papel na definição dos valores que estão por detrás de cada uma dessas

regras. Afinal, os objetivos a serem promovidos pelo ordenamento jurídico serão distintos caso se trate de julgar uma licença ambiental, o adimplemento contratual ou a liberdade de alguém.

No tema, um excesso de paternalismo presume a impossibilidade de investigado e advogado serem senhores de seus destinos e possuírem condições reais de barganha no interesse da própria defesa. Ademais, os modelos de consenso não significam abrir mão da busca pela verdade, pois podem exigir provas para além da palavra do réu como condição para a celebração de acordos penais.

É preciso, pois, analisar criticamente os limites e as possibilidades da teoria garantista de Ferrajoli, a fim de que ela se compatibilize com as necessidades constitucionais de uma sociedade democrática. Além da posição garantista sobre a verdade, o Estado democrático de direito tem o dever de trabalhar e buscar a verdade intersubjetiva, com controle intersubjetivo do processo e do procedimento de descoberta da própria verdade fática e da verdade jurídica.

O Estado constitucional pressupõe cidadãos dispostos a perfazer o caminho da busca da verdade, o objetivo. Com a imposição de juramento, o Estado, em última análise, procura obter a veracidade subjetiva, sem garantir verdades objetivas. Ele pode enviar os seus titulares de funções públicas – por exemplo os do terceiro poder – à busca da verdade, instituir comissões parlamentares de inquérito ou, esporadicamente, comissões da verdade (como em San Salvador). Porém lhe é proibido instituir ministérios da verdade. (HABERLE, Peter. **Os problemas da verdade no Estado constitucional**. Porto Alegre: SAFE, 2008, p. 118)

O juramento pessoal, assim como o testemunho existente em muitos países, traduz exatamente essa noção de contribuição subjetiva, pela percepção do sujeito para a construção da verdade no processo. A mentira dolosa e o *duplipensar* são ética e juridicamente reprováveis e não podem ser naturalizados ou tolerados. É por essa razão que se torna contraditória qualquer teoria que admita a mentira do réu em juízo.

A ética do direito, a boa-fé e a cooperação objetiva para

9. FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e Ragione. Teoria del Garantismo Penale*. 8 ed. Roma/Bari: Laterza, 2004, p. 623-625.

a descoberta da verdade e correta aplicação da norma ao caso concreto são totalmente contrárias a uma incoerente ampliação do *nemo tenetur se detegere* para abarcar também o direito de mentir. No extremo, qualquer teoria que admita o direito de mentir em juízo é uma teoria abolicionista e individualista do processo penal.

Outro problema apontado por Douglas Fischer¹⁰ é o argumento de que o dogma do *nemo tenetur se detegere* teria uma extensão ilimitada a fim de justificar qualquer comportamento do réu como irresponsável perante o direito penal ou de vedar qualquer uso do comportamento dele para fins de aplicação da lei penal.

O pensamento de clássicos do liberalismo político como Hobbes, Diderot, Beccaria, Filangieri, Pagano, Romagnosi, Carrara amplia a concepção do brocardo. Contudo, não se pode concordar nestes pontos específicos: “o legislador italiano [...] legitimando a pactuação [...] inevitavelmente a corrupção da jurisdição, a contaminação policialesca do processo e dos estilos investigatórios e de juízo, a consequente perda da legitimação política ou externa do Poder Judiciário” (FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e Ragione. Teoria del Garantismo Penale*. 8 ed. Roma/Bari: Laterza, 2004, p. 623-625).

A principal preocupação naquele momento histórico era a evitação da tortura, inclusive psicológica, com a qual se coloca o acusado em uma posição de confessar ou confessar. A defesa que se faz aqui é totalmente diversa, visto que as garantias processuais e materiais de uma justa autocomposição protegem igualmente o acusado, como, aliás, aponta Douglas Fischer: podem ser mais protetivas de seus próprios interesses.

A história da garantia do *nemo tenetur se detegere* está ligada ao combate à tortura como meio de prova e progressivamente ao direito de não obrigar o acusado a depor contra si mesmo. A extração de consequências mais amplas, que vedariam a colaboração premiada e o acordo de não persecução penal, não deve ser acompanhada atualmente. Apenas para justificar essa mudança, é preciso lembrar que não se podem impor garantias contra o garantido e que a renúncia aos direitos fundamentais

é admitida sempre que voluntária, esclarecida e não atingido o núcleo essencial dos direitos. Ou seja, é possível a renúncia quando não desconfigurada a função protetiva dos direitos fundamentais.

