



UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO

DANNI SALES SILVA

JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA

Lisboa
2016

DANNI SALES SILVA

JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídico Criminais da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa para a obtenção do Título de Mestre em Ciências Jurídico-Criminais.

Orientador: Prof. Dr. Paulo de Sousa Mendes.

Lisboa
2016

DANNI SALES SILVA

**JUSTIÇA NEGOCIAL CRIMINAL: A AMPLIAÇÃO DAS MARGENS DE
CONSENSO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídico Criminais da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa para a obtenção do Título de Mestre em Ciências Jurídico-Criminais, aprovada em ____/____/_____, pela banca examinadora constituída pelos professores:

Prof. Dr. Paulo de Sousa Mendes
Orientador

Examinador

Examinador

Lisboa
2016

AGRADECIMENTOS

As últimas linhas de um trabalho acadêmico são tão árduas quanto as primeiras. O processo investigativo é inquietante e, por vezes, injusto: quanto mais se pesquisa, mais se agigantam em complexidade os questionamentos. Nessa perspectiva, no findar desta dissertação me conforto com a estranha sensação de que a ignorância consciente é mais digna do que a insipiência inconsciente. Não mais me preocupo em ofertar as intocáveis soluções, mas sim em oferecer reflexões coesas.

Neste projeto, agradeço, primeiramente, ao Ministério Público do Estado de Goiás. Minha instituição compreende a necessidade de aperfeiçoamento dos seus integrantes e exatamente por isso é uma das mais vanguardistas do Brasil. Em especial, saúdo os servidores da biblioteca e da Escola Superior do Ministério Público do Estado de Goiás, que toleram minhas visitas frequentes. Em 2013, me levantei contra o fechamento da sala de leitura, afinal, fechar bibliotecas e queimar livros sempre foram representatividades trágicas da história humana.

Em segundo lugar, mas não menos importante, agradeço à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa: por vezes, sinto seu cheiro nas pontas dos dedos, certamente o ambiente onde mais permaneci em Portugal, acolhedor e estruturado. Porém, seria impossível remontar à instituição de ensino sem dedicar especial deferência ao Professor Doutor Paulo de Sousa Mendes, meu orientador. Sua escolha brotou de minha admiração pela habilidade didática demonstrada em nossas aulas de Direito Processual Penal. Obrigado, Professor, por me permitir percorrer os caminhos necessários (equivocados e certos) dentro da minha trajetória de pesquisa.

Meu agradecimento ao *Max Planck Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht*, sediado em *Freiburg im Breisgau*, Alemanha, onde residi por quarenta dias. Lá pude perceber a característica infinita do conhecimento. Obrigado, em especial, à Dr. Johanna Rinceanu, LL.M., *Senior Researcher*, pela cordial acolhida.

Contextos de afeto me levam a outros agradecimentos. Principio pelo meu melhor amigo, Rafael Parreira, membro do Ministério Público Federal. Obrigado, meu irmão, pela revisão desta dissertação e, principalmente, pela visita que me fizestes em Lisboa. Tua presença aplacou a saudade da minha família, permitindo minha permanência.

Larissa Mercedes, Deus é um homem quando sonha e um mendigo quando reflete (Friedrich Hölderlin). Metade dos erros da minha vida nasceram do fato de que senti quando deveria pensar e pensei muito quando só precisava sentir. Você me faz sentir!

Aos servidores da Promotoria de Justiça de Anicuns, Mabianni Justo, Ludmilla Macedo, Natália Oliveira, Bruna Gabriella, Angélica Guimarães, Douglas Faria e Josimar Teodoro, vocês são portadores do meu afeto. Perdoam, com discrição, meus inúmeros defeitos e festejam pequenos lampejos de virtudes.

Dr. Antônio Pinto da Silva, meu pai. No plano do amor fraterno não se agradece, mas sim se reconhece. Como advogado, me inclinou para a carreira jurídica, como ser humano, eternizou, em gestos, lições de honestidade e lealdade. Sempre presente, teima em me confundir, pois exerce, não raro, a paternidade com vestes de amigo.

À minha mãe, Sônia Cavalcante Sales Silva, a criatura mais caridosa, humilde e sincera. Teu sorriso adoça minha vida! Certa feita li, não me recordo onde, que um homem, para ser feliz, precisa de algo para fazer, alguém para amar e algo para sonhar. Obrigado por semear sonhos em mim, dentre eles o do Mestrado. És portadora do meu mais profundo amor.

“Assombra-me o universo e eu crer procuro em vão, que haja um relógio e um relojoeiro não.” (Voltaire). Obrigado, ‘Relojoeiro’!

O saber a gente aprende com os mestres e os livros. A sabedoria, se aprende é com a vida e com os humildes.

(Cora Coralina)

RESUMO

Ao abordar o sistema processual penal brasileiro, este estudo contempla, criticamente, a ampliação das margens de consenso nele existentes. Atento às burocracias do contencioso, enfrenta o mito da obrigatoriedade da ação penal, desvelando sua mitigação no processo de diversão. Formula notas sobre a perspectiva do Ministério Público na atividade consensual penal, sem se descuidar de abordar a participação ativa dos outros sujeitos processuais (juízes e advogados). Para tanto, enfrenta a manutenção do poder decisório e a preservação da imparcialidade na via consensual, bem como os reflexos práticos e ideológicos da atividade negocial no exercício da defesa. Apresenta críticas e ponderações sobre a proposta de alteração do Código de Processo Penal Brasileiro, mais especificamente no que diz respeito à ‘aplicação imediata de pena’. Examina os limites da renúncia aos direitos e às garantias fundamentais na relação processual penal consensual. Afirma a inexistência, em abstrato, de coação na aceitação dos acordos sobre sentença, observando a preservação da autodeterminação e da dignidade da pessoa humana. Levanta a existência de uma nova modalidade de verdade, a ‘verdade consensual’, e conclui pela conformidade jurídico-constitucional do negócio no processo penal brasileiro, indicando a necessidade de se efetivar, no caso concreto, a ponderação dos valores constitucionais em ‘jogo’. Enfrenta a problemática das abreviações de rito e a preservação do devido processo legal. Nega a ofensa ao primado da ‘presunção de inocência’ (*nemo tenetur*) na confissão sobre sentença. Traça um paralelo entre a busca pela eficiência e a exaltação da celeridade. Desnuda questões sobre culpabilidade, proporcionalidade e individualização da pena no consenso sobre sentença penal, identificando que a atividade negocial proporciona o fortalecimento dos fins da pena. Revela a impossibilidade de efetivação de julgamento antecipado da lide penal, em aplicação analógica do Código de Processo Civil (artigo 355 do CPC), enquanto não advier atividade legislativa reguladora no processo penal brasileiro. Por fim, contempla, criticamente, o instituto dos Juizados Especiais Criminais, percebendo o nascimento de um Ministério Público mais ‘flexível’. Tece, em sede conclusiva, considerações sobre a ‘colaboração premiada’, indicando aspectos éticos e morais que atormentam o aplicador do direito. Desse modo, conclui que o sistema processual penal posto não mais comporta a persecução uniforme de todas as violações de bens jurídicos penalmente tutelados, identificando que a ampliação das margens de consenso posta-se não só como alternativa útil, mas inafastável.

Palavras-chave: Processo Penal. Barganha. Ampliação das margens de consenso. Negociação de sentença criminal. Dignidade do acusado. Princípios.

ABSTRACT

By approaching the Brazilian criminal procedure system, this study critically beholds the enlargement of the limits of consensus that exist within it. Attentive to contentious bureaucracies, it faces the myth of mandatory criminal prosecution by unveiling its mitigation in the informal concluding proceedings. It formulates notes about the perspective of the Public Ministry in the consensual criminal activity without neglecting to approach the active participation of the other procedural subjects (judges and lawyers). Therefore, it faces the maintenance of the decision-making power and of the preservation of impartiality in the consensual route, as well as the practical and ideological reflections of the negotiating activity in the defense exercise. It presents criticisms and considerations regarding the proposed amendment of the Brazilian Criminal Procedure Code, more specifically with respect to the 'immediate application of the penalty'. It examines the limits of the renunciation of rights and of fundamental guarantees in the consensual criminal procedural relation. It affirms the inexistence, in abstract, of coercion in the acceptance of agreements on the sentence, by observing the preservation of self-determination and of the dignity of the human person. It raises the existence of a new modality of truth, the 'consensual truth', and decided for the legal and constitutional conformity of the negotiation in the Brazilian criminal procedure, by indicating the need to put into practice, in the concrete case, the consideration of constitutional values in question. It faces the problematic of abbreviation of the ritual and the preservation of the legal procedure in question. It denies the offense to the primacy of the 'presumption of innocence' (*nemo tenetur*) in the confession on the sentence. It describes a parallel between the search for efficiency and the praise of speed. It denudes questions on guiltiness, proportionality, and individualization of the penalty in the consensus on the criminal sentence, by identifying that the negotiating activity provides the strengthening of the purpose of the penalty. It reveals the impossibility of effectuation of anticipated judgement of the criminal labor, in analogical application of the Civil Procedure Code (Art. 355 of the Brazilian Civil Procedure Code), whilst a regulatory legislative activity in the Brazilian criminal procedure does not emerge. Lastly, it critically beholds the institute of Special Criminal Courts, by realizing the birth of a more 'flexible' Public Ministry. It traces considerations, in conclusive terms, about the 'plea bargaining', by indicating ethical and moral aspects which torment the applicator of the Law. Thereby, it concludes that the current criminal procedure system does not sustain the uniform prosecution of all violations of criminally protected legal assets, by identifying that the enlargement of the limits of consensus is positioned not only as a useful alternative, but as an irremovable one.

Keywords: Criminal Procedure. Bargain. Enlargement of the limits of consensus. Negotiation of the criminal sentence. Dignity of the accused. Principles.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Ajufe	Associação dos Juízes Federais
ANPR	Associação Nacional dos Procuradores da República
CPC	Código de Processo Civil
CPP	Código de Processo Penal
ENASP	Estratégia Nacional de Justiça e Segurança Pública
EUA	Estados Unidos da América
IBCCRIM	Instituto Brasileiro de Ciências Criminais
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
PGD	Procuradoria-Geral Distrital
PNL	Programação Neurolinguística
SPG	Sistema de Controle dos Processos de 1º Grau

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 O SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO: A ‘DIVERSÃO’ COMO SOLUÇÃO PARA AS BUROCRACIAS DO CONTENCIOSO PENAL.....	15
1.1 A obrigatoriedade da ação penal.....	22
1.2 A via consensual penal na perspectiva do Ministério Público.....	27
1.3 Magistratura: manutenção do poder decisório e preservação da imparcialidade na via consensual.....	30
1.4 Advocacia: A bússola da via consensual.....	33
1.5 Acordo sobre sentença e honorários advocatícios	36
2 DE <i>LEGE FERENDA</i> : ASPECTOS CRÍTICOS DA PROPOSTA DE ALTERAÇÃO DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL (APLICAÇÃO IMEDIATA DE PENA)....	39
3 LIMITES DA RENÚNCIA AOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS NA RELAÇÃO PROCESSUAL PENAL CONSENSUAL	51
3.1 Renúncia, não exercício ou perda: aspectos práticos de uma distinção conceitual....	51
3.2 Direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana no consenso penal.....	54
3.3 Autodeterminação e dignidade da pessoa humana nos acordos sobre sentença	56
3.4 A ameaça de pena severa e a coação na aceitação do acordo	58
3.5 A busca da verdade e a aplicação imediata de pena.....	64
4 CONFORMIDADE JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DO NEGÓCIO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO: A PONDERAÇÃO DOS VALORES CONSTITUCIONAIS EM ‘JOGO’	69
4.1 Abreviações de rito e o devido processo legal	73
4.2 Negócio penal: ampla defesa corroída?	75
4.3 A ‘confissão’ em consenso sobre pena e sua compatibilidade com o primado da ‘presunção de inocência’ (<i>nemo tenetur</i>)	77
4.4 Eficiência e celeridade, desafios de uma justiça consensual na preservação da jurisdição.....	80
4.5 Culpabilidade e individualização da pena no consenso sobre sentença	84
4.6 A atividade negocial e o fortalecimento dos fins da pena	89

5 A POSSIBILIDADE DE JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE PENAL EM APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ARTIGO 355 DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – LEI Nº 13.105, DE MARÇO DE 2015	93
6 OS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS: O NASCIMENTO DE UM MINISTÉRIO PÚBLICO MAIS ‘FLEXÍVEL’	99
7 ASPECTOS CRÍTICOS DA COLABORAÇÃO PREMIADA	105
7.1 Legitimidade para oferecimento do benefício premial	109
7.2 Direitos do colaborador	111
7.3 Requisito formal do acordo	111
7.4 Do valor probatório da confissão em colaboração premiada	111
7.5 Conclusões éticas e morais inerentes à política de colaboração premial.....	114
7.6 ‘Colaboração premiada’ e Operação ‘Lava Jato’	115
SÍNTESE CONCLUSIVA	121
REFERÊNCIAS	129

INTRODUÇÃO

Agiganta-se a discussão sobre a ampliação das hipóteses de consenso no direito processual penal brasileiro. O legislativo delibera sobre a formatação ideal de acordos sobre sentença, vertendo a prestação jurisdicional penal para um modelo de justiça negocial. Há uma nítida tendência, verificada nos Estados modernos, de procurar conjugar satisfatoriamente as características de um modelo de Estado de Direito com aquele do Estado Social. Portanto, aberta estaria a via para a introdução dos ritos alternativos, incluindo os de base consensual.

O ‘negócio’ surge da conjunção das expressões latinas *nec otium*, significando ‘não ócio’. Assim, o negócio penal é o trabalhar colaborativo dos sujeitos processuais na busca pela abreviação do conflito, conjecturando a possibilidade de benefícios premiais recíprocos.

Em prólogo, fiquei imaginando um sociólogo, um cientista político e um filósofo contemplando o tema ‘justiça consensual’. O sociólogo afirmaria que o ‘negócio penal’ é uma resultante dos interesses sociais de efetividade/celeridade da persecução penal. Incomodado, e ciente de que o Poder Legislativo nem sempre é porta-voz dos interesses passivos da sociedade, sintetizaria a seguinte preocupação: a quem ‘serviriam’ os acordos sobre sentença: ao poviléu ou ao abarrotado sistema de persecução?

O cientista político, que tem por objeto de estudo o exercício do poder, se inquietaria, exclusivamente, com a possibilidade de transmutação de parcela do poder decisório das mãos dos magistrados para o Ministério Público.

O filósofo, amante da sabedoria, submeteria o instituto a um exame crítico e argumentativo, buscando justificativas racionais e identificando se o consenso ignora o conflito ou o fomenta. Ele banalizaria a nossa experiência sobre o instituto para tentar alcançar uma compreensão crítica profunda. Ocupar-se-ia, permanentemente, do aspecto ético, discernindo o bem e o mal que derrama da prática consensual penal.

Um jurista, no desempenho da arte de forjar soluções, seria mais pragmático. Contemplaria a norma consensual e cogitaria sua aplicabilidade ao mundo natural, tendo a Constituição Federal como farol. Esta é a nossa missão no presente trabalho, cientes de que a ciência jurídica não pode ignorar os aspectos sociológicos, políticos e filosóficos que permeiam a análise crítica de um tema.

O sistema processual penal posto não mais comporta a persecução uniforme de todas as violações de bens jurídicos penalmente tutelados. Assim, o ‘negócio penal’ se posta não só

como alternativa útil, mas inafastável. Com a ampliação das hipóteses de consenso, inaugura-se uma reconfiguração do princípio acusatório. A pena, como consequência do crime, deixa de ser impositiva/coercitiva para ser consensual, fruto da participação constitutiva dos sujeitos processuais.

Enquanto o Poder Judiciário caracteriza-se pela inércia, o Ministério Público justifica-se pela ação. O desafio do presente trabalho está em contemplar a adequação do negócio penal à característica pungente do Ministério Público, qual seja, a provocação. Contudo, um temor se ergue: a ‘barganha penal’ fortificará ou destruirá os alicerces institucionais que sustentam as funções desempenhadas por essa instituição?

A justiça negocial é contemplada pelos mais variados ordenamentos jurídicos estrangeiros, vendida como remédio para morosidade e instrumento apto à racionalização da persecução. Os críticos advertem que o negócio penal representa risco de violação aos princípios basilares do processo penal. Assim, fico com a incômoda sensação de que o pedestal desse problema resume-se à seguinte inquietação: o negócio humaniza o processo penal ou a pressão efetivada na barganha (confissão) provoca a erosão de direitos e garantias processuais?

É inegável que o negócio penal poupa tempo e dinheiro. O que não se ignora é que, até mesmo quando se ‘poupa’, há um ‘custo’. Qual o preço que o negócio penal cobrará do sistema brasileiro?

O negócio penal implica em uma busca cooperativa pela prestação jurisdicional penal. O Brasil desenha proposta legislativa de aplicação imediata de pena, onde o arguido deixará de contrapor a exordial ministerial para se submeter a um juízo sumário de culpa. Nesse viés, a sanção será alcançada por um processo comunicativo consensual, conjugando os interesses de defesa e acusação. A confissão será indispensável. O réu ‘renuncia’ ao direito de não produzir prova contra si mesmo, à prerrogativa do silêncio e, por fim, à faculdade de exigir que a acusação colacione, nos autos, prova vasta e apta a demonstrar sua culpabilidade. Indagamos: as garantias processuais penais são abdicáveis ou seriam os direitos e as garantias individuais irrenunciáveis?

Propostas de uma justiça negociada são uma espécie do gênero que é a ‘justiça consensual’. O ordenamento brasileiro já utiliza mecanismos como a suspensão condicional do processo e a transação penal, regulados pela Lei 9.099/1995. De olhos atentos ao direito alienígena, lançamos um questionamento: a experiência e os resultados obtidos na aplicação da Lei dos Juizados Especiais Criminais recomenda a ampliação das hipóteses de consenso? Teria a constituição limitado o consenso aos crimes de pequeno potencial ofensivo? Quais os

avanços e retrocessos dos projetos legislativos que se investem da função de delinear o tema? Há um quadro sociocultural propício para a institucionalização aguda do consenso?

Trilhar novos caminhos no processo penal brasileiro contemplando o processo penal norte-americano coloca o interessado, sobretudo o brasileiro, sob uma perspectiva a que não está acostumado, qual seja, a habilidade estadunidense de edificar a ‘norma’ pela *jurisprudência*. Sem ignorar os sucessos e as tragédias contempladas pela doutrina estrangeira, percebemos que a legislação brasileira deverá buscar suas próprias alternativas. Sem levantar capítulo específico, navegamos pelo *plea bargaining* norte-americano e equivalentes funcionais na Alemanha, Itália e Portugal, uma vez que a comparação de direitos alerta não só ao que se deve seguir, mas também ao que não se pode edificar internamente. O presente trabalho não se presta a uma análise de direito comparado, porém, não se esquivará da comparação de ‘direitos’.

A inércia do Legislativo em regulamentar o negócio sobre pena inquieta o jurista, que busca suplementar a ‘lacuna’ da norma com a edificação de critérios doutrinários que possam viabilizar a aplicação do consenso sobre pena. Contemplamos, em capítulo a parte, a possibilidade de aplicar o acordo sobre sentença no processo penal brasileiro com a aplicação analógica do Código de Processo Civil (art. 355 do CPC, ‘julgamento antecipado da lide’). Encantados com a experiência alemã, questionamos a possibilidade de julgamento antecipado da ‘lide penal’ no Brasil. O instituto seria fomentado pelo consenso entre as partes e ante a inexistência de matéria probatória controvertida. A confissão do réu cimentaria a barganha, ao tempo em que o Ministério Público efetivaria verdadeira racionalização da litigiosidade penal. Celeridade e funcionalidade na persecução judicial seriam as virtudes cotejadas. Contemplar a experiência portuguesa e enfrentar as peculiaridades do sistema processual penal brasileiro nos alardeou para a existência de limites invencíveis à aplicação analógica do Código de Processo Civil.

Inábil para estabilizar as expectativas sociais, o sistema processual busca alternativas no consenso. Celeridade e eficiência, mas sem perder a coerência *jus*-processual, é o desafio que se impõe à ampliação das hipóteses de consenso no processo penal. Para desnudar, criticamente, as trilhas de uma ampliação das margens de consenso no processo penal brasileiro, subdividimos o trabalho em capítulos. Inauguramos o debate desvelando a realidade do sistema processual penal brasileiro, identificando as burocracias do nosso contencioso penal. Neste capítulo, abordamos o dogma mitológico da obrigatoriedade da ação penal e contemplamos as perspectivas dos sujeitos processuais imersos na atividade consensual penal.

Logo após, dissecamos a proposta de alteração do Código de Processo Penal Brasileiro. Isso nos possibilitou sermos mais pragmáticos nos capítulos subsequentes, uma vez que estabelecemos um paradigma de ampliação das margens de consenso. Em seguida, identificamos os limites da renúncia aos direitos e garantias fundamentais na relação processual penal consensual, atentos ao fundamento da dignidade da Pessoa Humana.

Enfrentamos a problemática envolvendo a ameaça de pena severa e a ‘coação’ na aceitação do acordo, revelando, em seguida, se nas abreviações de rito há preservação da busca pela verdade.

O trabalho ganha corpo na abordagem da conformidade jurídico-constitucional do negócio no processo penal brasileiro. Em seguida, nos propomos a contrapor questões de eficiência e celeridade.

Não poderíamos deixar de levantar um debate sobre a culpabilidade, a proporcionalidade e a individualização da pena no consenso sobre sentença, visando identificar se na atividade negocial há preservação da finalidade da pena.

Por fim, festejamos o instrumento da ‘colaboração premiada’, manifestação patente de um via negocial penal, elaborando considerações éticas e morais sobre política premial desenvolvida. Não poderíamos deixar de abordar, nesse capítulo, algumas peculiaridades vivenciadas na operação ‘Lava Jato’, um marco na aplicação das ‘delações premiadas’ no Brasil.

As derradeiras considerações expõem, como haveria de ser, a síntese conclusiva do trabalho.

São esses os desafios que se erguem no presente ensaio: análise dos espaços de consenso no processo penal brasileiro, com especial atenção às tendências de ampliação, que buscam introduzir mecanismos de abreviação de rito com imposição imediata de pena, perquirindo a conformidade jurídico-constitucional das manifestações de ‘diversão’.

1 O SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO: A ‘DIVERSÃO’ COMO SOLUÇÃO PARA AS BUROCRACIAS DO CONTENCIOSO PENAL

O sistema processual é um importante instrumento de edificação de políticas públicas, que tem por linha mestre a Constituição. Naturalmente, o princípio vetor de qualquer sistema constitucional é a busca da máxima eficiência de uma ordem jurídica e, nessa senda, o processo penal brasileiro observa a proliferação de mecanismos de ‘diversão’¹ processual (arquivamento do processo por razões de política criminal; acordo sobre sentenças; suspensões condicionais do processo, transação etc.). Esses critérios dirigem-se a um modelo “eficientista”, com enfoque maior na funcionalidade dos aparelhos estatais, mesmo que isso implique uma postura mais leniente do estado de acusação.

Essa busca por uma maior funcionalidade contrapõe um modelo denominado “garantista”, mais preocupado – por vezes em excesso – com o respeito às liberdades individuais² e com as ‘formalidades’ processuais penais.

A incursão do direito penal opressor está limitada pelas garantias constitucionais do cidadão, que representa escudo apto a evitar a indevida subjugação estatal.³ Assim, a ampliação da via consensual no Processo Penal brasileiro nunca ignorará os dogmas garantistas, até porque, sem garantias, não há Direito em um sistema.

A ideia de um sistema jurídico engloba os diversos subsistemas que cuidam do delito e da sanção, tanto no âmbito da previsão legal quanto da sua persecução. Cumpre ao cientista de cada setor jurídico construir sistemas parciais dentro do sistema total, cujas tarefas não devem negar naturalmente as ideias fundamentais do sistema total. Afinal, o êxito da tarefa de embate à criminalidade depende, em larga medida, dos esforços de modernização e de integração realizados ao longo do inteiro Sistema de Justiça Penal.⁴ As funções

¹ Um conceito sintético de diversão pode ser encontrado em Jakobs, como sendo um “desvio antes de chegar à solução jurídico-penal”. JAKOBS, Günther. **Derecho penal**. Trad. Joaquim Cuelho Contreras e Jose Luis Serrano Gonzales de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1995. p. 17.

² Texto extraído de: CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. *Plea bargaining* e justiça criminal consensual: entre os ideais de funcionalidade e garantismo. **Custos Legis, Revista Eletrônica do Ministério Público Federal**, v. 4, p. 1-26, 2012. Disponível em: http://www.prtj.mpf.mp.br/custoslegis/revista/2012_Penal_Processo_Penal_Campos_Plea_Bargaining.pdf. Acesso em: 14 out. 2015.

³ O Direito Penal, com “magna carta do delincente”, protege não a comunidade e sim o indivíduo que se rebela contra ela, garantindo-lhe o direito de ser castigado somente sob os pressupostos e limites legais”. FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Livraria Almedina, 2001. p. 31.

⁴ FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Livraria Almedina, 2001. p. 26.

desempenhadas pelo setor processual afetam as tarefas do direito material.⁵ Muito embora haja autonomia dos princípios que sustentam cada subsistema, há uma nítida relação de complementariedade funcional entre eles.

Roxin⁶ assevera que o processo penal deve, de fato, deixar penetrar decisões valorativas de política-criminal no Sistema de Direito Penal, de modo que a sua clareza, legitimação e efeitos não fiquem sujeitos a um direito penal formal e positivo. A política criminal deve ser exercida no marco da lei, permitindo, todavia, uma interpretação criativa. Aqui ganham realce os papéis dos gestores penais⁷, encarregados que são de levar a termo a “seleção penalizante”.

A hipertrofia do sistema penal tem obrigado várias nações a repensar a forma de administrar a justiça. O processo penal em papel corretivo deve ser mais permeável à aplicação do direito penal, permitindo a efetiva perseguição de políticas-criminais por suas instituições. Gomes⁸ adverte sobre a existência de uma desconexão entre o Processo Penal e Direito Penal, afirmando que essa desconexão pode ser superada quando se passa da política criminal ‘paleorrepressiva’ para a política criminal consensual.

A prestação jurisdicional demanda o concerto de um complexo sistema envolvendo juízes, membros do Ministério Público, advogados, policiais, escrivães, secretários etc. Uma ‘caixa de ferramentas’ que contempla instrumentos para a gestão eficiente da missão constitucional de proteção dos bens jurídicos que nos são mais caros.

É nítida a falta de integração dos organismos oficiais operadores do sistema penal brasileiro. Cada órgão ou pessoa trabalha isoladamente, desempenhando seu papel sem se preocupar com o que se passou antes dela ou com o que se passará depois. Uma burocracia

⁵ Em relação à indagação sobre a forma como se relacionam esses subsistemas, reforça Figueiredo Dias que “a relação entre direito penal e direito processual penal é, sob diversos pontos de vista, uma relação mútua de complementariedade funcional, que só ela permite também concebê-los como participantes de uma mesma unidade” (ver DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Processual Penal**. v. I. Coimbra: Coimbra Editora, 1974. p. 28-29). José da Costa Pimenta afirma que “já no plano teleológico, no entanto, o direito processual penal e o direito substantivo são autônomos”, porquanto voltados para o espaço alargado da convivência social, enquanto aquele situa-se no espaço restrito da relação processual (ver PIMENTA, José da Costa. **Introdução ao processo penal**. Coimbra: Livraria Almedina, 1989. p. 20).

⁶ ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema del derecho penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1972. p. 16-17

⁷ Eugenio Raul Zaffaroni apud BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 1990. p. 25.

⁸ GOMES, Luiz Flávio. **Suspensão condicional do processo penal**. 2. ed. São Paulo: RT, 1997. p. 80.

compartimentalizada⁹, onde cada instituição, com estrutura independente, encerra sua mentalidade e preocupação em si mesma.¹⁰ Assim, o objetivo comum¹¹, qual seja, a prestação jurisdicional eficiente, dinâmica e sensível aos anseios sociais, se esvai.

Inexistem metas conjuntivas. É como se cada órgão responsável pela aplicação da lei penal ignorasse que o sucesso do sistema depende do funcionamento harmônico de todas as engrenagens.¹²

O Ministério Público e o Poder Judiciário Brasileiro ‘mecanizaram’ o controle de gestão sobre a produtividade. Sistemas informatizados, independentes¹³, acompanham a celeridade do pronunciamento dessas instituições. Um *software* identifica o tempo despendido em cada ato processual. Infelizmente, o monitoramento da ‘celeridade’ não identifica o conteúdo (complexidade) da manifestação de cada órgão.

A preocupação em alimentar o sistema computadorizado (lançar a produção estatística) subtraiu grande parcela da humanização do processo penal e o objetivo agora é cumprir a meta estipulada pelo ‘sistema’. Nulifica-se a preocupação com o núcleo maior do processo penal, que é dar resposta útil às violações dos nossos bens jurídicos mais relevantes.

Vejam os a realidade do Ministério Público do Estado de Goiás, instituição na qual oficiamos como Promotor de Justiça. Um sistema identificado como ‘ATENA’ efetiva o controle informático de entrada, tempo despendido nas manifestações e a natureza das providências adotadas nos despachos ministeriais.

Se, eventualmente, um processo ou procedimento administrativo fica inerte por mais de trinta dias, automaticamente o Promotor de Justiça recebe, via e-mail, verdadeira nota de advertência da Corregedoria, concitando-lhe a providenciar o despacho do feito e justificar o atraso. O sistema eletrônico ignora a complexidade e a importância da providência a ser adotada, tampouco racionaliza a forma com que o Promotor vem otimizando o tempo de

⁹ “O sistema punitivo passa a ser considerado anômico, pois as normas não cumprem suas funções esperadas. E seletivo, por destacar somente algumas pessoas do todo social. E burocrata, pois as estruturas que compõem o sistema punitivo (Judiciário, Ministério Público etc.) têm sua visão compartimentalizada do todo”. CORREA JÚNIOR, Alceu; SALOMÃO, Sergio Shecaira. **Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 366.

¹⁰ Hulsmann adverte sobre as consequências da falta de integração dos órgãos de persecução penal (ver HULSMANN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas: o sistema penal em questão**. Trad. Maria Lúcia Karam. Niterói: Luam, 1993. p. 58 e ss.

¹¹ ANDRADE, Manuel da Costa. Consenso e oportunidade (reflexões a propósito da suspensão provisória do processo e do processo sumaríssimo). In: AA. VV. **Jornadas de Direito Processual Penal – O novo Código de Processo Penal**. Coimbra: Almedina, 1989. p. 321, n. 3; JUNG, Heike. Le rôle du ministère public en procédure pénale allemande, p. 227 apud FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Livraria Almedina, 2001. p. 156-157.

¹² GAZOTO, Luís Wanderley. **O princípio da não-obrigatoriedade da ação penal pública: uma crítica ao formalismo do Ministério Público**. Barueri, SP: Manole, 2003. p. 178-179.

¹³ Não há correlação ou *link* entre os dois sistemas, cada qual efetiva seu próprio controle.

serviço, além de desconhecer a complexidade dos outros feitos que tramitam na Promotoria. Concitado e advertido pelo sistema, o Promotor de Justiça interrompe os trabalhos para não só despachar o ‘feito’ alardeado pela máquina, como também para informar à Corregedoria do Ministério Público as razões da demora no processamento.

Os Juízes que oficiam no estado de Goiás trabalham com o ‘SPG’ (Sistema de Controle dos Processos de 1º Grau). A Corregedoria de Justiça inventaria os processos, criando, inclusive, uma rotina denominada de Estratégia Nacional de Justiça e Segurança Pública (ENASP). Em um país de dimensões continentais, criam-se metas que ignoram a realidade distrital. Um controle constante é efetivado pela Corregedoria de Justiça, que adverte os juízes mensalmente, com ênfase aos processos que detém presos provisórios há mais de cem dias. A tramitação dos processos ‘de réus presos’ pretere a perquirição de qualquer delito de alta gravidade e lesividade social, os quais, não raro, caem no esquecimento, quando não na prescrição.

Há uma completa ausência de humanização dos critérios de urgência, gravidade e prioridades institucionais. E, assim, cada instituição segue sendo cobrada eletronicamente. Contudo, é necessária a fixação de critérios racionais de prioridade.

Com o número extremamente elevado de ações, nenhum juiz é capaz de controlar o desenvolvimento de cada auto processual. Na falta de controle, com Varas Judiciais com dez a vinte mil processos, abrem-se brechas para a corrupção de funcionários subalternos, que podem estabelecer trânsito processual mais rápido ou mais lento de acordo com os interesses de sua ‘clientela’.

O controle informatizado é estatístico. Assim, há magistrados que têm aversão aos autos processuais volumosos, os quais, normalmente, são resultado da apuração de crimes complexos e graves, que deveriam merecer prioridade na pauta. Esses autos demandam muito tempo de dedicação para a produção de uma única sentença, ou seja, estatisticamente, não seria interessante despachá-lo. Nessa perspectiva, a persecução penal desconhece suas emergências, não elege suas prioridades e, desse modo, edifica um direito processual parvo. Exemplificando: furtos bagatelares que possam estar com os réus submetidos à prisão, tramitam com a máxima urgência, enquanto vários outros processos decorrentes de corrupções monstruosas, homicídios, latrocínios e tantos outros crimes de notória gravidade são relegados à categoria dos ‘não urgentes’ pelo sistema.

É incerto o tempo de duração do processo penal e, às vezes, ele varia de acordo com a habilidade de um advogado. Isso mesmo, habilidade em procrastinar. A nossa prática forense demonstra que, em alguns casos, uma acusação de homicídio demora uma década para chegar

ao Tribunal do Júri, enquanto um furto simples não raro é julgado em um ou dois anos. Nesse ínterim, os delitos de pequeno potencial ofensivo, julgados pelos Juizados Especiais Criminais, detêm, por meta, serem processados em um mês. Não estamos preconizando que alguns delitos devam ser instruídos a melhor tempo que ‘outros’ (crime de menor gravidade *versus* alta lesividade). Sobretudo, a desproporção entre gravidade do crime e tempo de duração do processo levanta severas preocupações. É compreensível que o juiz não consiga instruir tudo a bom tempo, mas não se compreende porque exatamente as ações penais de notória complexidade, as quais perquirem delitos de alta lesividade social, como a corrupção, por exemplo, se percam no tempo.

A consequência lógica dessas incongruências é a insatisfação e irrisignação popular, que identifica a ineficiência do Estado em prolatar a resposta penal. Além de ineficiente e moroso, o sistema penal deixou de atender às finalidades que, teleologicamente, vinculavam suas diversas instituições e setores, culminando com a completa incoerência desse sistema.

É nesse cenário brasileiro que se ergue a proposta de ampliar as margens de consenso no processo penal, humanizando e racionalizando o contencioso penal em busca de soluções sistêmicas que envolvam todos os sujeitos processuais.

