



**CENTRO UNIVERSITÁRIO DE LAVRAS  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL**

**ALEX SILVA DE ANDRADE**

**LAVRAS-MG  
2021**

**ALEX SILVA DE ANDRADE**

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Centro Universitário de Lavras, como parte das exigências do Curso de Graduação em Direito para obtenção do título de Bacharel.

Orientadora: Profa. Ms. Adriane Patrícia dos Santos

**LAVRAS-MG  
2021**

Ficha Catalográfica preparada pelo Setor de Processamento Técnico  
da Biblioteca Central do UNILAVRAS

A554c Andrade, Alex Silva de.  
A (IN)constitucionalidade do acordo de não  
persecução penal; orientação de Adriane Patrícia dos  
Santos Faria. -- Lavras: Unilavras, 2021.  
36 f.

Monografia apresentada ao Unilavras como parte  
das exigências do curso de graduação em Direito.

1. Constituição federal. 2. Processo penal. 3. Devido  
processo legal. 4. Acordo de não persecução penal. I.  
Castanheira, Walkiria de Oliveira (Orient.). II. Título.

**ALEX SILVA DE ANDRADE**

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Centro Universitário de Lavras, como parte das exigências do Curso de Graduação em Direito para obtenção do título de Bacharel.

APROVADO EM: 25/05/2021

**ORIENTADORA**

Profa. Ms. Adriene Patrícia dos Santos Faria/UNILAVRAS

**PRESIDENTE DA BANCA**

Prof. Pós-Dr. Denilson Victor Machado Teixeira/UNILAVRAS

**LAVRAS-MG  
2021**

## **AGRADECIMENTOS**

Primeiramente, agradeço a Deus pela vida e por sua fidelidade ao me honrar com a realização desse grande sonho que tenho a oportunidade de compartilhar com meus familiares e amigos, que é um dos momentos mais felizes de minha existência.

À minha mãe e a toda minha família.

A todos os professores do curso de Direito do Centro Universitário de Lavras, todos eles profissionais dedicados, competentes e atenciosos, comprometidos com o trabalho docente. Agradeço especialmente a Professora Adriane Patrícia dos Santos Faria, pelos sábios ensinamentos e compreensão de nossas limitações como aprendizes na seara do Direito.

*A Deus, à minha mãe, Margarida das Graças, pelo amor e apoio incondicional; às minhas tias, Aparecida Nazaré; à minha família e aos amigos que me deram todo apoio para que este feito fosse alcançado e concluído com sucesso.*

## RESUMO

**Introdução:** Ao presente estudo, interessa bastante o direito consagrado no texto da Constituição segundo o qual ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. Assim, tem-se que o novo acordo de não persecução penal parece atentar contra a norma constitucional do devido processo legal e também contra a presunção de inocência até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. **Objetivos:** Portanto, o objetivo do presente estudo é demonstrar que o acordo de não persecução penal se mostra enquanto violador da norma constitucional, sobretudo porque viola a complexa estrutura principiológica das garantias individuais da pessoa humana, todas consagradas pela Constituição e pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de que é parte o Brasil. **Metodologia:** Para o alcance desse fim, utilizou-se de metodologia de pesquisa bibliográfica de método hipotético dedutivo, com apoio de doutrina, lei e jurisprudência. **Conclusão:** Ao final, conclui-se que o acordo de não persecução penal viola a Constituição e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

**Palavras-chave:** Constituição Federal; Processo Penal; Devido Processo Legal; Acordo de não persecução penal.

## ABSTRACT

**Introduction:** This study is very interested in the right enshrined in the text of the Constitution, according to which no one will be deprived of liberty or of their property without due legal process. Thus, the new non-criminal prosecution agreement appears to violate the constitutional norm of due process of law and also against the presumption of innocence until the final and unappealable decision of a criminal sentence. **Objectives:** Therefore, the objective of this study is to demonstrate that the non-criminal prosecution agreement is a violation of the constitutional norm, especially because it violates the complex principle structure of the individual guarantees of the human person, all enshrined in the Constitution and the American Convention on Rights Humans, of which Brazil is a part. **Methodology:** To achieve this end, a bibliographic research methodology of deductive hypothetical method was used, supported by doctrine, law and jurisprudence. **Conclusion:** In the end, it is concluded that the non-criminal prosecution agreement violates the Constitution and the American Convention on Human Rights.

**Keywords:** Due Legal Process. Non-criminal prosecution agreement. Criminal proceedings.



## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	<b>8</b>
<b>2 O DEVIDO PROCESSO LEGAL</b> .....	<b>10</b>
2.1 TENTATIVA CONCEITUAL .....	10
2.2 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DO <i>DUE PROCESSO OF LAW</i> E SUA MANIFESTAÇÃO NO CENÁRIO BRASILEIRO .....	11
2.3 O DEVIDO PROCESSO LEGAL NO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS .....	15
<b>3 DEVIDO PROCESSO LEGAL EM MATÉRIA PENAL</b> .....	<b>17</b>
<b>4 ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E DEVIDO PROCESSO LEGAL</b> .....	<b>21</b>
4.1 O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E O DEVIDO PROCESSO LEGAL: PROVOCAÇÕES INICIAIS .....	22
4.2 A CONSTITUCIONALIDADE DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL ..	24
<b>5 CONSIDERAÇÕES GERAIS</b> .....	<b>29</b>
<b>6 CONCLUSÃO</b> .....	<b>32</b>
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>34</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, ao inaugurar a nova ordem jurídica comprometeu-se significativamente com a defesa de direitos e garantias fundamentais, frutos de extensos movimentos internacionais que acabaram por configurar a ideia que se tem atualmente de estado de direito.

A positivação dos direitos humanos fundamentais nas Cartas Políticas dos Estados é, sem dúvidas, efeito dos movimentos constitucionais que mostraram na evolução da ciência jurídica, a partir dos meados do século XVIII, o compromisso para com a tutela dos direitos e liberdades individuais, através das chamadas revoluções burguesas.

Na Constituição Brasileira atual (1988), o Título II traz, em seu artigo 5º, inúmeros direitos e garantias, todos eles de aplicabilidade imperativa, respeitados os efeitos e a eficácia das normas constitucionais.

Ao presente estudo, interessa bastante o direito consagrado no texto da Constituição segundo o qual ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. A norma é extraída da letra do artigo 5º, inciso LIV, e reforça a ideia de que somente o Estado, imbuído do poder-dever da jurisdição, por meio do Poder Judiciário, poderá restringir direitos em prol do interesse social, ou em atenção à sanção pela lei imposta.

O direito invocado traduz o anseio de que a restrição de direitos e liberdades civis somente poderá ser autorizada através do processo em que se possibilita ao acusado sua defesa ampla, com a produção de provas admitidas, com a presença do contraditório e, obviamente, com a preocupação que se tem de evitar e afastar investidas autoritárias de poder, que atingiram sobremaneira as sociedades modernas e se repetiram nitidamente nos golpes de estado que tomaram o cenário latino-americano no século XX.