O Estado deve desincumbir-se do ônus probatório para além da colaboração e da confissão, uma vez que o procedimento deve garantir os requisitos para assegurar a autocomposição justa. Com a produção de prova suficiente, a voluntariedade deve ser controlada, e pode ensejar a desistência até o momento da homologação pelo juízo.¹¹

O empenho na busca da verdade dos fatos constitucionais é pressuposto do Estado Democrático de Direito... Por ser assim, não há qualquer dúvida de que a busca da verdade, especialmente em relação aos fatos que importam para a concretização da Constituição, constitui um requisito da democracia constitucional. Bem vistas as coisas, um pressuposto ético do Estado de Direito, assim como um valor moral indispensável para que as pessoas possam ter confiança na autoridade do Estado e do próprio direito. (MARINONI, Luis Guilherme. *Processo constitucional e democracia*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 125)

A obrigação de buscar a verdade é requisito a uma democracia constitucional. Apesar disso, é impossível eliminar por completo a mentira ou o erro nas relações humanas. Os deveres objetivos de cooperação para o resultado efetivo do processo e de boa-fé na prática dos atos processuais escudam o direito dos cidadãos na busca pela verdade processual. A possibilidade de uma justiça negociada não pode afastar esses deveres. Aliás, seria uma quebra das obrigações processuais positivas, assumidas internacionalmente, permitir acordos sem conteúdo e sem instrução adequada. O acordo, assim como a condenação no processo judicial, depende de justa causa, de instrução, de processo e de “julgamento”, ainda que intersubjetivo entre as partes e por autocomposição sobre prova efetivamente produzida e a adequação da norma aos fatos provados. O acordo se dá sob critérios objetivos e exige justificação adequada.

10. FISCHER, Douglas. *Acordos Penais são incompatíveis com Princípios Garantistas?* Gentilmente cedido pelo autor.

11. Pressupostos, requisitos e condições do acordo SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. *Acordo de Não Persecução Penal e Soluções Negociadas: a urgência da vítima*. Gentilmente cedido pelo autor.

No acordo penal no Brasil, ainda que o juízo perca a exclusividade da tomada de decisão, há uma supervisão estatal pelo órgão de acusação e pelo próprio Poder Judiciário, decorrente da homologação obrigatória sobre o atingimento desses critérios de legitimação processual do acordo.

É possível reconhecer, portanto, o direito humano à verdade nas relações com o Estado e entre particulares. A manipulação da verdade é uma atuação típica de práticas autoritárias e ditatoriais, que utilizam o discurso para legitimar violações de Direitos Humanos e perpetuação no Poder. É exatamente esse tipo de problema que o correto procedimento de controle sobre a validade de acordos materiais ou processuais permite afastar. O direito à verdade é um meio de reparação das vítimas e dos seus familiares. A responsabilização é parte da reparação.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, a partir do caso *Hermanos Gómez Paquiyauri v. Perú*¹², reconhece a existência do direito à verdade:

230. La Corte considera que las víctimas de graves violaciones de derechos humanos y sus familiares, en su caso, tienen el derecho a conocer la verdad. En consecuencia, los familiares de las víctimas en el presente caso tienen el derecho a ser informados de todo lo sucedido en relación con dichas violaciones. Este *derecho a la verdad* ha venido siendo desarrollado por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; *al ser reconocido y ejercido en una situación concreta, ello constituye un medio importante de reparación*. Por lo tanto, *da lugar a una expectativa que el Estado debe satisfacer a los familiares de la víctima*.

231. A la luz de lo anterior, para reparar este aspecto de las violaciones cometidas, el Estado *debe investigar efectivamente los hechos del presente caso, con el fin de identificar, juzgar y sancionar a todos los autores intelectuales y demás responsables*

de la detención, torturas, y ejecución extrajudicial de Rafael Samuel y Emilio Moisés Gómez Paquiyauri. A tal efecto, deberá adoptar todas las medidas judiciales y administrativas necesarias con el fin de reabrir la investigación por los hechos del presente caso y localizar, juzgar y sancionar al o los autores intelectuales de los mismos. Los familiares de las víctimas deberán tener pleno acceso y capacidad de actuar en todas las etapas e instancias de dichas investigaciones, de acuerdo con la ley interna y las normas de la Convención Americana. Asimismo, el Estado debe asegurar el cumplimiento efectivo de la decisión que adopten los tribunales internos, en acatamiento de esta obligación. El resultado del proceso deberá ser públicamente divulgado, para que la sociedad peruana conozca la verdad.