No contexto que se espera haverá dois tipos de processos: o contencioso e o consensual. Naquele, a instrução é necessária; nesse, a vontade das partes é homologada pelo órgão juiz, dispensando a dilação probatória. O Ministério Público passa a fazer um processo seletivo da litigiosidade penal, ao passo em que o réu, vê, na confissão – colaboração processual e consenso sobre a imposição de pena –, a possibilidade de submeter-se a uma sanção menos expressiva.¹⁴

Essa flexibilidade da perseguição penal estatal resulta de um programa mais amplo, denominado *diversão*¹⁵, o qual implica na tentativa de encontrar alternativas para solucionar os conflitos de natureza penal diversas do modelo tradicional.¹⁶ Esse movimento processual penal é reflexo de necessidades sentidas no direito penal material, tendo em vista sua inequívoca hipertrofia. Os métodos de *diversão* visam contrapor dificuldades vividas pelo

¹⁴ Uma crítica pontual à barganha seria a suposta política premial. Ao delincente confesso se outorgaria um prêmio, consistente em pena mínima ou mesmo em diminuição significativa da sanção. ALSCHULER, Albert. *The changing plea bargaining debate*. **California Law Review**, nº 69, p. 662., 1981.

¹⁵ Jakobs conceitua *diversão* como sendo um “desvio antes de chegar à solução jurídico-penal” (ver JAKOBS, Günther. **Derecho penal** – parte general. Trad. Joaquim Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzales de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1995. p. 17).

¹⁶ FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Livraria Almedina, 2001. p. 134.

sistema punitivo penal, sem deixar o processo se descurar da sua missão de instrumento de controle e garantia do cidadão frente às investigas do Estado.¹⁷

A previsão de mecanismos processuais alternativos, reservando-se o rito ordinário para situações probatórias mais delicadas, vem ao encontro de uma atuação mais racional do ordenamento jurídico, por meio de respostas adequadas às exigências de acerto penal, atendendo-se tanto a um objetivo de justiça quanto de mais eficiência. Costa Andrade¹⁸ afirma que hoje não se pode compreender nem aceitar uma decisão que surja como empáfia inefável de graça do juiz, “à margem de toda a intervenção conformadora e legitimadora dos demais sujeitos processuais”.

A dúvida que remanesce é sobre a aptidão do negócio para alcançar as finalidades do processo penal¹⁹, quais sejam: a realização da justiça; a descoberta da verdade (punindo culpados e absolvendo inocentes); a proteção dos direitos fundamentais das pessoas, associada à defesa de bens jurídicos e a valores de segurança.

A experiência americana demonstra que a barganha não é causa de incremento ou diminuição da reincidência, tampouco da criminalidade. A ampliação dos canais de consenso não representará o lumiar de um olhar fraterno²⁰ do direito penal ao réu, a bem da verdade, com a racionalização do contraditório penal, busca a justiça criminal efetivar economia de tempo/dinheiro, conjugada com a eficiência na aplicação da lei penal. Negar a existência desse propósito implica profunda ingenuidade.

Albert Alschuler e Andrew Deiss²¹, professores da Faculdade de Direito da Universidade de Chicago citam dados do Departamento de Justiça dos Estados Unidos para salientar que, em 1992, nos 75 maiores condados norte-americanos, 94% de todas as condenações por delitos graves decorreram de “declarações de culpabilidade”. Em Nova

¹⁷ FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Livraria Almedina, 2001. p. 138.

¹⁸ ANDRADE, Manuel da Costa. Consenso e oportunidade (reflexões a propósito da suspensão provisória do processo e do processo sumaríssimo). In: AA. VV. **Jornadas de Direito Processual Penal – O novo Código de Processo Penal**. Coimbra: Almedina, 1989. p. 326.

¹⁹ Assim, ver DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Processual Penal – Lições coligidas por Maria João Antunes** (fascículos policopiados), Secção de Textos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1988/89, p. 23 e ss.

²⁰ SILVÉRIO JÚNIOR, João Porto. **Processo penal fraterno: o dever de fundamentar o provimento acusatório pelo Ministério Público no sistema processual brasileiro**. Curitiba: Juruá Editora, 2014. p. 128.

²¹ ALSCHULER, Albert; DEISS, Andrew. Breve historia del jurado criminal en los Estados Unidos. **Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia penal**, Buenos Aires: Ad hoc, v. 8, n. 14, p. 189, 2002.

York, naquele ano, o índice registrado foi de 93%.²² É inegável que haja virtudes na prática consensual, mas há preocupações de ordens constitucionais que devem ser conjugadas.

O negócio processo penal, antes de ser uma negação ao sistema adversarial, é uma reafirmação deste, pois não haverá barganha sem adversidade. Transmuda-se apenas a forma de embate. A barganha será, em primeiro plano, sempre uma escolha do réu, que é colocado diante da opção de se submeter à instrução processual, sujeito às suas implicações, ou abraçar a pena ofertada no negócio.

Nesse paradigma consensual sobrevive profunda inquietação sobre a preservação do princípio da legalidade processual. Uma vinculatividade extrema pode engessar o Ministério Público, enquanto a discricionariedade ilimitada, com a ausência de critérios predeterminados para a propositura da barganha, pode se tornar o ‘Calcanhar de Aquiles’ do instituto e da instituição (Ministério Público).

No projeto de ampliação das margens de consenso, o processo penal brasileiro precisa de um novo vasilhame, que não é, certamente, o da obrigatoriedade plena ou o da discricionariedade ilimitada. Quando as instituições ficam aprisionadas em um sistema estático e arcaico há uma inevitável acomodação. Mudar é complicado, uma vez que consiste em enfrentar paradigmas, mas acomodar implica perecer. O Direito tem a missão de estar sempre se reinventando.

A busca de um novo modelo processual, calcado na funcionalidade e na consensualidade, exigirá uma alteração da mentalidade dos operadores do Direito, visando possibilitar que a sanção imposta na via negocial não desconstitua a finalidade do processo e preserve, na comunidade, a crença no poder punitivo estatal.

Guardamos a certeza de que as respostas fornecidas pela via consensual são permeáveis, permitindo que critérios de política criminal invadam o Direito Penal, atento aos anseios sociais. O processo não pode ser obstáculo para a obtenção de seus objetivos.

²² Esse valor é avançado pela generalidade dos autores. A título de exemplo, ver: ALSCHULER, Albert. The changing plea bargaining debate. **California Law Review**, n. 69, p. 652, 1981; FANCHIOTTI, Vittorio. **Il processo penale negli Stati Uniti d’America**. Milano: Giuffrè, 1998. p. 281; e RICHERT, John P. La procédure de “plea-bargaining” en droit américain. **Revue de science criminelle et de droit pénal comparé**, v. 1, p. 375 e ss., 1975., que cita o valor de 90% para a cidade de Nova Iorque e 86,4% para 43 estados abrangidos por um estudo. Em Jorge de Figueiredo Dias e Manoel Costa Andrade apontam-se, para os EUA, valores ente 80 e 95% (ver: DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manoel da Costa. **Criminologia – O homem delinquente e a sociedade criminógena**. Coimbra: Coimbra Editora, 1997). Dados recentes indicam que a *plea bargaining* tem mesmo aumentado. Assim, Fisher cita o *Sourcebook of Criminal Justice Statistics Online* (versão 2001), no qual é possível constatar-se que, entre os anos de 1984 e 2001, a *plea bargaining* evoluiu de 84% para 94% dos casos julgados (ver FISHER, George. **Plea bargaining's triumph – a history of plea bargaining in America**. Stanford: Stanford University Press, 2003). Uma real expressão estatística não se divisa apenas nos EUA: é também de 90% a percentagem em que, no Canadá, se cifra o fenômeno da *plea bargaining*, conforme se pode colher em BELIVEAU, Pierre. Le process pénal em Droit Canadien. **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal**, v. 57, p. 693, 1986.

O processo penal, como espaço de violência, deve manter seu compromisso com as garantias sem perder a funcionalidade. A prática negocial não pode ressoar apatia estatal. Falecendo na comunidade o sentimento de embate à criminalidade, tenho acentuado receio de que, ao ver ‘expropriado o conflito penal’²³, de forma radical, possa haver desejo comunitário de expropriação aos expropriadores. É nessa conjuntura que a doutrina brasileira deve se ocupar da discussão sobre o direito premial, contemplando sua adequação às expectativas sociais, e o fará pressionada pelas necessidades práticas.

Uma atividade ‘premier’ desenhada dentro do Direito, delimitada com regras precisas, nas quais o eficientismo colabore para a obtenção de funcionalidade, poderá revelar um modelo de ‘negócio penal’ que conspire a favor dos interesses do aspirante ao prêmio (arguido) e, sobretudo, no interesse superior da coletividade.²⁴ Limitações de forma e da medida punitiva estatal devem ser conjecturadas em sintonia com o objetivo político-criminal de proteção dos bens jurídicos essenciais. Para vencer a burocracia e a morosidade de nosso sistema, devemos edificar propostas que respeitem a dignidade do ser humano e que preservem a característica instrumental de garantia, natural ao processo penal.

1.1 A obrigatoriedade da ação penal

O constituinte não edificou o Ministério Público como partícula, mas sim como instituição, a qual, detentora da ação penal pública, pauta sua atuação nos moldes da lei.²⁵

O Poder Judiciário reafirma, na sentença penal, a vontade do legislador (proteção de determinados bens jurídicos). Segundo Calamandrei, “el Estado defende con la jurisdicción su autoridad de legislador”.²⁶ Nessa perspectiva, a ação ministerial é fundamental para assegurar o exercício da jurisdição e da autoridade da lei.

²³ A partir de uma perspectiva da sociologia do Direito, no que concerne ao aspecto processual “a juridificação aparece descrita como um processo pela qual os conflitos humanos são inteiramente despojados da sua dimensão existencial própria através do formalismo jurídico, e desnaturados em virtude da respectiva submissão a processos de resolução de natureza jurídica: assim entendida, a juridificação surge como um expropriação do conflito”. In: TEUBNER, Gunther. *Juridificação – noções, características, limites, soluções*. Trad. José Engrácia Antunes. **Revista de Direito e Economia**, Coimbra, a. XIV, p. 17-100, 1988 apud FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Livraria Almedina, 2001. p. 94.

²⁴ IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito**. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 73.

²⁵ TEIXEIRA, Carlos Adérito. **Princípio da oportunidade**. Manifestações em sede processual penal e sua conformação jurídico constitucional. Coimbra: Editora Almedina, 2000. 157p.

²⁶ Cf. CALAMANDREI, Piero. **Instituciones de derecho procesal civil**. v. 1. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa – América, 1992 p. 175.

Afrânio da Silva Jardim²⁷, notável defensor da obrigatoriedade da ação penal pública, defende que a aplicação do Direito Penal depende da atuação dos órgãos públicos, que devem agir inarredavelmente.²⁸ Exaltando a oficialidade, Afrânio²⁹ indica a inexistência de dispositivo legal que outorgue ao Ministério Público juízo de oportunidade ou conveniência. Julio Maier³⁰, utilizando a expressão ‘legalidade’, identifica o dever jurídico do Ministério Público de exercer a ação penal, buscando esclarecer a notícia da infração.

A opção terminológica entre ‘legalidade’ ou ‘oportunidade’ atormenta a doutrina. Carlos Adérito Teixeira³¹ considera que o princípio da legalidade é um denominador do sistema português, já que o Ministério Público deve atuar sob o signo da lei, e não por critério de oportunidade. Andrés Ibañez, por exemplo, critica a afirmação de que critérios de oportunidade questionam não tanto a legalidade, e sim a obrigatoriedade da ação penal, apontando que “não pode esquecer-se que este é uma resultante essencial e indissociável daquele”.³² Afrânio da Silva Jardim identifica que “o dever legal de o Ministério Público exercitar a ação penal é, na verdade, uma decorrência do próprio princípio da legalidade, que, numa perspectiva mais ampla, informa a atuação dos órgãos públicos no chamado Estado de Direito”.³³ Preferimos utilizar, neste trabalho, a terminologia ‘legalidade’, para representar submissão à lei, e ‘obrigatoriedade’, para se referir à necessidade de interposição da ação penal.

²⁷ Cf. JARDIM, Afrânio da Silva. **Ação penal pública: princípio da obrigatoriedade**. 3. ed. São Paulo: Forense, 1998. p. 44.

²⁸ São adeptos da obrigatoriedade os Códigos argentino, chileno, colombiano, cubano, mexicano, paraguaio, peruano e uruguaio. Adotam textualmente o princípio da obrigatoriedade, nessa senda, os sistemas espanhol, italiano, português. Dos países europeus de língua latina, França foge à regra da adoção do princípio da obrigatoriedade. In: JARDIM, Afrânio da Silva. **Ação penal pública: princípio da obrigatoriedade**. 3. ed. São Paulo: Forense, 1998. p. 56-64.

²⁹ “O princípio da oficialidade da ação penal pública, conjugado com o princípio da legalidade dos atos do Poder Público, postulado básico do Estado de Direito, faz com que tenhamos de conceber a obrigatoriedade do exercício da ação penal pública como regra geral. Vale dizer, tendo em vista o caráter cogente das normas gerais incriminadoras, sendo o Estado a parte legitimada para instaurar o processo, que se apresenta sempre necessário para a aplicação da sanção, somente havendo dispositivo expresso é que poderíamos aceitar que o membro do Ministério Público tenha o poder discricionário para, neste ou naquele caso, decidir se oferece a denúncia ou não. A regra não precisa ser afirmada, mas a exceção é que necessita de previsão expressa. É intuitivo.” In: JARDIM, Afrânio da Silva. **Ação penal pública: princípio da obrigatoriedade**. 3. ed. São Paulo: Forense, 1998. p. 93.

³⁰ “el deber jurídico del Ministerio Público de procurar el esclarecimiento y eventual sanción del hecho punible promoviendo y ejerciendo la acción penal toda vez que tenga noticia de una infracción” (Julio Maier apud JARDIM, Afrânio da Silva. **Ação penal pública: princípio da obrigatoriedade**. 3. ed. São Paulo: Forense, 1998. p. 46).

³¹ TEIXEIRA, Carlos Adérito. **Princípio da oportunidade** – Manifestação em sede processual penal e sua conformação constitucional. Coimbra: Livraria Almedina, 2000. p. 48.

³² ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. Por um ministério público dentro da legalidade. **Revista do Ministério Público de Lisboa**, Lisboa, v. 18, n. 70, p. 9-41, abr.-jun. 1997. p. 27.

³³ JARDIM, Afrânio da Silva. **Ação penal pública: princípio da obrigatoriedade**. 3. ed. São Paulo: Forense, 1998. p. 48.

A obrigatoriedade visaria impedir análises arbitrárias e potestativas da conveniência³⁴, retirando a margem de arbítrio do *dominus litis*.

É na expressão ‘será promovida’³⁵, contida no artigo 24 do Código de Processo Penal, que Afrânio da Silva Jardim identifica a vinculatividade que cerca o exercício da ação penal. Na contramão dessa expressão, os legisladores estão edificando critérios de oportunidade calcados em base normativa. Assim, mecanismos consensuais se instrumentalizam na seara processual penal a partir de critérios de oportunidade, sem se descurar da legalidade.

Interessante notar que, no direito italiano, o princípio da obrigatoriedade foi estruturado visando propiciar independência aos membros do Ministério Público, afastando-os das ingerências políticas e externas.³⁶ No Brasil, realça-se, dentre outros fatores, que a obrigatoriedade teria a missão de garantir o exercício do poder instrutório do juiz. Nessa perspectiva, a inércia ministerial poderia redundar em aniquilamento do poder ‘investigativo’ do magistrado, impedindo a busca da verdade processual. Nosso modelo acusatório se caracteriza pela separação entre o acusador e o juiz; pela igualdade entre acusação e defesa; publicidade e oralidade do julgamento, no que se assemelha ao modelo norte-americano³⁷, entretanto, nosso processo penal sofre acentuada influência do direito italiano, que tem modelo nitidamente acusatório.

No processo penal brasileiro, muito embora o juiz desempenhe um papel passivo, a lei faculta-lhe poderes instrutórios. Sem a ação penal, o Promotor de Justiça poderia subtrair do Juiz o exercício dessa prerrogativa, furtando-lhe a oportunidade de formar seu íntimo e completo convencimento.

O Ministério Público tem um inequívoco ‘dever de agir’ no processo penal, sobretudo, essa obrigação passa por um crivo valorativo, que outorga uma multiplicidade de alternativas ao parquet. O Ministério Público, ao acusar, faz uso da denúncia crime, mas, por vezes, entende ser possível a propositura de transação e a suspensão condicional do processo. Não raro, há a identificação de falta de justa causa para a propositura da ação penal, ou mesmo a constatação de ausência de efetiva lesão ao bem jurídico, o que leva ao requerimento de arquivamento dos autos investigativos. Nesses casos, o promotor não promove a acusação, mas ‘age’ motivando, judicialmente, a medida.

³⁴ TORNAGHI, Hélio Bastos. **Curso de Processo Penal**. v. I. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1983. p. 45.

³⁵ Artigo 24 do CPP: “Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público [...]”.

³⁶ DEMERCIAN, Pedro Henrique. **Regime Jurídico do Ministério Público no processo penal**. São Paulo: Verbatim, 2009.

³⁷ José Damião da Cunha, referindo-se ao processo penal norte-americano. Ver: CUNHA, José Damião da. **O caso julgado parcial** – questão da culpabilidade e questão da sanção num processo de estrutura acusatória. Porto: Publicações da Universidade Católica, 2002.

Percebemos que a obrigação de ‘agir’, contemplada no princípio da obrigatoriedade, não corresponde ao dever de acusar, ou seja, de denunciar.

A legislação outorga privatividade ao Ministério Público para o exercício da ação penal pública, mas não lhe impõe a obrigação de exercê-la em todos os casos. Um magistrado inerte e um Ministério Público dinâmico é o que se espera, talvez por isso a passividade seja dificilmente compreensível para a ‘magistratura de pé’.

Pode-se dizer que juiz e promotor assumem posições psicológicas muito parecidas no processo penal: ambos representam o Estado, têm iniciativa para a produção de provas e devem agir ‘imparcialmente’. O Ministério Público é a parte/imparcial, o fiscal que promove justiça; enquanto o juiz, além de julgador, é o fiscal do fiscal.

A bem da verdade, promotores e juízes são fiscais recíprocos.³⁸ Se o promotor requer o arquivamento de inquérito policial e o juiz não concorda, remete os autos ao procurador-geral, que poderá designar outro membro da instituição para o oferecimento da denúncia ou não (artigo 28 do CPP). Se o juiz condena ou absolve o réu, em ambos os casos, discordando do entendimento do magistrado, o promotor pode apelar ao tribunal.

Verifica-se que a legislação confere ao Ministério Público um monopólio, cercado-se de instrumentos que conferem à sociedade a garantia de que dito mister será implantado, preservando, todavia, a autonomia e a independência da instituição.

Quanto maior a ampliação das hipóteses de consenso no processo penal brasileiro, maior a margem de discricionariedade ministerial. Interessante notar que cada nação estipula critérios razoáveis, sensíveis a suas peculiaridades sociais, para delimitação dos crimes susceptíveis à barganha penal.

O Brasil sinaliza o desejo de efetivar acordos sobre sentença para os delitos de média lesividade. Cogita-se um negócio sobre a medida da pena, o que municiaria o Ministério Público da sensibilidade de verificar a utilidade social da sanção máxima como fundamento ao direito de punir. Para a Promotoria, a utilidade do acordo sobre a sentença penal perpassa pela identificação da necessidade e da utilidade do exercício da ação penal para busca de uma pena mais expressiva.

No contexto de maximização das hipóteses de consenso, compreendemos que a obrigatoriedade da ação penal representa, meramente, a indisponibilidade do interesse público depositado nas mãos do titular da *persecutio criminis*. Há um fragmento de obrigatoriedade

³⁸ Cf. Carlos Frederico Coelho Nogueira adverte que a legislação colocou o Juiz como fiscal do fiscal. In: NOGUEIRA, Carlos Frederico Coelho. **Comentários ao Código de Processo Penal**. v. 1. Bauru: Edipro, 2002. p. 497.

em toda ação penal pública, mas essa obrigação consiste no dever de provocar a jurisdição penal (seja pela denúncia, pelo arquivamento ou pelos consensos sobre pena).

Discricionariedade³⁹ e oportunidade sempre coexistiram, pacificamente, em um nítido sistema de freios e contrapesos, de modo que a existência de um princípio dá limite à aplicação extrema do outro. Não é incomum verificarmos, no Brasil, doutrinas que levantam a existência de uma obrigatoriedade limitada, enquanto outras indicam a prevalência de uma discricionariedade regrada. Em verdade, essas duas últimas taxonomias se equivalem e tentar diferenciá-las é de uma infertilidade profunda.

Importa discutir, em um processo penal contemporâneo, a amplitude de discricionariedade a ser outorgada ao membro do Ministério Público, dentro da atividade consensual penal.⁴⁰ De fato, não podemos aceitar a aplicação da discricionariedade em seu aspecto puro, na medida em que ela caracteriza um manuseio utilitarista e instrumental do Direito Penal, que desrespeita a noção de direito penal objeto do processo.⁴¹ Nesse momento, interessa a edificação de um sistema inteligente, que viabilize ao Ministério Público equacionar prioridades na persecução, a serem formatadas em critérios edificados pela norma. Esse ‘novo sistema’ deverá se cercar de ‘formas de controle’ aptas a evitar desmandos desmedidos.

Concluimos, pois, que não há qualquer dificuldade na utilização da negociação de sentença criminal dentro da compreensão dualógica de discricionariedade e obrigatoriedade.⁴² A discricionariedade empreendida na atividade negocial penal é desempenhada dentro de limites impostos pelo legislador, assim, há uma legalidade aberta, vinculada à vontade da lei. Se o princípio da obrigatoriedade veda, por um lado, a desistência da ação penal, ele, de outra baila, nunca impedirá a atividade negocial. Na atividade negocial a oportunidade é uma variação da própria legalidade e, por essa razão, a definição, em lei, dos critérios de negociação caracteriza um cenário obediente ao mito da obrigatoriedade.

³⁹ “Toda previsão legal envolve margens inevitáveis de interpretação e discricionariedade”. In: ARMENTA DEU, Tereza. **Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad**: Alemania y España. Barcelona: PPU, 1991. p. 191.

⁴⁰ A possibilidade de os princípios da oportunidade e da obrigatoriedade conviverem sob a tutela da legalidade existe em face do descompasso que se reconhece em adotar, de forma absoluta, qualquer um dos dois, sem limitações, controles ou providências suplementares, que impeçam sua existência rígida. In: MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal**. v. II. São Paulo: Ed. Saraiva, 1980. p. 89.

⁴¹ MAIO COSTA, Eduardo. Justiça negociada: do logro da eficiência à degradação do processo equitativo. **Julgar**, Coimbra: Ed. Coimbra, v. 19, p. 46, jan.-abr. 2013.

⁴² BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **A negociação de sentença criminal e os princípios processuais penais relevantes**. 2015. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais) – Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2015. p. 160.

1.2 A via consensual penal na perspectiva do Ministério Público

O Ministério Público Brasileiro é uma instituição independente, encarregada da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis⁴³. É agente político, sem assento de ‘Poder’, e resguarda, sobretudo, prerrogativas, garantias e força de Poder.

No Brasil, o fortalecimento da instituição se consolidou com a Constituição de 1988, sendo esta a primeira vez⁴⁴ em que um texto constitucional disciplinou, de forma orgânica, sobre o Ministério Público, com as principais regras atinentes às suas autonomias, funções e vedações.

A investidura no Promotor de Justiça brasileiro ocorre por concurso público e, portanto, a opinião pública não influencia na manutenção do emprego desse profissional. É uma carreira vitalícia, que realça uma atuação convergente aos ideais institucionais. Nos Estados Unidos da América (EUA)⁴⁵, a investidura do *prosecutor* é política, assim, ele depende da opinião popular para se investir e se manter na carreira.

A obsessão do procurador norte-americano pelas altas taxas de condenações tornou o negócio penal indispensável à otimização dos trabalhos daquele Ministério Público. Mesmo em jurisdições de baixas pendências⁴⁶, é indispensável, para sua sobrevivência, que alce as condenações, principalmente nos delitos que chocam a opinião popular. O *prosecutor* americano opta pelo *plea bargaining* como forma de edificar uma imagem de eficiente *crimefighter* (combatente do crime), visando obter altas taxas de condenações.

O Ministério Público brasileiro não compartilha dessa obsessão. A bem da verdade, a instituição vive uma acentuada influência da doutrina garantista, enquanto no acusador norte-americano borbulha a filosofia da *law and order*.

⁴³ Marco histórico para a consolidação das missões constitucionais do Ministério Público brasileiro foi a Carta de Curitiba, lavrada em 1986, no primeiro encontro nacional de Procuradores de Justiça e Presidentes de Associações do Ministério Público, em Curitiba. Ela conceituou o Ministério Público como instituição permanente do Estado, responsável pela defesa do regime democrático e do interesse público, velando pela observância da Constituição e da ordem jurídica. In: MAZZILLI, Hugo Nigro. **Introdução ao Ministério Público**. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. 59p.

⁴⁴ MAZZILLI, Hugo Nigro. **Introdução ao Ministério Público**. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. 59p.

⁴⁵ Aspectos institucionais relativos à estrutura do poder no âmbito processual penal norte-americano estão bem delineados em Mirjan Damaska, especialmente nas páginas 16 e seguintes, essenciais à compreensão de qualquer sistema penal. In: DAMASKA, Mirjan. **The faces of justice and state authority** – a comparative approach to the legal process. New Haven & London: Yale University Press, 1986.

⁴⁶ Em sentido próximo, MUSSO, Rosanna Gambini. L'evoluzione del “Plea bargaining” nell'ordinamento nordamericano. **Rivista italiana di diritto e procedura penale**, v. 26, p. 669, 1983.

Em um cenário que amplia, significativamente, as margens de consenso no processo penal brasileiro, a preocupação que se ergue é quanto aos mecanismos de controle que incidiram sobre a atividade ministerial. Já percebemos que ao optar, discricionariamente, pela via consensual, o Ministério Público preserva os critérios de obrigatoriedade e legalidade da ação penal, na perspectiva de que haverá uma ‘agir’ judicializado, que passará pelo crivo do juiz.

Sobretudo, o aguçamento do modelo consensual de justiça penal outorga uma sorte de ‘liberdade’ ao membro do Ministério Público que lhe possibilita o não exercício do tradicional contencioso penal.⁴⁷ Nas propostas de consenso sobre pena a promotoria deixa de enveredar pela cega atividade “processante”⁴⁸, estando mais atenta à lógica e à realidade sistêmica.

O direito existe para desempenhar concretamente sua função social, e não para estimular a sacralização de fórmulas estereis. Não se deve mover a máquina judiciária em persecução penal por mero deleite, para simplesmente vê-la em movimento. Como em toda atividade estatal, subjacente a ela existe interesse que a motiva e anima: a apuração da responsabilidade penal de alguém.

Nossa preocupação inicial concernente à prática consensual era que a história de vida e as paixões naturais que assolam cada ser humano levassem os membros do Ministério Público a terem aversões pontuais a determinadas atividade delitivas. A heterogeneidade de valores (entre os membros) e os aspectos equivocados quanto à independência funcional da instituição sem dúvida dificultarão⁴⁹ a uniformização da atuação da instituição nos acordos sobre pena.

Não é difícil perceber que a ausência de orientações vinculantes emanadas dos órgãos superiores da instituição e a falta de hierarquia própria de sua estrutura organizacional não implica na ausência de unidade institucional do *parquet* brasileiro.

O Ministério Público, ao estabelecer objetivos elevados para si mesmo, constrói uma história que inspira orgulho e permeia de esperança os cidadãos brasileiros, influenciando para a

⁴⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle judicial**. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 48.

⁴⁸ Sendo mero instrumento, e não finalidade em si, a ação penal pública somente pode ser movida se, razoavelmente, houver probabilidade de produzir efeitos desejados. A propositura da ação penal deve ser submetida ao princípio constitucional da eficiência das instituições públicas. In: GAZOTO, Luís Wanderley. **O princípio da não-obrigatoriedade da ação penal pública: uma crítica ao formalismo do Ministério Público**. Barueri, SP: Manole, 2003. p. 94.

⁴⁹ Texto extraído de: CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. *Plea bargaining* e justiça criminal consensual: entre os ideais de funcionalidade e garantismo. **Custos Legis, Revista Eletrônica do Ministério Público Federal**, v. 4, p. 1-26, 2012. Disponível em: http://www.prrj.mpf.br/custoslegis/revista/2012_Penal_Processo_Penal_Campos_Plea_Bargaining.pdf. Acesso em: 14 out. 2015.

elevação do padrão ético que a sociedade brasileira, em suas mais recentes manifestações, tem deixado claro que deseja.

Quando um Promotor de Justiça prioriza uma área de atuação na esfera criminal há, inevitavelmente, uma discricionariedade informal que, na prática, é responsável por algumas cifras negras de impunidade. Figueiredo Dias⁵⁰ afirma que

mais vale a lei reconhecer expressamente e regularmente em pormenor, nos termos expostos ou noutros semelhantes, a margem de oportunidade que quer conceder às entidades encarregadas da perseguição das infracções, do que continuar a preconizar farisaicamente um princípio da legalidade a todo o custo e sem excepção que, como se vê, não pode pura e simplesmente ser cumprido na prática.

O campo da oportunidade levará à necessidade de controle sobre a discricionariedade ministerial, sendo importante densificar a obrigação do Ministério Público de fundamentar as manifestações de adesão (ou não) ao consenso sobre a pena. A independência funcional do Ministério Público proíbe a emissão de qualquer diretriz administrativa quanto às prioridades dos órgãos de execução. Assim, apenas a lei poderá traçar as linhas gerais do que se espera da instituição e de seus membros em um cenário negocial penal. A fundamentação das manifestações ministerial evitará desvios de natureza ética, possibilitando identificar congruência do ato com a moralidade que se espera. O legislativo será, então, o verdadeiro gestor das diretrizes de política criminal, sem anular a possibilidade da instituição (Ministério Público) adequar a utilização dos acordos sobre sentença à realidade regional de onde oficia.

A fundamentação da manifestação ministerial permite, sobretudo, verificar se a promotoria não violou regras de legalidade, possibilitando que o órgão juiz possa efetivar controle sobre as hipóteses de consenso. Proibiremos discriminações por parte do órgão da acusação, como ocorreria se o Ministério Público utilizasse medidas de valoração diversas para situações semelhantes.⁵¹ Acreditamos que se a lei contemplar novo rito, oportunizando os acordos sobre sentença, em aplicação imediata de pena, a discricionariedade do Ministério Público será quanto à escolha do rito, e não sobre o objeto da ação penal.

Se a aplicabilidade pura do Direito Penal por vezes é burra, a negociação sobre sentença é a ‘razão’ (inteligência), pois não há distorção dos papéis dos atores processuais nesses acordos. Preservamos os fundamentos do processo democrático, a partir da perspectiva de que a aplicação imediata de pena depende do aspecto colaborativo de todos os sujeitos

⁵⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Processual Penal**. v. I. Coimbra: Coimbra Editora, 1974. p.132.

⁵¹ FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Livraria Almedina, 2001. p. 273.

processuais. Os acordos sobre sentença não representam leniência ministerial em favor do réu, mas sim a compressão do contencioso penal, em busca da efetividade do sistema penal.

1.3 Magistratura: manutenção do poder decisório e preservação da imparcialidade na via consensual

O magno problema que se coloca em matéria de justiça negocial/consensual é o da preservação da imparcialidade do juiz. Há um risco do seu envolvimento na dinamização das negociações.⁵² Ao contaminar a jurisdição, haveria não só a quebra da imparcialidade, como também um nítido fator de coerção do réu.⁵³

A intervenção do magistrado na atividade consensual visa salvaguardar a liberdade e a segurança dos cidadãos e justifica-se na exata medida em que sua equidistância das partes garanta não só o direito ao consenso, como também ao dissenso, em resistência ao acordo sobre sentença. Por essa e outras razões não deve o juiz participar das negociações prévias ao consenso. Isso poderia sugerir que essa (negociação) é a única via disponível. O réu guardaria fundado temor em resistir à ‘sugestão’ do órgão responsável pelo seu julgamento final.

A magistratura norte-americana, alinhada com a tradição anglo-saxônica, mostrou aversão à *guilty plea* durante grande parte do século XIX. Imaginava-se, equivocadamente, que a via negocial implicaria em partilha do poder decisório do Juiz com o Ministério Público.⁵⁴

No sistema brasileiro, assim como no norte-americano, tradicionalmente o juiz sempre teve a prerrogativa de determinar o *quantum* de pena (*sentencing discretion*).

No Brasil, a aplicação da sanção penal (dosimetria) obedece aos estritos critérios legais (artigo 68 do Código Penal). A pena aplicada é um reflexo da análise de um conjunto de circunstâncias judiciais, identificadas durante a instrução penal. Ministério Público e

⁵² As reflexões desenvolvidas neste capítulo partem da perspectiva da possibilidade de ampliação das margens de consenso, sugeridas pelo Projeto de Lei nº 156/2009 (analisado no capítulo posterior).

⁵³ LATAS, Antônio João (Coord). **Mudar a justiça penal**: linhas de reforma do processo penal português. Lisboa: Almedina, 2012. p. 85

⁵⁴ No prólogo da obra *O triunfo do plea bargaining*, Fisher demonstra preocupação com repartição do poder de ditar a sanção entre o Ministério Público e o Poder Judiciário. “Like most of history’s victors, plea bargaining won in great part because it served the interests of the powerful. In the battlefield of the criminal courts, the kind of power that mattered most was the authority to dictate sentences, which judges had and prosecutors generally lacked. To track the course of plea bargaining’s rise, we must discover who always had the power, began to see plea bargaining as in their interest. In this account of plea bargaining’s rise, legislators will play a large role because their power to allocate sentencing authority between prosecutor and judge tilted the terms of battle”. In: FISHER, George. **Plea bargaining’s triumph**: a history of plea bargaining in America. Stanford: Stanford University Press, 2003. p. 2.

Defesa, dialeticamente, supletivam o processo judicial cognitivo. As partes, tradicionalmente, não fixam o patamar de pena, mas sim auxiliam na delimitação da pena devida.

No negócio penal, a pena aplicada continua sujeita a um processo supletivo de colaboração dos sujeitos processuais. Sobretudo, na via consensual, o juiz limita-se a homologar a vontade das partes. O magistrado faz, primeiramente, um juízo de subsunção do réu aos requisitos legais, para, logo após, exarar sua conformidade com o negócio penal. Não há transmutação do poder decisório na via consensual, ele permanece nas mãos do órgão juiz, com todas as faculdades inerentes à jurisdição penal.

O negócio penal reforçará as características perdidas da persecução penal, quais sejam, resposta célere, efetiva e atenção reforçada aos casos mais gravosos, cimentando as características fundamentais das estruturas de poder e preservando as ideologias institucionais dos órgãos de persecução.⁵⁵

Há, de fato, preocupação com a invasão da ‘reserva do juiz’ quando ocorre a subtração da jurisdicalização integral da instrução.⁵⁶ Na via consensual, há procedimento, regulamento pela lei e sujeito à homologação judicial.⁵⁷ Assim, não há subtração da instrução, mas sim mudança de rito. Todos os sujeitos processuais têm a prerrogativa de dissentir sobre o acordo. Essa faculdade de dissenso também pode ser exercitada pelo órgão juiz. Se, por qualquer razão, o magistrado não assentir com o negócio, segue-se a via ordinária. Preserva-se, assim, o poder decisório do juiz e a sua faculdade de optar pela ampla instrução processual.