O devido processo legal é medida através da qual os indivíduos não mais sejam surpreendidos pela restrição equivocada de seus direitos, pela privação desmotivada de sua liberdade e pela violação de seus direitos e garantias fundamentais pelas autoridades detentores do poder. É, ainda mais, o significado da certeza de que somente a investidura jurisdicional é capaz de iniciar o devido processo e nele formular as certezas em meio à livre apreciação das provas produzidas no processo orgânico, justo e ritualístico.

Assim, tem-se que o novo acordo de não persecução penal parece atentar contra a norma constitucional do devido processo legal e também contra a presunção de inocência até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Portanto, o objetivo do presente estudo é demonstrar que o acordo de não persecução penal se mostra enquanto violador da norma constitucional, sobretudo porque viola a complexa estrutura principiológica das garantias individuais da pessoa humana, todas consagradas pela Constituição e pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de que é parte o Brasil.

O estudo se apresenta da seguinte forma: o capítulo dois trata de delimitar conceitualmente e teoricamente o devido processo legal, seus antecedentes históricos e seu local no sistema interamericano de direitos humanos. O capítulo três cuida da localização do devido processo legal em matéria penal, atrelado ao princípio da presunção de inocência.

Por sua vez, o capítulo quatro trata da inserção do acordo de não persecução penal no ordenamento jurídico brasileiro e seus conflitos junto ao devido processo legal em matéria penal-constitucional. Além disso, expõe elementos de jurisprudência acerca da incidência do acordo de não persecução frente às normas vigente no país, concluindo ao final pela violação principiológica da constituição.

## 2 O DEVIDO PROCESSO LEGAL

### 2.1 Tentativa conceitual

Partindo-se dos ensinamentos de Calixto (2016, p. 235), o devido processo legal é um dos conceitos mais ricos e amplos para o debate e para a discussão na literatura jurídica.

Destaca o autor que

há certo consenso de que o *due process of law* carrega a ideia de que todos os litigantes têm direito a um processo justo, não apenas na forma, mas, sublinhe-se, também no conteúdo. Esta ideia conduz, inevitavelmente, a um problema axiológico, já que a própria noção de justiça é de cambiante valoração, conforme discorreu Hans Kelsen na clássica obra “O que é justiça?”. Isso explica porque muitos se esquivam de buscar a definição do devido processo legal, pois é difícil traçar os elementos essenciais de uma ideia que nada tem de fossilizada, estável e perene. Ao contrário, assim como a noção de justiça, o devido processo legal está permanentemente exposto às vicissitudes históricas, políticas e científicas da sociedade humana, às quais deve ser constantemente adaptado, para que continue cumprindo fielmente o seu papel. Nesse contexto, é imperioso acentuar o sentido substantivo do devido processo legal, para que ele não seja reduzido à sua acepção puramente procedimental, equívoco comum e que ofusca o seu denso conteúdo ético-político. (CALIXTO, 2016, p. 235).

Em brilhante resumo defendido por Dinamarco (2019, p. 54), o princípio do *due process of law* possui o significado sistemático de fechar o círculo das fundamental constitucional, de forma que impera no sentido de serem indispensáveis todas as garantias processuais àquele que reclama à jurisdição.

Costa (2011), por sua vez, destaca que

O princípio do devido processo legal é visto como o princípio maior, fundamental, que norteia o ordenamento jurídico brasileiro, haja vista englobar, de certa maneira, os demais princípios processuais, a exemplo dos princípios do acesso à justiça, da ampla defesa e do contraditório. É o princípio segundo o qual o processo deve observar necessária e impreterivelmente a legalidade, pressuposto de qualquer Estado de Direito. É o “*due process of law*” dos americanos. É o inafastável princípio do direito processual que preceitua a proteção aos bens jurídicos que, direta ou indiretamente, se referem à vida, à liberdade e à propriedade, amplamente consideradas.

O devido processo legal é medida através da qual os indivíduos não mais sejam surpreendidos pela restrição equivocada de seus direitos, pela privação desmotivada de sua liberdade e pela violação de seus direitos e garantias fundamentais pelas autoridades detentores do poder. É, ainda mais, o significado da certeza de que somente a investidura jurisdicional é capaz de iniciar o devido processo e nele formular as certezas em meio à livre apreciação das provas produzidas no processo orgânico, justo e ritualístico.

O direito invocado traduz o anseio de que a restrição de direitos e liberdades civis somente poderá ser autorizada através do processo em que se possibilita ao acusado sua defesa ampla, com a produção de provas admitidas, com a presença do contraditório e, obviamente, com a preocupação que se tem de evitar e afastar investidas autoritárias de poder, que atingiram sobremaneira as sociedades modernas e se repetiram nitidamente nos golpes de estado que tomaram o cenário latino-americano no século XX.

Além disso, a natureza do devido processo legal relaciona-se ainda com o fato de que este princípio está intimamente ligado a outros princípios constitucionais sensíveis, tais como a publicidade, o contraditório e a ampla defesa.

Arrisca-se, portanto a assertiva segundo a qual o devido processo legal é princípio por meio do qual é reservado aos indivíduos o direito de enfrentar processo justo, equânime, no uso integral de suas garantias quando houver ameaça ou lesão à liberdade ou aos bens. Portanto, somente aquele investido no poder-dever da jurisdição (Estado) poderá restringir direitos e liberdades por meio da organicidade do processo, respeitados contraditório e ampla defesa.

## **2.2 Antecedentes históricos do *due processo of law* e sua manifestação no cenário brasileiro**

De modo geral, o princípio do *due processo of law*, ou princípio do devido processo legal, tem sua origem fixada na tradição anglo-saxã e, posteriormente, à tradição jurídica norte-americana. Sua construção se deu, quase que exclusivamente, através da jurisprudência dos tribunais para, somente após, se consolidar enquanto princípio e direito fundamental humano na maior parte das cartas constitucionais.

Costa (2011) ensina que

As origens do devido processo legal, enquanto princípio norteador da jurisdição, remontam à Magna Charta de João Sem Terra, de 1215, no sistema jurídico inglês, bem como ao “Statute of Westminster of the Liberties of London”, também conhecido como Lei de Eduardo III ou Lei Inglesa de 1354, também no sistema jurídico inglês. A Magna Charta de 1215 não fazia alusão expressa ao princípio de que ora se trata, conquanto o considerasse sob a ótica estrita, isto é, o devido processo legal processual, que mais à frente será explicado no presente trabalho.

[...]