232. La Corte advierte que el Estado debe garantizar que el proceso interno tendiente a investigar y sancionar a los responsables de los hechos de este caso surta sus debidos efectos. Además, *el Estado deberá abstenerse de recurrir a figuras como la amnistía, la prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad, así como medidas que pretendan impedir la persecución penal o suprimir los efectos de la sentencia condenatoria.*

Obviamente, não apenas no direito das vítimas se deve reconhecer o direito à verdade. Um dos pilares da democracia, o dever de *accountability*, somente pode ser realizado de modo adequado se as informações fornecidas aos cidadãos forem verídicas. Essa é a premissa por detrás do movimento *open justice*, o qual se firma como princípio jurídico nos estados democráticos: a justiça se legitima não só por ser feita, mas também por ser vista sendo feita.¹³ O direito à verdade inclui o direito da sociedade de saber que os crimes efetivamente comprovados foram sancionados e conhecer de todo as sanções aplicadas. Isso afasta uma das críticas da doutrina garantista que está justamente ancorada no segredo dos acordos.

12. CIDH, *Hermanos Gómez Paquiyauri c. Peru*, sentença de 08/07/2004, Série C, n.º 110.

13. Discurso do Chief Justice Spigelman da Corte Suprema Australiana, SPIGELMAN, James J. *Seen to Be Done: The Principle of Open Justice (October 9, 1999) - Part 1 and Part 2*. Australian Law Journal, v. 74, p. 290 e 378, 2000. Ideia originalmente atribuída a Lord Hewart (1870-1943) “... it is not merely of some importance but is of fundamental importance, that justice should not only be done, but should manifestly and undoubtedly be seen to be done.” *R v Sussex Justices, Ex parte McCarthy* [1924] 1 KB 256 at 259 (Lord Hewart Chief Justice, 1922-1940).

O reconhecimento do dever de fornecer razões como um “incidente do processo judicial”, aqui referido aos acordos que tenham natureza pública, resultou da evolução histórica do papel dos juízes, da expansão dos direitos de recurso e da necessidade de transparência e responsabilidade judiciais. A obrigação de fornecer razões detalhadas assegura que as decisões judiciais sejam compreensíveis e verificáveis a fim de promover a confiança pública no sistema jurídico e garantir a consistência na aplicação da lei. Trata-se do papel inovador do princípio *open justice*, que explica até mesmo o dever de apresentar razões também para países de *common law*, tradicionalmente refratários à motivação por força das decisões por jurados, inclusive com incidentes processuais para assegurar o dever, como resultado da mudança de mentalidade promovida pela justiça aberta.¹⁴

Um dos grandes desafios na era das fake news e da pós-verdade é estabelecer, de maneira segura, a informação – e o direito só pode ser aplicado de maneira justa se os fatos forem comprovados de modo adequado.

O modelo garantista, para ser corretamente aplicado, pressupõe comprovação fática – apenas nesse caso podem incidir de modo adequado as garantias.

Este deber de actuación de los derechos constitucionalmente establecidos representa, obviamente, una garantía débil respecto de las garantías fuertes, primarias y secundarias, cuya introducción impone tal deber. Débil por dos razones; en primer lugar, porque consiste en la obligación de introducir las garantías pero no todavía en las garantías fuertes propiamente dichas (por ejemplo, en el caso del derecho a salud, en la obligación de introducir el servicio sanitario público y universal, pero no aún en el de ofrecer la prestación sanitaria objeto del derecho); en segundo lugar, por la imposibilidad de asegurar efectividad en sede jurisdiccional, asegurada en cambio al principio de legalidade, o sea, de no contradicción, por la anulación o la inaplicación de las leyes substancialmente inválidas. Pero su presencia, además de satisfacer la definición teórica de los derechos fundamentales como una subclase de

los derechos subjetivos, equivale al reconocimiento de una normatividad fuerte de la constitución y por ello de la ilegitimidad no solo de la producción de normas en contradicción con ella, sino también de la falta de producción de normas por ella impuesta como obligatorias. (FERRAJOLI, Luigi. **Diez aporias en la obra de Hans Kelsen**. Madrid: Trotta. 2017, p. 75)