Tradicionalmente, o mérito do juiz brasileiro não se mede em função de qualquer taxa de condenação, daí conclui-se que o magistrado manterá a sua imparcialidade, resguardando a condição de guardião das liberdades individuais.

É possível ventilar que juízes e promotores de justiça podem, por capricho institucional ou dissidência de ideologias, ter opção diversa sobre a utilidade e a eficiência dos acordos sobre sentença. As rivalidades existentes entre juízes e promotores, principalmente entre os mais antigos, são decorrentes das naturais imperfeições humanas, que nada têm a ver com a ideologia e a mentalidade corporativa.

⁵⁵ COMBS, Nancy. Copping a plea to genocide: the plea bargaining of international crimes. **University of Pennsylvania Law Review**, v. 151, p. 58, 2002.

⁵⁶ TEIXEIRA, Adérito Carlos. **Princípio da oportunidade** – manifestação em sede processual penal e sua conformação jurídico constitucional. Porto: Livraria Almedina, 2000. p. 67.

⁵⁷ Roxin, abordando a peculiaridade Alemã, levanta que o “[...] problema que envolve essa questão é o fato de somente haver a concordância entre arguido e o Ministério Público, o processo seria suspenso, levando a doutrina alemã a dizer que nos pequenos delitos houve um desvio do poder decisório do Tribunal competente para o Ministério Público, ferindo a Constituição Alemã”. In: ROXIN, Claus. **Que futuro para o Direito Processual Penal?** Conferência Inaugural sobre o desenvolvimento do Direito Processual Penal Alemão. Simpósio de Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do código de processo penal português. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 387-388.

Apesar do discurso romântico e recorrente, nos corredores dos Fóruns, nos quais juízes e promotores alegam ter aptidão exclusiva para o exercício de seus próprios cargos, nota-se que todos poderiam alternar-se no desempenho de ambas as funções⁵⁸ sem provocar a quebra da harmonia interna natural das corporações.

Aliás, como é sabido, na Itália a magistratura é composta de cargos de juízes e de procuradores, que podem ser exercidos, indistintamente, por todos os seus membros. Essa unidade, na Itália, faz com que os membros do Ministério Público participem de uma “cultura de jurisdição” e que os juízes valorizem os aspectos das investigações criminais. Esse foi um dos principais fatores que possibilitaram o sucesso da conhecida “Operação mãos limpas”, lá desenvolvida com a prisão de duas mil pessoas, com a recuperação de cerca de 50 bilhões de dólares para o erário público e com a redução de 50% do preço médio das obras públicas.⁵⁹

O papel do julgador – sejam quais forem os seus instrumentos de positivação –, que torne positivo os seus preceitos, e sejam quais forem os valores que se achem enfatizados em seu bojo, radica no social e se volta ao social.⁶⁰ O juiz, na atividade consensual, continuará a ser o árbitro da atividade de imposição de pena, sendo protetor, como dantes, das liberdades individuais do arguido. Para tanto, o juiz é a última etapa de um acordo sobre sentença, preservando todos os poderes da jurisdição, de forma a preservar o andamento da persecução e evitar eventuais deslealdades e abusos.

Advertimos que, para preservar a imparcialidade do juiz e a integridade do acordo, nunca deverá o magistrado participar das negociações sobre sentença, pois o poder de coerção e decisão do juiz pode afetar a livre manifestação de vontade do acusado.

Nas aplicações imediatas de pena o magistrado não é mero homologador de acordos, tanto que deve ele se opor a negócio penal quando não estiver convencido da sua legitimidade e conformidade. A edificação do sistema brasileiro (barganha) deverá buscar seu próprio equilíbrio, identificando a justa interferência judicial no negócio penal, impedindo que o julgador exerça ou interfira nas funções pertinentes ao Ministério Público.

O julgador brasileiro deverá sobrepor-se à passividade judicial da *common law*, com a cautela de não desempenhar um ativismo judicial semelhante ao alemão, talvez norteando o modelo italiano, no qual o acordo envolve as partes e ao juiz cabe o controle da conformidade legal do negócio. O sistema consensual edificado deve ser capaz de produzir decisões

⁵⁸ GAZOTO, Luís Wanderley. **O princípio da não-obrigatoriedade da ação penal pública**: uma crítica ao formalismo do Ministério Público. Barueri, SP: Manole, 2003. p. 189-190.

⁵⁹ Operação mãos limpas. Livreto impresso pela revista Manchete, distribuído em palestras ministradas no Brasil, em 1977, por Procuradores da República italianos.

⁶⁰ SALDANHA, Nelson. **Ordem e hermenêutica**. Rio de Janeiro: Renovar, 1992. p. 298.

(barganhas) justas, adequadas e livres, preservando a jurisdição e maximizando a eficiência do sistema penal, essa é a receita que se espera.

1.4 Advocacia: A bússola da via consensual

A proposta de ampliação da via consensual brasileira estipula, nitidamente (artigos 283⁶¹ e artigo 284 do Projeto de Lei nº 156/2009), prerrogativas incomensuráveis ao advogado. A defesa técnica poderá não só anuir ao acordo sobre sentença sugerido pela Promotoria, como também deterá a iniciativa para proposição da aplicação imediata de pena.

Preenchidos os requisitos legais, em regra, a Promotoria fará a opção pela via consensual. Nesse cenário, o advogado será o verdadeiro fiel da balança entre consensualidade e litígio. Se a defesa não aderir à via negocial, as partes serão encaminhadas ao contraditório pleno, o que elege à Advocacia a condição de verdadeira bússola da trilha consensual.

A presença do advogado será indispensável à concretização do negócio penal.⁶² A *mens legis* presente no artigo 283 do Projeto de Lei 156/2009, que busca disciplinar a aplicação imediata de pena no Brasil, utiliza a expressão: “o acusado, por seu defensor, optará, ou não, pela aplicação imediata da pena”. Presume-se que a vontade da defesa técnica é determinante.

E se houver dissenso entre a vontade do constituinte e a do constituído? Acredito que, nessas hipóteses, o magistrado não poderá descartar a opção desejada pela defesa técnica. O advogado está habilitado a fazer um juízo crítico das implicações do acordo sobre sentença. Havendo incontornável dissidência entre o advogado e o réu, deve o magistrado, preambularmente, nomear outro defensor, ou dar chance do arguido constituir novo causídico. A submissão aos termos do acordo sobre sentença penal deve ser fruto de um ‘ato complexo’, proveniente da conjugação das vontades expressas, uniformemente, pela defesa técnica ‘e’ pelo arguido, sob pena de flagrante nulidade.

O processo penal brasileiro estará sempre subordinado às regras do Estado de Direito e é impossível falar em uma prestação jurisdicional penal sem que se tenha dado oportunidade

⁶¹ Projeto de Lei nº 156/2009. “Art. 283. Até o início da instrução e da audiência a que se refere o art. 276, cumpridas as disposições do rito ordinário, o Ministério Público e o **acusado, por seu defensor**, poderão **requerer a aplicação imediata de pena** nos crimes cuja sanção máxima cominada não ultrapasse 8 (oito) anos [...]. Art. 284. Não havendo acordo entre acusação e defesa, o processo prosseguirá na forma do rito ordinário.”

⁶² Em *MacMann v. Richardson*, a Suprema Corte Norte-Americana reputou obrigatória a presença de defensor no *arraignment*. 397 U. S. 759 (1970), p. 771, n. 14. O direito à assistência efetiva de defensor foi reconhecido pela Suprema Corte, desde os idos de 1932, em *Powell v. Alabama* 287 U. S. 45 (1932).

de ouvir o arguido. A dignidade do acusado é preservada na medida em que ele tem a chance de narrar sua versão para os fatos investigados. Se, no rito de aplicação imediata de pena, não ocorre o interrogatório judicial tradicional, deve ser implantado um mecanismo que possibilite maior atuação da defesa na fase inquisitorial.

Os acordos sobre sentença, em aplicação imediata de pena, dão azo à sentença condenatória ao arrepio da dilação probatória processual. Assim, permitir uma instrução inquisitorial sem a participação da defesa daria uma visão mutilada da realidade ao magistrado, a qual seria percebida pela ótica dos órgãos de persecução.

O ordenamento jurídico alemão, por exemplo, não apresenta uma defesa ativa nas fases preliminares. Lá são restritas as possibilidades de intervenção do advogado nessa fase, estado previsto no StPO (§ 163, a, nº 2), visto que, se o inculcado solicita a produção de determinado meios de prova visando a sua exclusão da culpa, elas somente serão produzidas no caso de serem consideradas importantes, não obrigando, pois, nem a polícia nem o Ministério Público⁶³. O modelo italiano defende a necessidade de uma defesa ativa na fase das investigações preliminares para a legitimação do *patteggiamento*.

Interessante notar que o Projeto de Reforma do novo Código de Processo Penal (Projeto de Lei 156/2009, artigo 13) faculta ao investigado, por meio de seu advogado, de defensor público ou de outro mandatário com poderes expressos, “tomar a iniciativa de identificar fontes de prova em favor da defesa, podendo inclusive entrevistar pessoas”. O projeto inaugura a possibilidade de investigação defensiva⁶⁴, uma novidade intrigante no ordenamento brasileiro.

Segundo André Boiani e Azevedo e Édson Luiz Baldan, a investigação defensiva pode ser definida como

o complexo de atividades de natureza investigatória desenvolvido, em qualquer fase da persecução criminal, inclusive na ante judicial, pelo defensor, com ou sem assistência de consultante técnico e/ou investigador privado autorizado, tendente à coleta de elementos objetivos, subjetivos e documentos de convicção, no escopo de construção de acervo probatório lícito que, no gozo da parcialidade constitucional

⁶³ FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Livraria Almedina, 2001. p. 372.

⁶⁴ Renato Brasileiro de Lima observa que “a investigação por particular foi instituída pela Lei nº 3.099, de 24/02/1957, e regulamentada pelo Dec. 50.532, de 03/05/1961. É permitido o trabalho de investigador particular, desde que não invada a competência privada da Polícia Judiciária, nem atente contra a inviolabilidade domiciliar, a vida privada e boa fama das pessoas. O traço peculiar dessas investigações privadas é, basicamente, a ausência de imperatividade, ou seja, de poder de coerção. Assim, quando o particular investiga por conta própria, conta apenas com seus esforços pessoais e com a colaboração de outras pessoas e de entes públicos ou privados. Falta poder de polícia, ou seja, não goza de imperatividade.”. In: LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016. p. 191.

deferida, empregará para o pleno exercício da ampla defesa do imputado em contraponto a investigação ou acusações oficiais.⁶⁵

Veja que essa participação defensiva não se confunde com a participação dos defensores nos autos de inquérito policial, a qual inclusive já é prevista pelo atual Código de Processo Penal (artigo 14).

Francisco da Costa Oliveira identifica, dentre os principais objetivos dessa investigação:

a) comprovação de álibi ou de outras razões demonstrativas da inocência do imputado; b) desresponsabilização do imputado em virtude da ação de terceiros; c) exploração de fatos que revelam a ocorrência de causas excludentes de ilicitude ou de culpabilidade; d) eliminação de possíveis erros de raciocínio a que possam induzir determinados fatos; e) revelação da vulnerabilidade técnica ou material de determinadas diligências realizadas na investigação pública; f) exame do local e a reconstituição do crime para demonstrar a impropriedade das teses acusatórias; g) identificação e localização de possíveis peritos e testemunhas.⁶⁶

Aqui é possível identificar que a alteração sistêmica de uma justiça contenciosa para consensual passa a ditar mudanças interessantíssimas para a defesa. O Projeto do Código de Processo Penal outorga ao advogado o poder de participar ativamente dos rumos da investigação policial. O defensor deverá desenvolver estratégia investigativa, não estando vinculado às autoridades públicas.⁶⁷

Nesse novo paradigma de prerrogativas, será necessário que o defensor se incumba da valorosa função ética e esclarecedora, cientificando o arguido dos perigos da demanda. O advogado deverá escolher a estratégia mais adequada para a defesa dos interesses de seu cliente e não para justificar os honorários a serem cobrados. Será indispensável o exercício de lealdade no sentido de não induzir o acusado a ter infundadas esperanças de um êxito certo no processo pelas vias normais. Haverá de existir mais participação do defensor na apuração dos fatos, sobretudo participando, ativamente, da edificação do inquérito Policial. Se o rito abreviado impõe curta duração do processo, se exigirá intensa participação da defesa técnica na fase investigativa.

⁶⁵ BALDAN, Edson Luis; AZEVEDO, André Boiani e. A preservação do devido processo legal pela investigação defensiva (ou do direito de defender-se provando). *Boletim IBCCrim*, ano 11, n. 137, p. 7, 2004.

⁶⁶ OLIVEIRA, Francisco da Costa. *A defesa e a investigação do crime*. Coimbra: Almedina, 2004 apud MACHADO, André Augusto Mendes. *Investigação criminal defensiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 172.

⁶⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*: volume único. 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016. p. 190.

1.5 Acordo sobre sentença e honorários advocatícios

A vulgarização dos cursos de Direito no Estado Brasileiro, com a formação ‘industrial’ de bacharéis e advogados, tornou a função da advocacia altamente competitiva. O advogado deve estabelecer uma correlação de energia/lucro, otimizando seu tempo de trabalho.

Uma aplicação imediata da pena, nos moldes em que se pretende edificar o Brasil, levantará duas preocupações preponderantes aos membros da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) que militam na seara criminal:

- 1) Os honorários advocatícios sofrerão abalo e redução, na perspectiva de que o negócio penal seria menos complexo do que a instrução processual?
- 2) Pode ocorrer um etiquetamento negativo do profissional que se curve, frequentemente, ao negócio penal?

A advocacia brasileira se destaca por sua beligerância. O ônus do ‘tempo do processo’ sempre foi da acusação, a procrastinação aguda do feito resultava, não raro, em prescrição da pretensão punitiva. Assim, uma das técnicas para evitar o cumprimento de sentença era a interposição múltipla de recursos e sucedâneos recursais. Não raro, um advogado era reconhecido no meio jurídico brasileiro por sua habilidade em evitar o trânsito em julgado, resguardando a liberdade do réu. Isso custava dinheiro ao arguido e gerava divisas ao advogado.

Contudo, o Supremo Tribunal Federal, em julgamento emblemático (HC 126292) aos 17 de fevereiro de 2016, subentendeu ser possível o início da execução da pena condenatória após a confirmação da sentença em segundo grau. A política recursal, como estratégia de protelação da prestação jurisdicional, não deverá mais ser utilizada como técnica de defesa. A Corte Suprema sacramentou que não ofende o princípio constitucional da presunção da inocência submeter o réu à execução de pena após decisão de segunda instância, uma vez que, aos Tribunais Superiores, é reservada discussão apenas das matérias de fato.

Esse contexto elevará o acordo sobre sentença a uma alternativa que deverá ser detidamente considerada pela defesa. A beligerância cega poderá implicar na prisão dos réus.

Não acredito que haverá etiquetamento negativo dos advogados que tiverem o vezo de aderir à aplicação imediata de pena. Nos EUA há advogados que chegaram ao ponto de nunca levarem um cliente perante o júri (*cop-out lawyers*).⁶⁸

Há uma certeza: o negócio penal transformará a metodologia de cobrança de honorários advocatícios no Brasil. Alguns advogados cobram por evento processual (resposta à acusação; participar da audiência de instrução e julgamento; interpor recurso; fazer sustentação oral perante o Tribunal; recorrer às cortes superiores etc.), tornando pouco atrativo, no plano econômico, o acordo penal. Para esses ‘profissionais, quanto maior a procrastinação e a demora processual maiores os ganhos. Quantos aos profissionais que cobram pela ‘empreitada global’ de serviço, eles certamente efetivarão cobranças distintas entre os honorários que resultem na admissão do acordo e aqueles que serão contemplados na hipótese de contencioso judicial.

Um fato inegável é que a consulta ao advogado terá valor pungente. Para a advocacia, o ‘toque de Midas’, no processo penal consensual, será a escolha entre ‘barganhar’ ou o enfrentamento processual. Na dúvida, o defensor vai optar pelo *guilty plea*⁶⁹, antevendo todas as vantagens do sistema, como a possibilidade de uma pena mínima. O erro de cálculo poderá custar a reputação do advogado.⁷⁰ A prática ditará os novos rumos da advocacia. Não consigo identificar aspectos negativo na mudança no que diz respeito aos honorários advocatícios.

Muito embora a Ordem dos Advogados do Brasil fixe, legalmente, uma ‘tabela mínima’ de honorários a serem cobrados, sabemos que essa tabela é meramente ilustrativa, uma vez que cada advogado tem seu critério particular de cobrança. A bem da verdade, em regra, o valor cobrado obedece a um binômio: capacidade econômica do réu⁷¹ e padrões

⁶⁸ É óbvio que os advogados conhecidos como *cop-out-lawyers* perdem um pouco de credibilidade quando “ameaçam” o *prosecutor* de levar o caso a julgamento se houver recusa de uma proposta que já tenham feito. Cf. BIBAS, Stephanos. Plea bargaining outside the shadow of Trial. **Harvard Law Review**, v. 117, p. 2478, 2004.

⁶⁹ Albergaria, analisando o tema no sistema norte-americano, contemplou que “[...] se um defensor se mostrar especialmente rebelde, pode o juiz, por exemplo, insinuar que a pena aplicável ao arguido que insistir no julgamento será mais severa, ou que não o nomeará defensor para futuros casos, ou ainda assumir uma política de denegação de liberdade sob fiança (*on bail*), tão relevante quanto o desconto da prisão preventiva na pena é obrigatório nos E.U.A., como pode o MP., por seu lado, ameaçar o defensor de que não será clemente para com outro cliente se o arguido não se declarar culpado, etc.”. ALBERGARIA, Pedro Soares de. **Plea bargaining** – aproximação à justiça negociada nos EUA. Coimbra: Almedina, 2007. p. 41.

⁷⁰ ALSCHULER, Albert W. The defense Attorney's Role in plea bargaining. **Yale Law Journal**, v. 84, p. 1199 e ss., 1975.

⁷¹ Não identifico prudente dotar papel ativo à vítima na aplicação imediata de pena nos crimes de ação penal pública. A vontade da vítima é determinante para a persecução dos crimes de ação penal privada ou pública condicionada à representação. Vejo com prudência a previsão do Legislador Italiano, no *Codice* de 1989, quanto à vedação da utilização da coisa julgada penal no júízo civil em relação aos procedimentos de *applicazione della pena su richiesta dele parti* (art. 445º, nº 1, do Código de Processo Penal Italiano). Seria interessante idêntica regra no ordenamento jurídico brasileiro.

‘valorativos’ do escritório advocatício, que leva em conta, dentre outros fatores, a complexidade do caso.

A previsão da Investigação Defensiva (artigo 13 do Projeto de Lei 156/09) que faculta ao investigado, por meio de seu advogado, tomar a iniciativa de identificar fontes de prova em favor da defesa e pleiteá-las no inquérito policial levará ao surgimento de outro filão de advocacia, qual seja, os escritórios especializados em investigação policial, aptos a acompanhar e influenciar na apuração dos fatos.

Quanto aos defensores públicos – funcionários pagos pelo Estado para promover a defesa técnica dos menos favorecidos –, o negócio penal surgirá como caminho óbvio para a estabilização das pendências dos respectivos gabinetes, viabilizando, sobretudo, reserva de tempo para dedicação acentuada aos processos mais complexos.⁷² A Defensoria no Brasil é uma instituição sólida, de carreira, apta a absorver todas as implicações decorrentes da adesão ao acordo penal, e a conveniência do acordo não refletirá na qualidade dos serviços prestados. Deverá existir, sobretudo, instrumentos de controle efetivo da atuação profissional do defensor, de modo a evitar o extremo oposto, ou seja, o empenho do defensor público pela via do consenso tão somente para uma rápida resolução do feito e consequente fuga da carga de trabalho.⁷³

⁷² ALSCHULER, Albert W. The defense Attorney's Role in plea bargaining. **Yale Law Journal**, v. 84, p. 1248 e ss., 1975. Com uma detida descrição e comparação das motivações dos diferentes defensores (*privatte attorney, public defender e appointed attorney*) em se alinharem na *plea bargaining*, v. o autor e a obra citada, p. 1181 e ss., p. 1206 e ss. e p. 1256 e ss. Também BIBAS, Stephanos. Plea bargaining outside the shadow of Trial. **Harvard Law Review**, v. 117, p. 2476 e ss., 2004.

⁷³ FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Livraria Almedina, 2001. p. 218.

2 DE *LEGE FERENDA*: ASPECTOS CRÍTICOS DA PROPOSTA DE ALTERAÇÃO DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL (APLICAÇÃO IMEDIATA DE PENA)

A lentidão nos julgamentos prejudica os interesses do Estado, da vítima e da sociedade em geral. Questões econômicas e o efeito deletério do tempo na produção das provas tornam a procrastinação inimiga da efetividade. Enquanto perdura o processo, o réu tem sua imagem e reputação estigmatizados, ao passo que sua liberdade se equilibra no fio da navalha processual.

A celeridade e a produtividade guardam forte relação com a própria noção de justiça. Não se trata, aqui, de impor a mecânica de ‘produção industrial’ às decisões judiciais, mas sim de observar que a resposta judicial não pode ignorar questões de custos e meios disponíveis. A sociedade espera que exista uma organização e uma manutenção inteligentes do sistema penal.⁷⁴

É nessa perspectiva que surge o Projeto de Lei nº 156/2009, apresentado no Senado em 22 de abril de 2009, que amplia, definitivamente, os horizontes da justiça consensual brasileira.

Na proposta, o Ministério Público e a Advocacia poderiam sugerir imposição antecipada de pena, com o fim de abreviar o processo penal, em uma patente desformalização do processo. O projeto tramitou pelo Senado, estando sujeito, atualmente, à apreciação da Câmara dos Deputados, sob o número PL 8.045/2010.⁷⁵ A abreviação de rito conjecturada pelo legislador brasileiro lança a possibilidade de aplicação imediata de pena privativa de liberdade sem o ‘tradicional’ devido processo legal condenatório. Havendo confissão quanto aos fatos e ajuste entre as partes surgirá condenação consensual.⁷⁶

Vejamos o teor da proposta de lei nº 156/2009, originada no Senado Federal:

Art. 283. Até o início da instrução e da audiência a que se refere o art. 276, cumpridas as disposições do rito ordinário, o Ministério Público e o acusado, por seu

⁷⁴ GASPAR, Antônio Henrique. O tempo judiciário e a qualidade da decisão: eficiência do sistema e eficácia da decisão. **Julgar**, Coimbra, v. 5, p. 21-22, 2008.

⁷⁵ Texto extraído do sítio da Câmara dos Deputados. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=831788&filename=PL+8045/2010. Acesso em: 13 out. 2015.

⁷⁶ CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. *Plea bargaining* e justiça criminal consensual: entre os ideais de funcionalidade e garantismo. **Custos Legis, Revista Eletrônica do Ministério Público Federal**, v. 4, p. 1-26, 2012. Disponível em: http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista/2012_Penal_Processo_Penal_Campos_Plea_Bargaining.pdf. Acesso em: 14 out. 2015.

defensor, poderão requerer a aplicação imediata de pena nos crimes cuja sanção máxima cominada não ultrapasse 8 (oito) anos.

§ 1º São requisitos do acordo de que trata o *caput* deste artigo:

I – a confissão, total ou parcial, em relação aos fatos imputados na peça acusatória;

II – o requerimento de que a pena privativa de liberdade seja aplicada no mínimo previsto na cominação legal, independentemente da eventual incidência de circunstâncias agravantes ou causas de aumento da pena, e sem prejuízo do disposto nos §§ 2º e 3º deste artigo;

III – a expressa manifestação das partes no sentido de dispensar a produção das provas por elas indicadas.

§ 2º Aplicar-se-á, quando couber, a substituição da pena privativa de liberdade, nos termos do disposto no art. 44 do Código Penal, bem como a suspensão condicional prevista no art. 77 do mesmo Código.

§ 3º Mediante requerimento das partes, a pena aplicada conforme o procedimento sumário poderá ser, ainda, diminuída em até 1/3 (um terço) do mínimo previsto na cominação legal, se as condições pessoais do agente e a menor gravidade das consequências do crime o indicarem.

§ 4º Não se aplica o disposto no § 3º deste artigo se incidir no caso concreto, ressalvada a hipótese de crime tentado, outra causa de diminuição da pena, que será expressamente indicada no acordo.

§ 5º Se houver cominação cumulativa de pena de multa, esta também será aplicada no mínimo legal, devendo o valor constar do acordo.

§ 6º O acusado ficará isento das despesas e custas processuais.

§ 7º Na homologação do acordo e para fins de aplicação da pena na forma do procedimento sumário, o juiz observará o cumprimento formal dos requisitos previstos neste artigo.

§ 8º Para todos os efeitos, a homologação do acordo é considerada sentença condenatória.

§ 9º Se, por qualquer motivo, o acordo não for homologado, será ele desentranhado dos autos, ficando as partes proibidas de fazer quaisquer referências aos termos e condições então pactuados, tampouco o juiz em qualquer ato decisório.

Art. 284. Não havendo acordo entre acusação e defesa, o processo prosseguirá na forma do rito ordinário.

Na prática, encurta-se a duração do processo, em abreviação de rito, mediante a dispensa de produção de prova processual.

A proposta confere ao Ministério Público a liberdade de promover um encerramento abrupto do processo. A condenação conspirará a favor dos interesses da defesa, uma vez que, havendo consenso, a pena será imposta em seu patamar mínimo. Excepcionalmente, se as condições pessoais do agente e a menor gravidade das consequências do crime o indicarem, poderá a sanção, ainda, ser diminuída em até 1/3 (um terço) do mínimo previsto na cominação legal.

A preocupação com a economia processual não propicia ares de mercantilização ao Direito Penal, tampouco se permutam os valores objetivos da norma com as aspirações umbilicais do Ministério Público. Na aplicação imediata de pena, os órgãos de persecução visualizam uma forma mais rápida e eficaz de produzir direito justo. O Ministério Público ganha a certeza da condenação e a possibilidade de concentrar esforços no contraste judicial dos crimes mais relevantes.

Muitos identificam, na proposta brasileira, patente inspiração no modelo norte-americano⁷⁷, onde os julgamentos proferidos pelos tribunais resultam de uma *plea of guilty*, a qual, normalmente, subjaz a *plea bargaining*.

Nos Estados Unidos, a barganha chega a ser aplicada em cerca de 90%⁷⁸ dos casos, preferencialmente nos delitos de pequena gravidade e sem violência, afastados os de índole sexual e entorpecentes. Lá, o fenômeno da negociação da declaração de culpa eleva o Ministério Público a uma singular posição de Poder.

Sobretudo, é importante observar que as prerrogativas negociais do Ministério Público americano derivam, acima de tudo, da extrema disponibilidade que as próprias partes têm do objeto do processo naquele sistema.

Não é fácil identificar as precisas razões da emergência⁷⁹ e da consolidação do fenômeno da *negotiated plea* nos EUA. Talvez isso nem seja possível. Poderíamos indicar o acento tônico da pressão exercida por avultadas pendências processuais, resultantes da agitação social e econômica que atingiu a América do Norte com a intensa industrialização da nação americana posterior à guerra civil.

Sem negar a importância do modelo norte-americano, identificamos, sobretudo, que a proposta brasileira sofre acentuada inspiração do direito italiano.⁸⁰ Com um sistema

⁷⁷ “Os estudos versando especificamente a história da negociação da declaração de culpa nos E.U.A são, em geral, recentes e, apesar de tudo, abarcáveis. Não sendo objeto deste trabalho uma incursão exaustiva sobre um tal aspecto, pode tomar-se como ponto de partida que deles se extrai predominantemente que a negociação da declaração de culpa, ao menos enquanto *característica sistêmica*, não está, por assim dizer, inscrita no patrimônio genético do processo penal norte-americano, antes se mostrando um traço fenotípico dele, adquirido e consolidado no decurso do século XIX, e que só se deu a conhecer à opinião pública em geral no princípio do século XX (anos 20/30).” ALBERGARIA, Pedro Soares de. **Plea bargaining** – aproximação à justiça negociada nos EUA. Coimbra: Almedina, 2007. p. 27.

⁷⁸ “A *plea bargain* is a contract with the state. The defendant agrees to plead guilty to a lesser crime and receive a lesser sentence, rather than go to trial on a more severe charge where he faces the possibility of a harsher sentence. *Plea bargaining* is enormously popular with prosecutors; according to researcher Douglas Guidorizzi, something like 90 percent of criminal cases end in a plea bargain. In recent decades, courts have upheld extreme and unfair prosecutorial tactics in negotiating plea bargains.” SANDEFUR, Timothy. In defense of plea bargaining. **Regulation**, v. 26, n. 3, p. 28, Fall 2003.

⁷⁹ O incremento da *adversariness* é proporcional ao decréscimo dos julgamentos por júri e ao incremento das *guilty pleas*, ou melhor dito, ao incremento da acusatoriedade como modelo normativo correspondeu a uma degradação dela enquanto modelo histórico/concreto. Entre outros, ver FEELEY, Malcolm. Legal complexity and transformation of the criminal process: the origins of plea bargaining. **Israel Law Review**, v. 31, p. 183 e ss., 1997.

⁸⁰ “A doutrina costuma dividir a ocorrência do instituto do *patteggiamento* em duas hipóteses: a) *patteggiamento tradizionale*, que diz com a primeira hipótese de sua previsão legal, e consiste no acordo em que haja a aplicação de pena substitutiva à prisão ou multa; ou então quando houver a possibilidade de aplicação de pena que não supere a dois anos de prisão, ainda que conjuntamente com multa (Código de Processo Penal italiano, artigo 444, I); b) *patteggiamento allargato*, introduzida no ano 2003, quando do acordo decorre uma pena superior a dois anos, mas que seja limitada a até cinco anos, com ou sem a cumulação de multa, observada a diminuição de um terço igualmente (Código Processo Penal italiano 444, I)” apud BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **A negociação de sentença criminal e os princípios processuais penais relevantes**. 2015. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais) – Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2015. p. 99.

tipicamente acusatório, a Itália adotou modernos critérios de negociação penal e medidas de despenalização. Com a “aplicação da pena com base em pedido de parte”, ou *applicazione della pena su richiesta delle parti*.⁸¹

Na *applicazione della pena su richiesta delle parti*, o Ministério Público italiano pode fazer uso do “pacto”, ou *patteggiamento*, dirigindo-o à parte contrária ou ao juiz, edificando um verdadeiro acordo sobre a sentença. Essa negociação se aplica às sanções pecuniárias ou de privação de liberdade, por meio de uma petição para aplicação de determinada pena, subsistindo ao juiz apenas o controle de legalidade, bem como a verificação do preenchimento dos pressupostos autorizadores da medida, com uma qualificação jurídica correta do fato.⁸²

Interessante observar que, no direito italiano, o requerimento de aplicação imediata da pena, *richiesta*, pode partir de qualquer uma das partes, desde que haja o consentimento da outra.

Na Itália, se o Ministério Público não concordar com a proposta da defesa, deverá apresentar posicionamento fundamentado, com o fim de demonstrar que não se trata de decisão arbitrária. O magistrado, então, poderá acolher as razões e afastar o pedido, partindo para o juízo oral, ou considerar injustificadas as formulações, adotando a razoabilidade da solicitação, ou *richiesta*.⁸³

O Brasil adota um sistema peculiar, outorgando ao Ministério Público a legitimidade para deflagração da política premial. No modelo brasileiro, caso o Ministério Público discorde quanto à aplicação do acordo, deverá o Juiz prosseguir na forma do rito ordinário (artigo 284 do PL).⁸⁴ Enquanto no direito italiano a aplicação imediata da pena é um direito subjetivo do réu, que deve ser assegurado pelo magistrado, no ordenamento brasileiro o consenso é uma faculdade das partes. A sentença consensual é condicionada à vontade mútua da acusação e da defesa.

A proposta brasileira outorga ao Ministério Público a verdadeira condição de gestor da contenciosidade penal, ele decidirá quando o favor premial deverá ser ofertado. Mesmo que o

⁸¹ Regulado pelos artigos 444 a 448 do Código de Processo Penal Italiano.

⁸² RODRIGUES GARCÍA, Nicolás. **La justicia penal negociada** -experiencias de derecho comparado. 1. ed. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 1997. p. 169; 171.

⁸³ Artigo 448, I, do Código de Processo Penal Italiano.

⁸⁴ Artigo 284 do Projeto de Lei 8.045/2010: “Não havendo acordo entre acusação e defesa, o processo prosseguirá na forma do rito ordinário”.

réu preencha os requisitos contemplados pela lei, tal fator não será, por si só, determinante para gozo da causa de diminuição de pena (política premial).⁸⁵

Aprovado o projeto de lei, deverão ser edificadas formas de controle sobre a discricionariedade ministerial. O dissenso do Ministério Público em ofertar a aplicação imediata de pena, nas hipóteses em que ela seria cabível, deverá ser motivado, pois isso evitará arbitrariedades. Ao compreender as razões da recusa, o ‘lesado’ poderá se insurgir contra a perspectiva ministerial. A recusa poderá ser fundamentada em particular política criminal desenvolvida em uma Comarca, mas necessita ser justificada. Já o dissenso do acusado não se encontra condicionado à qualquer necessidade de fundamentação.

O *caput* do artigo 283 do Projeto de Lei nº 156/2009 contempla a possibilidade de aplicação imediata da pena para os crimes cuja sanção máxima cominada não ultrapasse oito anos. A proposta não se importa com o patamar mínimo contemplado pela norma objetiva e é significativo o rol de infrações penais que permitirá o julgamento antecipado do processo.

Nuestros hermanos espanhóis também não se importam com o patamar mínimo contemplado pelo tipo penal. O grande avanço da legislação espanhola reside no fato de que o *ministerio fiscal* detém a liberdade de firmar acordos sobre sentença nos casos em que a pena concreta, requerida pelo Ministério Público, não ultrapasse seis anos. A proposta brasileira se ateu à pena abstrata para identificar o espaço de consenso, enquanto na Espanha é a pena em concreto que delimita a possibilidade de submissão do réu ao regime de consenso sobre pena.

A proposta de lei brasileira teria sido mais prudente se, simplesmente, tivesse oportunizado ao Ministério Público a estipulação da pena em concreto, respeitando os limites mínimos e máximos contemplados pelo tipo penal, a exemplo do modelo espanhol. A instituição citada poderia efetivar uma proposta de pena, reduzida, conjecturando a medida premial adequada e atenta ao patamar fixado pelo legislador. Um dos grandes equívocos do nosso projeto consiste em determinar uma redução uniforme. Assim, se o crime tiver pena máxima menor ou igual a oito anos, optando as partes pela via consensual, haverá de ser aplicada a redução para o patamar mínimo, em abstrato, contemplado pelo tipo penal.