Além das leis inglesas já citadas, a história do princípio do devido processo legal alude a Constituições dos Estados americanos, anteriormente à Constituição Americana de 1787: a) Declaração dos Direitos da Virgínia, de 16 de agosto de 1776; b) Declaração de Delaware, de 02 de setembro de 1776; c) Declaração dos Direitos de Maryland, de 03 de novembro de 1776; d) Declaração dos Direitos da Carolina do Norte, de 14 de dezembro de 1776; e) Constituições dos Estados de Vermont, Massachusetts (25 de outubro de 1780) e New Hampshire (02 de junho de 1784); e f) Constituição de Filadélfia. Com o mesmo significado que “due process of law”, até então utilizava-se a expressão “law of the land”, ou seja, direito da terra, garantindo aos cidadãos o direito a um justo processo legal. O princípio “law of the land” aparece pela primeira vez na Magna Charta de João Sem Terra, de 1215, em contraposição ao “Roman Law” (Direito Romano). (COSTA, 2011).

Segundo ensina Turbay (2012), durante o período de construção do princípio do devido processo legal, “estabeleceu-se seu conceito formal ou processual e material ou substantivo, servindo como um instrumento de análise de proporcionalidade ou razoabilidade das leis.”

O devido processo legal serviu inicialmente à defesa das liberdades individuais, bem como à defesa dos direitos de propriedade fundiária, enredo este que teve início e se desenvolveu em meados do século XIII, na Inglaterra. Castro (1989, p. 07) destaca que:

Ao despontar na Idade Média, através da Magna Carta conquistada pelos barões feudais saxônicos junto ao rei “João Sem Terra”, no limiar do Século XIII, e embora inicialmente concebido como simples limitações às ações reais, estava esse instituto fadado a tornar-se a suprema garantia das liberdades fundamentais do indivíduo e da coletividade em face do Poder Público. Aqueles revoltados de alta linhagem que, sob a liderança do arcebispo de Canterbury, Stephen Langton, conquistaram a aposição do selo real naquela autêntica declaração dos direitos da nobreza inglesa frente à Coroa, jamais poderiam cogitar que nesse dia 15 de junho do ano de 1215 se estava lançando aos olhos da história da civilização a sementeira de princípios imorredouros, como o da “conformidade com as leis”, o do

“juiz natural”, o da “legalidade tributária” e o instituto do *habeas corpus*. (CASTRO, 1989, p. 07).

Assim também, Calixto (2016, p. 241), sinaliza que a característica principal da Magna Carta foi o marco da positivação de direitos fundamentais civis e políticos. Inicialmente, destinou-se à nobreza e, posteriormente, do direito contratual ao direito público, enfraquecendo cada vez mais as bases do feudalismo. Assim, em meio a isso, surgiram várias instituições de soberania popular, tais como o parlamento, até culminar no que se conhece hoje como movimento constitucional.

Calixto (2016, p. 241) ressalta ainda que esses direitos civis e políticos passam a pertencer a todos os cidadãos do Estado, conquista esta de caráter universal. A exemplo disso, a Constituição dos Estados Unidos, através da Carta de Direitos *Bill of Rights*, acrescentou 15 emendas ao texto original, prevendo uma série de garantias, dentre os quais se destaca o *due process of law*.

No cenário brasileiro, o princípio do devido processo legal somente foi previsto expressamente quando da entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, tal como se nota da leitura do artigo 5º, inciso LIV: “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. (BRASIL, 1988). Contudo, mesmo antes da vigência da atual Constituição, o devido processo legal já encontrava amparo nos movimentos constitucionalistas, nos quais também se inseriu o Brasil, sobretudo em meados do século XIX.

Nitidamente, as Constituições pretéritas previram minimamente a garantia de acesso à jurisdição e de sua inafastabilidade quando da necessidade decretação da perda de bens, restrição de direitos e liberdades e ameaça de lesão a direitos fundamentais.

A partir da expressão do princípio do devido processo, muitos outros princípios se originaram, sem quais a manifestação do primeiro não se efetiva. São princípios que derivam do devido processo: a) o contraditório e a ampla defesa; b) o direito à produção de provas no processo; c) a isonomia processual; d) a adequação no processo regular e no processo justo; e) o direito ao acesso e à inafastabilidade da jurisdição; e f) a necessidade de motivação das decisões judiciais, como forma de afastar a arbitrariedade estatal.

Assim, no sistema brasileiro, tal como expõem Soares e Carabelli (2019, p. 46), citando o entendimento proferido nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.1148-8:

a essência do substantive due process of law reside na necessidade de proteger os direitos e as liberdades das pessoas contra qualquer modalidade de legislação que se revele opressiva ou destituída do necessário coeficiente de razoabilidade. Isso significa, dentro da perspectiva da extensão da teoria do desvio de poder ao plano das atividades legislativas do Estado, que este não dispõe de competência para legislar ilimitadamente, de forma imoderada e irresponsável, gerando, com o seu comportamento institucional, situações normativas de absoluta distorção e, até mesmo, de subversão dos fins que regem o desempenho da função estatal (NEGRI; CARABELLI, 2019, p. 46).

Por fim, para além da previsão constitucional, o princípio do devido processo legal também é ressaltado quando da vigência do Código de Processo Civil de 2015, acentuando-se ainda que o juiz, a proferir suas decisões, observará sempre a razoabilidade e a proporcionalidade das determinações, em respeito ao *due process of law* (BRASIL, 2015).

Na atualidade, o devido processo legal é visto no Brasil atrelado ao princípio da legalidade e da razoabilidade, tal como leciona Costa (2011):

O devido processo legal substancial (“substantive due process”) considera o direito material e requer uma produção legislativa com *razoabilidade*, quer dizer, as leis devem satisfazer ao interesse público, aos anseios do grupo social a que se destinam. É precisamente na razoabilidade das leis que se configuram os limites imprescindíveis ao poder legiferante do Estado, de sorte a ser evitado o abuso de poder por parte do próprio Governo, garantindo-se ao cidadão a inafastável elaboração legislativa comprometida com os reais interesses sociais, vale dizer, a produção de leis razoáveis, assim denominadas em razão de atenderem aos reclamos da sociedade. Por outro lado, o devido processo legal processual (“procedural due process”) é o princípio empregado no sentido estrito, referindo-se tanto ao processo judicial quanto ao processo administrativo, assegurando-se ao litigante vários direitos no âmbito do processo, a exemplo dos direitos: à citação, à comunicação eficiente acerca dos fundamentos da instauração do processo do qual é uma das partes, à ampla defesa, à defesa oral, à apresentação de provas na defesa de seus interesses, a ter um defensor legalmente habilitado (advogado), ao contraditório, à contra-argumentação face às provas arroladas pela outra parte (inclusive quando se tratar de prova testemunhal), a juiz natural, a julgamento público mediante provas lícitas, à imparcialidade do juiz, a uma sentença fundamentada, ao duplo grau de jurisdição e à coisa



julgada. É precisamente nesse aspecto processual que se faz uso, no Brasil, da expressão “devido processo legal” e se insere o contraditório, que, de forma conjunta com o direito de ação, a ampla defesa e a igualdade de todos perante a lei, enfeixa o acesso à justiça.