Não se olvide que, como positivista, Ferrajoli utiliza a fórmula *auctoritas non veritas facit legem*, a indicar que “o que confere relevância penal a um fenômeno não é a verdade, a justiça, a moral, nem a natureza, mas somente o que, com autoridade, diz a lei”¹⁵. Como compatibilizar esse modelo com o direito fundamental à verdade das vítimas? É certo que só existe uma verdade. Quando se fala em direito da verdade por parte das vítimas apenas se enaltece que o processo penal não tem como escopo exclusivo tratar de proteção contra abusos contra o réu. A vítima é legítima integrante do processo penal e tem mais do que interesse, tem direito de que seja encontrada a verdade. A existência de uma verdade ontológica, algumas vezes para além do direito posto, pode ser reconhecida como adequada em um modelo garantista? Essa antinomia não é apenas aparente, mas sim uma zona de limite de atuação do garantismo, já que o modelo garantista é uma lente muito útil, mas não a única para se enfrentarem os graves dilemas das sociedades modernas.

Claro que Ferrajoli reconhece que a verdade empírica é uma condição de legitimidade das decisões penais, mas qual o limite na busca dessa verdade? As decisões da Corte interamericana que reconhecem a imprescritibilidade de graves violações a direitos humanos são compatíveis com o garantismo? Sim. O próprio Ferrajoli, ao final de sua exposição em 16 de outubro de 2013, em evento organizado e realizado no Ministério da Justiça em Brasília, foi indagado sobre como poderia ser conformada ao garantismo a pretensão de punir agentes de repressão política por crimes cometidos no período da ditadura brasileira em razão do período já transcorrido até os dias atuais pela fluência da prescrição.

14. BOSLAND, Jason; GILL, Jonathan. The Principle of Open Justice and the Judicial Duty to Give Public Reasons. Melbourne University Law Review, v. 38, p. 482, 493, 2014.

15. FERRAJOLI Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo*. Madrid: Trotta, 1998, p. 31.

Em viva-voz¹⁶, respondeu pela compatibilidade do garantismo com a imprescritibilidade de alguns crimes. Aliás, para Ferrajoli a prescrição não faz parte do núcleo do direito penal, o que mais uma vez o afasta dos teóricos formalistas e dos teóricos abolicionistas do direito penal.¹⁷

O problema diz respeito a sanções penais distintas da pena de restrição de liberdade, bem como a própria responsabilidade penal das pessoas jurídicas de direito privado e de direito público. Recentemente, Ferrajoli¹⁸ foi além ao criar a categoria jurídica denominada crimes de sistema.

Deve-se, por isso, ampliar a noção de "crime" também para essas agressões. A noção corrente de ato ilícito está fundada em uma base individualista, certamente não superável pelos ilícitos penais: a responsabilidade pessoal de sujeitos determinados que são os autores, além dos eventos danosos causados a sujeitos igualmente determinados, e tomar consciência da sua inadequação conceitual para dar conta de condutas ofensivas não atribuíveis a pessoas singulares, todavia enormemente danosas para povos inteiros e para a humanidade como um todo, além de contrárias ao direito e aos direitos, como as devastações ambientais, as explosões e as ameaças nucleares, os milhões de mortos a cada ano pela falta de medicamentos salva-vidas, de água e de alimentação básica. Propõe-se a criar, no léxico da teoria da democracia, uma noção de crime mais ampla do que aquela de crime penal, onde se inclui também esta ampla classe de violações massivas de direitos e bens fundamentais, ainda que não consistentes, como os crimes penais, em atos individuais imputáveis à responsabilidade de pessoas determinadas. Propõe-se, precisamente, chamar essas violações jurídicas, cujos efeitos são bem mais graves do que

de todas aquelas perseguidas pelo direito penal, de crimes de sistema. Não se trata, deve-se lembrar, dos crimes dos fortes, que são sempre crimes penais cuja gravidade e cuja tendencial de impunidade são objeto de investigações de uma já ampla literatura de criminologia crítica. E não se trata, também, dos crimes de Estado ou dos crimes contra a humanidade, hoje igualmente previstos pelo direito penal internacional a partir daquela grande conquista que foi a criação do Tribunal Penal Internacional, os quais permanecem, até agora, sem grandes punições.