Determinar um mesmo critério de redução de pena na política premial⁸⁶ dificulta o processo de individualização da pena, furtando ao Ministério Público a possibilidade de

⁸⁵ “É de se sublinhar que, diferentemente da transação penal (art. 76 da Lei nº 9.099/95) e da suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei dos Juizados Especiais), nos quais, uma vez preenchidos os requisitos legais, o autor do fato ou réu tem direito às benesses, não podendo o parquet se recusar a oferecê-los, no acordo contemplado no projeto vigora com força hercúlea a oportunidade plena em aderir ou se afastar do consenso” (COSTA, Rafael Paula Parreira. Barganha no projeto do novo Código de Processo Penal. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3796, 22 nov. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25927>>. Acesso em: 13 out. 2015).

conjecturar critérios de culpabilidade penal, que devem ser ínsitos a toda proposta de imposição de pena.

Na prática, réus que violarem uma mesma figura típica, atingindo o bem jurídico com severidades distintas e culpabilidades diversas, poderão ser submetidos a uma mesma medida de pena. O projeto de lei não levanta prejuízo ao arguido, uma vez que sofrerá aplicação de pena mínima. Sobretudo, pode causar desconforto ao órgão ministerial, o qual nem sempre estará satisfeito com a pena aplicada no piso.

Visando conjecturar critérios de culpabilidade, o legislador fez previsão de possibilidade de diminuição da pena em “até” 1/3 (um terço) do mínimo contido no tipo penal, se as condições pessoais do agente ‘e’ a menor gravidade das consequências do crime o indicarem. Veja que os critérios fixados são cumulativos. Acreditamos que a singularidade desse critério de diminuição seja insuficiente para viabilizar uma perfeita individualização da pena, apta a conjugar a peculiaridade de cada caso concreto. A melhor solução seria outorgar mais liberdade para que o Ministério Público indique a medida de pena nos limites impostos pelo tipo penal. Não raro, a indignação com a pena mínima será fator fundante para inibir a prática consensual por parte da Promotoria de Justiça.

O legislador brasileiro também poderia ter se inspirado no Código de Processo Penal italiano. O *Codice di Procedura Penale Italiano* contemplou a *applicazione della pena su richiesta delle parti* (artigo 444°-448°), conhecido como *patteggiamento*. Essa legislação gerou a forma de consenso mais típica, na qual acusado e ministério público podem pedir ao juiz a aplicação, na natureza e quantidade indicada, de uma sanção substitutiva ou de pena pecuniária, diminuída até um terço, ou de pena privativa de liberdade quando esta, levando-se em conta todas as circunstâncias, e diminuída de um terço, não supere a dois anos de reclusão ou detenção, isolada ou conjuntamente com a pena pecuniária.

O Brasil poderia eleger o patamar de pena que subentende adequado à aplicação da política premial, mas a atividade negocial teria por pressuposto o montante de pena *in concreto* fixada. Interessante perceber que no *patteggiamento* italiano não ocorre uma condenação sem provas, e sim a valoração probatória dos elementos obtidos na fase das investigações preliminares, mediante consenso do acusado. Não há uma confissão

⁸⁶ Schünemann subentende que a redução acentuada da pena nos acordos sobre sentença parece ter um “nítido estímulo a adesão do réu!”. Sobre esse ponto, ver SCHÜNEMANN, Bernd. **La reforma del Processo Penal**. Madrid: Dykinson, 2005. p.107 e ss., onde o autor propõe uma redução máxima de 1/5.

propriamente dita, tampouco uma admissão de responsabilidade expressa, mas renúncia à defesa plena como política premial.⁸⁷

A proposta brasileira, sobretudo, não viola a culpabilidade penal. Toda reação criminal pressupõe um juízo de censura ao agente⁸⁸, que deve obedecer aos exatos limites de sua culpabilidade. Entretanto, ao fixar pena mínima, a legislação garante que não haja violação da culpabilidade em prejuízo do réu. A proposta de lei brasileira continua a ser válida no sentido de que resguardada ao Ministério Público a facultatividade latente de se contentar com a aplicação de pena mínima ou buscar a exata delimitação da responsabilidade no contraditório amplo. Assim, não há prejuízos ou violação da culpabilidade, o que temos é a opção ministerial pela política consensual.

O modelo norte-americano (*plea bargaining*) não identifica limites na configuração da pena a ser fixada no acordo, haja vista que lá a Promotoria detém ampla liberdade para estipulá-la. A barganha estadunidense estabelece ampla possibilidade de acordo, inclusive em relação à tipificação da conduta, limitação do número de crimes imputados; incidência de causas de aumento ou de diminuição; regime de cumprimento de pena e tempo para progressão de regime.⁸⁹ Como vimos, o sistema de controle político, efetivado sobre o membro do Ministério Público americano, contribui para evitar o uso pernicioso da política premial.

Atento à forma de investidura e à independência funcional inerente ao Ministério Público brasileiro, identificamos que andou em boas linhas o legislador ao fixar o limite mínimo de diminuição de pena. A pena, em regra, não será diminuída aquém do mínimo legal. Aqui se materializa uma das formas de controle sobre a prática consensual desenvolvida.

⁸⁷ In: FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Livraria Almedina, 2001. p. 253.

⁸⁸ TEIXEIRA, Adérito Carlos. **Princípio da oportunidade** – manifestação em sede processual penal e sua conformação constitucional. Coimbra: Livraria Almedina, 2000. p. 24.

⁸⁹ “A *date bargaining*: o arguido acordavam em alterar a data da consumação do crime tendo como objetivo iludir a possibilidade de aplicação das próprias Fed. Sent. Guid. *Fact bargaining*: M.P e arguido acordam numa reconstrução dos fatos por forma a que eles integrem uma conduta sancionada com pena mais leve em relação à que a acusação estava em condições de provar. *Range bargaining*, pela qual o MP e arguido acordam em que o primeiro recomende ao juiz que a pena se fixe na moldura mínima prevista para a conduta respectiva. *Guideline-factor bargaining*, pela qual o MP e o arguido podem manipular as circunstâncias modificativas da responsabilidade do último. *Substantial-assistance bargaining*, mediante a qual, em troca da confissão do arguido o MP obriga-se a invocar a cooperação do primeiro na investigação ou na perseguição criminal de outra pessoa pra efeito de o tribunal fixar pena abaixo do previsto nas *guidelines*” (ALBERGARIA, Pedro Soares de. **Plea bargaining** – aproximação à justiça negociada nos EUA. Coimbra: Almedina, 2007. p. 25.)

A proposta brasileira dispensa a fixação de audiências prévias entre o Ministério Público e o arguido. A lei estipula o patamar da redução, assim, desnecessária qualquer deliberação prévia sobre o quantitativo da margem de redução.

Estipular o patamar máximo de redução representa uma timidez em acerto. A conformação do Ministério Público brasileiro exclui qualquer forma de *controle político* sobre a atuação efetiva de seus membros. Isso ocorre, sobretudo, em razão da regra de provimento dos cargos nas carreiras do Ministério Público por concurso público de provas e títulos (*merit system*). Aqui não existe o processo democrático de eleição do Promotor de Justiça, como ocorre nos Estados Unidos da América.

O provimento dos cargos de *prosecutor* americano por procedimento democrático de eleição, ao menos em tese, aumentaria as chances de que esses profissionais guiassem sua atuação pelos interesses e valores de seu eleitorado (público). Na doutrina norte-americana, e, inclusive, no senso-comum, defende-se que, quanto maior a discricionariedade exercida pelo agente público, maior deve ser a *accountability* (expressão de difícil tradução, associada à responsabilização e ao dever de prestação de contas) a que deveriam estar sujeitos.

Em termos práticos, o regime eleitoral dos *chief prosecutors* norte-americanos ajuda, de alguma forma, no controle político exercido pelo eleitorado. As campanhas eleitorais dos *prosecutors* sempre dão ênfase ao sucesso estatístico do candidato à reeleição, enfocando as soluções exitosas dos casos mais famosos.

Com a ausência de controle político, o membro do Ministério Público brasileiro sofre apenas três controles: a) disciplinar, efetivado pelas Corregedorias do Ministério Público, sem invadir a independência funcional do membro; b) de consciência, ligado a uma filosofia institucional conjugada com os valores pessoais de cada Promotor de Justiça; e, c) o judicial, exercido pelos magistrados, que, via de regra, agem de maneira bastante comedida (*judicial self-restraint*), o que pode se explicar, em parte, por uma espécie de reverência à instituição (Ministério Público).

Não há dúvida de que a ampliação das margens de consenso no processo penal brasileiro, tal qual se deseja no mencionado projeto de lei, evidencia que “o nosso Ministério Público terá de ser visto com uma autoridade que pensa e age segundo categorias tipicamente jurisdicionais”.⁹⁰

⁹⁰ Considerações de Jesecheck, que, ao abordar o sistema alemão, realçou os efeitos miméticos no brasileiro (apud HÜNDERFELD, Peter. A pequena criminalidade e o Processo Penal. **Revista de Direito e Economia**, Coimbra, ano IV, n. 1, p. 41, 1978).

A proposta brasileira estipula como condição essencial para a confecção do acordo, a confissão, total ou parcial, em relação aos fatos imputados na peça acusatória. Perceba que a legislação revoga a disposição do antigo código, permitindo que a confissão seja a única prova judicial necessária para ensejar uma condenação. O juiz não deverá mais confrontar a confissão com as demais provas do processo, até porque não haverá outras provas judicializadas.

Sobretudo, o magistrado deverá contemplar a conformidade da confissão para com as demais provas indiciárias do inquérito, visando efetivar, a princípio, a admissibilidade da denúncia e, posteriormente, a conformidade da confissão.

Sobrevive, na prática negocial, o ‘juízo’ crítico de admissibilidade da peça acusatória. Quando o Juiz entender que inexistem indícios suficientes da prática do crime, ou mesmo quando vislumbrar a ocorrência de um crime mais grave do que o narrado na exordial acusatória, não deve ele rejeitar o acordo, mas sim a própria denúncia que sustenta o acordo. A denúncia continuará a passar por um crivo de acolhimento, atento a todos os requisitos da legislação processual (artigo 395 do CPP).⁹¹

Deve haver congruência entre o delito praticado e o acordo sugerido pelo Ministério Público. Evita-se, assim, excessos negociais que possam degenerar o sistema para formas intoleráveis de sobreimputação e/ou infraimputação, salvaguardando a coerência entre realidade, imputação e sanção consensual.⁹²

O modelo brasileiro, aqui, se aproxima do *patteggiamento* italiano, no qual o negócio não pode incidir sobre a natureza da imputação dos fatos criminosos, ao contrário do que acontece com o *charge bargaining* ou com a *guilty plea* norte-americanos. Isto é, o *Pubblico Ministero* não poderá, em troca, por exemplo, da confissão do arguido, não exercer a ação penal em relação a outros crimes ou acusar por um crime menos grave. A componente premial do *patteggiamento* não abrange, desse modo, os fatos objeto do processo e que servirão de base à decisão final, não sendo possível a existência de um pacto entre *Pubblico Ministero* e imputado que adapte o que realmente aconteceu.

No modelo italiano as partes, ou uma delas, realiza, por conta própria a operação de medida de pena – até então atribuição natural do juiz. Nessa conjectura motivada, a parte identifica a pena a ser aplicada e a reduz em até um terço e, se não ultrapassado o limite

⁹¹ **Art. 395.** A denúncia ou queixa será rejeitada quando: **I** - for manifestamente inepta; **II** - faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou **III** - faltar justa causa para o exercício da ação penal.

⁹² LATAS, António João (Coord.). **Mudar a justiça penal:** linhas de reforma do processo penal português. Coimbra: Almedina, 2012. p. 92.

fixado pelo legislador (na Itália, dois anos), requer a aplicação do benefício premial. Preserva-se, nesse modelo, a integralidade de todos os poderes da jurisdição penal e exige-se congruência entre fato natural, acusação e condenação. No modelo consensual brasileiro, formulado no projeto de lei nº 156/2009, a medida de pena acaba por ser quase sempre a mesma, enquanto no modelo italiano a fórmula permite adequar a medida de pena a critérios hígidos de razoabilidade e proporcionalidade, atento aos primados de culpa e culpabilidade.

No modelo que se propõe para o Brasil, a denúncia deverá vir acompanhada de provas indiciárias aptas a ensejar a sua admissibilidade, sendo a confissão o elemento suplementar indispensável para a prolação da aplicação imediata de pena.⁹³

Nesse modelo, a proposta de consenso deve ser efetivada em observância aos fatos descritos na denúncia. O princípio da congruência exige que a atividade negocial subsuma-se ao fato descrito na peça acusatória. Nesse ponto, nossa proposta guarda acentuada distinção com o direito norte-americano, pois aqui não se pode barganhar quanto à tipificação do delito.

É indispensável a propositura da denúncia. A peça acusatória não só delimitará a responsabilidade de réu, como poderá contextualizar a defesa sobre os exatos limites da imputação que recairá sobre seu cliente caso opte pelo contraditório amplo. Essa conduta evitará o *overcharging*⁹⁴, ou seja, o blefe, como instrumento de indução a uma negociação viciada.

A denúncia conterà a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possam identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas.

A obrigatoriedade na deflagração da denúncia não retira a natureza discricionária do consenso. Assim, sobrevive uma obrigatoriedade de agir, mas não de propulsionar irracionalmente a ação penal em busca da máxima sanção.

Com a denúncia colacionada nos autos, há uma dupla garantia: 1) ordenação limitadora do poder punitivo estatal; 2) proteção do réu, no sentido de evitar surpresas quanto ao conteúdo da acusação.

⁹³ O acusado deverá ser ouvido (interrogatório) pela autoridade judicial. Essa postura reflete um posicionamento consolidado na Suprema Corte americana, na qual o interrogatório do acusado surge como sua garantia para a efetivação do acordo livre de pressões (Estados Unidos. Supreme Court. *Santobello v. New York*, 404 U.S 91971, documento não paginado). Nos Estados Unidos, seja no caso de *guilty plea*, seja no caso de *nolo contendere*, deve o juiz realizar todas as investigações e inquirições que se mostrarem necessárias para confirmar a base fática dos acordos, conforme o *Standard 14-1.6 (American Bar Association, 1999, p. 4)*.

⁹⁴ RODRIGUES GARCÍA, Nicolás. **La justicia penal negociada** -experiencias de derecho comparado. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 1997. p. 67-70.

Observe que, para todos os efeitos, a homologação do acordo será considerada sentença penal condenatória, não havendo dúvidas quanto à natureza jurídica da decisão que homologa o acordo penal. Sua natureza é condenatória.

A doutrina deve se inquietar sobre a natureza jurídica da ‘intervenção judicial’ na aplicação imediata de pena brasileira. Sabemos que, no *patteggiamento* italiano, o juiz não encontra-se vinculado ao acordo, podendo perquirir a ocorrência do crime, as hipóteses de absolvição, e ponderar sobre a medida de pena adequada ao acordo.⁹⁵ Já no *plea bargaining*, o magistrado não interfere no negócio penal celebrado, limitando-se a homologar o resultado decorrente do consenso a que chegaram as partes. O sistema americano dá super valia à disponibilidade dos interesses, configurando um verdadeiro ‘processo de partes’. Assim, enquanto no sistema italiano vige a *natureza jurisdicional*, no regime norte-americano vige a *natureza homologatória*. No Brasil, o julgador não interferirá no mérito da acordo, tampouco se restringirá a homologar puramente o consenso entre as partes. A natureza da intervenção judicial nos acordos decisão será *garantística*⁹⁶, uma vez que será reservado ao magistrado a missão de verificar a autonomia da manifestação de vontade das partes, zelando pela defesa das garantias individuais, contemplando a congruência entre acordo e exordial acusatória.

O Projeto de Lei nº 156/2009 dispõe, em seu artigo 168, que “O juiz formará livremente o seu convencimento com base nas provas submetidas ao contraditório judicial, indicando na fundamentação todos os elementos utilizados e os critérios adotados [...]”. Especificamente, no § 2º, adverte que “as declarações do coautor ou partícipe na mesma infração penal só terão valor se confirmadas por outros elementos de prova colhidos em juízo que atestem sua credibilidade”. Percebemos, aqui, que o legislador limitou a força probatória da confissão quando ela for utilizada no processo do corréu.

A confissão pode ser a única fonte de prova judicial para condenação do autor (delator), mas não do coautor (que não participou da atividade premial). A legislação exige outros elementos de prova, a serem produzidos no âmbito judicial, capazes de atestar a

⁹⁵ CORDERO, Franco. **Procedura penale**. Milano: Giuffrè, 1991. p. 835.

⁹⁶ FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Livraria Almedina, 2001. p. 227.

credibilidade da confissão do corréu. Prudentemente, dá-se eficácia⁹⁷ à confissão do réu, permitindo sua utilização na condenação do corréu, mas se exige a comprovação dos fatos alegados pelo colaborador (confidente).

No panorama brasileiro, com a nítida tendência à ampliação das margens de consenso no processo penal, pode-se afirmar que o Projeto de Lei 156/2009, com a introdução de mecanismos de barganha, autorizando o julgamento antecipado da lide penal, deve ser aplaudido, pois outorga celeridade, eficiência e seletividade à Justiça Penal, sem se descuidar de preservar todos os direitos e garantias individuais. Nesse cenário, não substituiremos o conflito pelo consenso, apenas daremos a ele um espaço útil de que toda a comunidade se beneficiará. Se alguma instituição tivesse que levantar irresignação fundada contra a *mens legis* seria o Ministério Público. Este, no modelo que se propõe, pouco terá para negociar. Ao pronunciar pelo acordo, qualquer que seja a situação, o máximo de pena que poderá alcançar será o mínimo legalmente previsto no tipo penal.⁹⁸ Ponderadas as críticas de estilo, a alternativa consensual contemplada na ‘reforma’ é um bom avanço. A proposta não desconhece e nem desobedece aos padrões de reprovabilidade consagrados na legislação penal, possibilitando a racionalização do contraditório amplo.

⁹⁷ Antônio Scarance Fernandes realiza profunda análise sobre os conceitos de eficiência, eficácia e efetividade no processo penal. Afirma que “a eficiência expressa a capacidade, a força, o poder de algo que o leva a produzir um efeito. Portanto, o grau de eficiência é verificado pela maior ou menor qualidade do meio utilizado para que ao possa produzir um efeito, não pelo tipo de efeito por ele produzido. A eficácia é a qualidade do resultado produzido por algo. O grau de eficácia leva em conta o tipo de resultado atingido. Por fim, a efetividade é também a expressão do resultado produzido por algo, resultado este que corresponde ao atingimento de determinadas finalidades. A efetividade é avaliada pelo sucesso dos resultados em cotejo com os objetivos esperados.” (FERNANDES, Antônio Scarance. Reflexões sobre as noções de eficiência e de garantismo no processo penal. In: FERNANDES, Antônio Scarance (Coord.); ALMEIDA, José Raul Gavião; MORAES, Maurício Zanoide de. **Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo**. São Paulo: Ed. RT, 2008. p. 18).

⁹⁸ Brandalise considera o Projeto de Lei 156/2009, do Senado Federal, “uma verdadeira “Torre de Babel”, pois, ao invés de buscar uma unidade de conceito, não definiu se falará inglês (pela liberdade negocial do Ministério Público americano), alemão (pelo protagonismo judicial), italiano (pela negociação protagonizada pela parte, mas com controle judicial da base fática e de responsabilidade) ou mesmo português (pelo fato de que a pena a ser imposta no procedimento sumaríssimo é proposta pelo Ministério Público, com exame da admissão da acusação de forma judicial antes do arguido ser cientificado do requerimento ministerial). E, de todos eles, afasta-se por já ter pena preestabelecida, qualquer que seja o réu, qualquer que seja a causa de aumento” (BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **A negociação de sentença criminal e os princípios processuais penais relevantes**. 2015. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais) – Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2015. p. 151).

3 LIMITES DA RENÚNCIA AOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS NA RELAÇÃO PROCESSUAL PENAL CONSENSUAL

A Constituição Federal brasileira não regulamenta, expressamente, sobre a possibilidade de renúncia aos direitos e garantias individuais.⁹⁹ Assim, o desafio que se ergue no presente capítulo é o de identificar se a atividade negocial penal implica em abdicação válida às garantias constitucionalmente contempladas.

Percebemos um movimento legislativo tendente a ampliar as margens de consenso no processo penal brasileiro. A diretriz sustenta-se na necessidade de obtenção de soluções processuais adequadas, conjugando critérios de economia, celeridade e funcionalidade.

Para abordar os limites da renúncia aos direitos e garantias fundamentais na relação processual penal devemos delimitar um padrão, hora abstrato, de atividade consensual. Afinal, é imprescindível que seja a Lei a ditar os métodos e os percursos a serem praticados. Elegemos, como paradigma de análise, o modelo que se deseja ver implantado no Brasil.¹⁰⁰ Nele realçam-se as seguintes características: abreviação de rito; confissão espontânea em renúncia ao silêncio; abdicação ao direito de produção de provas judiciais; submissão a uma aplicação imediata de pena (pena mínima) em consenso sobre sentença.

Para abordar se esse padrão representa patente renúncia às garantias individuais, é necessário, preambularmente, desnudar aspectos terminológicos.

3.1 Renúncia, não exercício ou perda: aspectos práticos de uma distinção conceitual

Não há consenso entre os diversos autores quanto ao que se deve entender por renúncia. Identificamo-nos com a definição exposta por José Reis Novais, que conceitua renúncia como o “enfraquecimento voluntário de uma posição jurídica individual protegida

⁹⁹ Sobretudo, dos preceitos constitucionais é possível extrair alguns indícios úteis. O artigo 5º, XI, da Carta Magna, por exemplo, levanta hipótese expressa de admissão de limitação à garantia fundamental de inviolabilidade do domicílio, possibilitando a renúncia mediante consentimento do morador. Percebe-se que o consentimento do morador, muito antes de implicar em renúncia à garantia fundamental, indica reafirmação do valor constitucional concernente a intangibilidade do domicílio. Ao consentir, expressamente, o adentrar no asilo inviolável, o cidadão reforça a sua liberalidade de usufruto de sua propriedade, reafirmando os atributos de gozo. Advirto que esse enunciado constitucional não é indicativo patente de que haja uma opção, expressa e implícita, pela renunciabilidade de direitos e garantias constitucionais na ordem brasileira. Obs.: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]”.

¹⁰⁰ Projeto de Lei nº 156/2009.

por uma norma de direito fundamental, determinada por uma declaração de vontade do titular que o vinculou juridicamente a aceitar o correspondente alargamento da margem de actuação da entidade pública [ou privada] face às pretensões que decorriam daquela posição”.¹⁰¹

A renúncia a um direito fundamental nem sempre se traduz em sua aniquilação, mas sim na restrição da sua amplitude existencial. Canotilho¹⁰² propõe a irrenunciabilidade do núcleo substancial do direito (que seria constitucionalmente proibido) e contempla a possibilidade de limitação voluntária ao exercício (o que entende ser aceitável em certas condições). A definição de Canotilho levanta a distinção entre renúncia a direito fundamental e a mera limitação voluntária ao exercício de alguns direitos.

Jorge Miranda¹⁰³ identifica como características dos direitos fundamentais sua inalienabilidade, imprescritibilidade e irrenunciabilidade, pelo que ninguém poderia ceder ou abdicar da sua titularidade. Sobretudo, adverte que isso não significa “que os titulares não possam ou não devam aceitar a sua restrição; ou que não possam, por sua vontade, suspender o exercício de alguns desses direitos”.

Devemos compreender a expressão renúncia¹⁰⁴ não como a supressão total do princípio constitucional que se espera ver aplicado, mas também na perspectiva do enfraquecimento voluntário da posição subjetiva do usufruidor da proteção constitucional.

Neste trabalho, importa identificar se a prática do consenso sobre pena, com abreviação de rito, representa restrição aos direitos e garantias constitucionais do réu, de maneira a violentar a ordem processual penal constitucional.

Em uma prática consensual, na perspectiva da Justiça Negocial Penal, a pessoa que renuncia a ‘dilação processual’ o fará porque espera obter um benefício com o ato de renúncia, benefício esse que considera ser mais valioso do que a preservação do direito fundamental em si mesmo (devido processo legal alargado).

A busca pela pena diminuta, contemplada na atividade negocial, se efetiva por uma nítida ‘limitação’ da ampla defesa. Para gozar do prêmio, o arguido se submete a um nítido

¹⁰¹ NOVAIS, Jorge Reis. Renúncia a direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge (Org.). **Perspectivas constitucionais** – nos 20 anos da Constituição. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 285

¹⁰² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 464.

¹⁰³ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV, 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 384-385.

¹⁰⁴ André Rufino do Vale subentende que se um direito fundamental, como o de ser submetido à jurisdição penal, não é exercido, não se pode inferir que houve renúncia (VALE, André Rufino do. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004).

enfraquecimento das posições individuais de direitos.¹⁰⁵ Resta saber se essa afetação, em enfraquecimento, é constitucional na ordem brasileira.

A doutrina¹⁰⁶, em desforço, distingue renúncia, perda e não exercício de direitos fundamentais. Em síntese, na renúncia teríamos um compromisso jurídico de não recorrer ao seu direito fundamental, ou seja, há uma vinculação deste em não exercitar algumas faculdades que integram seu direito. A perda não se trata de uma decisão voluntária, mas sim de uma imposição externa e uma consequência imposta pela ordem jurídica. Preceitua Crorie que, “enquanto o enfraquecimento do direito é desejado na renúncia, nos casos de perda já não o será, ou, pelo menos, já não depende da vontade do sujeitos”.¹⁰⁷

Quanto às hipóteses de não exercício, trata-se de um posição adotada sem vinculação do titular do direito, ou seja, a ordem jurídica lhe permite exercer ou não uma faculdade. Ao não exercer, cria-se uma situação de fato, sem que exista uma manifestação abdicativa do direito. Na prática, isso implica na possibilidade de exercitar o gozo positivo do direito a qualquer momento, desde que não tenha havido uma preclusão consumativa.

Na renúncia, inexistente a possibilidade futura de se reivindicar o exercício do direito, uma vez que há uma preclusão lógica. Não há como se exercitar um direito ao qual você tenha abdicado expressamente.

A bem da verdade, a adesão ao consenso corresponde, em um primeiro plano, ao ‘não exercício’ do contraditório amplo. Sobretudo, fico com a incômoda sensação de que, ao não exercer o direito, o réu acaba por renunciar a algumas prerrogativas constitucionais, como a do direito de permanecer calado. Observe que a confissão é requisito indispensável para alcançar o benefício premial da redução de pena. Não longe, podemos ver que haverá a perda de direito, como, por exemplo, o de produzir prova judicial apta a abalizar tese defensiva.

São belas as distinções terminológicas expressas pela doutrina. Contudo, na prática, o consenso quanto à aplicação imediata de pena demonstra um inquestionável não exercício da ampla defesa, que leva, subsequentemente, a renúncias¹⁰⁸ e perdas de direitos. A renúncia ao

¹⁰⁵ MAC CRORIE, Benedita. **Os limites da renúncia a direitos fundamentais nas relações entre particulares**. Coimbra: Almedina, 2013. p. 27.

¹⁰⁶ NOVAIS, Jorge Reis. Renúncia a direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge (Org.). **Perspectivas constitucionais – nos 20 anos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 273, 274, 291 e 333.

¹⁰⁷ MAC CRORIE, Benedita. **Os limites da renúncia a direitos fundamentais nas relações entre particulares**. Coimbra: Almedina, 2013. p. 32-33.

¹⁰⁸ A doutrina remete à distinção entre renúncia à titularidade e renúncia ao exercício de um direito fundamental. A primeira forma de renúncia tem um viés definitivo, por isso é proibida pela ordem constitucional vigente; a segunda forma, ao contrário, tem um caráter eminentemente provisório, a qualquer momento o renunciante pode reverter sua decisão (VALE, André Rufino do. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004).

contraditório amplo dentro do plano negocial penal é constitucionalmente válida, desde que respeitada a dignidade da pessoa humana.

3.2 Direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana no consenso penal

Exemplo contemporâneo da renunciabilidade ao contraditório amplo é a Suspensão Condicional do Processo¹⁰⁹, benefício aplicado aos crimes cuja pena máxima é menor ou igual a um ano. Para a concessão dessa benesse, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, propõe a suspensão do processo por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime (presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena, circunstâncias do artigo 77 do Código Penal). Aceita a proposta pelo acusado e por seu defensor, o Magistrado, ao receber a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o réu a período de prova, sob as seguintes condições: I - reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo; II - proibição de frequentar determinados lugares; III - proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz; IV - comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades. O Juiz poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado.

Percebam que, no pacto penal estabelecido na Suspensão Condicional do Processo, o acusado renuncia à instrução processual, abdica do contraditório amplo, perde o direito de produção de prova e submete-se a um período de prova (2 a 4 anos), condicionado ao cumprimento de uma série de obrigações processualmente contempladas. Em troca, se esquivava da possível condenação. É certo dizer que há um ‘não exercício’ do direito de ser julgado, com renúncia a várias garantias constitucionais.

É preciso realçar que na Suspensão Condicional do Processo não há aplicação de pena, e sim cominação de obrigações e restrições, cumuladas com a suspensão do processo. O Projeto de Lei nº 156/2009 inaugura a aplicação imediata de pena em acordo sobre sentença. Nessa nova malha consensual, teríamos a prolação de uma sentença penal condenatória, com todas as consequências que lhe são peculiares.

Assim, muito embora seja pacífico que a Suspensão Condicional do Processo não implique em abdicação violadora das garantias constitucionais, a discussão do tema ‘renúncia

¹⁰⁹ Artigo 89 da Lei 9.099/1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências.

aos direitos individuais’ ganha novo relevo quando da política consensual resulta uma sentença condenatória.

Em um processo eminentemente acusatório, a instrução processual visa a dilação probatória. É na audiência de instrução judicial que se viabiliza o exercício da ampla defesa. O processo é berço esplêndido, onde repousa a presunção de inocência, e, por essa razão, impõe-se ao estado acusação o ônus da prova apta a ensejar a condenação. Nesse contexto, poderia o réu abdicar da instrução e, subsequentemente, do direito de ser julgado? Até que ponto o devido processo legal tradicional, com sentença penal calcada em vasta dilação probatória judicializada, deixa de ser uma garantia do ‘homem’ para ser uma garantia ‘dos Homens’ (sociedade)? O paternalismo Estatal deve defender o acusado ‘de si mesmo’¹¹⁰, protegendo, por conseguinte, a aplicabilidade da norma constitucional, vedando o consenso sobre pena?

Ao negar a prática negocial sob o fundamento de que ela representa ‘renúncia’ às garantias individuais contempladas na constituição, na prática estaremos pondo em conflito a autodeterminação do réu e a proteção que o Estado faz da vigência e eficácia da norma jurídica constitucional.

Não decorre das normas de direitos fundamentais, em princípio, o dever de proteger bens jurídicos contra o próprio titular do direito¹¹¹, ou seja, contra aquele a quem o direito fundamental atribui o poder de disposição sobre tais bens jurídicos.¹¹² O titular do direito, contemplado pela ordem constitucional, é quem melhor compreende a premência de sua exercitabilidade. A perspectiva individual do réu suplanta as aspirações do Estado quando o tema é direitos e garantias individuais.

Acredito que não será nem na ótica individualista do réu, tampouco na paternalista do Estado, que poderemos entender os limites das garantias individuais. A compreensão das garantias constitucionais deve ser contemplada à luz da dignidade da pessoa humana, que representa o fundamento para a prossecução de todas as finalidades constitucionais do processo penal.

¹¹⁰ John Stuart Mill adverte sobre o alargamento indevido dos poderes da sociedade sobre o indivíduo (MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. Trad. Isabel Cerqueira. Mem Martins: Publicações Europa América, 1997. p. 20-21).

¹¹¹ Deve-se evitar ceder “a tentação de um paternalismo jurídico em que se transfere para sociedade o encargo de defender os titulares dos direitos contra as suas próprias vontades condutas” (Rui Medeiros e Jorge Pereira da Silva, “Artigo 24”, apud MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. Constituição Portuguesa anotada Tomo I. Coimbra: Editora Coimbra, 2005. p. 263).

¹¹² MAC CRORIE, Benedita. **Os limites da renúncia a direitos fundamentais nas relações entre particulares**. Coimbra: Almedina, 2013. p. 188.

Tornar possível o não exercício do direito fundamental nos limites que a própria Constituição estabelece consiste na devida manifestação daquilo que o direito fundamental confere ao seu titular.

Importante ressaltar que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos aceita a hipótese de renúncia (e seu não exercício) sempre que isso comportar em determinada vantagem ou benefício ao seu titular¹¹³, assim, não existe qualquer proibição de que o acusado não utilize seus direitos processualmente garantidos.¹¹⁴

3.3 Autodeterminação e dignidade da pessoa humana nos acordos sobre sentença

Os direitos fundamentais foram concebidos, inicialmente, como instrumentos de contenção do Estado opressor. Os direitos “nascem” da dignidade humana¹¹⁵ e nela se justificam. Dessa forma, há um tronco comum do qual todos os direitos fundamentais derivam.

O conceito de dignidade humana é aberto e tem concepção polissêmica na doutrina. Isso deriva não só da sua amplitude, mas, acima de tudo, das multiplicidades de contextos em que esse fundamento pode ser invocado.

Os direitos fundamentais compõem um núcleo intangível de direitos dos seres humanos submetidos a determinada ordem jurídica. Sobretudo, nenhum direito fundamental é absoluto, afinal, ‘direito absoluto’ é uma contradição em seus próprios termos.

O parâmetro orientador de aplicação das garantias fundamentais é a dignidade da pessoa, critério unificador de todos os direitos do homem. A dignidade é um valor constitucional que ilumina todo o ordenamento, orientando, especialmente, a atividade consensual penal, atuando, ao mesmo tempo, como piso protetivo mínimo e norte a ser seguido.

¹¹³ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Acordo sobre a sentença em processo penal**: o “fim” do Estado de Direito ou um novo “princípio”? Porto: Conselho Distrital do Porto, 2010. p. 27.

¹¹⁴ UNIÃO EUROPEIA, European Court of Human Rights. Grand Chamber. **Case Hermi v. Italy** (application nº 18114/02), p. 24-25.

¹¹⁵ “Todo el orden jurídico, el público y el privado, se funda en el respeto al valor absoluto de la dignidad humana, como núcleo intangible e indisponible que debe ser preservado frente a cualquier agresión” (BILBAO UBILLOS, Juan Maria. En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 336)

De acordo com Ingo Sarlet¹¹⁶, é no princípio da dignidade da pessoa humana que as qualidades intrínsecas e distintivas de cada indivíduo o fazem merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que protege a pessoa contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano.

O fundamento da dignidade da pessoa humana visa garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Os direitos fundamentais, em geral, estabelecem direitos aos titulares, e, na contramão, obrigações ao Estado e a terceiros. Não me parece correta a noção de que o indivíduo teria o dever/a obrigação de exercitar um direito fundamental em desfavor de seu interesse pessoal.

A ligação comunitária entre os indivíduos edifica a sociedade em que vivemos, mas as aspirações da colônia não podem cercear o manejo individual das garantias, tampouco a faculdade de não exercê-la. A ordem constitucional deve preservar a liberdade e a autonomia que o cidadão tem para exercitar sua individualidade.