Costa (2011) salienta que

que a igualdade perante a lei e o devido processo legal são princípios constitucionais complementares entre si, pois os princípios da legalidade e da isonomia – essenciais ao Estado Democrático de Direito – não fariam qualquer sentido sem um poder capaz de fazer cumprir e pôr em prática, para todos, com a necessária presteza, a Constituição e as leis do País.

### **2.3 O devido processo legal no Sistema Interamericano de direitos**

A República Federativa do Brasil é signatária da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, ratificada em setembro 1992, por intermédio do Decreto nº 678/1992. Neste importante instrumento, a Organização dos Estados Americanos fixou normas imperativas de direitos humanos no sistema interamericano de proteção. Dali se extraem normas de observância internacionais necessárias à efetivação dos direitos humanos fundamentais.

Neste instrumento, há previsão expressa do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, tal como destaca o artigo 8.1 da Convenção, que trata das Garantias Processuais, *verbis*:

Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969).

Assim, o devido processo legal tem natureza principiológica e ampara e orienta a aplicação de direitos humanos inseridos nas Constituições e no Direito Internacional aos estados-membros da convenção. Através da determinação de respeito a todas as garantias processuais inseridas no art. 8 da Convenção

Americana sobre Direitos Humanos, restou sendo consagrado o princípio do devido processo legal.

Notavelmente, a posituação do princípio esculpida no instrumento internacional reforça ainda mais a ideia de que não pode o indivíduo ser privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal, sob pena de haver grave violação às liberdades individuais, consagradas enquanto direitos humanos de primeira dimensão.

Além disso, associado ao princípio da não culpabilidade, o princípio do devido processo legal é condição sem a qual a prestação da tutela jurisdicional em matéria penal se torna inefetiva, no específico caso do presente estudo, tal como destacado pelo artigo 8.2 da Convenção: “Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas (...).” (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969).

### 3 DEVIDO PROCESSO LEGAL EM MATÉRIA PENAL

De modo geral, e especificamente para o presente estudo, o devido processo legal se manifesta também em matéria penal, assim como nas demais searas processuais em que se observa a necessidade de efetivação das garantias anunciadas pela Constituição e pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Talvez seja para o processo penal importante garantia através da qual se busca minimizar e até mitigar a atuação desenfreada e intervencionista do poder-dever da jurisdição, neste caso: a persecução penal pelo juiz e pelo tribunal competentes.

Da Constituição Federal, extraem-se alguns princípios cujo amparo jurídico de validade é a letra do devido processo, tais como o princípio da não culpabilidade, o princípio do contraditório e da ampla defesa, a instituição do júri, com a forma instituída em lei e, especialmente no caso em apreço, a cominação de penas. Em direito criminal não há penas sem processo. É na organicidade do processo que se produzem as provas que subsidiam eventual condenação.

Segundo Gomes (2011),

O processo existe para o estabelecimento de garantias e também para o regramento do poder estatal de aplicar penas. Ele impõe limites à atuação da Justiça criminal, que não pode agir da forma como bem entender. Para tudo há regras, há formas, há formalidades. Formas no processo, não se pode esquecer, são garantias. Não existe processo, destarte, sem garantias. A soma dessas *garantias*, chamadas de *processuais*, retrata a (mega) garantia do *devido processo legal, constitucional e internacional (due process)*. Nenhum processo (civil, trabalhista, tributário, criminal etc.) pode ser instaurado e desenvolvido sem "as devidas garantias" (ou seja: sem a observância do devido processo respectivo — CF, art. 5º, LIV). Que se entende por garantias? Elas nada mais significam, como sublinha Ferrajoli, que as técnicas previstas no ordenamento jurídico para reduzir a distância entre a normatividade (previsão normativa dos direitos) e a efetividade (realização concreta dos direitos). Elas unem a teoria (*law in books*) com a prática (*law in action*).

Destaca ainda Gomes (2011) que, considerando que o Estado Constitucional é humanista, este conta com tríplice fonte normativa, tais como Constituição, Tratados Internacionais e Legislação ordinária. Assim, não se pode estudar o devido processo legal sem que se leve em conta tal estrutura tripartida.

Em matéria penal, a Súmula Vinculante número 14 do Supremo Tribunal Federal impera no sentido de que

É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa. (BRASIL, 2009).

Ademais, Souza (2012) ensina que

Sobre a aplicação do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial, importante esclarecer que, por se tratar de mero procedimento administrativo, o inquérito não caracteriza acusação. Sendo assim, não há que se falar em contraditório e ampla defesa no inquérito policial. No que atine ao tratamento paritário conferido às partes do processo, o artigo 5º do Código de Processo Civil é cristalino ao dispor que se, no curso do processo, se tornar litigiosa a relação jurídica de cuja existência depender o julgamento da lide, qualquer das partes poderá requerer que o juiz a declare por sentença. A respeito do princípio da publicidade, reza a Constituição da República, no inciso LX, do art. 5º, que a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem. Logo, a publicidade é fonte de legitimidade e garantia de controle das decisões judiciais, tanto pelas partes, como pela sociedade.

Arelado ao princípio da publicidade e ao da proibição de provas ilícitas, o devido processo legal é marca constitucional de uma verdadeira macroestrutura principiológica, tal como destaca Souza (2012) ensina que

Note-se que no Estado Democrático de Direito, a publicidade é a regra, e o sigilo, a exceção, que, de acordo com o art. 5º, XXXIII, da Constituição de 1988, deve ser observado quando for imprescindível à segurança da sociedade e do Estado. Nessa esteira, aproveitando a correlação, destaque-se também o art. 93, IX, da Carta Maior, que consagra o princípio da motivação das decisões, segundo o qual “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”. Da mesma maneira, o inciso X, do artigo supracitado, impõe a necessidade de motivação das decisões (judiciais e administrativas), bem como, que as sessões sejam públicas. Sem dúvida, uma decisão sem motivação corresponde a um verdadeiro óbice para o exercício do contraditório pela parte que se sentir prejudicada.

[...]

No que tange ao princípio da proibição de produção de provas ilícitas, uma das mais expressivas projeções que materializa o devido processo legal, impede que uma prova obtida de maneira ilícita seja

juntada aos autos do processo. Frise-se que, com base na conhecida teoria dos frutos da árvore envenenada, as provas que, direta ou indiretamente decorrem de provas ilícitas também acabam se contaminando pela ilicitude, de acordo com o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal (STF – HC 69.912-0, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU de 25.03.94).