A teoria dos crimes de sistema é um exemplo privilegiado da potencialidade da expansão da teoria garantista para novas formas de proteção (alguns chamarão de punição) a bens fundamentais. Para Ferrajoli, a fonte de legitimidade da função judiciária e das demais funções de garantia é a "verdade". Invertida a fórmula hobbesiana se dirá *veritas non auctoritas facit iudicium*, porquanto o que torna uma decisão judicial justa ou injusta, mas também um serviço específico na implementação de um direito social, é apenas a argumentação como verdadeira da tese que apura as condições estabelecidas pela lei. Daí a independência entre as duas classes de funções.

Nenhum consenso pode tornar verdadeiro o que é falso ou falso o que é verdadeiro. Um juiz deve poder, graças à sua independência, absolver quando a maioria ou mesmo todos pedirem a condenação e condenar quando todos pedirem a absolvição. E o mesmo deve ser dito aos titulares das funções administrativas de garantia primária, que também devem estar em condições de exercê-las com total independência. Na garantia dos direitos de todos, as funções de garantia, além de excluir qualquer dependência ou condicionamento

16. Fisher e Valdez destacam o episódio a seguir.

De forma muito objetiva (mas sem surpresa para quem conhece a ideia central do garantismo em sua essência original), respondeu que seria perfeitamente possível a conformação, pois o garantismo defendido por ele traz em seu bojo, à luz de (todos) princípios constitucionais vigentes e do Direito Internacional, a obrigação de o Estado agir (denominadas obrigações positivas) para punir eficazmente os autores dos crimes dessa natureza, não podendo serem invocadas regras de prescrição como forma a pretender afastar eventuais ações penais. [Na nota 642:] Na 8.ª Conferência do Ciclo de Altos Estudos Justiça sem Fronteiras, em 29.9.2014 no Ministério da Justiça, em Brasília/DF, indagado de como veria a "compatibilidade desse movimento internacional em torno da responsabilização penal de agentes cometedores de crimes contra a humanidade e o garantismo penal?", o professor Luigi Ferrajoli respondeu: "Vamos eliminar um equívoco. Não é uma questão de compatibilidade. É uma questão de implicação, precisamente o garantismo que impõe a principal garantia, que é a garantia da vida e do direito fundamental. [...] Eu acredito que a verdadeira fronteira do direito penal se aproxima do direito penal internacional contra os crimes de poder, de poder público ou de poder econômico, ambiental [...] são imprescritíveis porque é um dever de ressarcimento em confronto com o direito da vítima. [A nota 654 novamente reporta:] Na 8.ª Conferência do Ciclo de Altos Estudos Justiça sem Fronteiras em 29.9.2014 no Ministério da Justiça, em Brasília/DF, o professor Luigi Ferrajoli respondeu: "o garantismo impõe a principal garantia, que é a garantia da vida e de direito fundamental. [...] e que a imprescritibilidade de determinados delitos está correlacionada a "um dever de ressarcimento em confronto com o direito da vítima". (FISCHER, Douglas; PEREIRA, Valdez Frederico. *As obrigações processuais penais positivas*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2019).

17. Para Ferrajoli a prescrição é um requisito para o processo e não uma norma do núcleo fundamental do direito penal garantista. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal*. 4 ed. São Paulo: RT, 2014, cap. IX, n. 39. Corte EDH: Caso Previti v. Italy – 1845/08, Decisão de 12 de fevereiro de 2013.

18. FERRAJOLI, Luigi. *A construção da democracia: teoria do garantismo constitucional*. Florianópolis: Emais, 2023, p. 410.

majoritário, são "democráticas" num sentido diferente, talvez ainda mais significativo do que as funções de governo legitimadas pela representação política de que garantir a todos diz respeito ao conjunto de pessoas que compõe todo o povo.