Segundo Jorge Reis Novais,

da própria dignidade da pessoa humana e do princípio da autonomia e de autodeterminação individual – que integram e moldam de algum modo o cerne de todos e de cada um dos direitos fundamentais – decorre o poder de o titular dispor dessa posição de vantagem, inclusivamente no sentido de a enfraquecer¹¹⁷, quando desse enfraquecimento, e no quadro da livre conformação da sua vida, espera retirar benefícios que de outra forma não obteria.¹¹⁸

Ao abdicar da instrução processual para se ver inserido em uma política premial penal, o arguido restringe alguns de seus direitos e garantias individuais na perspectiva de alcançar a pena mínima. Nesse sentido, a renúncia ao contraditório amplo em submissão à aplicação imediata de penal é também uma forma de exercício do direito fundamental.

¹¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas notas em torno da relação entre o princípio da dignidade humana e os direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira. In: BALDI, César Augusto. **Direitos humanos na sociedade cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 573.

¹¹⁷ Gomes Canotilho leciona no sentido de que, “de qualquer modo, a **renúncia a direitos fundamentais**, mesmo a admitir-se, pressupõe sempre como **conditio sine qua** que o titular do direito dispunha sobre a posição jurídica de **forma livre e autodeterminado**. [...] (3) os direitos, liberdades e garantias, isoladamente considerados, são também **irrenunciáveis**, devendo distinguir-se entre renúncia ao núcleo substancial do direito (constitucionalmente proibida) e limitação voluntária ao exercício (aceitável sob certas condições) de direitos; [...]” (grifos do autor). In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra, Portugal: Livraria Almedina, 2003. p. 464.

¹¹⁸ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 235.

Temos, na política premial, a maximização de um direito fundamental (liberdade), na perspectiva que se aplica uma pena premial (diminuta) ao réu. Nesse plano, o arguido dispõe de uma fração da própria liberdade, predispondo-se a se submeter à sanção estatal. Perceba que, ao se esquivar da maior sanção (indefinida no plano abstrato), o réu expressa sua autodeterminação, concebendo a renúncia ao contraditório amplo como opção mais vantajosa.

A autodeterminação individual, decorrente do Estado de Direito, deve garantir ao indivíduo a prossecução dos fins e objetivos que entende corresponder aos ‘melhores’ para ‘sua’ defesa no plano processual penal. Nessa senda, o exercício ou a renúncia às garantias constitucionais deve ser contemplado na perspectiva premial individual em que se insere o réu.

Na atividade consensual há inequívoca restrição ao contraditório, limitando a produção de provas e aniquilando o direito ao silêncio. Sobretudo, se a adesão ao consenso for benéfica ao réu, não haverá óbices ao exercício da política premial. O réu é quem melhor poderá contemplar os benefícios e malefícios da aplicação imediata de pena. Valerá a vontade do acusado, manifestada por intermédio de seu defensor. O que deve ser apreciado é a voluntariedade do consenso, visando evitar qualquer sorte de coação.

3.4 A ameaça de pena severa e a coação na aceitação do acordo

Ao aderir à via consensual o réu abdica de alguns significativos predicados de uma ampla defesa. É indispensável que o titular do direito compreenda sua posição jurídica. Em um acordo sobre sentença a renúncia reclama vontade “isenta de erro” e “inequívoca”.¹¹⁹ O ponto de fissura sobre a integralidade da voluntariedade reside em saber o quão ‘livre’ foi o consenso.

Até que ponto o benefício premial implicaria em pressão significativa capaz de causar a erosão da autodeterminação do arguido?

É óbvio que o consenso não germinará onde houver qualquer sorte de coação ilegal. Podemos afirmar que a renúncia válida reclama dois requisitos especiais, quais sejam: a pessoalidade e a voluntariedade da adesão.

Antes de homologar o acordo e sentenciar o processo, o magistrado deve dirigir-se ao réu certificando-se de que ele compreende a natureza de cada uma das imputações que lhe são

¹¹⁹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 2008. p. 310; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 464.

dirigidas e as consequências penais a enfrentar. O magistrado é o guardião dos direitos e garantias individuais e seu contato direto com o arguido assegura a personalidade do consentimento.

De fato, a maior das críticas que se dirige ao acordo sobre sentença é a de que ele é suscetível de constranger o acusado à assunção involuntária de culpa ante o temor de ser submetido a uma pena severa.¹²⁰

O poder coercitivo¹²¹ do sistema penal é uma das principais preocupações norte-americanas na aplicação do *plea bargaining*. Lá a jurisprudência distingui a ameaça lícita da ilícita, visando auferir o caráter voluntário da *guilty plea*.¹²²

¹²⁰ Vinícius Gomes de Vasconcellos menciona “estudo empírico realizado em conjunto por professoras de direito e de psicologia, publicado em 2013 nos seguintes termos: em resumo, foram executados testes voluntários para uma suposta pesquisa de lógica entre estudantes de uma universidade; durante a realização da prova, um estudante é acusado de trapaça (por ter copiado respostas alheias em tarefa individual), sabendo-se que nada assim havia acontecido; diante disso, o supervisor oferecia ao suposto acusado duas opções, reconhecer sua culpabilidade e não receber a gratificação pela realização voluntária do exame ou solicitar o envio do caso ao conselho de ética da universidade, que, em caso de condenação, advertiria o aluno e impor a sanção de comparecer a aulas de ética por um semestre. Dos 39 estudantes sabidamente inocentes, 22 aceitaram a proposta de barganha, ou seja, 56% dos acusados, que com certeza não haviam cometido o falsamente imputado, reconheceram a culpabilidade em troca de uma sanção menos grave.” (DERVAN; EDKINS, 2012, p. 28-33 apud VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro**. São Paulo: IBCCRIM, 2015). O cenário proposto por Vasconcellos não congrui com o contexto em que é efetivada a aplicação imediata de pena em acordos sobre sentença. Primeiro, porque no processo penal o arguido estará representado por defesa técnica, apta a contextualizar-lhe sobre a fragilidade das provas do acusador; segundo, porque existirá, no plano processual penal, uma base fática que autoriza a acusação (o que não é contemplado no experimento) e, por fim, no contexto processual penal haverá, na presidência do rito, um juiz togado, apto a proteger todas as garantias individuais do arguido, de modo que, enquanto no exemplo dado o professor é o sujeito que confabula o engodo e exerce a pressão, no processo penal o juiz se mantém equidistante do problema e das partes, para poder dotar o réu de informação reais e verdadeiras, aptas a outorgar-lhe o direito de autodeterminação inteligente.

¹²¹ Um de seus maiores críticos, Langbein chega a traçar um curioso paralelo entre a *plea bargaining* e a prática europeia medieval da tortura nos procedimentos criminais. Ele relembra que, entre os séculos treze e dezoito, diversas leis autorizavam o emprego judiciário da coerção física contra o acusado para dele extrair uma confissão de culpa. In: LANGBEIN, John H. Torture and plea bargaining. **University of Chicago Law Review**, v. 46, p. 3-22, 1978.

¹²² Paradigmático é o famoso estudo de Langbein. Nele, ensaia o autor estabelecer paralelismo entre a origem, a função e os elementos doutrinários do corpo de normas que regulava a tortura na Europa Continental entre os séculos XIII e XVIII e a atual *plea bargaining* estadunidense. Entre muitos outros pontos, o autor realça, nessa surpreendente abordagem, que tanto a regra da necessidade de duas testemunhas oculares do fato criminoso para obter a condenação do arguido (na Europa Medieval) como a extrema complexidade do julgamento por júri (nos EUA), consistindo, em si mesmas, garantias processuais contra condenações injustas, tornaram praticamente inoperantes os respectivos sistemas. E o resultado, em ambos os casos, ao invés de se traduzir numa espécie de “passo atrás” ou ao menos um “compasso de espera” para corretamente redefini-los, traduziu-se em uma “fuga para a frente”, com a legitimação, respectivamente, da tortura e da *plea bargaining*, ambas visando uma declaração de culpa do arguido – *hoc sensu*, a confissão dele – como modo singular de ultrapassar os referidos obstáculos. Tudo se explica, segundo aquele especialista em história do direito, porque “[...] existem limites intrínsecos para os níveis de complexidade e de garantias que mesmo um povo civilizado pode tolerar. Se se excedem tais limites, e a capacidade repressiva do sistema penal fica, por esse motivo, em perigo, o sistema responderá desenvolvendo subterfúgios que ultrapassam a lei formal.” In: LANGBEIN, John H. Torture and plea bargaining. **University of Chicago Law Review**, v. 46, p. 20, 1978.

Em *Bordenkirsher v. Hayes*¹²³, restou pacificado que o *prosecutor* não pode mentir (*bluff*). Ele tem de ter “causa provável” para acreditar que o arguido cometeu os crimes que são objetos da sua “ameaça”.¹²⁴ Nesse julgamento, a corte americana delimita uma linha divisória entre o *overcharging* e o *bluffing* (blefe). No blefe, a negociação é ilícita, porque não se assenta em elementos probatórios que a sustentem; na ‘sobrecarga de acusação’, o Ministério Público superestima a conduta do réu, inflacionando a peça acusatória em busca de um acordo sobre a sentença mais rigoroso. A Promotoria simplesmente anuncia a ameaça de pena severa, supervalorizando o ilícito cometido. Interessante perceber que nas hipóteses de *overcharging*, muito embora haja nítida imposição de pressão ao réu pela deflagração de acusação inflacionada, a corte americana subentendeu que a ‘coação’ é lícita, porque assente em elementos probatórios reais.¹²⁵

Assim, quando o *prosecutor* norte-americano efetiva adequação típica, revestindo de ‘exagerada gravidade’ a conduta praticada pelo réu, não há ilegalidade. Contudo, se a promotoria blefa quanto à existência de prova ou quanto à própria existência do crime, com o objetivo de coarctar o réu a aderir ao acordo sobre sentença, resta inquinado o acordo de nulidade ante a coação ilícita.

É importante observar que o modelo de justiça negocial norte-americano visa a *guilty plea* (declaração de culpa do arguido). Nos Estados Unidos da América, a atuação do Magistrado somente se restringe a analisar se existe um base fática para a acusação do Ministério Público.¹²⁶ No sistema norte-americano, o Ministério Público tem ampla discricionariedade, decidindo quando, como e por quais crimes o acusado ‘será’ ou não submetido à persecução penal. Poderá, inclusive, se recusar à negociação, já que ela não é assegurada constitucionalmente a nenhum cidadão.

O modelo que se propõe no Brasil (Projeto de Lei 156/2009, artigo 283, § 1º, I) estipula, expressamente, que é requisito de validade do acordo a confissão, total ou parcial, em relação aos fatos imputados na peça acusatória. Nota-se substancial diferença no modelo

¹²³ *Bordenkirsher v. Hayes* 434 U.S. 357 (1978).

¹²⁴ GOLDSTEIN, Abraham. **The passive judiciary** – prosecutorial discretion and the guilty plea. Baton Rouge & London: Louisiana State University Press, 1981. p. 38.

¹²⁵ De acordo com Cabezado Rodriguez, o critério apontado – da exigência de que a ameaça esteja suportada em material probatório – é também o que, na generalidade dos tribunais superiores, marca o terreno do admissível e do inadmissível no que diz respeito às ameaças cuja efetivação é susceptível de recair sobre outras pessoas (amigos, família etc.) que não o arguido. In: CABEZUDO RODRIGUEZ, Nicolás. **El Ministerio Público y la justicia negociada en los Estados Unidos de Norteamérica**. Granada: Editorial Comares, 1996. p. 151.

¹²⁶ ALVES, Paulo Vitor de Queirós. **A validade da confissão nos acordos sobre a sentença em processo penal**. 2012/2013. 31f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais) – Faculdade de Direito, Universidade Lisboa, Lisboa, 2013.

brasileiro¹²⁷, uma vez que, para a aplicação imediata da pena, deverá existir, previamente, peça acusatória lavrada e posta à disposição do réu.

Nosso projeto de lei é extremamente prudente. A exigência legal de que a proposta de consenso seja efetivada em observância aos fatos descritos na denúncia sugere a observância ao princípio da congruência, como a exigência de que a atividade negocial subsuma-se ao fato descrito na peça acusatória.

A peça acusatória continuará a passar por um crivo de admissibilidade, atento a todos os requisitos da legislação processual (artigo 395 do CPP).¹²⁸

A denúncia contextualizará a defesa sobre os exatos limites da imputação que recai sobre o arguido. Paralelo à denúncia estará o caderno probatório, que evitará tanto o *overcharging*¹²⁹ (adequação típica supersaturada) quanto o blefe, ou seja, acusação desprovida de substrato probatório mínimo.

Ao impor a obrigatoriedade de deflagração da denúncia, outorga-se, sobretudo, transparência ao ato negocial, uma vez que a denúncia conterà a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou os esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas. Cientifica-se o réu sobre os limites da acusação.

Lógico que a obrigatoriedade de deflagração da denúncia não retira a discricionariedade do Ministério Público em aderir ou propor o consenso, em aplicação imediata da pena.

¹²⁷ No modelo norte-americano, a acusação é formulada após a ocorrência (ou não) de uma negociação satisfatória. Por fim, o acusado é submetido a um juízo preliminar, ou a uma audiência preliminar, em etapa denominada de *arraignment*, na qual será informado do inteiro teor dessa acusação, *indictment*, ou *information*, a que foi submetido, com os delitos de que está sendo acusado, devendo manifestar-se por uma dessas declarações: culpado, *guilty*, onde assume a responsabilidade pelo delito; inocente ou não culpado, *not guilty*, devendo ser submetido a julgamento. No *nolo contendere* ou no *plea of non vult contendere* ou *plea of no contest*, não contesta os termos da acusação e não declara sua inocência nem sua culpa, admitindo os fatos constantes da acusação, mas sem assumir a culpabilidade.

¹²⁸ Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando: I- for manifestamente inepta; II- faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou III- faltar justa causa para o exercício da ação penal.

¹²⁹ RODRIGUES GARCÍA, Nicolás. **La justicia penal negociada** -experiencias de derecho comparado. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 1997. p. 67-70.

Com a denúncia colacionada nos autos, há uma tripla garantia: 1) ordenação limitadora do poder punitivo estatal; 2) proteção do réu, no sentido de evitar o blefe; e 3) escudo ao réu quanto ao efeito surpresa da acusação.¹³⁰

O modelo proposto no Brasil exige que a defesa técnica e o arguido apreciem as condições do acordo sobre sentença e contemplem a conveniência de adesão. O critério é de custo/benefício. A voluntariedade será confirmada na audiência judicial para homologação do negócio penal.

É pessoal e personalíssima a manifestação do réu no consenso sobre pena. Deve o magistrado, antes de colher o consenso, narrar a síntese da pretensão acusatória e, por fim, cientificar o réu das consequências legais inerentes à adesão, discriminando a sanção imposta na hipótese de aplicação imediata da pena. Isso garantirá que o consenso seja não só livre, como consciente.¹³¹

Inexistindo margem de barganha sobre os limites de redução e, subsequentemente, sobre o patamar da pena, deve o magistrado centrar esforços em identificar a ‘liberdade’ do consentimento. Preserva-se, assim, a autonomia do cidadão.¹³² Se o juiz coarcta o réu a aderir ao acordo sobre sentença, realçando, por exemplo, a ‘certeza quanto à autoria e à materialidade’, há não só um prejulgamento da ação penal, como também nítida coação ao réu. A postura do magistrado deve ser neutra. Ainda, o magistrado poderá facultar a palavra ao Ministério Público, o qual tem a faculdade de efetivar as advertências de praxe.

A crítica que não se cala é a de que o medo da condenação pode levar o acusado a assumir uma culpa indevida.

A prática negocial é cooperativa. É um ato complexo, no qual a conjunção das vontades do réu, do advogado de defesa, do Ministério Público e da magistratura levanta a

¹³⁰ Importante observar que, nos EUA, a Promotoria se preocupa com a maior ou menor consistência probatória do caso que tem em mãos, de forma que é nesse particular que ele assentará o grosso da respectiva reflexão, se disporá ou não à negociação. Desse modo, a substância das concessões que esteja disposto a fazer crescerá na medida inversamente proporcional à inconsistência das provas que possua; ou, dito de forma mais enxuta, nos ‘casos fracos’ (*weak evidence cases*) tenderá a ser ‘generoso’, nos ‘casos fortes’ (*strong evidence cases*) ou ainda, no jargão judiciário, *dead-bang* ou *slam-dunk*) tenderá a conter essa generosidade. In: ALBERGARIA, Pedro Soares de. **Plea bargaining** – aproximação à justiça negociada nos EUA. Coimbra: Almedina, 2007. p. 66.

¹³¹ “Finalmente, é ainda importante apurar se houve um esclarecimento devido, na medida em que as ‘condições informais’ podem ajudar a garantir a voluntariedade da renúncia. Aqui não se trata tanto da questão de saber se o consentimento é livre, mas sim esclarecido. Trata-se de aferir se foram criadas todas as condições ‘para o indivíduo em causa dispor da informação necessária, de modo a decidir como pleno conhecimento de causa se pretende renunciar a um direito’.” (MAC CRORIE, Benedita. **Os limites da renúncia a direitos fundamentais nas relações entre particulares**. Almedina: Coimbra, 2013. p. 134).

¹³² STURM, Gerd. Probleme eines Verzichts auf Grundrechte, p. 183-184 apud MAC CRORIE, Benedita. **Os limites da renúncia a direitos fundamentais nas relações entre particulares**. Almedina: Coimbra, 2013. p. 129.

possibilidade de aplicação imediata da pena, todos igualmente responsáveis pela sobrevivência da prática negocial.

Incumbe à defesa, em consenso livre, identificar se a assunção de culpa representa perfeita congruência com a responsabilidade do arguido. O advogado é o representante dos interesses do acusado. Cada caso concreto será merecedor de um juízo de adequabilidade e conveniência. Não raro, o advogado, mesmo ciente da culpabilidade de seu cliente, optará pela instrução, confiante na fragilidade das provas da acusação, ou crente na força de sua defesa técnica, ou mesmo por vislumbrar a nulidade da prova processual. Nessas hipóteses, poderá se recusar a aderir ao acordo sobre sentença. É um ônus da defesa técnica interpretar os malefícios e os benefícios do acordo.

Existe uma nítida diferença entre coação e coerção ao réu nas aplicações imediatas de pena. A coerção representa uma coação legítima e juridicamente disciplinada que força e obriga o violador da lei a proceder contrariamente à sua vontade. Por seu turno, a simples coação carrega, implicitamente, uma ideia de violência e constrangimento que nada possui de legitimidade, aliás, *contrario sensu*, viola a ordem jurídica. Destarte, na aplicação da sanção penal por acordo sobre sentença incide a coerção legítima do Estado, oriunda do próprio ordenamento jurídico. “Coercibilidade é, pois, uma possibilidade de ação, ou a ação efetiva, assegurada pela força e tendente, em caso de violação da norma jurídica, a obter ora o mesmo resultado que se obteria com sua observância, ora um resultado inevitavelmente diverso, mas sempre reparador da ordem jurídica.”¹³³

Concluindo, nos acordos sobre sentença não há coação¹³⁴, mas sim coerção à assunção de culpa na busca de uma política premial. A mera possibilidade de condenação a pena corpulenta não insinua a existência de vício de consentimento, na adesão ao acordo sobre sentença.

¹³³ RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. v. 1, 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 165.

¹³⁴ Não constitui constrangimento ilegal a exigência formulada pelo Ministério Público, ainda na fase investigativa, de que a delação seja confirmada em juízo para fins de produção de efeitos, até pelo fato de que decorre de consequência legal, na medida em que a colaboração deve acontecer nas duas etapas – investigativa e processual. Ademais, o benefício em tela exige, para a sua configuração, diversos outros requisitos, não apenas a delação, na medida em que ela não constitui direito subjetivo do arguido (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 35.484-RS, p. 7).

3.5 A busca da verdade e a aplicação imediata de pena

Enquanto a sentença absolutória dispensa ‘certezas’¹³⁵, o aresto condenatório evoca prova suficiente e apta a estruturar uma fundamentação judicial lógica, na qual prevaleça a ‘verdade’. A apuração da verdade tem a finalidade de reconstituir, da maneira mais real possível, o fato ocorrido, de modo a possibilitar a melhor formação da convicção do julgador.

Santos¹³⁶ adverte que, no processo penal, a verdade foge da convenção das partes e entra na seara da razão, quando se destacam, na sua construção, a lógica, a racionalidade e o nexo de causalidade *a priori*. Essa concepção tradicional de verdade ignora os resultados alcançados nos mecanismos de diversão.

O processo penal sempre exaltou a busca pela verdade real, isenta dos elementos políticos, ideológicos, axiológicos e dos demais elementos culturais que pudessem, de alguma forma, contaminar a sua natureza. Todavia, a própria formalidade legal do método acaba por ser a razão da contaminação da verdade. A formalidade do processo permite que elementos estranhos aos fatos sejam trazidos aos autos, ao passo que impede, no mesmo talante, que alguns fatos sejam considerados pelo julgador (prova contaminada). A formalidade dos ritos acaba por levantar uma ‘verdade processual’, e não uma verdade real.

A instrução processual exaustiva, com contraditório amplo, não representa fonte sagrada da verdade absoluta. Admitir que apenas a decisão judicial decorrente do rito ‘ordinário’ seja capaz de sacralizar ‘justo julgamento’ coloca o Estado em um papel estático de intransigência.

A experiência contemporânea demonstra que a Lei 9.099/1995 (Lei dos Juizados Especiais Criminais) e outras mais recentes (Lei dos Crimes Ambientais, por exemplo) apontam alternativas para a resolução do conflito penal. Métodos de diversão – como composição, transação e suspensão do processo – se consolidam como modalidades de prestação jurisdicional penal. Nessas legislações são oportunizadas alternativas processuais aptas a alcançar resultado justo, o que reafirma o valor da norma penal. Logicamente, o resultado é, muitas vezes, diferente daquele a que a instrução processual exaustiva chegaria. A diferença metodológica de processamento do feito com incremento de políticas premiaias e

¹³⁵ Art. 386 do Código de Processo Penal. “O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça [...] II - não haver prova da existência do fato; [...] VII - não existir prova suficiente para a condenação”. Para sentença absolutória basta a incerteza ou a própria insuficiência da prova.

¹³⁶ SANTOS, Pedro Sergio dos. **Direito Processual Penal e a insuficiência metodológica**: a alternativa da mecânica quântica. 1. ed., 2. reimpr. Curitiba: Editora Juruá, 2007.

despenalizantes consolidam outra modalidade de ‘verdade processual’: a verdade em consenso sobre pena.

Quando estão em causa as ‘verdades das decisões judiciais’, está igualmente em causa o conceito de “fundamentação”, ou seja, a exposição dos motivos justificativos da direção da decisão penal. O legislador brasileiro (artigo 381, III, do Código de Processo Penal), *verbi gratia*, pede que da fundamentação conste a “indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão”. O ‘indicar’ nada mais é do que “demonstrar as razões, os motivos, o ‘fundo’ onde assenta uma determinada escolha”.¹³⁷ A legislação não contempla a essencialidade da certeza ou verdade para existência da sentença penal condenatória.

Em um juízo de dúvida (*in dubio pro reo*) ergue-se a absolvição, não em apologia à verdade, mas sim para extirpar a possibilidade de injustiça condenatória. Não raro, da dúvida processual surgem absolvições vergonhosas e infames, mas que preservam os direitos e garantias constitucionais exaltados por nossa carta.

Nessa perspectiva, podemos concluir que não existe uma dicotomia entre certeza e dúvida na análise fática processual, o que temos são ambivalentes concepções de ‘verdade’. Todo juiz julga em nome de uma busca obsessiva pela verdade, que é, não raro, completamente especulativa. A parte, não diferentemente, quando efetiva a admissão de um contexto fático executa uma valoração normativa, sujeita às paixões naturais da condição de interessado processual. Assim, a percepção do mundo natural, mesmo que seja sob fato incontroverso, recebe umbilical valoração jurídica. Podemos constatar que ‘fato, valor e norma’ são percebidos de formas distintas nas perspectivas jurídicas dos sujeitos processuais. Reale¹³⁸ chega a afirmar que um fato nunca é isolado, mas ‘um conjunto de circunstâncias’ ligadas a um nicho social, histórico e valorativo.

O ‘homem’ já confundiu, historicamente, verdade com religião e hoje parece enlear o tema verdade com a extensão da formalidade. Há bem pouco tempo a verdade processual era obtida por meio de juramento, compromisso sagrado do homem com Deus. Beccaria¹³⁹, nos idos de 1764, ironizava a exigência de juramento de verdade, como substrato probatório para julgamento do réu. Afirmava Beccaria que:

uma contradição entre as leis e o sentimento natural dos homens nasce dos juramentos que se exigiam dos réus, para que seja um homem veraz, quando seu maior interesse é mentir; como se o homem pudesse jurar, com sinceridade,

¹³⁷ LOPES, José António Mouraz. **A fundamentação da sentença no sistema penal português**: legitimar, diferenciar, simplificar. Coimbra: Almedina, 2011. p. 149-152.

¹³⁸ REALE, Miguel. **Teoria tridimensionalista do Direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 57.

¹³⁹ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret, 2001. p. 78.

contribuir com a própria destruição; como se a religião não se calasse, na maioria dos homens; quando fala o interesse.

Afirmar que a instrução processual é indispensável para o levante da ‘verdade fundante’ é ilusão. No prefácio da primeira edição da *Crítica da Razão Pura*, Immanuel Kant menciona que “a religião, por sua santidade, e a legislação por sua majestade, querem se subtrair a razão, mas, que neste caso, provocam contra si uma justa suspeição”.¹⁴⁰ A formalidade extrema (instrução processual) não é garantia de existência de um exame crítico apto ao alcance da verdade real.

O Projeto de Lei 156/2009 (Sendo Federal), que lança a possibilidade de aplicação imediata de pena, coloca o juiz em um estado tímido e passivo quanto à iniciativa de buscar a verdade. Se antes ele exercitava poderes de instrução, questionáveis e passíveis de acentuada crítica, na perspectiva consensual ele se contenta com a verdade das partes.

O Brasil optou, no rito ordinário, pela presença de um juiz ativo e participativo¹⁴¹, o que não elide a possibilidade do próprio sistema normativo se excepcionalizar, ou seja, edificar alternativas de rito. Foi o que aconteceu com a Lei 9.099/1995 (Lei dos Juizados Especiais Criminais) e é o que pretende edificar o Projeto de Lei 156/2009. O negócio sobre sentença busca uma verdade pelo consenso.

Na busca pela verdade consensual sobrevive um intenso “duelo intelectual”.¹⁴² Há, inequivocamente, uma disparidade entre o Ministério Público e o imputado no que diz respeito a habilidade de obtenção de provas. Contudo, ao se conferir ao arguido, no preâmbulo do procedimento, o conhecimento acerca das armas do adversário, viabiliza-se a ele dupla possibilidade: 1) sujeição à verdade contida na denúncia; 2) opção de duelar, ideologicamente, durante a instrução processual, na busca de outra verdade. É a defesa que define a ‘verdade’ vigente no processo penal, pois tem a opção de aderir ou não ao ‘consenso sobre pena’.

A ‘justiça’ penal não será encontrada em uma “certeza” semântica. Ferrajoli admite que não há provas suficientes em todas as instruções, mas concebe o “rito burocrático” como

¹⁴⁰ KANT, Immanuel. Prefácio à primeira edição da *Crítica da razão pura*. In: **Textos seletos**. Trad. Raimundo Vier. 3. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2005. p. 15.

¹⁴¹ A posição de um juiz frente à apuração da verdade depende, em muito, do sistema processual penal em que ele se acha incurso. Enquanto nos Estados Unidos da América temos um modelo adversarial, dotado de um juiz passivo, na *civil law* há um modelo de investigação oficial, destinado à busca da ‘verdade’. No sistema adversarial a força reside nas partes, que são praticamente donas da relação processual, e, no outro lado (de investigação oficial), o juiz está no centro do sistema, sendo o dono de poderes instrutórios, vocacionados à busca da verdade.

¹⁴² Em linhas gerais, a ideologia dominante no *common law* aponta para a crença na “*fight theory of truth*”, na qual as partes exercitam um comportamento adversarial, frente à interpretação das amplas informações que tem à disposição.

uma forma de alcançar ‘elementos seguros que gerem certeza’¹⁴³ processual. Arremata observando que “se uma justiça completamente ‘com verdade’ constitui uma utopia, uma justiça completamente ‘sem verdade’ equivale a um sistema de arbitrariedade”¹⁴⁴.

Concebemos que não será no rigor linguístico e procedimental que se garantirá o sucesso científico e o alcance da ‘verdade’ no direito processual penal.¹⁴⁵

Não há verdade no processo, há ‘verdades’ a serem contempladas. A verdade processual é uma verdade por utilidade, ou seja, uma verdade pragmática sustentada para fundamentar uma manifestação de poder.

Os acordos sobre sentença esquivam-se do contraditório acirrado e, neles, a verdade resulta de um consenso entre as partes. Do acordo surge uma verdade lógica, fruto de uma ‘base fática’.¹⁴⁶

Alschuler¹⁴⁷ adverte que a jurisprudência norte-americana não tem consenso sobre o nível de certeza (densidade da base fática) necessária para o acordo. Assim, enquanto umas cortes exigem a “*probability-of-guilt standard*” (probabilidade de culpa), outras demandam apenas uma “*significant evidence that the accused was involveld or implicated in the offense*” (significativa evidência de que o acusado estava envolvido ou implicado com a ofensa).

O objetivo do processo penal nunca foi a demonstração da verdade, mas sim a fixação da responsabilidade. Tanto é que a lei não estabelece a forma como a verdade se faz, mas

¹⁴³ FERRAJOLI, Luigi. Patteggiamento e crisi della giurisdizione. **Questione Giustizia**, Milano, n. 2, p. 135, 1989.

¹⁴⁴ FERRAJOLI, Luigi. Patteggiamento e crisi della giurisdizione. **Questione Giustizia**, Milano, n. 2, p. 45, 1989.

¹⁴⁵ “A desordem, que nasce da rigorosa observância da letra de uma lei penal, não se compara com as desordens que nascem da interpretação. Tal momentâneo inconveniente leva à correção fácil e necessária das palavras da lei, causa incerteza, mas impede a fatal licença da razão, da qual nascem as arbitrárias e venais controvérsias. Quanto um código fixo de lei, que devem ser observadas *ad litteram*, só deixa ao juiz a incumbência de examinar as ações dos cidadãos e de julgá-las de acordo ou não com a lei escrita; quando a norma do justo e do injusto, que deve guiar tanto os atos dos cidadãos ignorantes como os dos filósofos, não é questão controvertida, mas de fato, então os súditos não estão sujeitos às pequenas tiranias de muitos, tanto mais cruéis quanto menor é a distância entre quem sofre e quem faz sofrer; mais fatais do que a de um só, porque o despotismo de muitos somente é corrigível pelo despotismo de um só e a crueldade de um déspota é proporcional não a força, mas aos obstáculos... Estarei preparado para tudo temer, se o espírito da tirania for consoante o espírito da leitura.” (BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret, 2001. p. 34).

¹⁴⁶ Em vários Estados Americanos é exigido ainda, como requisito da validade da *guilty plea*, a existência de uma “base fática” que sustente a declaração de culpa, requisito que, de todo o modo, não é considerado como constitucionalmente imposto (*MacCarthy v. United States*, 394 U.S. 459 (1969), p. 465). Extrema é a jurisprudência dos Tribunais novaiorquinos, os quais admitem a declaração de culpa relativa a delitos inexistentes ou em relação de contradição lógica com os fatos indiciados. Sobre isso, ver GOLDSTEIN, Abraham. **The passive judiciary** – prosecutorial discretion and the guilty plea. Baton Rouge & London: Louisiana State University Press, 1981.

¹⁴⁷ ALSCHULER, Albert W. The defense Attorney's Role in plea bargaining. **Yale Law Journal**, v. 84, p. 1293, n. 313, 1975.

determina como ela não se faz. Assim, a verdade admitida em uma ação penal é uma verdade limitada pela própria formalidade do processo.¹⁴⁸ Uma verdadeira verdade por utilidade.

O negócio penal surge nesse paradigma. O Estado lacia, restringindo a sua pretensão punitiva; enquanto isso, o indivíduo abre mão da ampla resistência à persecução estatal. É um processo simbiótico, uma vez que o negócio só se aperfeiçoa com a concordância de todos os sujeitos processuais. A colaboração do réu (confissão) é agraciada por política premial, com subsequente aplicação imediata de pena em abreviação de rito.

Da lógica das partes surge uma verdade lógica¹⁴⁹, chamada consenso. Ela atende as reivindicações da sociedade, representada pelo Ministério Público, e do réu, representado por seu advogado.

Ao dispensar a ‘lógica’ do conflito, a verdade pelo consenso não se reveste de menos ‘verdade’. Edifica-se um novo parâmetro de construção da ‘verdade processual’, preservando, sobretudo, a íntima convicção do magistrado, uma vez que ele pode se opor ao processo homologatório do acordo sobre sentença.

Aquele que resolver trilhar o rito do processo trazendo às costas a ‘mochila da verdade’ arcará com um fardo insustentável, pois ele carrega uma concepção valorativa unilateral acerca de um fato ocorrido. Se essa será a verdade do magistrado, só a sentença penal dirá. Nem no consenso, nem no litígio extremo se alcança uma verdade inequívoca, também denominada de verdade real. A ‘juridificação’ da verdade, por si só, já ‘furta-lhe’ a essência. Nos acordos sobre sentença, o discurso coletivo entre acusação e defesa converge para o nascimento da maior das verdades: a ‘verdade consensual’¹⁵⁰, que é a pedra angular¹⁵¹ da Justiça Negocial Penal.

¹⁴⁸ Por exemplo, as proibições de provas são regras que ponderam os interesses sociais de efetivação do processo penal, limitam a verdade na perspectiva de que impede a valoração de prova obtida com violação aos direitos individuais. In: BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **A negociação de sentença criminal e os princípios processuais penais relevantes**. 2015. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais) – Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2015. p. 169-170.

¹⁴⁹ MORAES, José Magno Linhares. A verdade e o consenso no direito. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 20, n. 4319, 29 abr. 2015. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/38498>>. Acesso em: 8 out. 2015.

¹⁵⁰ O processo não necessita ver buscada a verdade em sua forma mais real, mas ele admite uma verdade que se encaixe dentro daquilo que foi proposto pelas partes. Assim, é possível que a verdade seja pactuada entre aqueles que se interessam por sua demonstração. DAMASKA, Mirjan. Negotiated justice in international Criminal Courts. In: THAMAN, Stephen C. (Org.). **World plea bargaining: consensual procedures and the avoidance of the full criminal trial**. Durham: Carolina Academic Press, 2010. p. 93.

¹⁵¹ Nas construções antigas, a pedra angular era a pedra fundamental, a primeira a ser assentada na esquina do edifício, formando um ângulo reto entre duas paredes. Servia para definir a colocação das outras pedras e alinhar toda a construção. A pedra angular é o elemento essencial que dá existência àquilo que se chama de fundamento da construção.

4 CONFORMIDADE JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DO NEGÓCIO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO: A PONDERAÇÃO DOS VALORES CONSTITUCIONAIS EM ‘JOGO’

A prática negocial levanta um aparente conflito ideológico de valores constitucionais. É inegável que princípios como culpa; devido processo legal; ampla defesa; prova; não autoincriminação e outros contrastam com a possibilidade de aplicação imediata de pena em abreviação de rito.