Fortalece isto a ideia de que as garantias processuais previstas no diploma processual penal serão observadas em todas as formas de intervenção penal, incluindo as medidas de segurança com estreita observância do devido processo legal constitucional.

Nas palavras de Tucci (1993, p. 464),

E dado, ainda, consistir a jurisdição criminal num a atividade estatal determinada à aplicação do Direito Penal material a um conflito de interesses de alta relevância social; corresponder um destes ao anseio de liberdade do ser humano, que se faz fundamento do processo penal; e constituírem as normas processuais penais, sempre, "atualidades das garantias constitucionais", qualquer que seja o ângulo visualizado, apresentam-se as preceituações constitucionais respeitantes ao Direito Processual Penal como base e diretriz das normas reguladoras do respectivo processo.

Tucci (1993) sinalizou ainda que o devido processo penal (assim por ele chamado) se traduz em uma série de princípios, também de índole constitucional:

Especificam-se, outrossim, nas garantias: a) de acesso à Justiça Penal; b) do juiz natural em matéria penal; c) de tratamento paritário dos sujeitos parciais do processo penal; d) da plenitude de defesa do indiciado, acusado ou condenado, com todos os meios e recursos a ela inerentes; e) da publicidade dos atos processuais penais; f) da motivação dos atos decisórios penais; e g) da fixação de prazo razoável de duração do processo penal. E determinam, inequívoca e inexoravelmente, que um a pessoa física não pode ser privada de sua liberdade (ou de outros bens, a ela correlatos) sem o devido processo penal, e m que se realize a ação judiciária, atrelada ao vigoroso e incindível relacionamento entre as preceituações constitucionais e as normas penais, quer de natureza substancial, quer de caráter instrumental, e de sorte a tornar efetiva a atuação da Justiça Criminal, tanto na infligência e na concretização da pena, ou da medida de segurança, como na afirmação do *iuslibertatis*. (TUCCI, 1993, p. 468-469).

A expressão do princípio é, com efeito, de igual importância ao processo penal, sobretudo porque traduz a ideia segundo a qual a restrição de bens e liberdades não mais pode ser determinada na ausência de curial análise da

jurisdição, em meio à produção de provas, de contraditório e ampla defesa, garantias estas que somente se expressam no devido processo.

Não obstante a parcela dos Poderes Estatais investida no poder-dever da jurisdição é o Poder Judiciário. Não há outra autoridade competente capaz de restringir direitos tão caros quanto a liberdade. Não órgão, que não seja investido de jurisdição, capaz de aplicar penas. É deste questionamento que se alimenta o presente estudo, frente ao novo acordo de não persecução penal, que parece violar, em primeiro momento, a natureza processual do devido processo legal.

#### 4 ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E DEVIDO PROCESSO LEGAL

Recentemente, foi incluído no Código de Processo Penal o artigo 28-A, por meio da Lei 13.964/2019, segundo o qual:

Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente:

I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo;

II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;

III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal);

IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou

V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada. (BRASIL, 1941).

A inclusão da nova disciplina ao diploma processual penal é obra da Lei 13.964/2019, e confere ao Ministério Público significativo grau de discricionariedade na execução do acordo de não persecução e, de certa forma, descumpre a ideia legitimada no devido processo, direito este consagrado como cláusula pétrea da Constituição Federal, o qual não admite sequer reforma, a despeito do contido junto ao artigo 60, §4º, da CRFB/88.

Nesta senda, há, inevitavelmente, a reflexão acerca do confronto existente entre o devido processo legal e a possibilidade de órgão diverso do Poder Judiciário proceder a formalização da perda de bens e restrição de direitos, à contramão do texto esculpido na Constituição Federal de 1988.

Nesta seara, o Brasil é signatário da Convenção Americanas sobre Direitos Humanos, que dispõe em seu artigo 8.1 a seguinte exigência:

Toda pessoa tem o direito a ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem os seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS – OEA, 1969).

Assim também, parece frágil a ideia de que o acordo de não persecução possa atingir seus fins jurídicos sem causar insegurança, tendo em vista que a condenação do acusado em culpa só pode ser confirmada após o trânsito em julgado de sentença, à luz dos disposto junto ao artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988, ainda que sob nova interpretação da Corte Constitucional.

Assim, o questionamento inicial é justamente este: o acordo de não persecução viola o direito ao devido processo? Pode o Ministério Público atuar deliberadamente em detrimento do poder-dever da jurisdição – único responsável por anunciar e declarar a restrição da liberdade e perda dos bens?

#### **4.1 O acordo de não persecução penal e o devido processo legal: provocações iniciais**

Recentemente, foi incluído no Código de Processo Penal o artigo 28-A, por meio da Lei 13.964/2019, segundo o qual:

Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente:

I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo;

II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;

III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal);

IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código



Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou

V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada. (BRASIL, 1941).

A inclusão da nova disciplina ao diploma processual penal é obra da Lei 13.964/2019, e confere ao Ministério Público significativo grau de discricionariedade na execução do acordo de não persecução e, de certa forma, descumpre a ideia legitimada no devido processo, direito este consagrado como cláusula pétrea da Constituição Federal, o qual não admite sequer reforma, a despeito do contido junto ao artigo 60, §4º, da CRFB/88.

Nesta senda, há, inevitavelmente, a reflexão acerca do confronto existente entre o devido processo legal e a possibilidade de órgão diverso do Poder Judiciário proceder a formalização da perda de bens e restrição de direitos, à contramão do texto esculpido na Constituição Federal de 1988.

A proposta trazida pelo pacote anticrime parece confrontar a noção primária segundo a qual a imposição de pena (qualquer que seja) depende da atuação ativa da jurisdição. Ao estender ao Ministério Público a possibilidade de impor a restrição de bens e liberdades, o legislador não observa extenso histórico do princípio aqui tratado, que consagra garantia a direito humano fundamental.

Associação dos Magistrados Brasileiros, nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.790 defende que a Resolução do CNMP que dispõe sobre o acordo de não persecução penal viola o teor contido no parágrafo único do artigo 33, da Lei Complementar nº 35/1979, bem como excede do contido no diploma processual penal no que se refere ao inquérito policial, possibilitando nova suposição de colaboração premiada, aquém do Poder Judiciário.

Além disso, entendeu a AMB que o Ministério Público teria acesso a dados sigilosos do investigado sem determinação judicial, contrariando diversas garantias constitucionais.

Através das discussões levantadas acerca do acordo de não persecução e do devido processo legal (penal), sobretudo através do controle concentrado de constitucionalidade, compreende-se que, no Brasil, a justiça consensual em matéria penal parece se aproximar. Contudo, é impossível não fortalecer a

discussão no que se refere à possibilidade de confronto entre o princípio constitucional e a norma infraconstitucional. Assim necessário se faz seu esclarecimento.