A verdade é condição real para o garantismo. Gustavo Henrique Badaró (**Direito Penal e Processo Penal**. São Paulo: RT, 2022, p 435) destaca que “não é possível abrir mão da busca da verdade, que é o único critério aceitável como premissa para uma decisão justa”. Um sistema sem verdade é puro arbítrio e, consequentemente, pode ser adjetivado com qualquer expressão – exceto garantista. Importante frisar que o garantismo não estipula um método para se alcançar a verdade, e nem poderia, mas se preocupa epistemologicamente e explica historicamente o sistema da prova legal e sua migração para o sistema do livre convencimento e ressalta que, no ambiente processual, deve prevalecer o saber sobre o poder, ou seja, mais prova e menos decisionismo do juiz. A proposta é uma epistemologia científica que retire a total discricionariedade do juiz e se sujeite a um controle público e intersubjetivo dos argumentos, objetivando uma decisão imparcial e motivada sobre a verdade fática e a verdade jurídica.

Com essa compreensão garantista de verdade processual, o que importa para o direito é a verificação da pretensão de aplicação da lei penal a partir do caso concreto. Essas considerações, em grande medida, são as mesmas que se tornam necessárias ao processo civil e a qualquer outro processo, judicial ou extrajudicial, no qual o contraditório seja necessário para estabelecer critérios objetivos de verdade, porquanto o mesmo princípio de verdade fática e de verdade jurídica deve ocorrer na aplicação da justiça multiportas.

3. Quatro Questões Fundamentais: Direito Subjetivo? Retroatividade? Glosas Judiciais na Homologação? Confissão “Plena”?

Primeiramente, cabe ressaltar, o acordo de não persecução penal, na qualidade de instituto jurídico, não se configura como um direito subjetivo do investigado ou acusado, mas sim como uma ferramenta processual que exige um fundamento adequado e concreto para sua aplicação.

É esse o sentido que melhor representa o estado atual do debate sobre os poderes constitucionais e convencionais do Estado Brasileiro e dos órgãos de investigação, processo e julgamento de infrações penais.

O ANPP é uma espécie de *pacto de non petendo*, instituto já muito estudado na doutrina dos negócios processuais. O *pactum de non petendo* é um negócio jurídico processual de origem romana em que as partes se comprometem, por um prazo ou condição, a não ajuizar ações judiciais umas contra as outras. O instituto tem paralelos no direito europeu e no direito anglo-americano. Para uma ampla revisão bibliográfica e debates sobre o tema, ver CABRAL, Antonio do Passo. *Pactum de non petendo: a promessa de não processar no direito brasileiro*. Revista de Processo, v. 305, p. 17-44, jul. 2020; TRIGO, Alberto Lucas Albuquerque da Costa. *Promessas de não processar e de não postular: o pactum de non petendo reinterpretado*. 2019. 163 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019.

Essa compreensão implica um acordo utilizado de maneira criteriosa, respeitando os princípios e garantias constitucionais bem como os objetivos mais amplos de obtenção de uma decisão justa. Cabe lembrar que a teoria da decisão justa de Michele Taruffo, trazida no tópico anterior, reforça a necessidade de justificação adequada de fato, de direito, de um procedimento justo, com a garantia do contraditório efetivo. Luigi Ferrajoli também é um crítico das soluções negociadas, crítica que não é insuperável se observados os mesmos critérios objetivos da decisão justa para alcançar acordo como o já explorado.

Portanto, a decisão do Ministério Público pelo acordo e a homologação judicial desse acordo devem observar essas diretrizes como critérios mínimos para obter um resultado justo.

O ponto central na discussão é a retroatividade dos acordos de não persecução penal, especialmente a questão do direito temporal aos feitos pendentes, em face das correntes doutrinárias e jurisprudenciais que defendem sua aplicação até o momento da sentença ou até o trânsito em julgado. Há ainda discussão sobre em qual momento deve ser levantada a tese e por quem, para efeitos de ocorrência ou

não de preclusão por perda da oportunidade.¹⁹ Esse aspecto levanta questões sobre a segurança jurídica e a estabilidade das decisões judiciais, o que exige uma análise cuidadosa dos efeitos e limites da retroatividade da lei nesse contexto. É bom lembrar que o problema surge da falta de regulação das normas de transição pelo legislador, que apenas determinou que o ANPP pode ser feito até a sentença para os casos ocorridos depois da vigência da lei.