Em dissertação vencedora do 19º Concurso de Monografias do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), Vasconcellos¹⁵² amaldiçoa a ampliação das margens de consenso. Ele identifica patente violação de princípios constitucionais, abordando a coercitibilidade da prática consensual. Em uma pegada garantista, exalta a proteção do indivíduo, anunciando impossibilidade de renúncia aos direitos e garantias processuais. Deseja, por fim, que, diferentemente do cenário estadunidense descrito por George Fisher¹⁵³, a barganha não triunfe no processo penal brasileiro.

Vasconcellos ignora a autodeterminação do indivíduo e exalta o rito ordinário, insensível às possibilidades de flexibilização do processo. Ritos abreviados, contemplados pela norma, também representam acepções de um devido processo legal.¹⁵⁴

Para inferir a conformidade jurídico-constitucional da ampliação das margens de consenso no processo penal brasileiro, seremos convidados a contrastar ou harmonizar os princípios em ‘conflito’. Certamente deverá ser submetido o princípio de menor relevância ao de maior valor social.

Se partirmos do pressuposto de que o negócio penal aplica nítida constrição de alguns princípios constitucionais, devemos levantar dois questionamentos: 1) há mitigação ou

¹⁵² VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Barganha e justiça criminal negocial**: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCRIM, 2015. p. 209-220.

¹⁵³ FISHER, George. **Plea bargaining's triumph** – a history of plea bargaining in America. Stanford: Stanford University Press, 2003. p. 13-39.

¹⁵⁴ Nos EUA, a sujeição ao *plea bargaining* (renúncia à instrução e ao julgamento ordinário) representa o exercício da autonomia da vontade (*waive of rights*). Enquanto o *due process of law* é encarado, nos EUA, como direito do cidadão e, portanto, renunciável (v.g., quando reconhece culpa e renuncia ao direito a ser julgado pelo Júri), no Brasil o devido processo legal, embora também enunciado como direito/garantia, assume características de ‘dever’ do Poder Público, irrenunciável pelo indivíduo. Nos Estados Unidos da América e no Brasil, o Estado desempenha papéis distintos na defesa dos direitos dos cidadãos: em linhas gerais, enquanto naquele país valoriza-se a autonomia individual, mantendo-se o Estado em posição de retração relativa à esfera particular, no Brasil espera-se uma tutela estatal por vezes excessiva.

abolição do princípio constricto? 2) Em nome de qual benefício social e valor constitucional se aplicou a suposta constrição?

A análise da constitucionalidade da ampliação da margem de consenso perpassa pela individualização (valoração) dos princípios constitucionais em ‘conflito’.¹⁵⁵ Daniel Sarmiento busca equacionar uma fórmula matemática para equalizar a proporcionalidade, preconizando que “o nível de restrição de cada interesse será inversamente proporcional ao peso específico que se emprestar, no caso, ao princípio do qual ele se deduzir, e diretamente proporcional ao peso que se atribuir ao princípio protetor do bem jurídico concorrente”.¹⁵⁶

O grande problema é que, se houver equivocada interpretação dos valores constitucionais em jogo na aplicação da prática negocial poderá, por consequência lógica, existir desacerto quanto à constitucionalidade do instituto.

Na ótica dos críticos, a abreviação de rito restringe a ampla defesa, violando o devido processo legal. Na prática, qualquer advogado convidado a interpretar um processo no qual houve condenação consensual lançará um pensamento simplista: se identificar que o arguido poderia ter sido absolvido, conclui que a pena mínima lhe é prejudicial, sobretudo, se percebe que a condenação à pena severa era inevitável, aplaudirá o negócio sobre sentença.

O Ministério Público será imerso em um complexo subjetivismo. Poderá optar pela barganha (pugnando pela aplicação de pena mínima), entretanto, estará passível de sofrer severas críticas da sociedade (vítimas, veículos de comunicação etc.), que nem sempre entende o ‘custo benefício’ da política premial. Para evitar o ‘decisionismo abstrato’, a Promotoria deverá fundamentar, racionalmente, a preferência lógica entre conceder o prêmio ou instruir exaustivamente o processo na busca de sanção expressiva. A prática levará à consolidação de uma cultura e ideologia ministerial, que deverá estar atenta aos reclames sociais. É do ‘povo’ e para o ‘povo’ que emana a prerrogativa de poder do Ministério Público.

A Justiça Negocial convida o processo penal a contrapor valores como formalidade *versus* celeridade. Para fundamentar a preferibilidade de um princípio ao outro, as razões elencadas podem ser, a título de exemplo, a intenção original do legislador, as consequências benéficas de certa decisão ou as opiniões dogmáticas e jurisprudenciais.

¹⁵⁵ Cf. Tocker, 1974, p. 626-627 apud AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas, interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 67

¹⁵⁶ SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000. p. 104. Olhar, também, SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luis Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional – ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

Ao contemplar a prática negocial, o legislador efetiva um prévio juízo de conveniência, inaugurando nova política de persecução penal. Lógico que, como todo ato normativo, haverá lacunas a serem preenchidas pela doutrina e pela jurisprudência, individualizando, em cada caso concreto, a preponderância e o respeito aos valores constitucionais contemplados pelo constituinte originário.

As críticas à prática negocial são irônicas, pois o consenso sobre sentença penal dá efetividade ao direito de liberdade do cidadão. Ao se submeter a menor sanção (política premial), o réu minimiza os aspectos deletérios da pena severa que lhe poderia ser imposta. Sobrevivem todos os outros valores constitucionais (ampla defesa, devido processo legal etc.), dando-se prevalência ao direito de maior valor (liberdade). Se, em um plano abstrato, fala-se, a princípio, na restrição do contraditório ou mesmo na renúncia à instrução probatória, no plano real há a maximização do direito de liberdade. É nítida a preferência lógica pelo valor constitucional de mais realce.

Quanto aos direitos e garantias individuais restringidos, observamos que nenhum direito fundamental é ilimitado, visto encontrar os seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna (princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas). A teoria da proporcionalidade¹⁵⁷ é um instrumento útil de ponderação, sobretudo entre o interesse particular vulnerado e o interesse estatal na persecução consensual.

A prática negocial consolida uma perspectiva benéfica ao cidadão, o que não isenta o estado persecução de obedecer a forma processual e as garantias constitucionais.

Sabemos que a invocação ideológica do princípio da proporcionalidade tem constituído a válvula de escape das agências judiciais para atender os reclames “da lei e da ordem”, acolhidos pelo senso comum com a aparência de que atuam de acordo com a sua finalidade constitucional, fulminando, dia a dia, a eficácia dos direitos e garantias tão duramente conquistados ao longo da história. De fato, não podemos permitir que o argumento ideológico da economia processual, celeridade e racionalização do processo justifique o aniquilamento da forma. Assim, se é na formalidade do rito que o réu desempenha seu direito de defesa, há de existir estrito parâmetro legislativo para a aplicação dos acordos sobre sentença.

¹⁵⁷ O princípio da proporcionalidade nasce no direito americano, no qual é conhecido como princípio da razoabilidade, mas atinge o seu ápice no direito alemão, *Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*. Tanto o direito americano como o alemão dão a esse princípio fundamentos distintos: neste, ele se funda no estado democrático de direito; naquele, no devido processo legal, no que foi seguido pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro no julgamento da ADIN 958-3/RJ. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 348.

Canotilho¹⁵⁸ adverte que a norma constitucional é, simultaneamente: (1) uma norma de garantia, porque reconhece e garante determinado âmbito de proteção ao direito fundamental; (2) uma norma de autorização de restrições, porque autoriza o legislador a estabelecer limites ao âmbito de proteção constitucionalmente garantido. É o que ocorre na prática negocial, uma liberdade de conformação¹⁵⁹, ou seja, a coabitação harmônica de valores constitucionais.

A Constituição não é uma simples folha de papel¹⁶⁰. Quando o constituinte prevê, no § 4º do artigo 60, que não podem ser objeto de deliberação as propostas de emenda tendentes a abolir os direitos e garantias individuais, impõe-se uma proteção ao núcleo essencial desses direitos.¹⁶¹ Mesmo em um modelo de justiça negocial premial, a restrição aos direitos e garantias individuais não poderá ser tão profunda a ponto de torná-los verdadeiras conchas vazias.¹⁶²

Percebemos que as exceções ao princípio da legalidade são consequência do princípio constitucional da proporcionalidade, ou seja, da ideia de que em alguns casos específicos é possível abreviar o rito em nome da maior funcionalidade do processo. Celeridade, economia processual, racionalização da persecução penal são virtudes que otimizarão a vertente efficientista do processo penal. Os acordos sobre sentença têm a possibilidade de resgatar a credibilidade do sistema de proteção constitucional-penal, evitando a proteção deficiente ou insuficiente (*untermassverbote*).

A ampliação das margens de consenso no processo penal brasileiro preserva o **núcleo** axiológico do nosso sistema jurídico: o respeito à dignidade da pessoa humana.¹⁶³

¹⁵⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 788.

¹⁵⁹ *Liberdade de conformação* (liberdade de definição). In: DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: RT, 2007. p. 152.

¹⁶⁰ Cf. PRADO, Fabiana Lemes Zamalloa do. **Limites à prova no processo penal: relação de poder e ponderação de interesses no Estado Democrático de Direito**. 2006. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Goiás, Goiânia-Goiás, 2006. p. 28.

¹⁶¹ Foi o que reconheceu o Supremo Tribunal Federal, ao contemplar que as “limitações materiais ao poder constituinte de reforma, não significa a intangibilidade literal dos direitos e garantias individuais, mas apenas a proteção do núcleo essencial dos princípios e institutos cuja preservação neles se protege”. STF, Pleno, ADIn 2024/DF, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJe de 21.06.2007.

¹⁶² Como adverte o professor Dimitri Dimoulis, “é proibido proibir o exercício do direito além do necessário” (apud TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 530).

¹⁶³ Brandalise observa que é importante trazer que a aceitação ou a recusa do prêmio não pode estar subordinada a um só princípio de processo penal, pois deve considerar a pluralidade de interesses e princípios que estão apresentados na discussão, a finalidade do sistema penal, mas sempre com a compreensão de que a mesma proporcionalidade pode ser afastada se ela mesma for prejudicial aos interesses do réu (BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **A negociação de sentença criminal e os princípios processuais penais relevantes**. 2015. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais) – Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2015. p. 130).

Testemunharemos o triunfo do negócio penal, exatamente por que ele não se esvazia¹⁶⁴, mas sim dinamiza a coexistência dos direitos e garantias individuais. Assim, nos casos em que não se verifique interesse público na persecução, poderemos obter, em prática premial (redução de pena), a estabilização da norma e a defesa dos bens jurídicos, sendo possível a atenuação da legalidade processual.

4.1 Abreviações de rito e o devido processo legal

Em termos processuais, o princípio do *due process of law* consiste no conjunto de garantias constitucionais que, de um lado, asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais e, de outro, são indispensáveis ao correto exercício da jurisdição.

O princípio do devido processo legal é uma conquista suprallegal da sociedade sobre o Estado, cuja implementação é confiada ao Judiciário e ao Ministério Público, depositários fieis das liberdades públicas.¹⁶⁵

A garantia do devido processo legal não serve apenas aos interesses do réu como direitos públicos subjetivos (poderes e escudos processuais), mas configura, antes de tudo, instrumento de salvaguarda do próprio processo.

A doutrina¹⁶⁶ tem muita dificuldade em conceituar o devido processo legal e precisar os contornos dessa garantia, pois ele detém amplitude indeterminada e que, a bem da verdade, não interessa determinar. Assim, constitui autêntica “garantia inominada e não delimitada”.

Toda ofensa a um direito fundamental corresponde, via reflexa, a própria ofensa ao devido processo legal, razão pela qual a cláusula corresponde a verdadeiro estandarte da democracia (*Calder v. Bull*, ocorrido em 1798).¹⁶⁷

Se, por um lado, o devido processo legal é fator legitimante do exercício da jurisdição, por outro, a ritualização judicial é, por vezes, verdadeira cerimônia degradante que submete o indivíduo a toda sorte de constrangimento e temor. Não raro, a burocracia processual e a procrastinação da resposta estatal são fardos que ‘penalizam’ o réu.

¹⁶⁴ *Grundgesetz* (Lei Fundamental Alemã), cujo artigo 19, 2, dispõe que “[e]m nenhum caso pode um direito fundamental ser desrespeitado em seu **núcleo essencial**”.

¹⁶⁵ Cf. CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. **O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 26.

¹⁶⁶ Cf. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrine; DINARMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 75.

¹⁶⁷ Cf. Em Carlos Roberto de Siqueira Castro a manifestação é reproduzida (CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. **O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1989).

Nessa perspectiva reside uma inquietação em identificar se a supressão da audiência de instrução e julgamento, com a sacralização do julgamento antecipado da lide penal, poderia representar patente violação do devido processo legal.¹⁶⁸

Na atividade consensual, o contraditório e a ampla defesa são concentrados. É na adesão (ou no dissenso) ao acordo que a defesa exercita toda sua pretensão. Não podemos minimizar a importância da audiência de instrução e julgamento, mas sim perceber a sua inutilidade frente ao consenso. O Negócio Penal dilui o conflito e pacifica os pontos controvertidos do processo penal, dando margem ao julgamento sem produção exaustiva de prova.

Paulo Sergio Pinto de Albuquerque adverte que

A funcionalidade do processo penal não exige apenas a melhor organização possível da fase preparatória do processo e a simplificação da audiência de julgamento. Ela exige mesmo que se prescindia da audiência de julgamento em certos casos. O programa de “desjudicialização” corresponde a uma estratégia para contrariar a diminuição da “função de advertência de uma audiência de julgamento” (*Warnfunktion einer Hauptverhandlung*). Assim, quanto maior o número de factos criminosos de pequena gravidade resolvidos fora da audiência de julgamento, maior é a disponibilidade de capacidade do aparelho judiciário para combater a criminalidade grave. Por outro lado, quanto maior o número de factos criminosos resolvidos fora da audiência de julgamento, mais importante se torna para comunidade e para os sujeitos processuais a audiência de julgamento em relação aos factos que lhe são submetidos.¹⁶⁹

Se a Lei contemplar a possibilidade de julgamento antecipado da lide, em acordo sobre sentença, essa passará a ser a nova configuração do processo penal, e portanto, a ser representativa do devido processo legal. Na transação; no *sursis* processual ou nas colaborações premiadas temos o devido processo legal, mesmo sem a tradicional audiência de instrução e julgamento.

O consenso sobre pena, nos moldes em que se deseja aplicar no Brasil (Projeto de Lei nº 156/2009), dá ampla possibilidade de atuação retórica dos intérpretes, deixando intangível os núcleos normativos garantistas. Permite que o processo seja uma verdadeira ferramenta para a pluralidade de concepções. A lei franqueia um instituto que torna mais efetiva a

¹⁶⁸ Na Alemanha, a situação evoluiu na segunda metade da década de oitenta do século passado. Registrou-se a primeira afirmação peremptória do *Bundesverfassungsgericht* de que a negociação penal não põe em causa o princípio do devido processo legal se forem estabelecidos certos limites à disposição dos sujeitos processuais (ALBUQUEQUE, Paulo Sergio Pinto de. **Comentário do Código de Processo Penal**: à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. 4. ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011. p. 886).

¹⁶⁹ ALBUQUEQUE, Paulo Sergio Pinto de. **Comentário do Código de Processo Penal**: à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. 4. ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011. p. 757.

prestação jurisdicional penal. Atento à natureza ‘facultativa’ do negócio penal, não antevemos, na política consensual, violação ao núcleo garantista libertário do indivíduo, assim, tampouco resta violado o devido processo legal.

4.2 Negócio penal: ampla defesa corroída?

O princípio do contraditório é verdadeiro apanágio do sistema acusatório¹⁷⁰, uma expressão peculiar do devido processo legal.

Na aplicação imediata de pena há inequívoca restrição do contraditório, que põe em cheque a sobrevivência da política negocial.

Os direitos processuais relativos ao contraditório tem por objetivo estabelecer a igualdade das partes e o exercício efetivo da defesa. A ordem constitucional norte-americana, por exemplo, contempla o direito de confrontação (*right of confrontation*), ou seja, o acusado pode contraditar, questionar e examinar (*cross-examine*) as testemunhas que forem apresentadas contra si. No Brasil, o contraditório pressupõe a possibilidade de conhecimento, por uma das partes, de opiniões, argumentos e conclusões formuladas pela parte adversa, a fim de que haja a possibilidade de externar as próprias manifestações, contrastando testemunhas e levantando as provas que deverão ser apreciadas pelo judiciário. De fato, para o alcance da efetiva igualdade processual, é necessário estabelecer paridade de armas.¹⁷¹

Nas abreviações de rito, em consenso sobre pena, há a supressão da instrução processual, entretanto, não se aniquila o contraditório. No julgamento antecipado da lide penal há oposição e confronto de perspectivas, concentrando-se a dialética no ato de adesão ao acordo sobre sentença. O consenso exige da defesa acirrada perspectiva crítica, apta a identificar as consequências inerentes à política premial.

O magistrado, em regra, leva em conta as fundamentações da acusação e da defesa¹⁷² para decidir e, assim, é lógico que a prática negocial suprime a necessidade de confrontação pública e antagônica das provas. A liberdade de escolha entre aderir ou não ao acordo dá contorno a uma diferente modalidade de contraditório, o contraditório concentrado.

¹⁷⁰ FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Livraria Almedina, 2001. p. 280.

¹⁷¹ O direito de ação não se justifica pela mera solenidade do rito em si, mas sim como princípio que se ergue na perspectiva de garantir a paridade de armas entre as partes litigantes. SOUZA, Motauri Ciochetti de. **Ministério Público e o princípio da obrigatoriedade**: ação civil pública. São Paulo: Método, 2007. p. 67.

¹⁷² TEIXEIRA, Adérito Carlos. **Princípio da oportunidade** – manifestação em sede processual penal e sua conformação constitucional. Porto: Livraria Almedina, 2000. p. 62.

Nos acordos sobre sentença, ao deduzir a pretensão punitiva, o Ministério Público deve expor a prova indiciária viabilizando o exame de admissibilidade da denúncia pelo magistrado, propiciando ao réu o conhecimento dos limites da acusação e das provas que sustentam a pretensão. Exige-se uma base fática que sustente a acusação, haja vista que, sem ela, o julgador não poderá formar convicção legítima sobre a credibilidade da confissão nem poderá avaliar possível violação de direito individual.

O projeto de reforma do Código de Processo Penal brasileiro, ao contemplar a possibilidade de aplicação imediata de pena, permite que a defesa exercite o dissenso ao acordo. Nessa hipótese, o julgamento é encaminhadas para a via ordinária. Assim, não há limitação da ampla defesa nos julgamentos antecipados da lide penal, tampouco esquiva-se a prática consensual do contraditório, o que existe é a delimitação do contraditório ao momento em que a defesa exerce a adesão à prática consensual.

Aderindo ao julgamento antecipado, a defesa renuncia à instrução processual, e, em confissão, submete-se à pena acordada. A sanção continuará a ser imposta pelo Poder Judiciário em sentença penal condenatória.

Se, por um lado, o Ministério Público tem a faculdade de sugerir a prática premial, de outro, será a defesa quem consolidará o ‘negócio’. Esse contraditório concentrado, no qual a defesa pode refutar a prática consensual penal, exige profissionalismo e habilidade. O advogado deverá ser sensível aos interesses do ofendido e, acima de tudo, ter ética na atuação.

Na hipótese de acordo sobre sentença, o Estado não impede o exercício de direitos em favor do acusado ou viola princípios processuais, na medida em que tal sistema não afasta a opção pelo *full trial*.

Há duas verdades: a primeira consiste no fato de que a via negocial é optativa; a segunda de que essa opção é sopesada pelo próprio acusado.¹⁷³ Assim, a amplitude do contraditório é relativizada pela própria defesa.¹⁷⁴

Assim, não é possível identificar, em abstrato, qualquer sorte de violação à ampla defesa e ao contraditório na prática consensual penal de aplicação imediata da pena. Aliás, impedir os acordos sobre sentença sob o argumento de que ele violaria o princípio da ampla defesa representa desrespeito à autodeterminação do acusado, ao passo em que a compressão

¹⁷³ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais:** trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 279-281.

¹⁷⁴ “Contraditório, elemento integrante da compreensão de defesa, pode ser relativizado, na medida do confronto prático entre ele e o resultado prático que se pode obter com a política premial.” (BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **A negociação de sentença criminal e os princípios processuais penais relevantes**. 2015. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais) – Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2015. p. 207.)

processual vem aliada a políticas criminais premiaias que podem implicar em menor grau de severidade da sanção a ser imposta.

4.3 A ‘confissão’ em consenso sobre pena e sua compatibilidade com o primado da ‘presunção de inocência’ (*nemo tenetur*)

Mesmo formalmente imputado o acusado é inocente e, como tal, deve ser tratado pelos órgãos de persecução. Incumbe ao Estado demonstrar a culpabilidade durante o trâmite processual.

A prova a cargo do órgão de acusação deve ser capaz de superar a presunção de inocência do acusado, premissa que revela o grau de civilidade da sociedade, impondo ao poder estatal atenção à dignidade do cidadão.

O termo ‘presunção’ é resquício das opiniões dos autores da escola técnico-jurídica¹⁷⁵, uma vez que não há mais de se falar em presunção. O ‘princípio da inocência’ consiste, sobretudo, na vedação de se considerar o acusado como meio de prova, impondo o integral respeito à sua ‘liberdade’.

Ao contemplar as ‘Colaborações Premiadas’¹⁷⁶, a legislação brasileira optou por não afirmar a responsabilidade penal do acusado com base tão somente em ‘delação’. Assim, haverá absolvição quando a responsabilidade penal do imputado não tenha sido verificada com certeza, fora de dúvida razoável. Nas colaborações premiadas há de existir prova indubitosa para condenação. Pende uma limitação subjetiva sobre os fatos narrados pelo colaborador decorrente do princípio da inocência.

De fato, é improvável, ou mesmo inadmissível, que um meio de prova isolado possa permitir uma conclusão segura sobre a culpabilidade do acusado. Todas as provas, isoladamente, são relativas, e só o exame crítico do seu conjunto pode levar a uma razoável certeza, que jamais será a certeza ideal e absoluta.

¹⁷⁵ VILELA, Alexandra. **Considerações acerca da presunção de inocência em direito processual penal**. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 45.

¹⁷⁶ ‘Delação’ ou ‘Colaboração Premiada’ são terminologias utilizadas pelo ordenamento brasileiro para contemplar a possibilidade que tem o participante ou associado de ato criminoso de ter sua pena reduzida ou até mesmo extinta, mediante denúncia de seus comparsas às autoridades, permitindo o desmantelamento do bando ou quadrilha. O ‘prêmio’ é inserido em uma rubrica denominada Direito Penal Premial, que consiste em uma das técnicas recompensatórias ao arguido que auxilia a atividade de persecução criminal (LIMA, Márcio Barra. A colaboração premiada como instrumento constitucionalmente legítimo de auxílio à atividade estatal de persecução criminal. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (Org.). **Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil**. Salvador: Editora JusPodivm, 2010).

O Projeto de Lei nº 156/2009 inova a ordem processual penal, ao tempo em que outorga à confissão do réu relevante valor probatório. Enquanto na ‘colaboração premiada’ há uma natural desconfiança acerca das informações prestadas pelo ‘delator’ – ainda mais quando os motivos que orientam a colaboração podem vir acompanhados de circunstâncias sintomáticas de sua hipocrisia –, na aplicação imediata de pena a confissão é prova processual suficiente, tanto que as partes expressamente dispensam a etapa processual de produção das provas.

Se a ‘aplicação imediata de pena’ visa outorgar celeridade e efetividade à prestação jurisdicional, com a concessão de políticas premiais, não se pode exigir que os elementos de colaboração sejam objetivos e suficientes para constituir prova da culpabilidade do imputado, tampouco exigir contraditório amplo para confirmar o teor da confissão. Isso esvaziaria a própria gênese e o objetivo do instituto negocial contemplado pelo Projeto de Lei nº 156/2009.

O direito ao silêncio, cuja origem deita raízes na Idade Média e no início da Renascença, é a versão nacional do privilégio *against self-incrimination* do direito anglo-americano¹⁷⁷, que surgiu como forma de reação ao procedimento inquisitório que transformava o arguido em instrumento de sua própria condenação.

Aqueles que militam cotidianamente nas lides forenses sabem que o silêncio pode ser a arma mais poderosa à disposição do acusado e, em contrapartida, a mais perigosa. Por essa razão, o atual sistema brasileiro outorga especial força ao direito de ficar calado, na medida em que impede, inclusive, que o julgador forme convencimento em prejuízo do réu por força do exercício do silêncio.¹⁷⁸

O direito ao silêncio e à não autoincriminação estão incindivelmente ligados. Subtraindo do réu o direito ao silêncio, ele estaria obrigado a pronunciar-se revelando, por vezes, informações aptas a sua autoincriminação.

¹⁷⁷ Segundo o U.S Constitution Amendment 5 – *Trial and Punishment, Compensation for Takings*: “[...] *nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation*”.

¹⁷⁸ Beccaria, nos idos de 1764, já se debatia contra a exigência de juramento de verdade no julgamento do réu, afirmando que “uma contradição entre as leis e o sentimento natural dos homens nasce dos juramentos que se exigiam dos réus, para que seja um homem veraz, quando seu maior interesse é mentir; como se o homem pudesse jurar, com sinceridade, contribuir com a própria destruição; como se a religião não se calasse, na maioria dos homens; quando fala o interesse.” (BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret, 2001. p. 78).

Nem a lei processual, muito menos a Constituição Federal brasileira¹⁷⁹, consagram, diretamente, o direito ao *nemo tenetur*. Situação semelhante se registra no ordenamento alemão e português. Para Fernandes¹⁸⁰, foi sensível a evolução da doutrina brasileira no sentido de extrair da cláusula da ampla defesa e de outros preceitos constitucionais, como o da presunção de inocência e o direito ao silêncio¹⁸¹, o princípio de que ninguém é obrigado a se autoincriminar, não podendo o suspeito ser forçado a produzir prova contra si mesmo.

A doutrina e a jurisprudência europeias, no entanto, são consensuais em afirmar o assento constitucional do princípio do *nemo tenetur*, tido como princípio constitucional não escrito.¹⁸²

Importa que, em ambas as hipóteses, o fundamento do *nemo tenetur* está enraizado na perspectiva de respeito à dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, da Constituição Federal de 1988), o que outorga ao acusado a condição de sujeito de direito no processo, e não a de objeto de investigação.¹⁸³

Na persecução penal, sempre que for imposta uma obrigação ao investigado que o exponha ao risco de inculpação deve ser-lhe assegurado o direito ao silêncio e à não autoincriminação.

Acreditamos, entretanto, que o *nemo tenetur* não tem vigência absoluta, sendo passível de limitação. A lei processual, prévia e expressa¹⁸⁴, é instrumento apto a excepcionar o princípio do *nemo tenetur*, viabilizando sua aplicação racional.

Enfrentemos, pois, um problema. Se na prática negocial penal a confissão do réu é instrumento probatório apto a ensejar sua autoincriminação, não haveria violação ao *nemo tenetur*?

¹⁷⁹ A constituição brasileira acolhe com carga normativa os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos. O Decreto 678, de 6 de novembro de 1992, firma a adesão do Brasil ao Pacto de São José da Costa Rica, o qual, no artigo 8º, II, alínea g, disciplina como garantia judicial a prerrogativa de investigado “não ser obrigado a depor contra si mesmo, nem a declarar-se culpado”.

¹⁸⁰ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 303-304.

¹⁸¹ Cf. artigo 5º, LXIII, da Constituição Federal: “O preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado [...]” (BRASIL, 2009).

¹⁸² Dias, Andrade e Pinto, em uma concepção processualista do tema, entendem que o direito ao silêncio e à não autoincriminação teriam fonte jurídico-constitucional nas garantias processuais reconhecidas ao arguido no texto constitucional, designadamente no princípio da presunção de inocência (artigo 5º, LVII, da Constituição Federal de 1988), que asseguram um processo penal equitativo. In: DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa; PINTO, Frederico de Lacerda da Costa. **Supervisão, direito ao silêncio e legalidade da prova**. Coimbra: Almedina, 2009. p. 38.

¹⁸³ DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa; PINTO, Frederico de Lacerda da Costa. **Supervisão, direito ao silêncio e legalidade da prova**. Coimbra: Almedina, 2009. p. 40-41.

¹⁸⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa; PINTO, Frederico de Lacerda da Costa. **Supervisão, direito ao silêncio e legalidade da prova**. Coimbra: Almedina, 2009. p. 45.

O respeito à condição de sujeito processual apenas impede que o Estado obrigue o investigado a produzir prova contra si mesmo. A legislação nunca proibiu que o réu produzisse, voluntariamente, prova contra si mesmo, mas sim que ele fosse coartado a produzi-la. Assim, se o investigado produzir, espontânea e publicamente, prova apta a colaborar com sua inculpação, ela deverá ser valorada no processo, ante a sua inquestionável validade e previsibilidade pela norma processual substantiva.

Não existe violação aos primados da presunção de inocência durante a prática consensual. Na ‘aplicação imediata de pena’ o juiz valora depoimento fornecido voluntariamente pelo acusado. A defesa abdica do silêncio, em confissão, na busca pela atividade premial (pena mínima).

4.4 Eficiência e celeridade, desafios de uma justiça consensual na preservação da jurisdição

A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito, é a garantia jurídica fundamental destinada a conferir concretude aos direitos assegurados pela Carta Magna, o princípio da inafastabilidade da jurisdição, consagrado pelo artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal.

A sociedade moderna não consegue mais dar resposta eficiente a todas as violações de bens jurídicos penalmente tutelados.¹⁸⁵ Assim, surgem critérios de diversão processual que se propõem a diminuir o espaço temporal entre o fato típico praticado e a resposta estatal.¹⁸⁶ Isso implica em verdadeiro processo de simplificação, com uma dinamização da compreensão dos ritos.¹⁸⁷

Uma das causas de justificação do consenso sobre pena é a aspiração pela celeridade processual. O sobrecarregamento da justiça criminal, com enorme quantidade de processos, e a complexidade de alguns feitos têm levado o legislador a buscar alternativas. As reformas buscam outorgar efetividade à persecução processual sem se descuidar de preservar os direitos

¹⁸⁵ “O novo Código de Processo Penal Italiano, ao contemplar procedimentos especiais de diversão (*procedimenti differenziati, applicazione della pena su richiesta*), identificou pressuposto lógico na constatação de que é totalmente irracional e não econômico enfrentar toda a forma de criminalidade mediante o esquema do processo unitário” (PAOLIZZI, Giovanni. *I meccanismi di semplificazione del giudizio di primo grado*. In: **Questioni nuove di procedura penale**. Padova: Cedam, 1989. p. 38-39).

¹⁸⁶ Mirabete menciona a necessidade de que a “resposta jurídica” adequada a cada conduta desviada deve ser, ao mesmo tempo, “justa e útil” (MIRABETE, Julio Fabbrini. **Juizados especiais criminais**. São Paulo: Atlas, 1996. p. 16.).

¹⁸⁷ BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **A negociação de sentença criminal e os princípios processuais penais relevantes**. 2015. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais) – Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2015. p. 45.

e garantias processuais. Ambos¹⁸⁸ observa que “as restrições jurídicas, próprias do Estado de Direito, que acompanham a abreviação e aceleração do procedimento, em especial limitações à proteção jurídica, devem ser equilibradas e proporcionalmente compensadas”.

A celeridade de um rito nem sempre implica em eficiência. Jean Pradel¹⁸⁹ adverte que o princípio da eficiência é um protetor da sociedade e contém dois subprincípios: o da busca da verdade e o da celeridade. Assim, o sistema processual é eficiente quando, valendo-se dos instrumentos de atuação, atinge o fim a que se propõe, qual seja, a apuração do fato criminoso de maneira mais célere possível.

O ordenamento Português, a título de exemplo, contempla, na exposição de motivos do Código de Processo Penal, item 8, que “a procura de celeridade e eficiência na administração da justiça penal” não deve obedecer a uma lógica puramente economicista de produtividade pela produtividade.

Alguns doutrinadores concebem que a busca insana por celeridade e produtividade tende a mercantilizar o processo penal. Bernd Schünemann¹⁹⁰ sugere um intrigante panorama de mercantilização da pena, apto a moldar uma justiça criminal obcecada por eficiência, naquilo que Robert Bohm¹⁹¹ ousa chamar de “*fast food* jurisdicional”, caracterizador do fenômeno denominado de “*McJustice*”.

É de fato perigosa a mudança da teoria do ‘direito’ para a perspectiva mercantilista e ousado dizer que algumas propostas confundem efetividade com produtividade. A rentabilidade da justiça penal está ligada à concretização dos seus fins, que são a tutela dos bens jurídicos e a paz social. Lógico que sem viabilidade econômica, recursos humanos, espaço adequado, material de expediente e diversas outras variantes não se promove justiça penal, mas tampouco a alcançaremos com o mero julgamento em escala industrial dos processos.

A primeira prognose a ser demolida é a de que a pena imposta em julgamento antecipado da lide é injusta e inadequada. Esse pensamento, enraizado no inconsciente coletivo garantista, sustenta-se no vago fundamento de que a prestação jurisdicional tradicional é a única válida, justa e compatível com o Estado Democrático. Essa falácia

¹⁸⁸ AMBOS, Kai. Procedimentos abreviados en el proceso penal alemán y en los proyectos de reforma sudamericanos. **Revista de Derecho Procesal**, Madrid, p. 551, 1997.

¹⁸⁹ PRADEL, Jean. **Procédure pénale**. 10. Ed. Paris: Cujas, 2000. p. 300 apud FERNANDES, Antônio Scarance. O equilíbrio entre a eficiência e o garantismo e o crime organizado. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 16, n. 70, jan.-fev. 2008. p. 233.

¹⁹⁰ SCHÜNEMANN, Bernd. Do templo ao mercado? Como a justiça penal aparentemente transforma a teoria econômica do direito em prática, governo em governança e soberania em cooperação. In: SCHÜNEMANN, Bernd; Greco, Luíz (Coord.). **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 309.

¹⁹¹ BOHM, Robert M. “Mc Justice”: on the McDonaldization of criminal justice. **Justice Quarterly**, v. 23, n. 1, p. 127-146, mar. 2006.

cíclica, calcada no discurso da ‘proteção social’ defende a dislexia probatória como se ela se justificasse em si mesma.

Não podemos ignorar que a redução da carga de trabalho do judiciário e do Ministério Público racionaliza e otimiza os mecanismo de persecução. Já observamos, nos capítulos antecedentes, que a verdade alcançada na justiça consensual, ao dispensar a ‘lógica’ do conflito, alcança objetivos nobres, como o de evitar a estigmatização do arguido, possibilitar políticas premiaias e preservar a dignidade da pessoa humana.