Parece frágil a ideia de que o acordo de não persecução possa atingir seus fins jurídicos sem causar insegurança, tendo em vista que a condenação do acusado em culpa só pode ser confirmada após o trânsito em julgado de sentença, à luz dos disposto junto ao artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988, ainda que sob nova interpretação da Corte Constitucional.

O presente estudo se propõe justamente a compreender a necessidade de se efetivar o novo acordo à luz das garantias constitucionais e verificar se, ao contrário, o instrumento se coloca como obstáculo à prestação da tutela jurisdicional quando se faz presente no embate em desfavor de direitos e garantias fundamentais.

#### **4.2 A constitucionalidade do acordo de não persecução penal**

Tal como já ressaltado anteriormente, o devido processo legal é medida através da qual os indivíduos não mais sejam surpreendidos pela restrição equivocada de seus direitos, pela privação desmotivada de sua liberdade e pela violação de seus direitos e garantias fundamentais pelas autoridades detentores do poder. É, ainda mais, o significado da certeza de que somente a investidura jurisdicional é capaz de iniciar o devido processo e nele formular as certezas em meio à livre apreciação das provas produzidas no processo orgânico, justo e ritualístico.

O direito invocado traduz o anseio de que a restrição de direitos e liberdades civis somente poderá ser autorizada através do processo em que se possibilita ao acusado sua defesa ampla, com a produção de provas admitidas, com a presença do contraditório e, obviamente, com a preocupação que se tem de evitar e afastar investidas autoritárias de poder, que atingiram sobremaneira as sociedades modernas e se repetiram nitidamente nos golpes de estado que tomaram o cenário latino-americano no século XX.

Além disso, a natureza do devido processo legal relaciona-se ainda com o fato de que este princípio está intimamente ligado a outros princípios constitucionais sensíveis, tais como a publicidade, o contraditório e a ampla defesa.

Arrisca-se, portanto a assertiva segundo a qual o devido processo legal é princípio por meio do qual é reservado aos indivíduos o direito de enfrentar processo justo, equânime, no uso integral de suas garantias quando houver ameaça ou lesão à liberdade ou aos bens. Portanto, somente aquele investido no poder-dever da jurisdição (Estado) poderá restringir direitos e liberdades por meio da organicidade do processo, respeitados contraditório e ampla defesa.

Dito isto, a inserção do acordo de não persecução penal no ordenamento jurídico brasileiro se constitui enquanto hipótese de inconstitucionalidade. Hipótese porque a inconstitucionalidade e a discussão da lei em tese só pode ser assentada pela Corte Constitucional através do controle concentrado, motivo pelo qual o presente estudo apenas arrisca, através da teoria, o que possivelmente pode ser declarado pelo Supremo Tribunal Federal.

E por que a norma pode ser entendida como inconstitucional? A resposta é simples: porque o acordo de não persecução viola princípios e regras da matriz constitucional, tal como o direito de se promover a produção detalhada das provas no processo penal, bem como o de arguir em sua defesa a inocência diante do estado-juiz, neutro na acusação, e não diante daquele que é o responsável pela denúncia, o titular da ação penal.

Reforçando, mais uma vez, a letra do artigo 28-A do Código de Processo Penal, tem-se que:

Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente:

I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo;

II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;

III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal);

IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função

proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou  
V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada. (BRASIL, 1941).

Há, inevitavelmente, a reflexão acerca do confronto existente entre o devido processo legal e a possibilidade de órgão diverso do Poder Judiciário proceder à formalização da perda de bens e restrição de direitos, à contramão do texto esculpido na Constituição Federal de 1988.

A proposta trazida pelo pacote anticrime parece confrontar a noção primária segundo a qual a imposição de pena (qualquer que seja) depende da atuação ativa da jurisdição. Ao estender ao Ministério Público a possibilidade de impor a restrição de bens e liberdades, o legislador não observa extenso histórico do princípio aqui tratado, que consagra garantia a direito humano fundamental.

Naturalmente, o questionamento é cabível, sobretudo porque o Ministério Público, na qualidade de fiscal da lei e da ordem jurídica, não pode exercer a função da jurisdição (mesmo que indiretamente), pois é no processo que se produz a prova, e é somente através da prova que se concebe a convicção do juiz para condenação justa, em respeito ao princípio da presunção de inocência.

O acordo de não persecução viola os princípios do devido processo legal, da presunção de inocência, do contraditório, da ampla defesa e também aqueles esculpidos na Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Além disso, o movimento pela homologação do acordo de não persecução pelo juiz acaba por demandar exaustivo trabalho do estado em atividade que é própria da jurisdição e é transferida indiretamente ao órgão do Ministério Público.

Tem-se ainda que, se recebida a denúncia, não abe a retroação ao acordo de não persecução penal, fato este que demonstra, mais uma vez, sua fragilidade, haja vista que o benefício não pode alcançar o denunciado por mera formalidade. Em julgamento de *habeas corpus*, assim decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. PROPOSITURA DE ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. ART. 28-A DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. LEI N. 13.964/2019. INOVAÇÃO NO RECURSO INTERNO. DESCABIMENTO. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. INADMISSÃO DO RECURSO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. IMPUGNAÇÃO CONCRETA. AUSÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL

PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, DESPROVIDO. 1. A Lei n. 13.964, conforme disposto em seu art. 20, teve sua vigência iniciada 30 (trinta) dias após a sua publicação, ocorrida em 24/12/2019. Portanto, na data da interposição do agravo em recurso especial, em 27/01/2020, já estava em vigor o art. 28-A do Código de Processo Penal, cuja aplicação é pretendida. No entanto, no referido recurso não se suscitou o tema referente ao pedido de formulação de acordo de não persecução penal, nos termos da novel legislação, o qual somente veio a ser veiculado no presente agravo regimental. Assim, a matéria constitui indevida inovação no recurso interno, o que não se admite, pela preclusão consumativa. 2. Uma vez que o Tribunal de origem invocou a Súmula n. 83/STJ como fundamento para inadmitir o recurso especial, a efetiva impugnação desta decisão exigiria a indicação de precedentes contemporâneos ou posteriores aos mencionados na decisão combatida, demonstrando-se, através de um adequado confronto analítico com dados constantes do acórdão recorrido, que o entendimento jurisprudencial desta Corte Superior é diverso ou que a situação em análise difere substancialmente dos precedentes invocados pelo Tribunal a quo, o que não foi realizado na hipótese em apreço. 3. Agravo regimental parcialmente conhecido e, nessa extensão, desprovido. Ante o exposto, indefiro liminarmente o habeas corpus. Publique-se. Intimem-se.(AgRg no AREsp 1683890/SC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 25/08/2020, DJe 04/09/2020).

[...]