Outro ponto relevante é o papel do juiz na homologação dos acordos de não persecução penal, uma inovação posteriormente seguida pelo acordo de não persecução civil da Lei de Improbidade Administrativa: a obrigatoriedade da homologação judicial. Como está em debate justamente quais os limites da decisão de homologação, a questão é saber se o magistrado pode glosar cláusulas consideradas inadequadas ou abusivas. Pode o magistrado determinar a inclusão de cláusulas não previstas? Uma resposta positiva reforça um papel ativo do juiz, porém depõe contra a autonomia da vontade das partes e o autorregramento autorizado pela legislação. Outra solução seria permitir apenas o controle que assegure a legalidade e a proporcionalidade dos termos acordados. Caso não estejam presentes os requisitos, poderia haver duas diferentes estradas: nova proposta para sanar as questões indicadas pelo magistrado e, na impossibilidade, prosseguir o processo já iniciado.

De qualquer forma, a função de controle judicial pode evitar que os acordos sejam utilizados de forma desvirtuada ou em detrimento dos direitos fundamentais do acusado e ou do direito fundamental das vítimas e de seus familiares, assim como, para favorecer falsas absolvições ou redução exagerada das sanções sem benefício correlato para a sociedade, devido à vedação da impunidade como desdobramento da tutela efetiva dos direitos humanos e da proibição de proteção insuficiente dos bens jurídicos tutelados pelo direito penal material. Afinal, “as obrigações processuais devem ser

assumidas pelo Estado como dever jurídico próprio, e não como uma simples formalidade apta a ser infrutífera”.²⁰

Por fim, é imperativo considerar o efeito da confissão no âmbito dos acordos de não persecução penal. A confissão é exclusivamente para fins penais, e tem efeitos restritos a essa finalidade de ser estímulo à realização do acordo. Esse entendimento visa preservar a voluntariedade e a liberdade de o acusado optar por esse instituto, garantindo que a confissão não seja utilizada com efeitos pamprocessuais como meio de prova.

É importante registrar que, no direito brasileiro, conforme o art. 200 do CPP, a confissão é exclusiva para penal com todos os efeitos possíveis de valoração, apenas sem efeitos pamprocessuais. A possível retratação da confissão como direito do acusado retira todos os seus efeitos, inclusive os benéficos decorrentes da atenuante em eventual condenação. Apesar de polêmico o tema, na legislação processual penal existe um paralelo, que consiste na possibilidade da divisão da confissão.

4. Conclusões

Uma postura favorável ao acordo no direito penal deve levar em consideração todas as preocupações com um modelo garantista que promova soluções coerentes com a verdade, o direito material aplicável e o processo justo.

Os quatro pontos fundamentais aqui discutidos oferecem base sólida a uma reflexão crítica sobre o papel e os limites dos acordos de não persecução penal no sistema jurídico brasileiro, contribuindo para o debate acadêmico sobre a eficácia, a justiça e a legalidade desse importante mecanismo de resolução de conflitos penais.

19. No HC 185913 o Tribunal do STF, por maioria, concedeu habeas corpus para determinar a suspensão do processo e de eventual execução da pena até a manifestação motivada do órgão acusatório sobre a viabilidade de proposta do acordo de não persecução penal, conforme os requisitos previstos na legislação passível de controle do art. 28-A, § 14, do CPP, tudo nos termos do voto do relator, vencidos os ministros Alexandre de Moraes, Cármen Lúcia, Flávio Dino e Luiz Fux, que indeferiam a ordem. Em seguida, o Tribunal deliberou fixar tese de julgamento em assentada posterior. Presidência do ministro Luís Roberto Barroso. Plenário, 8.8.2024. A tese ainda não foi fixada por não ocorrer unanimidade quanto ao momento da propositura do ANPP e a possibilidade de requerimento pela defesa do acusado. Conferir: <https://noticias.stf.jus.br/post/noticias/stf-forma-maioria-pela-retroatividade-de-acordo-de-nao-persecucao-penal/>, acesso em 23.8.2024.

20. FISCHER, Douglas; PEREIRA, Frederico Valdez. As obrigações processuais penais positivas: segundo as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2023, p.110-111. Citando decisões da Corte IDH, Caso Garibaldi vs. Brasil. Sentença de 23 de junho de 2009. Série C, n. 203; Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil. Sentença de 24 de novembro de 2010. Série C, n. 219; Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Sentença de 29 de julho de 1988. Série C, n. 4; Caso Baldeón-García vs. Peru. Sentença de 6 de abril de 2006. Série C, n. 147.