Ferrajoli¹⁹² adverte que, assim como não se pode tolerar a adoção de um processo penal ágil, pronto a atender às necessidades de deflação do sistema de justiça criminal, mas destituído das garantias processuais, não se admite um apego desmedido à sua tradicional função de garantia, sacrificando, desse modo, a exigência de prestar justiça célere. O equilíbrio entre os interesses da persecução e aqueles da liberdade do arguido deverá resultar sempre de uma ponderação dos ditos interesses.¹⁹³

Os acordos sobre sentença não renegam a punição a segundo plano ou ignoram a forma, mas sim compreendem que sanções em patamar mínimo, conjugadas com a economia de esforços, redundarão em disponibilidade de tempo e recursos para contrastar a grave criminalidade. Os recursos materiais e humanos investidos em uma solução por meio do processo penal ordinário, observada toda sua liturgia, é caro. Nessa senda, reina, hoje, um dispendioso rito, no qual a falta de razoabilidade na duração do processo penal põe em cheque sua viabilidade econômica e a própria legitimidade. Justiça tardia é, não raro, representatividade de ‘injustiça’.

Na trilha de uma justiça negocial, os órgãos formais de controle procuram racionalizar o conflito nos delitos de pequena e média lesividade, otimizando a perseguição da criminalidade grave, no sentido de conferir mais eficiência ao sistema penal.¹⁹⁴

Ao se relativizar o exercício exaustivo da ampla defesa, admitindo a confissão em julgamento antecipado da lide, a justiça negocial pratica o desapego à formalidade extrema, desburocratiza a jurisdição e acelera a resposta estatal penal. Nunca deveremos exaltar a

¹⁹² FERRAJOLI, Luigi. Patteggiamento e crisi della giurisdizione. **Questione Giustizia**, Milano, n. 2, p. 374, 1989.

¹⁹³ ROXIN, Claus. Sobre el concepto global para una reforma procesal penal. **Universitas**, v. XXIV, n. 4, p. 313, 1987; ROXIN, Claus. Introducción a la ley procesal penal alemana de 1877. Trad. Juan-Luiz Gomez Colomer. **Cuadernos de Política Criminal**, Madrid, n. 16, p. 173, 1982.

¹⁹⁴ Sobre esses aspectos, cf. HÜNDERFELD, Peter. A pequena criminalidade e o Processo Penal. **Revista de Direito e Economia**, Coimbra, ano IV, n. 1, p. 25 e ss., 1978.

celeridade em detrimento das garantias individuais¹⁹⁵, contudo, desenvolver a jurisdição útil e célere permite o desenvolvimento da funcionalidade do processo penal.

A abreviação de rito traz restrição jurídica íncita ao instituto e própria de um Estado de Direito¹⁹⁶, uma vez que mantém intocável a dignidade da pessoa humana.

Em síntese, o que se deseja é que a formalidade processual penal não seja obstáculo próprio da persecução dos objetivos de processo. A proteção eficiente dos bens jurídicos essenciais não está atrelada à formalidade extrema do rito. O sistema penal deve perseguir, ao mesmo tempo, a funcionalidade (eficiência) e as garantias (justiça), pois ao Estado incumbe preservar os direitos dos cidadãos e também promover o bem da coletividade.

A ampliação das margens de consenso no processo penal representa a busca pela máxima eficácia na aplicação da norma penal. A morosidade extrema do judiciário pode consolidar um sentimento coletivo de negação do direito. Nessa perspectiva, os acordos sobre sentença criminal são formas legítimas de outorgar celeridade com seletividade inteligente¹⁹⁷, atento à autonomia do indivíduo e aos ditames constitucionais pátrios.

A busca pela celeridade dá norte às mudanças que se avizinham na legislação brasileira. Não se pode negar que o negócio penal é um instituto que se expande a partir do poder daqueles que são beneficiados por suas consequências. Entretanto, desde que o sistema conjugue eficiência e funcionalidade, sem se descurar do vetor garantia, estará preservada sua constitucionalidade. A pena obtida no consenso ganha legitimidade a partir do momento em que se reveste de utilidade à sociedade, dignificando o arguido e evitando sua estigmatização, fazendo com que, sobretudo, efeitos como o da economia e eficiência sejam completamente colaterais, ainda que desejáveis e admissíveis.

Não há incompatibilidade entre as tendências garantistas e a eficiência processual penal¹⁹⁸, assim como não há incongruência entre a desburocratização do processo e a preservação da jurisdição. Uma defesa social contemporânea deve estar atenta às questões de efetividade do sistema. Quando se conjugam as preocupações de economicidade e

¹⁹⁵ FERRAJOLI, Luigi. Patteggiamento e crisi della giurisdizione. **Questione Giustizia**, Milano, n. 2, 1989.

¹⁹⁶ AMBOS, Kai. Procedimentos abreviados en el proceso penal alemán y en los proyectos de reforma sudamericanos. **Revista de Derecho Procesal**, Madrid, n. 3, p. 551, 1997.

¹⁹⁷ Em *Brandy v. United States*, assentou-se que “o reconhecimento de culpabilidade (*guilt plea*) beneficia ambas as partes ao evitar responsabilidades e despesas no julgamento”. In: VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro**. São Paulo: IBCCRIM, 2015.

¹⁹⁸ GRINOVER, Ada Pellegrine. Procedimentos sumários em matéria penal. In: **O processo em evolução**. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 288; GRINOVER, Ada Pellegrine. Que Juiz inquisidor é esse? **Boletim ICCrim**, n. 30, jun. 1995.

produtividade em uma ótica que preserve a dignidade do arguido, veste-se de legitimidade a celeridade implementada na ótica negocial.

4.5 Culpabilidade e individualização da pena no consenso sobre sentença

A culpabilidade jurídico-penal é um conceito material que não se esgota em um puro juízo de censura ao agente, pois também inclui a razão da censura e aquilo que lhe é censurado.¹⁹⁹ Tradicionalmente, no Brasil a culpabilidade se afigura como sendo o juízo de sensurabilidade da conduta, estruturando-se como um pressuposto para a aplicação da pena.

No negócio, a pena é objeto de pacto entre as partes, fazendo com que a imputação subjetiva seja uma resultante da confissão do arguido. Se o acusado discorda da aferição de culpabilidade, cabe-lhe opor-se à diversificação processual. Seja no rito consensual ou no litigioso, a culpabilidade é condição necessária, mas não suficiente, para exigir uma responsabilidade.²⁰⁰

No consenso sobre sentença penal, uma coisa é o acusado não contestar a imputação a ele dirigida ou assumir a culpabilidade (*nolo contendere*)²⁰¹, outra bem diversa é permitir que lhe seja imposto cumprimento de pena ao arrepio da constatação de elementos mínimos que demonstrem juízo de reprovabilidade. O Ordenamento Jurídico brasileiro e o próprio Pacto de San José (artigo 8º, nº 2) estabelecem que a culpabilidade deve ser demonstrada na sentença.

Em capítulos anteriores já desnudamos que a culpabilidade do arguido, na proposta de aplicação imediata de pena brasileira, deriva de uma base fática exposta na denúncia, alicerçada por prova inquisitorial. A confissão apenas cimenta a condenação do réu, dispensando a dilação probatória.

A política premial contemplada no negócio penal afeta positivamente a medida de pena (culpabilidade). Em termos práticos, a aplicação de pena mínima evita a alegação de prejuízo por parte da defesa.

¹⁹⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal português** – parte geral II. As consequências jurídicas do crime. Lisboa: Aequitas, 1993. p. 218.

²⁰⁰ Roxin chega a fazer distinção entre a culpabilidade fundamento (*strafbegründungsschuld*) e a culpabilidade critério para a medida da pena (*strafzumessungsschuld*). Na prática consensual, o comportamento culposo é ‘castigado’ por razões preventivas e não punitivas, ou seja, o Estado identifica a possibilidade de menor medida de pena, apta a preservar a missão estatal de assegurar a convivência social. In: ROXIN, Claus. **Culpabilidad, prevención y responsabilidad en derecho penal**. Trad. Francisco Muñoz Conde. Madrid: Reus, 1981. p. 147-156.

²⁰¹ FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Livraria Almedina, 2001. p. 811.

O que inquieta a doutrina em uma prática negocial é a questão da individualização da pena, ou seja, a medida de culpabilidade.

O princípio da individualização da pena, à luz da Constituição Federal, preceitua que a cada indivíduo deve ser estabelecida uma sanção que seja individualizada. Garante-se, assim, a aplicação da pena mais justa, conforme o caso concreto, tornando a pena proporcional à gravidade da lesão ao bem jurídico violado.

O princípio da individualização pode ser entendido sobre três aspectos diferentes, a depender do momento em que se observa o fenômeno jurídico: legislativo (cominação da pena), judicial (aplicação da pena) e executivo (execução da pena).²⁰²

No momento legislativo, o princípio da individualização da pena destina-se ao legislador infraconstitucional, que analisa a gravidade da violação atento ao apreço social por determinado bem jurídico e estipula a resposta punitiva estatal correspondente.

No momento judicial o princípio da individualização é exercitado na dosimetria da pena. Nos moldes do artigo 59 do Código Penal brasileiro, o juiz escolhe o quantitativo e a espécie de pena a ser aplicada ao infrator. O magistrado, para fixação da sanção, leva em consideração ‘circunstâncias judiciais’ contempladas na lei.

Ao poder executivo incumbe propiciar a estrutura adequada para o cumprimento das penas, em especial das privativas de liberdade. A execução de pena é presidida pelo Juiz das Execuções Penais, sob a fiscalização do Ministério Público. Nessa fase, há, também, patente individualização da pena, pois o mérito do condenado tem a habilidade de estimular um sistema de progressão de regime.

No contencioso penal a fixação da sanção é uma prerrogativa judicial, verdadeira atividade discricionária do juiz.²⁰³ Ao estabelecer a sanção, o magistrado acaba revelando, inconscientemente, sua personalidade, e realçando os valores sociais que lhe são sensíveis.

²⁰² “Quanto à individualização da pena, sabe-se que há três aspectos a considerar: individualização legislativa: o primeiro responsável pela individualização da pena é o legislador, afinal, ao criar um tipo penal incriminador inédito, deve-se estabelecer a espécie da pena (detenção ou reclusão) e faixa a qual o juiz pode mover-se (ex: 1 a 4 anos; 2 a 8 anos; 12 a 30 anos) b) individualização judicial: na sentença condenatória, deve o magistrado fixar a pena concreta, escolhendo o valor cabível, entre o mínimo e o máximo, abstratamente previstos pelo legislador, além de optar pelo regime de cumprimento e pelos eventuais benefícios (penas alternativas, suspensão condicional da pena e etc.); c) individualização executória: a terceira etapa da individualização da pena se desenvolve no estágio de execução penal. A sentença condenatória não é estática, mas dinâmica. Um título executivo judicial, na órbita penal, é mutável. Um réu condenado ao cumprimento de pena de doze anos, em regime inicial fechado, pode cumpri-la exatamente em doze anos, no regime fechado (basta ter péssimo comportamento carcerário, recusar-se de trabalhar e etc.) ou cumpri-la em menor tempo, valendo-se dos benefícios específicos (remição, comutação, progressão de regime, livramento condicional etc.)” (NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais comentadas**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 399-400).

²⁰³ LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. Porto Alegre: Frabis, 1991. p. 38.

Na atividade negocial penal que se deseja ver instalada no Brasil (o Projeto de Lei nº 156/2009) o legislador prevê aplicação imediata de pena mínima. O magistrado ficaria vinculado à aplicação do menor patamar contemplado pela norma penal objetiva. Correa Júnior e Shecaira Salomão²⁰⁴ entendem que a pré-estipulação de um patamar fixo a ser homologado pelo judiciário pode comprometer o princípio da individualização da pena no momento judicial. A doutrina teme, na prática, que haja a estipulação de penas completamente desproporcionais, pois os acordos ignoram a gravidade da violação do bem jurídico.

Um modelo de prática consensual penal que estabeleça medida premial unificada (redução da sanção ao patamar mínimo) gera inquietação aos penalistas. De fato, a resposta punitiva estatal deve guardar proporção com o mal infligido ao corpo social. Para diferentes graus de culpabilidade, lesividade, danosidade e reprovabilidade devemos ter distintas medidas de pena. Entretanto, a sanção aplicada na atividade premial obedece a outros critérios e compartilha de particular perspectiva do processo.

A abreviação de rito com aplicação de políticas premiaais dispensa a dilação probatória, assim, racionaliza-se o sistema de persecução penal, possibilitando um processo de seleção das hipóteses que realmente necessitam de persecução judicializada. O preço dessa seletividade penal consiste na abdicação dos órgãos de persecução pela busca da sanção extrema (elevada). Sinceramente, não identificamos, na aplicação da pena mínima, enfraquecimento da norma objetiva ou qualquer sorte de prejuízo ao réu agraciado.

De fato, a aplicação da pena deve obedecer aos critérios de culpabilidade e proporcionalidade.²⁰⁵ Entretanto, identificamos que essas garantias individuais são outorgadas aos cidadãos com o objetivo de limitar o *ius puniendi* estatal. Assim, se o órgão acusação, que detém o *dominiu litis*, abdica da busca pela sanção mais gravosa em nome da utilidade do sistema penal, passa a ser razoável a aplicação da pena em patamar mínimo. Não há prejuízo para o indivíduo, e, por consequência, inexistente violação aos direitos e garantias individuais.

²⁰⁴ CORREA JÚNIOR, Alceu; SALOMÃO, Sergio Shecaira. **Teoria da pena**: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2002. p. 84.

²⁰⁵ “Se a geometria fosse adaptável às infinitas e obscuras combinações das ações humanas, deveria haver uma escala correspondente de penas que descresse da mais forte para a mais fraca; mas bastará ao sábio legislador assinalar os seus pontos principais, sem perturbar a sua ordem, não decretando, para os delitos de primeiro grau as penas de último grau. Se houvesse uma escala exacta e universal das penas e dos delitos, teríamos uma medida provável e comum dos graus de tirania e liberdade, do fundo de humanidade ou de malícia das diversas nações” (BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret, 2001. p. 73).

A ‘proibição do excesso’ (proporcionalidade em sentido amplo²⁰⁶) veda, sobretudo, a severidade da sanção a ser imposta pelo poder público repressor. Ao aplicar a pena mínima, na atividade consensual resta nulificada a possibilidade de violação da proporcionalidade.²⁰⁷

A igualdade de tratamento entre os réus, tão desejada pela ordem constitucional, implica, não raro, em efetivo tratamento desigual dos desiguais.²⁰⁸ Na política negocial penal, a colaboração do indivíduo é determinante para a prática premial. Assim, as consequências jurídicas do delito são estipuladas obedecendo a participação interna do arguido (confissão). Quem colabora goza do prêmio, quem não colabora será julgado democraticamente pelo rito ordinário.

Na aplicação imediata de pena o juiz aplica a pena mínima, atento a uma política utilitarista do processo, vocacionada para a seletividade do contraditório. Se o magistrado entender que há incongruência entre a gravidade da prática delituosa e a pena a ser imposta na atividade negocial, ele deixa de aderir ao acordo sobre sentença. O negócio penal deve passar pelo ‘consenso’ do órgão juiz (homologação/sentença). A magistratura não pode ser telespectadora da prestação jurisdicional penal. Preserva-se, assim, o primado da correspondência entre culpabilidade e pena, pois a pena mínima só será aplicada quando corresponder ao senso de justiça de todos os sujeitos processuais.

O magistrado detém a prerrogativa de não chancelar atividade negocial que atente contra os fins da pena, ou mesmo que ultraje critérios de justiça. Nessas hipóteses, não haverá prejuízo ao réu, uma vez que será submetido ao contraditório amplo. Obviamente, por prudência, o juiz que se nega a chancelar, motivadamente, o negócio penal, não deverá ser o juiz da nova instrução.

O negócio penal não corresponde a um parasitismo ministerial, no qual a Promotoria se hospeda na prerrogativa judicial de aplicar e dosar a sanção penal. O acordo sobre sentença é um instituto de simbiose em que o promotor, o juiz, o arguido e a defesa técnica associam-

²⁰⁶ O princípio da necessidade foi previsto na declaração de direitos do homem e do cidadão, que, em seu artigo 8, estabelecia: “a Lei apenas deve estabelecer penas estritas e evidentemente necessárias”. Tal princípio deve ser entendido como parte integrante do princípio maior da proporcionalidade da pena, conforme mencionado quando este princípio foi analisado. Entretanto, a doutrina tradicionalmente trata o princípio da necessidade como um princípio autônomo do direito penal, caracterizando-o também com a necessidade da pena para a proteção dos bens jurídicos e a manutenção do convívio em sociedade (DOTTI, René Ariel. **Penas restritivas de direitos: críticas e comentários às penas alternativas: Lei 9.714 de 25.11.1998.** São Paulo: RT, 1999. p. 84).

²⁰⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 264.

²⁰⁸ HASSEMER, Winfried. **Persona, mundo y responsabilidad: bases para una teoría de la imputación en derecho penal.** Trad. Francisco Munõz Conde e María Del Mar Dias Pita. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1999. p. 57.

se intimamente, em um processo de interação para alcançar o consenso. Não há prejuízos ao réu e tampouco à sociedade.

Não é a severidade da sanção que outorga o temor e o respeito ao sistema penal, mas sim a certeza de sua aplicação. Beccaria, reproduzindo as palavras de Montesquieu²⁰⁹, afirmou que toda pena que não deriva da absoluta necessidade é tirânica, ou seja,

todo acto de autoridade de um homem sobre outro homem que não derive da absoluta necessidade é tirânico. Eis, pois, sobre o que se fundamenta o direito que o soberano tem de punir os delitos: a necessidade de defender o depósito de bem estar público das usurpações particulares. E tanto mais justas são as penas quanto mais sagrada e inviolável é a segurança e maior a liberdade que o soberano garante aos seus súbditos.

A busca da sanção extrema, ou seja, da aplicação do patamar máximo previsto pelo tipo penal, exacerba a política punitiva de Winfried Hassemer²¹⁰, exalta a sanção com o mal necessário, na esperança de que a pena seja suficiente para contrapor a culpabilidade do passado retribuindo o injusto. Pensar na aplicação de penas exasperadas como única expressão de justiça penal implica em ignorar o caráter humano do erro e da sanção. A história da humanidade demonstra que o acirramento da política punitiva não diminuiu as taxas de criminalidade, mas sim fomentou segregações em massa, edificando, no Brasil, a construção de prisões inaptas para ressocialização. A política negocial tenta sensibilizar a veia punitiva estatal, atenta para aspectos subjetivos do arguido, como a habilidade de reconhecimento do ilícito, ciente de que é na assunção de nosso erros que surgirá a possibilidade de verdadeira mudança.

Poderia, pois, a sociedade se sentir desprotegida com a aplicação de penas mínimas, levando ao insurgimento das vítimas contra o sistema? Observamos que a pena, no contexto de modernidade, não deve ser aplicada com o objetivo exclusivo de ressarcimento moral ou para determinar a expiação do réu. A sanção não tem a finalidade de ‘vingar’ o indivíduo afligido, mas sim de ‘reprovar’ a conduta delitativa, reafirmando a vigência da norma penal objetiva e promovendo a proteção do bem jurídico violado. Antes de representar uma proteção à vítima, a sanção penal tem a função de resgatar o equilíbrio violado no grupo social.²¹¹

²⁰⁹ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret, 2001. p. 64.

²¹⁰ HASSEMER, Winfried. **Fundamentos del derecho penal**. Trad. Francisco Muñoz Conde e Luis Arroyo Zapatero. Barcelona: Casa Editorial Bosh, 1984. p. 348.

²¹¹ CAMARGO, Antônio Luis Chaves. **Culpabilidade e reprovação penal**. São Paulo: Sugestões Literárias, 1994. p. 137.

A imposição de pena a alguém tem relevância quando a sanção é proporcional e necessária. Os objetivos pessoais (conduzir o agente à reflexão moral do mal causado, por exemplo) ou privados (interesse da vítima na indenização ou em ver condenado aquele que cometeu contra si um delito) ficam em segundo plano.

A publicização da pena é resultado da própria evolução do direito penal, que passa da vingança privada para a vingança estatal; que evolui da Lei de Talião, para as teorias preventivas; que supera a prevenção geral, para adotar a teoria da prevenção geral positiva; que passa de reprovação moral para a secularização do direito de atingir a reprovação ética, que, finalmente desloca o interesse de punir do indivíduo para o interesse que tem a sociedade em reafirmar seus bens jurídicos, aqueles que são essenciais à manutenção do Estado Democrático de Direito.²¹²

Não há de se negar que, uma vez constatada a violação da norma penal, a consequência, em regra, é a intervenção estatal pela pena. A sanção penal é aplicada como última instância de controle social. A justiça criminal negocial é fruto de uma filosofia político-criminal assentada na intervenção mínima do direito punitivo, que visa obter, com os novos mecanismos (consenso), mais eficácia de todo o sistema penal (vetor funcionalidade), sem se descuidar de propiciar a reafirmação da norma.

4.6 A atividade negocial e o fortalecimento dos fins da pena

O direito penal é um instrumento de controle social, no qual a pena, manifestação maior do controle punitivo, implica um vínculo de autoridade entre quem a reprova e quem é reprovado. A sociedade atual sobrevive arraigada em uma penalização de condutas. Há uma nítida tendência ao agravamento de penas, que, além de não solucionar os atuais problemas de criminalidade, também induz a uma ineficácia do cumprimento das penas aplicadas, isso quando se consegue executá-las.

A atividade negocial não tenta substituir o Direito Penal por política criminal pura, nem mesmo afastá-lo. Na política consensual ocorre um rompimento com o sistema rígido normativo, indicando a adoção de um critério político no exercício da prevenção penal adequada.

Não se admite o direito penal do terror ou da vingança, tampouco é crível que o Estado possa nutrir sempre a máxima obsessão pela pena severa. Talvez seja essa a razão pela qual caminha a evolução legislativa, em busca de penas alternativas e da própria atividade

²¹² CORREA JÚNIOR, Alceu; SALOMÃO, Sergio Shecaira. **Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 104.

negocial. A pena, antes de ser flagelo, é uma instituição social que reflete a medida do estágio cultural de um povo e, ainda, o regime político a que está submetido.

As aspirações punitivas de um Estado tornam transparente o nível de evolução moral e espiritual atingido por determinada sociedade. Os acordos sobre sentença são, nesse plano, patente evolução do direito processual penal. Se, de um lado, só o dissenso social pode gerar a pena, nada impede o ‘consenso’ sobre a ‘justa medida da pena’.

Não podemos deixar de enfrentar o relacionamento entre culpabilidade e prevenção, assim como devemos identificar o grau de interferência das mudanças nas finalidades preventivas da pena. Nosso Código estabelece que a sanção deve ser aplicada em patamar necessário e suficiente para demonstrar a reprovação do crime, ou seja, efetivar retribuição ‘justa’ e prevenção. Ao se reafirmar o valor da norma pela sanção, possibilitamos, por reflexo, a proteção dos bens jurídicos²¹³, combatemos a reiteração da prática delitiva, disseminando na comunidade a vigência do direito.

A medida de pena no consenso sobre pena deve harmonizar os vetores de reprovação e prevenção, preservando o valor finalístico da sanção. Se a sanção continua a existir, na prática negocial paira a acepção de advertência diante de todos, preservando sua função de prevenção geral pela intimidação. Inclusive, a prevenção geral positiva é desenvolvida na moldura penal estabelecida pelo legislador (pena mínima e máxima do tipo penal). Não há a criação de um novo direito penal.

A celeridade do julgamento, a pronta aplicação da norma, assim como a imediata submissão do infrator à sanção dá expressividade à prevenção geral positiva da pena, estabilizando as expectativas comunitárias depositadas no processo penal. Se antes a culpabilidade dava a ‘exata’ medida da pena, amanhã, na prática consensual, questões de política criminal darão outra dinâmica filosófica punitiva ao magistrado, sem acirrar o tratamento punitivo ao infrator.

Se a pena mínima for incompatível com as razões de política criminal, por exemplo, o Ministério Público declinará do interesse em utilizar a via consensual. É exatamente por isso que o consenso sobre pena é discricionário para o órgão acusação. O acordo sobre sentença, no modelo que se deseja ver instalado no Brasil, não é direito público e subjetivo do réu, mas sim faculdade dos sujeitos processuais.

²¹³ Assim, uma das finalidades preventivas positivas da pena é a de estabilização da expectativa de vigência da norma. Há também a finalidade preventiva negativa, voltada à intimidação dos integrantes do corpo social para que não comentem delitos pela coação psicológica que representa a pena. In: FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Livraria Almedina, 2001. p. 770.

Como já observamos, o Legislador não vinculou a sanção a uma medida exata de culpabilidade, mas sim a um limite abaixo do qual atuam as finalidades preventivas. O sistema punitivo brasileiro é desenhado na ótica dogmática da Teoria da proibição do excesso, exigindo que a opressão estatal (pena) seja dosada pelo juiz, atento à necessidade e à suficiência para reprovação e prevenção do crime. Assim, a aplicação de pena mínima não representa violação da legalidade penal nem ultraja o dogma da proibição de excesso.

Devemos sempre questionar a legitimidade Estatal para impor o máximo sofrimento às pessoas.²¹⁴ Isso porque a pena é inequivocamente uma violência institucional.²¹⁵ Uma pena robusta não é garantia da restauração da ordem jurídica violada. A grande virtude da prática negocial que alavanca sua disseminação pelo mundo é a habilidade que o acordo sobre sentença tem de fazer o infrator reconhecer a ilicitude e o injusto praticado. Ocorre o livre arbítrio para delinquir e o livre arbítrio para se submeter à pena antecipada.

Nos acordos sobre sentença, com aplicação imediata da pena, não se esvazia a vigência da norma objetiva. Assim, a sanção continua a produzir seu efeito intimidador²¹⁶, cumprindo sua missão política de regulação ativa da vida social.²¹⁷

Preservamos as características de prevenção geral positiva da norma²¹⁸, uma vez que há reação estatal. Acreditamos, sobretudo, que ao impor pena mínima e invocar a consciência do injusto praticado pelo réu (confissão) o negócio penal ajuda o delinquente no reconhecimento crítico e espontâneo do erro.

Se a extinção da pena privativa de liberdade nos parece um sonho, sua abolição imediata poderia transformar-se num pesadelo. Não se deve ignorar, por outro lado, que algumas ideias – como descriminalização de pequenos delitos e despenalização de outros – desde já poderiam ser assumidas sem que haja qualquer risco a afetar o sistema penal atual. O respeito à dignidade do cidadão, na imposição da pena, alcança metas muito mais efetivas, compreendendo que é a educação dos membros da sociedade que transforma o indivíduo.²¹⁹

²¹⁴ ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Em busca das penas perdidas**: a perda de legitimidade do sistema penal. Trad. Vania Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1996. p. 87.

²¹⁵ BARATTA, Alessandro. **Principi del diritto penale mínimo**. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limitidella legge penale. Il diritto penale mínimo. Bar: Edizione Scientifiche Italiane, 1985. p. 447.

²¹⁶ Na Itália, Emílio Dolcini e Carlo Enrico Paliero põem ênfase na combinação da prevenção geral e especial, acrescido do ‘limite externo’ imposto pela lei (proporcionalidade). In: DOLCINI, Emílio; PALIERO, Carlo Enrico. **Il cárcere ha alternative, le sanzioni sostitutive della detenzione breve nell’ esperienza europea**. Milano: Giuffrè, 1989. p. 209-210.

²¹⁷ MIR PUIG, Santiago. **Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho**. 2. ed. Barcelona: Bosch, 1982. p. 25.

²¹⁸ HASSEMER, Winfried. **Fines de la pena en el derecho penal de orientación científico-social**. Derecho penal y ciencias sociales. Barcelona: Santiago Mir, 1982. p. 137.

²¹⁹ CORREA JÚNIOR, Alceu; SALOMÃO, Sérgio Shecaira. **Teoria da pena**: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 148.

O consenso sobre pena terá consequências tanto para a teoria da pena quanto para a teoria geral do delito.²²⁰ Na atividade consensual, os critérios materiais são “invadidos” por princípios de política criminal, provocando mais indefinição nos axiomas sob os quais se assenta a teoria do crime. Ao introduzir o critério negocial na imposição da pena – tão “imaterial” como o do “livre arbítrio sob ser sancionado”²²¹, a pena continua a obedecer as características objetivas do fato, mas passa a observar, com atenção pontual, a perspectiva subjetiva do arguido.

Na aplicação imediata de pena, não acreditamos ser necessária a declaração de culpa do arguido, que interrompe o princípio da presunção de inocência, bastando a assunção voluntária de responsabilidade. A culpa é consequência de amplo contexto processual, e não apenas da confissão (assunção de responsabilidade). Assim, a pena na atividade negocial é fruto conjuntivo de culpa, consenso, denúncia, elementos inquisitoriais, oportunidade e conveniência dos sujeitos processuais.

Concluimos que a política criminal deflagrada pelo negócio penal, ‘camuflada’ por essa *via* punitiva alternativa, reveste-se da principiologia da mínima aflição, ideia que subjaz ao princípio da humanidade das sanções. Assim, desde que a assunção de responsabilidade esteja calcada em denúncia alicerçada por base fática sustentável, não vejo como deduzir, da prática negocial, qualquer elemento que viole a finalidade tradicional da pena. Afinal, nos acordos sobre sentença com aplicação imediata de pena mínima não se esvazia a vigência da norma objetiva e a sanção continua a produzir seu efeito intimidador, reafirmando a consciência social da norma.²²² Acreditamos, sobretudo, que ao impor pena mínima e invocar a consciência do injusto praticado pelo réu (confissão) a prática negocial ajuda o delinquente na reinserção social sem violar o princípio da culpabilidade.

²²⁰ PALERMO, Pablo Galain. Suspensão de processo e terceira via: avanços e retrocessos do sistema penal. In: **2º Congresso de Investigação Criminal, Organização Científica**. Coimbra: Edições Almedina, 2010. p. 636.

²²¹ PALERMO, Pablo Galain. Suspensão de processo e terceira via: avanços e retrocessos do sistema penal. In: **2º Congresso de Investigação Criminal, Organização Científica**. Coimbra: Edições Almedina, 2010. p. 637.

²²² JAKOBS, Günther. El principio de culpabilidad. Trad. Manuel Cancio Meliá. **Derecho penal y criminología**, Bogotá, v. XV, n. 50, p. 125-155, may.-ago.1993.

5 A POSSIBILIDADE DE JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE PENAL EM APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ARTIGO 355 DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – LEI Nº 13.105, DE MARÇO DE 2015

Nos Estados Unidos da América, a criação do *plea bargaining* não se deu de forma legislativa, foram os próprios agentes processuais que passaram a atuar de maneira negocial²²³, com o fim de conseguirem melhores resultados e facilidades nos trabalhos.

A revolução industrial e econômica fez borbulhar os conflitos penais na América, com aumento significativo dos números de casos. De outra banda, a sociedade não tolerava o aumento astronômico de gastos pelo Poder Judiciário e demais órgãos de persecução. Assim, foi edificada uma justiça penal mais otimizada e individualizada, impingindo políticas premiais em um julgamento calcado num *speedy criminal trial* fomentado pela barganha.

Em Portugal, o ‘acordo sobre sentença em processo penal’, ao arrepio de expressa previsão legislativa, foi cotejado por Figueiredo Dias.²²⁴ Sua proposta baseia-se no modelo germânico, sendo corretiva do modelo tradicional. Em síntese, as partes celebrariam um acordo que teria como pressuposto essencial o arguido confirmar os fatos que lhe são imputados pela acusação.

Para fundamentar a pertinência da tese, Figueiredo Dias discorre sobre a crise do judiciário português, narra a sobrecarga de serviço e levanta razões de celeridade e eficiência para propor a possibilidade de aplicação imediata de pena. Em síntese, Dias defende que os acordos entabulados entre o arguido e o Ministério Público surgiriam da confissão dos fatos pelo primeiro, cuja liberdade e congruência seriam comprovadas pelo juiz. A colaboração do réu implicaria em menor medida de pena.

Houve insurgências contra a proposta, pois uns identificavam uma heterodeterminação da pena, que violaria o princípio da culpa; outros levantavam a crise do Estado de Direito, especialmente frente à indisponibilidade do Processo Penal. A obra de Figueiredo Dias (*Acordo sobre sentença em processo penal*) sofreu ferrenhas críticas provenientes da doutrina

²²³ BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **A negociação de sentença criminal e os princípios processuais penais relevantes**. 2015. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais) – Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2015. p. 66.

²²⁴ DIAS, Jorge Figueiredo. *Acordos sobre a sentença penal: o “fim” do Estado de Direito ou um novo “princípio”?*. Porto: Conselho Distrital do Porto, 2010.

alemã. Nesse contexto, Schünemann²²⁵ chega a se referir à proposta como “eufemismo”, “camuflagem”, procedimento “*contra legem*”, “provincianismo”.

A doutrina portuguesa levantou acentuada preocupação com a preservação do devido processo legal. Os críticos argumentavam que o ‘acordo sobre sentença’ redundaria na supressão do dever de esclarecimento judicial dos fatos; que a admissão da confissão como razão determinante para condenação outorgaria a ela exacerbado valor probatório. Nesse viés, ocorreria patente violação do princípio da investigação ao ponto em que a postura do Estado persecutor aniquilaria com o princípio do *nemo tenetur se accusare*.²²⁶

A princípio, a proposta foi festejada pela jurisprudência. Em janeiro de 2012, a Procuradoria-Geral Distrital (PGD) de Lisboa emite a Orientação nº 1/12, em seguida, a PGD de Coimbra (fevereiro de 2012), ambas sugerindo a exploração do caminho da via consensual, tendo como pano de fundo a proposta de Figueiredo Dias. As mencionadas Procuradorias reconheciam a plena compatibilidade entre o Código de Processo Penal Português e os acordos sobre sentença, exigindo, para sua eficiência, a confissão do arguido; permitiam, em orientação, a deliberação pelas partes do limite máximo da pena, conservado ao tribunal o poder de avaliar a credibilidade da confissão e determinar a pena em concreto.

Interessante notar que a ordem processual penal portuguesa, em seu artigo 334²²⁷, outorga determinante valor probatório à confissão, preceituando que, no caso de o arguido declarar que pretende confessar os fatos que lhe são imputados, o presidente, sob pena de nulidade, pergunta-lhe se o faz de livre vontade e fora de qualquer coação, bem como se se propõe fazer uma confissão integral e sem reservas, que implica na renúncia à produção da prova relativa aos fatos imputados e conseqüente consideração desses como provados.

A orientação nº 1/12 da Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa vedava às partes a possibilidade de ‘composição’ inerente à determinação do *quantum* de pena ‘em concreto’. Essa postura visava preservar ‘missão’ judicial de identificação da medida de pena, preservando a jurisdição. Entretanto, se o limite máximo da pena cominada permitisse,

²²⁵ SCHÜNEMANN, Bernd. **Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio**. Madrid: Tecnos Copy, 2002. p. 297. Schünemann traça severas críticas ao modelo de justiça negocial, seja o procedimento norte-americano ou continental europeu que, segundo ele, usurpa o dever legal de esclarecimento dos fatos. Em sua opinião, deveria ocorrer uma “confesión cualificada” que pressupõe um dever legal de esclarecimento dos fatos.

²²⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Processual Penal**. v. I. Coimbra: Coimbra Editora, 1974. p. 46.