Com a vigência da Lei n 13.964/2019 o Código de Processo Penal sofreu inúmeras alterações. O mencionado art. 28-A possui a seguinte redação: [...] Com efeito, após simples leitura do artigo supracitado, resta bem evidente que, por eleição do legislador, o acordo de não persecução penal, de iniciativa exclusiva do Ministério Público, objetiva evitar o ajuizamento da ação penal. Tal ato tem como pressuposto a confissão da prática criminosa, que não envolva violência ou grave ameaça, bem como que a pena mínima cominada ao crime seja inferior a 4 (quatro) anos. No entanto, não fosse a atual situação do processo (grau recursal), entende-se que a solução proposta tumultuaria toda a marcha processual, ao inverter a ordem e procedimento lógico e natural realizados outrora, o que além de não estar previsto em Edição nº 0 - Brasília, Documento eletrônico VDA27269090 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006 Signatário(a): NÉFI CORDEIRO Assinado em: 24/11/2020 19:20:35 Publicação no DJe/STJ nº 3035 de 26/11/2020. Código de Controle do Documento: 5b6ea92c-b141-48e3-b84d-f2f0f0ef0da5 lei, seria ato inócuo e extremamente oneroso tanto ao Poder Judiciário (vale dizer, ao contribuinte), quanto às partes e terceiros envolvidos, isso sem mencionar o prejuízo imposto à sociedade. Não é à toa que o artigo 2º do Código de Processo Penal disciplina: " A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior." Aliás, esta Câmara Criminal firmou entendimento no sentido de que havendo a prolação da sentença condenatória, resta inviabilizada a oportunização do respectivo acordo. No caso, inexistente constrangimento ilegal a ser sanado, pois, na data da sentença (6/4/2020 - fl. 504), já se encontrava em vigência o art. 28-A do CPP com a redação dada pela Lei 13.964/2019, contudo, a defesa

somente invocou a questão nos embargos de declaração em sede de apelação, momento, portanto, inoportuno, estando a matéria acobertada pela preclusão consumativa. AgRg no AREsp 1683890/SC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 25/08/2020, DJe 04/09/2020).

Entretanto, não possível ainda se afirmar a inconstitucionalidade do novo acordo de não persecução penal, embora esteja ele eivado de inconstitucionalidade, ao menos de fato, o reconhecimento desta somente pode ser declarado pela Corte Suprema, no controle concentrado pela via das ações diretas, que discutem a lei em tese.

Contudo, certo é que a norma inserida no Código de Processo Penal é potencialmente violadora de direitos garantias esculpidos na Constituição Federal e também dos chamados princípios sensíveis ali dispostos, além do desrespeito a princípios consagrados em tratado internacional de que é parte o Brasil.

## 5 CONSIDERAÇÕES GERAIS

De modo geral, tem-se que o devido processo legal é princípio através do qual se originam demais princípios. Os chamados metaprincípios trazem consigo a possibilidade de originar regras secundárias, que também se constituem no rol sensível da matriz constitucional. Violar princípios como este significa também violar uma série de demais direitos dele derivados.

O acordo de não persecução, a despeito de se propor enquanto economia processual penal não atinge seu fim quando viola princípios de ordem constitucional. É temerário afirmar que a proposta de inovação se faça exitosa na legislação infraconstitucional se atenta contra a matriz da própria Carta Federal.

De mais a mais, o artigo 28-A inserido no Código de Processo Penal confere ao Ministério Público significativo grau de discricionariedade na execução do acordo de não persecução e, de certa forma, descumpra a ideia legitimada no devido processo, direito este consagrado como cláusula pétrea da Constituição Federal, o qual não admite sequer reforma, a despeito do contido junto ao artigo 60, §4º, da CRFB/88.

Ademais, parece frágil a ideia de que o acordo de não persecução possa atingir seus fins sem causar certa insegurança jurídica, tendo em vista que a condenação do acusado em culpa só pode ser confirmada após o trânsito em julgado de sentença, à luz dos disposto junto ao artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988, ainda que sob nova interpretação da Corte Constitucional.

Além disso, o Brasil é signatário do Pacto de São José da Costa Rica, e, na forma do artigo 1.1 do tratado, se obriga a cumprir o que ali está disposto em sede de direitos humanos – neste caso, evidentemente, o respeito ao devido processo e à presunção de inocência até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Portanto, a proposta do pacote anticrime no que se refere ao acordo de não persecução penal não contribui de fato com a celeridade processual, vez que a homologação, pelo juiz, do acordo firmado entre o infrator e o *parquet* já demonstra o excessivo rigor formal do instrumento, contrariando assim o objetivo a que se propõe. Assim também, atenta contra a ordem constitucional, pois viola uma série de princípios e regras do sistema de garantias fundamentais nacionais e internacionais, restando patente, portanto, um cenário de inconstitucionalidade e de

inconveniência de normas que versam sobre direitos e garantias processuais – ou melhor, que os retira ou os ameniza em favor do estado.

Há, inevitavelmente, a reflexão acerca do confronto existente entre o devido processo legal e a possibilidade de órgão diverso do Poder Judiciário proceder à formalização da perda de bens e restrição de direitos, à contramão do texto esculpido na Constituição Federal de 1988.

A proposta trazida pelo pacote anticrime parece confrontar a noção primária segundo a qual a imposição de pena (qualquer que seja) depende da atuação ativa da jurisdição. Ao estender ao Ministério Público a possibilidade de impor a restrição de bens e liberdades, o legislador não observa extenso histórico do princípio aqui tratado, que consagra garantia a direito humano fundamental.

Naturalmente, o questionamento é cabível, sobretudo porque o Ministério Público, na qualidade de fiscal da lei e da ordem jurídica, não pode exercer a função da jurisdição (mesmo que indiretamente), pois é no processo que se produz a prova, e é somente através da prova que se concebe a convicção do juiz para condenação justa, em respeito ao princípio da presunção de inocência.

O direito invocado traduz o anseio de que a restrição de direitos e liberdades civis somente poderá ser autorizada através do processo em que se possibilita ao acusado sua defesa ampla, com a produção de provas admitidas, com a presença do contraditório e, obviamente, com a preocupação que se tem de evitar e afastar investidas autoritárias de poder, que atingiram sobremaneira as sociedades modernas e se repetiram nitidamente nos golpes de estado que tomaram o cenário latino-americano no século XX.

Ademais, o que se discute no caso em apreço vai além do que apenas a violação do princípio de devido processo legal: atinge a esfera de culpabilidade, que deve ser afastada, como regra geral, até o trânsito em julgado da sentença. Além disso, associado ao princípio da não culpabilidade, o princípio do devido processo legal é condição sem a qual a prestação da tutela jurisdicional em matéria penal se torna inefetiva, no específico caso do presente estudo, tal como destacado pelo artigo 8.2 da Convenção: “Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas (...).” (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969).



Por fim, tem-se que a figura do Ministério Público enquanto fiscal da lei não deve se confundir com a do estado-juiz na prestação da tutela jurisdicional, isso porque o acordo de não persecução suprime a necessidade que o processo se desenvolva tal como impera na matriz constitucional e também na convencional de direitos humanos, junto ao sistema interamericano.

## 6 CONCLUSÃO

Inevitável concluir que o Brasil tem na Constituição Federal uma matriz principiológica. O corpo de princípios ali esculpido faz com que todas as demais regras e normas infraconstitucionais sejam necessariamente alinhadas à axiologia constitucional.

Há princípios que agasalham outros princípios, e que também dão origem a outros princípios. É o caso do devido processo legal, que, além de constitucional é também convencional, fez que inserido na Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

No estudo, arriscou-se, portanto, a assertiva segundo a qual o devido processo legal é princípio por meio do qual é reservado aos indivíduos o direito de enfrentar processo justo, equânime, no uso integral de suas garantias quando houver ameaça ou lesão à liberdade ou aos bens. Portanto, somente aquele investido no poder-dever da jurisdição (Estado) poderá restringir direitos e liberdades por meio da organicidade do processo, respeitados contraditório e ampla defesa.

Violar princípios, por conseguinte, é violar um corpo estrutural jurídico sem o qual não se sustenta a matriz constitucional, eivada de conteúdo analítico e prolixa em sua classificação. Assim sendo, a norma jurídica infraconstitucional que contra a Constituição atenta não deve surtir efeitos no plano da eficácia.

O acordo de não persecução inserido no Código de Processo Penal pelo pacote anticrime viola, em certa medida, a matriz constitucional, sobretudo porque impede a consecução do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, da presunção de inocência, da produção justa de provas e do direito de ser processado e julgado por juiz competente e imparcial.

Tudo isso se resume na soma de violações presentes no fato de que o Ministério Público, titular da ação penal, possa agora exercer função que, tipicamente, cabe à jurisdição.

Ademais, no estudo em apreço, podemos também trazer à tona a discussão de que o devido processo legal é marca carimbada também na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de que é parte o Brasil. Assim, seria impossível não concluir que o acordo de não persecução penal viola a Convenção, na forma do artigo 1.1 do tratado, no que se refere à obrigatoriedade de que os estados membros

se submetem aos compromissos assumidos diante da Organização dos Estados Americanos.

Não obstante, na letra do artigo 14 da Convenção, o Brasil também se responsabiliza por efetivar as garantias processuais aos cidadãos, sob pena de que não preste integralmente a função jurisdicional, fundamental à proteção e tutela de direitos humanos, sem os quais o acesso a políticas e direitos fundamentais torna-se de difícil eficácia.

Lado outro, no que se refere à intenção do legislador que optou por inserir o artigo 28-A no Código de Processo Penal, tem-se que a sistemática processual não se construirá de modo mais célere ou objetivo, visto que a produção de prova em matéria penal requer especial atenção do estado, sobretudo porque legitima a restrição de liberdade e, conseqüentemente, a vida, fato este que, por si só, quando não aplicado de maneira minuciosa, atenta contra a matriz constitucional.

Assim, a aplicação do novo acordo, embora parece célere e benéfica, é, na verdade, prejudicial aos direitos do réu, atentando também contra o princípio do *in dubio pro reo*, de natureza penal e também constitucional, vez que as penas precisam ser reconhecidas em sentença para que se haja condenação em culpa, sem margem para dúvidas ou dupla interpretação da lei penal.

Naturalmente, quando se elencam as violações por meio das quais se atenta contra a matriz constitucional, também se descobre o atentado como demais direitos fundamentais, extraídos ou não do princípio do devido processo legal.

Posto isso, o presente estudo conclui que o acordo de não persecução penal viola a Constituição e se sistema de garantias processuais, além de ferir também o poder-dever da jurisdição, conferido ao poder judiciário, que acaba por se confundir em interesses com o titular ação penal no curso da execução da nova roupagem presente no instituto em questão.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 04 de outubro de 1988.

\_\_\_\_\_. **Decreto-lei n.º 3.689 de 03 de outubro de 1941**. Institui o Código de Processo Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 1941.

\_\_\_\_\_. **Lei 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 16 de março de 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no AREsp 1683890/SC**, Rel. Ministra Laurita Vaz, Sexta turma, julgado em 25/08/2020, DJe 04/09/2020).

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5790**. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, DF. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5283027>>. Acesso em 10 de abril de 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante 14**. O direito do investigado de ter acesso aos autos não compreende diligências em andamento. DJe nº 26/2009, p. 1, em 9/2/2009. Disponível em: <[http://www.coad.com.br/busca/detalhe\\_16/2267/Sumulas\\_e\\_enunciados](http://www.coad.com.br/busca/detalhe_16/2267/Sumulas_e_enunciados)>. Acesso em 09 de maio de 2021.

CALIXTO, Rubens Alexandre Elias. O Devido Processo Legal. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca**, v. 11, n. 2, dezembro de 2016.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. **A constituição aberta e os direitos fundamentais**: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

COSTA, Welington Soares. **O Devido Processo Legal**. Âmbito Jurídico, 2011. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-92/o-devido-processo-legal/>>. Acesso em 02 de abril de 2021.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Novo Processo Civil**. Editora *JusPodivm*: Salvador, 2019.

GOMES, Luiz Flávio. **O Novo CPP, constitucional e internacional**. [online]. Conjur, 2011. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2011-fev-17/coluna-lfg-devido-processo-legal-constitucional-internacional>>. Acesso em 10 de abril de 2020.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana Sobre Direitos Humanos**. Pacto de San José de Cosa Rica. Secretaria-Geral da OEA. 18 de julho de 1978.

SOARES, Marcelo Negri; CARABELLI, Thaís Andressa. **Constituição, Devido Processo Legal e Coisa Julgada no Processo Civil**. Blucher: São Paulo, 2019.

SOUZA, Ilara Coelho. **Princípio do Devido Processo Legal**. Jus, 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/22857/principio-do-devido-processo-legal>>. Acesso em 12 de março de 2021.

TUCCI, Rogério Lauria. Devido processo penal e alguns dos seus mais importantes corolários. **Revista Da Faculdade De Direito da Universidade De São Paulo**, v. 88, São Paulo, 1993.

TURBAY, Albino Gabriel. **Uma introdução ao princípio do devido processo legal: a origem no direito comparado, conceitos, a inserção no sistema constitucional brasileiro e suas formas de aplicação**. [online]. *Âmbito Jurídico*. 2012. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/uma-introducao-ao-principio-do-devido-processo-legal-a-origem-no-direito-comparado-conceitos-a-insercao-no-sistema-constitucional-brasileiro-e-suas-formas-de-aplicacao/>>. Acesso em 10 de abril de 2020.