²²⁷ Art. 334, do Código de Processo Penal Português: 1- No caso de o arguido declarar que pretende confessar os factos que lhe são imputados, o presidente, sob pena de nulidade, pergunta-lhe se o faz de livre vontade e fora de qualquer coação, bem como se se propõe fazer uma confissão integral e sem reservas. 2- A confissão integral e sem reservas implica: a) Renúncia à produção da prova relativa aos factos imputados e conseqüente consideração destes como provados; b) Passagem de imediato às alegações orais e, se o arguido não deve ser absolvido por outros motivos, à determinação da sanção aplicável; e c) Redução da taxa de justiça em metade.

poderia ser discutido, no acordo, a aplicação de determinadas penas substitutivas. A evolução era flagrante, mas a ausência de legislação contemplando as diretrizes do instituto trouxe inquietação para a doutrina. O tema, então, seria pacificado pela Suprema Corte Portuguesa.

“O Supremo Tribunal de Justiça, em acórdão²²⁸ proferido no dia 10 de abril de 2013, sacramentou não haver suporte normativo que legitime os “acordos sobre sentença em processo penal”. Identificou que: a falta de previsão legal geraria insegurança jurídica; subentendeu que a promessa ministerial, de vantagem legalmente inadmissível, constitui uma proibição de prova. Identificou, por fim, insuportável violação à integridade moral dos arguidos, encerrando a possibilidade de aplicação dos acordos sobre sentença no processo penal português.²²⁹

Falecia, em Portugal, a aplicação supra normativa de um acordo sobre sentença. A doutrina de Dias encontrava, agora, resistência expressa da Corte Suprema Portuguesa, vedando a atividade negocial penal.

Portugal volta a um antigo trilho, qual seja, o de ser um dos países que tem dado passos mais lentos no sentido da simplificação de procedimentos na Europa, estando bem distante dos critérios recomendados pelo Comitê de Ministros de Conselho da Europa na Recomendação nº R (87), 18, de 17 de setembro.²³⁰

A legislação brasileira contempla, pontualmente, algumas hipóteses de atividade negocial penal. É estranho que haja previsão legal de atividade negocial nos crimes de pequeno potencial ofensivo (Lei 9.099/1995) e para alguns delitos de alta lesividade (delação premiada nos crimes praticados por organizações criminosas, branqueamento de capitais, tráfico de drogas etc.) e que fique reservado estrito espaço de conflito para os delitos de mediana potencialidade lesiva.²³¹

²²⁸ Acórdão do STJ de 10 de abril de 2013 (SANTOS CABRAL), processo nº 224/06.7GAVZL. C1.S1 WWW.DGSI.PT;

²²⁹ Acórdão do STJ de 10 de abril de 2013 (SANTOS CABRAL), processo nº 224/06.7GAVZL. C1.S1 WWW.DGSI.PT; “Tal insegurança transparece na ausência de uma definição legal dos contornos que devem nortear o acordo e que vão desde a decantada avaliação de credibilidade da confissão pelo juiz que, ou é reduzido a uma figura de mero tabelião, [...] e ainda que só ao serviço da credibilidade da confissão. Estaremos perante uma violação do princípio da acusação?”.

²³⁰ RODRIGUES, José Narciso Cunha. Discurso da sessão de abertura do ano judicial de 1997. **Revista do Ministério Público**, ano 18, nº 69, p. 25, jan.-mar. 1997. A afirmação tem como base os dados estatísticos verificados até 1996. In: FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Livraria Almedina, 2001. p. 434.

²³¹ Na moderna criminologia, há uma forte tendência metodológica a separar a criminalidade de acordo com seu potencial ofensivo. Cada ‘face’ do fenômeno criminal merece uma ‘resposta adequada’, condizente com sua lesividade social. Cabe ao ordenamento jurídico prever, para cada espécie de criminalidade, respostas penais quantitativa e qualitativamente distintas, com instrumentos e procedimentos próprios.

Os crimes de massa, ou seja, as atividades delitivas mais pulverizadas (furtos, estelionatos, embriaguez ao volante, porte de arma, lesões corporais graves etc.) acabam sendo submetidos à instrução processual em rito ordinário (comum).

No Brasil, recentemente, esparsas doutrinas²³² cogitam a possibilidade de julgamento antecipado da lide penal. Para essa corrente doutrinária, a ‘aplicação imediata de pena’ seguiria, analogicamente, as regras do artigo 355²³³ do Novo Código de Processo Civil (regulamenta o julgamento antecipado da lide no Processo Civil brasileiro).

Ramalho Terceiro²³⁴, por exemplo, anunciando a omissão do Processo Penal, coteja um processo de autointegração da norma, preconizando a utilização analógico-supletiva do Código de Processo Civil, no qual a confissão do réu possibilitaria o julgamento antecipado da lide penal.

A proposta de Ramalho parte de um premissa equivocada, qual seja, a de que inexistia regra específica no processo penal brasileiro. A jurisprudência pátria, atenta ao princípio da legalidade e do devido processo legal, ignorou essa construção doutrinária equivocada. Um julgamento antecipado da lide penal, ao arrepio de previsão normativa, viola os primados básicos do devido processo legal.

Há regras contemplando a justiça negocial na ordem processual penal brasileira: transação, colaboração premiada, suspensão condicionada do processo e composições cíveis. Entretanto, o legislador reservou a aplicação desses institutos apenas para alguns tipos de atividades delitivas. Não incumbe à doutrina ampliar o espaço de consenso no processo penal, elevando a atividade negocial a um patamar que não foi desejado pelo legislador.

Apenas a legislação poderia disciplinar as hipóteses e circunstâncias em que poderia ser dispensada a instrução processual. Trata-se de obediência ao devido processo legal,

²³² RAMALHO TERCEIRO, Cecílio da Fonseca Vieira. A possibilidade do julgamento antecipado da lide penal. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 65, 1º maio. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/4015>>. Acesso em: 11 out. 2015. Nesse sentido, DINIZ, Geilza Fátima Cavalcanti. Julgamento antecipado da lide no processo penal. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 1751, 17 abr. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/jurisprudencia/16845>>. Acesso em: 12 out. 2015.

²³³ O artigo 355 do novo Código de Processo Civil brasileiro (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, entrou em vigor aos 17 de março de 2016) reza que “o juiz julgará antecipadamente o pedido, proferindo sentença com resolução de mérito, quando: I - não houver necessidade de produção de outras provas; II - o réu for revel, ocorrer o efeito previsto no art. 344 e não houver requerimento de prova, na forma do art. 349”. O artigo 355 da Lei 13.105/2016, substitui o artigo 330 do Código de Processo Civil revogado. A redação do artigo 330 disciplinava que: “O juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença: I - quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência; II - quando ocorrer a revelia”.

²³⁴ RAMALHO TERCEIRO, Cecílio da Fonseca Vieira. A possibilidade do julgamento antecipado da lide penal. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 65, 1º maio. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/4015>>. Acesso em: 11 out. 2015

princípio reitor de todo arcabouço jurídico processual penal.²³⁵ Esse princípio orienta a jurisdição. A abreviação de rito sem previsão legal redundaria em restrição da ampla defesa²³⁶ e cerceamento do contraditório.

Não podemos deixar de observar o limitado valor probatório outorgado à confissão no Código de Processo Penal brasileiro vigente, fato que nulifica a possibilidade de julgamento antecipado da lide penal, com aplicação analógica do Código de Processo Civil.

O artigo 197 do Código de Processo Penal brasileiro²³⁷ relata que o juiz deve confrontar a confissão com as demais provas do autos, verificando se existe compatibilidade. Assim, quando a confissão for a única prova judicializada, tarifa-se o seu valor a zero. No Brasil, se na fase judicial sobrevive, como prova, apenas a confissão, o processo está fadado ao decreto absolutório.

As propostas de um julgamento antecipado da lide, em analogia ao Código de Processo Civil, tentam efetivar uma grosseira comparação entre o nosso sistema e o modelo norte-americano. Entretanto, qualquer sorte de paralelismo esbarra em uma flagrante distinção sistêmica. Nos Estados Unidos da América vige a *common law* e lá temos um modelo adversarial, com disputa entre as partes e um juiz passivo; já na *civil law* vige um modelo de investigação oficial, virado para o julgamento da realidade, busca da verdade, com um juiz ativo. Cada modelo distribui poderes e responsabilidades distintas entre os atores processuais. No adversarial a força reside nas partes, que são praticamente donas da relação processual, enquanto, no outro lado (de investigação oficial), o juiz está no centro do sistema, sendo o dono de poderes funcionais vocacionados à ‘descoberta da verdade material’.²³⁸

A Alemanha, diferentemente dos EUA, adota o sistema *civil law*, em que as leis são criadas pelo Poder Legislativo, as decisões das Cortes Alemãs não são fontes primárias de direito, como ocorre no sistema *common law* norte-americano, mas são utilizadas como parâmetro interpretativo.²³⁹ Mesmo assim, estranhamente, os acordos sobre sentença consolidaram-se na Alemanha por meio da prática.

²³⁵ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Iures, 2002. p. 33.

²³⁶ SANTOS, Pedro Sergio dos. **Direito Processual Penal & a insuficiência metodológica: a alternativa da mecânica quântica**. 1. ed., 2. reimpr. Curitiba: Editora Juruá, 2007. p. 72.

²³⁷ Artigo 197, CPP: “o valor da confissão se aferirá pelos critérios adotados para os outros elementos de prova, e para a sua apreciação o juiz deverá confrontá-la com as demais provas do processo, verificando se entre ela e estas existe compatibilidade ou concordância”.

²³⁸ NEVES, J. F. Moreira das. Acordos sobre a sentença penal: o futuro aqui já. **Revista do Ministério Público**, nº 136, ano 34, p. 87, out.-dez 2013.

²³⁹ Efetiva análise crítica na obra: KORBOR, Susanne. **Bargaining in the criminal justice systems of the United States and Germany**. A matter of justice and administrative efficiency within legal, cultural context. Frankfurt am Main: Internationaler Verlag der Wissenschaften, 2008. p. 105-106.

No sistema processual penal alemão, os acordos sobre sentença foram corriqueiros, desde o fim dos anos 1970. Antes de positivizar o instituto, a Alemanha, habituada à *civil law*, admitiu o negócio penal sem a prévia regulamentação normativa. Edificou-se uma jurisprudência dos interesses (acusação e defesa), com a substituição de um método de uma subsunção lógico-formal processual, nos rígidos conceitos legislativos, pelo de um juízo consensual.

Em 1987, a Corte Federal Constitucional Alemã declarou a constitucionalidade dos acordos sobre sentença. Apenas em 2009 adveio norma regulamentadora, introduzindo, formalmente, o julgamento antecipado da lide penal, com a edificação da norma processual regulamentadora.

Mesmo havendo uma simetria entre Brasil e Alemanha²⁴⁰ quanto à adoção da *civil law*, o sistema processual penal brasileiro não comporta um julgamento antecipado da lide (extra normativo), tanto pela limitação do valor probatório outorgado à confissão quanto pelo fato de que o devido processo legal brasileiro exige a dilação probatória como forma de garantir a sobrevivência de vários direitos e garantias individuais contemplados na Constituição. Apenas o legislador poderá prever a abreviação de rito.

²⁴⁰ O Tribunal Alemão, ao contrário das Cortes Americanas, tem amplo compromisso com a busca da verdade, tendo poderes para investigar a validade da confissão. O Juiz Alemão pode requisitar diligências para saber se a prova é válida; se há compatibilidade com as circunstâncias de fato que se evidenciam, visando evitar *formalgestands* ou *schlankes gestandns*.

6 OS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS: O NASCIMENTO DE UM MINISTÉRIO PÚBLICO MAIS ‘FLEXÍVEL’

Se olharmos para a evolução do modelo de persecução penal brasileiro, constatamos que 1995 foi um ano marcante (edificação da Lei 9.099/1995, que regulamentou os Juizados Especiais Criminais). Ali trilhávamos os caminhos de uma justiça penal voltada ao consenso, especificamente na persecução dos delitos de pequeno potencial ofensivo. Surge a possibilidade de compressão do rito, racionalizando a intervenção processual, motivada pela necessidade de se repaginar os custos econômicos, sociais e individuais envolvidos na persecução dos delitos de pequeno potencial ofensivo.

A Lei 9.099/1995, seja pela diversão processual (suspensão condicional processual), ou mesmo pela aplicação imediata da pena, representa uma vontade do constituinte originário (1988)²⁴¹, implementando uma intervenção jurisdicional mais limitada. A criação dos Juizados Especiais Criminais, competentes para a conciliação e o julgamento das infrações penais de menor potencial ofensivo (e baixa complexidade), consolidou um modelo transacional, desvestindo a regra de exclusividade da decisão judicial, passando a uma maior interação entre os sujeitos para a realização da justiça ao caso.²⁴² O contraditório exaustivo não era mais pressuposto para uma prestação jurisdicional e, então, nascia uma nova filosofia de política criminal despenalizadora. Atendendo aos reclames abolicionistas, adotamos um movimento semelhante à *diversion*, abdicando das instâncias formais para a resolução dos conflitos.

As composições civis²⁴³ estabeleceram um paradigma de consenso com especial atenção à vontade da vítima (inebriando os vitimologistas). Concomitantemente, transações

²⁴¹ “A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau” (artigo 98, I, da Constituição Federal).

²⁴² MESQUITA, Paulo Dá. **Processo penal, prova e sistema judiciário**. Coimbra: Coimbra, 2010. p. 19.

²⁴³ Art. 72 da Lei 9.099/1995: “Na audiência preliminar, presente o representante do Ministério Público, o autor do fato e a vítima e, se possível, o responsável civil, acompanhados por seus advogados, o Juiz esclarecerá sobre a possibilidade da composição dos danos e da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade. Art. 74. A composição dos danos civis será reduzida a escrito e, homologada pelo Juiz mediante sentença irrecorrível, terá eficácia de título a ser executado no juízo civil competente. Parágrafo único. Tratando-se de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação, o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação.”

penais²⁴⁴ e suspensões condicionais do processo²⁴⁵ viabilizavam verdadeira racionalização do processo penal, sem se descurar de reafirmar o valor e a vigência da norma penal objetiva.²⁴⁶

Santos²⁴⁷ registra que, em 1996 (apenas um ano depois da entrada em vigor da Lei dos Juizados Especiais Criminais), 95% dos casos processados pelos por esses juizados foram extintos na fase preliminar, ou seja, por uma das modalidades de consenso, o que demonstrou o eficientismo do modelo. Em termos práticos, o Ministério Público passou a avaliar os conflitos penais em função do grau de culpa do agente, da gravidade da ilicitude ou danosidade social e das exigências de prevenção, tendo em vista a promoção da resolução consensual.

A prática forense testemunhou a suspensão condicional do processo cumprir importante missão de evitar a estigmatização do delinquente. Constatou-se que os indivíduos agraciados com o benefício eram os socialmente integrados, autores mais ou menos ocasionais de comportamentos criminosos.²⁴⁸ A suspensão condicional do processo foi um modo de conceder confiança ao criminoso primário, estimulando-o para que não volte a delinquir.²⁴⁹

²⁴⁴ Art. 76 da Lei 9.099/1995: “Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta. [...] § 4º Acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o Juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos [...] § 6º A imposição da sanção de que trata o § 4º deste artigo não constará de certidão de antecedentes criminais, salvo para os fins previstos no mesmo dispositivo, e não terá efeitos civis, cabendo aos interessados propor ação cabível no juízo cível.”

²⁴⁵ Art. 89 da Lei 9.099/1995: “Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal). § 1º Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições: I - reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo; II - proibição de freqüentar determinados lugares; III - proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz; IV - comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades. § 2º O Juiz poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado. § 3º A suspensão será revogada se, no curso do prazo, o beneficiário vier a ser processado por outro crime ou não efetuar, sem motivo justificado, a reparação do dano. § 4º A suspensão poderá ser revogada se o acusado vier a ser processado, no curso do prazo, por contravenção, ou descumprir qualquer outra condição imposta. § 5º Expirado o prazo sem revogação, o Juiz declarará extinta a punibilidade. § 6º Não correrá a prescrição durante o prazo de suspensão do processo. § 7º Se o acusado não aceitar a proposta prevista neste artigo, o processo prosseguirá em seus ulteriores termos.”

²⁴⁶ Interessante notar que, à época da sua implantação, segmento da doutrina lançou severas críticas à Lei 9.099/1995, acoimando-a de violar o princípio da legalidade. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Juizados Especiais Criminais e alternativas à pena de prisão**. Porto Alegre: Lael, 1997. p. 152.

²⁴⁷ SANTOS, Luiz Felipe Brasil. Requisitos do termo circunstanciado. **Ajuris**, Porto Alegre, ano 23, nº 67, p. 394-398, jul. 1996.

²⁴⁸ FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Livraria Almedina, 2001. p. 821.

²⁴⁹ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Juizados especiais criminais**. São Paulo: Atlas, 1996. p. 143.

Uma peculiaridade da Lei 9.099/1995 é a postura de um *nolo contendere*, isto é, o acusado não assume a culpa, tampouco é obrigado a discuti-la; submete-se à aplicação de uma medida restritiva de direito sem correr o risco do processo. Esquiva-se de uma sentença condenatória, uma vez que as medidas despenalizantes contempladas nessa Lei têm natureza diversa de sentença condenatória. O réu sai do procedimento, tecnicamente, primário. Diluíram-se estigmas (reincidente, condenado etc.) ao ponto em que foram demolidas cerimônias degradantes e desnecessárias na persecução dos delitos de pequena lesividade.

A Lei 9.099/1995 conceituava como infração de pequeno potencial ofensivo os crimes que abstratamente cominassem pena máxima menor ou igual a 1 (um) ano. Em janeiro de 2001, surge a Lei 10.259 (Juizados Especiais Federais), alargando o conceito de infrações penais de menor potencial ofensivo. Houve, aqui, uma transmutação, ou seja, uma ampliação do conceito de crime de pequeno potencial ofensivo.²⁵⁰ Desde então, cabe aos Juizados Especiais Criminais (Federais e Estaduais) a conciliação, o julgamento e a execução dos crimes que a lei comine pena máxima não superior a dois anos. A legislação ordinária (Lei 10.259/2001) alargou as hipóteses de consenso no processo penal, confirmando o sucesso da experiência.

Atualmente, discute-se se devemos ampliar ainda mais as margens do consenso, flexibilizando a atuação ministerial e oportunizando o consenso para outras atividades delitivas.

De fato, os Juizados trouxeram um paradoxo: esvaziaram as Varas Criminais, mas não as prisões. Isso porque, paralelamente à implantação e ao funcionamento dos Juizados Especiais, desenvolvia-se, para as outras atividades delitivas, uma política calcada no Movimento da Lei e da Ordem.

A política criminal inaugurada pelos Juizados Especiais Criminais foi vítima de acentuadas críticas. Andrei Koerner, em trabalho titulado “Qual judiciário para democracia brasileira?”, observa que

estas mudanças fortalecem sobremaneira os poderes das autoridades públicas, dispondo de instrumentos simplificados e discricionários de repressão criminal, ao mesmo tempo que são flexibilizados os princípios e garantias do processo, pelo uso da barganha com os acusados a respeito das penas e do próprio indiciamento criminal. Assim, cidadãos são estimulados a reconhecer a culpa de crimes de que são acusados, mesmo que os indícios contra eles sejam muito tênues ou até

²⁵⁰ Em janeiro de 2001, antes da vigência da Lei nº 10.259/2001, inauguramos reflexão sobre a transmutação (ampliação) do conceito de crime de pequeno potencial ofensivo. In: SILVA, Danni Sales. Novas interpretações da Lei nº 9.099/1995, ante o advento da Lei do Juizados Especiais Criminal na Justiça Federal (Lei nº 10.259/01). **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 54, 1 fev. 2002. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/2716>>. Acesso em: 13 jan. 2016.

inexistentes, para se ver livres dos percalços de processos cujo resultado estará sujeito a riscos e incertezas muito maiores que no passado.²⁵¹

Não podemos negar que a ‘ameaça do processo’ ‘intimida’ o suspeito. Nils Christie, ao analisar o instituto do *plea bargaining* americano, chega a conclusão semelhante:

Na América do século XX, repetimos a experiência central do processo penal da Europa da Idade Média: passamos de um processo de acusação para um processo de confissão, coagimos o acusado a confessar sua culpa. Certamente, nossos meios são muito mais delicados; não torturamos, não esmagamos polegares, nem usamos botas espanholas para esmagar suas pernas. Mas, tal como os europeus do século passado, que não empregaram estas máquinas, cobramos um preço muito alto ao acusado, que usa o direito à salvaguarda constitucional do julgamento.²⁵²

Em mais de 20 (vinte) anos de vigência, as cortes superiores brasileiras nunca identificaram, nas atividades negociais da Lei 9.099/1995, postura de coação ao réu. Há, inevitavelmente, coerção, que nada mais é do que uma coação legítima e juridicamente disciplinada, que força o violador da lei a proceder contrariamente à sua vontade. A aceitação da política negocial é fomentada pela atividade premial que ela estabelece. Não é a ameaça que leva o réu ao acordo, mas sim a inequívoca oportunidade de se esquivar da máxima responsabilização.

Vivenciamos, no Brasil, um incremento das taxa de criminalidade que nada tem a ver com a política benevolente da prática consensual. Lógico que, com a desburocratização e a despenalização promovida pela Lei 9.099/1995, esperava-se que houvesse uma diminuição latente das taxas de criminalidade e da própria figura do ‘criminoso’.

A classe dominante sempre identificou, na ‘pena severa’, instrumento de controle sobre a ‘classe marginal’, enquanto a opinião pública insiste em afirmar que a política consensual é benevolente com o delinquente. É nesse paradigma que se levanta uma irresignação com a ampliação das margens de consenso no processo penal brasileiro.

²⁵¹ Correa Júnior e Shecaira citam, à página 370, obra inédita de Andrei Koerner, em trabalho intitulado “Qual judiciário para democracia brasileira?”, p. 15. In: CORREA JÚNIOR, Alceu; SHECAIRA, Sergio Salomão. **Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

²⁵² CHRISTIE, Nils. **A indústria do controle do crime.** Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 145.

Percebemos que a vítima²⁵³ se incomoda com a participação no processo. Quando as paixões e os ânimos se acirram nos conflitos de interesses manifestados pela existência da violação da norma penal, testemunhamos a vítima relegar a composição, na aspiração pela pena afliativa. Nessa manifestação de ‘vingança’ sobrevive a cultura de que a repressão à criminalidade é obrigação exclusiva do Estado repressor. Nos Juizados, a vítima é convidada a manifestar-se sobre a composição civil dos danos, sobre a intenção de exercitar seu direito de representação, assim, o Juizado Especial Criminal traz o delinquente e a vítima à mesma mesa, ‘cara a cara’.

Entretanto, percebe-se que muitas vezes há uma distância cultural, social e econômica monumental entre a vítima e o réu. Essas diferenças dificultam a comunicabilidade e acirram o conflito. Apenas políticas sociais sólidas e efetivas podem encurtar a barreira entre os indivíduos, diminuindo os conflitos de interesse. Assim, melhor seria que o encontro ‘cara a cara’ fosse entre a sociedade e o Estado.

Foi o sucesso dos Juizados Especiais que alavancou a necessidade de se ampliar as hipóteses de consenso no processo penal. Determinadas áreas da criminalidade não suportam mais a cega persecução. Um sistema fechado, formalista e extremamente repressivo perde, no encrudecimento, a habilidade de exercitar a flexibilidade processual em forma de racionalidade.

Existe uma regra universal na Programação Neurolinguística (PNL) de que o elemento mais flexível de um sistema controla todo ele. É necessário que a legislação dote o Ministério Público de faculdades discricionárias para desenvolver políticas de seletividade, permitindo eleger as prioridades no embate processual litigioso. A ampliação das margens de consenso no processo penal inaugurará um novo paradigma criminológico, que conhece as nossas experiências recentes vivenciadas com os Juizados Especiais. Não vivenciaremos a era de aniquilamento do contencioso penal, mas sim a de sua racionalização.

Um judiciário menos abarrotado pode focar esforços no contraste dos delitos mais hodiernos, como a corrupção, câncer social da nação brasileira. Nossa democracia incipiente

²⁵³ ‘O dano social causado pelo delito pode afetar uma pessoa em particular, a qual tem a possibilidade de intervir no processo penal em defesa de seus interesses ou direitos, mas atenta contra a comunidade em potencial ao lesionar o ordenamento jurídico, quer dizer, o dano social derivado do bem jurídico lesionado (desvalor do resultado) e do modo com se produziu a conduta delitativa (desvalor da ação). O dano que interessa ao Direito Penal é aquele que se refere à comunidade em potencial e que não pode ser solucionado de forma privada por um acordo de restituição ou compensatório entre o autor e a vítima. A reparação, no sentido penal, não só repara a vítima direta, mas também o faz em relação às ‘vítimas potenciais’. Cf. AMELUNG, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, Atehnäum Verlag, Frankfurt, 1972, p. 368 e ss. apud PALERMO, Pablo Galain. Suspensão de processo e terceira via: avanços e retrocessos do sistema penal. In: **2º Congresso de Investigação Criminal**. Coimbra: Edições Almedina, 2010. p. 631.

necessita testemunhar a edificação de um direito penal maduro, sensível às diferenças sociais que fomentam a criminalidade.

O Judiciário e a sociedade só poderão entender a importância do conflito quando existir a opção de não exercitá-lo. Assim, o que se espera da Justiça Criminal é a pacificação dos conflitos sociais com a defesa e com a proteção dos bens jurídicos de maior valor. Nessa senda, o legislativo cogita o embate processual aos delitos de massa²⁵⁴ e de média potencialidade lesiva²⁵⁵ pela política consensual. Não por modismo penal, tampouco por deferência ao sucesso da experiência estrangeira, mas sim por necessidade social e estrutural. O sistema processual penal posto não mais comporta a persecução uniforme de todas as violações de bens jurídicos penalmente tutelados. A ampliação das margens de consenso posta-se não só como alternativa útil, mas inafastável para combater os crimes do colarinho azul.²⁵⁶

²⁵⁴ Cezar Roberto Bitencourt leciona que a criminalidade clássica, por ele chamada de criminalidade de massa, compreende assaltos, invasões de apartamento, furtos, estelionato, roubos e outros tipos de violência contra os mais fracos e oprimidos. Essa criminalidade afeta diretamente toda a coletividade, quer como vítimas reais, quer como vítimas potenciais. Os efeitos dessa forma de criminalidade são violentos e imediatos: não são apenas econômicos ou físicos, mas atingem o equilíbrio emocional da população e geram uma sensação de insegurança. BITENCOURT, Cezar Roberto. Princípios garantistas e a delinquência do colarinho branco. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 11, p. 123, 1995.

²⁵⁵ PEREIRA, Cláudio José. **Princípio da oportunidade e justiça penal negociada**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002. p. 23.

²⁵⁶ Em alusão à cor dos macacões utilizados pelos operários norte-americanos da década de 1940.

7 ASPECTOS CRÍTICOS DA COLABORAÇÃO PREMIADA

‘Delação’ ou ‘colaboração premiada’ são terminologias utilizadas pelo ordenamento brasileiro para contemplar a possibilidade que tem o participante ou associado de ato criminoso de ter sua pena reduzida, ou até mesmo extinta, mediante denúncia de seus comparsas às autoridades, permitindo o desmantelamento do bando ou quadrilha.²⁵⁷ O ‘prêmio’ é inserido em uma rubrica denominada Direito Penal Premial, que consiste em técnicas recompensatórias ao arguido que auxilia a atividade de persecução criminal.²⁵⁸

A introdução da figura do réu colaborador no ordenamento brasileiro teve inspiração na legislação italiana.²⁵⁹ O delator é, via de regra, aquele que denuncia o fato criminoso ou que, ao admitir a própria responsabilidade por um ou mais delitos, ajuda os investigadores a conhecerem o mundo do crime a que pertencia.

Para além de questões meramente semânticas, não podemos ignorar que as realidades legislativa, cultural, histórica e política brasileira e italiana guardam profundas diferenças. A Itália germinou uma norma (delação premiada) adequada às necessidades e à realidade do país, com objetivos claros. Na década de setenta, a Itália edifica uma política premial visando contrastar uma relação patológica entre política, sociedade e criminalidade. A legislação italiana (Lei nº 689, de 24 de novembro de 1981, e ampliação do Código de Processo Penal, de 1988) sofreu nítida influência do *plea bargaining*, introduzindo sugestões típicas do modelo americano.²⁶⁰ As regras inerentes às delações premiadas, no direito norte-americano, são depuradas das técnicas de *plea bargaining*. Os americanos utilizam-se do método indutivo, no qual os casos são resolvidos com base na jurisprudência anteriormente criada para conflitos semelhantes. Já no Brasil, utilizamos o método dedutivo, no qual os casos são resolvidos com base na lei. Assim, instrumentalizar a experiência brasileira, tendo como paradigma a jurisprudência americana, pode representar notório desalinho, pela divergência

²⁵⁷ BOLT, Raphael apud MOREIRA FILHO, Agnaldo Simões. Delação premiada – breves considerações. Estudo crítico acerca da delação premiada e sua aplicação no direito brasileiro. **DireitoNet**, 12 dez. 2007. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/x/39/02/3902/>. Acesso em: 19 jan. 2016.

²⁵⁸ LIMA, Márcio Barra. A colaboração premiada como instrumento constitucionalmente legítimo de auxílio à atividade estatal de persecução criminal. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (Org.). **Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil**. Salvador: Editora JusPodivm, 2010. p. 272.

²⁵⁹ MUSCO, Enzo. Los colaboradores de la justicia entre el pentitismo y la calumnia: problemas y perspectivas. **Revista Penal**, Universidade de Hueiva, Salamanca: Universidade de Castilla-La Mancha, v. 2, 1998.

²⁶⁰ GIACOMOLLI, Nereu José. **Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 38.

filosófica e estrutural dos Ministérios Públicos oficiantes e do sistema normativo vigente nos Estados brasileiro e norte-americano.

No Brasil, a política premial aparece em legislações esparsas, cada qual com seu critério material, trazendo disparidades e inquietação jurisprudencial. A bem da verdade, cada uma das legislações²⁶¹ que contempla a política de colaboração premial em nosso país visou contrapor uma sorte de criminalidade emergente.

Assim, foram surgindo uma multiplicidade de leis²⁶² que regulamentam as hipóteses de ‘colaboração premiada’²⁶³: 1) Lei nº 8.137/1990 (crimes contra a ordem tributária, econômica e as relações de consumo), artigo 16, parágrafo único; 2) Lei nº 9.034/1995 (crime organizado), artigo 6º; 3) Lei nº 9.080/1995, artigo 1º, acrescentando dispositivos à Lei nº 7.492/1986 (crimes contra o Sistema Financeiro Nacional e a já mencionada Lei nº 8.137/1990); 4) Código Penal, artigo 159, § 4º (crime de extorsão mediante sequestro); 5) Lei nº 9.613/1998 (crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores), artigo 1º, § 5º; 6) Lei nº 9.807/1999 (proteção às testemunhas e vítimas), artigo 13; e 7) Lei nº 10.409/2002,

²⁶¹ Importante mencionar um instituto de crescente importância no campo jurídico-penal brasileiro, intimamente relacionado com os mecanismos premiais, o acordo de leniência. Trata-se de uma ‘espécie de delação premiada’ concretizada a partir de regime jurídico próprio com regulação na legislação antitruste, cuja principal diferenciação, conforme Anna Lamy (LAMY, Anna Carolina Pereira C. F. **Reflexos do acordo de leniência no processo penal**. A implementação do instituto ao Direito penal econômico brasileiro e a necessária adaptação ao regramento constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014 p. 47), se atesta pela autoridade legitimada a propor o acordo, que na leniência é o Ministério da Justiça e não o Ministério Público. (VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro**. São Paulo: IBCCRIM, 2015. p. 113). A análise dos acordos de leniência ultrapassa as pretensões de pesquisa do presente trabalho.

²⁶² Lei nº 12.850/2013, regulamentou rito específico para deflagração da colaboração premiada nas hipóteses de crimes cometidos por organizações criminosas. Entretanto, ainda reside uma falta de uniformidade de exercício da política premial, exigindo da jurisprudência uma verdadeira ginástica interpretativa para suprir a lacunosidade e a desarmonia do sistema, que geram omissões, e, quiçá, podem vir a redundar em abusos dos órgãos persecutores. É preciso lapidar e uniformizar a política premial brasileira. Entretanto, o fato da delação premiada ser contemplada em vários dispositivos legais não deslegitima sua utilidade nem é capaz de fundamentar o seu afastamento.

²⁶³ É um benefício previsto em várias leis brasileiras, vejamos: Código Penal - Decreto Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Art. 159 - Seqüestrar pessoa com o fim de obter, para si ou para outrem, qualquer vantagem, como condição ou preço do resgate: Vide Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990 (vide Lei nº 10.446, de 2002) § 4º - Se o crime é cometido em concurso, o concorrente que o denunciar à autoridade, facilitando a libertação do seqüestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços (Redação dada pela Lei nº 9.269, de 1996).

Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990 (dispõe sobre os crimes hediondos) - Art. 8º Será de três a seis anos de reclusão a pena prevista no art. 288 do Código Penal, quando se tratar de crimes hediondos, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo. Parágrafo único. O participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços.

Lei nº 9.807, de julho de 1990 (estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, institui o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas e dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação). Art. 14. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um a dois terços.

artigo 32, §§ 2º e 3º, e Lei nº 11.343/2006, artigo 41 (crime de drogas); 8) Lei nº 12.850/2013 (Organização Criminosa).²⁶⁴ Cada uma trata do tema à sua maneira, não há unidade ou coerência no regramento dos mecanismos de benefícios, tampouco existia uniformidade na política processual penal.

Nesse contexto foi edificada a Lei nº 12.850/2013, a qual, atualmente, convive com as demais leis que tratam da ‘colaboração premiada’. Com a vigência da Lei nº 12.850/2013, não houve revogação dos diplomas citados anteriormente, com exceção da antiga Lei do Crime Organizado (Lei nº 9.034/1995).

Interessante notar que, nas hipóteses de diversão aplicadas aos crimes de pequeno potencial ofensivo, as medidas despenalizantes se sustentam na perspectiva de que a baixa lesividade do ilícito praticado indica que a suspensão do processo ou as sanções alternativas são suficientes. Há uma patente desnecessidade do conflito. Já nos crimes de alta lesividade, como os praticados por organizações criminosas, o caráter valioso do bem jurídico é tão evidente que torna preocupante a desformalização da resposta estatal (processual e penal). Assim, a legislação deve se cercar de mecanismos que estabilizem as expectativas comunitárias na validade e vigência da norma penal (prevenção geral positiva). Devem existir critérios inteligíveis que expliquem a outorga do benefício premial, evitando críticas estigmatizantes do sistema negocial.

Desse modo, a Lei nº 12.850/2013, nos artigos 4º a 7º, contempla regras e rito para concessão do benefício premial, inaugurando um sistema processual penal que contempla a participação colaborativa das partes e os requisitos para jurisdicionalização do acordo.²⁶⁵ Ao estipular sua aplicabilidade nas hipóteses de identificação da existência de organizações criminosas²⁶⁶, regulamenta regras processuais penais para aplicação das delações premiadas.

Há uma grande dificuldade de se disciplinar a natureza jurídica da delação premiada. Patrícia Faraldo Cabana²⁶⁷ identifica que a colaboração é causa de liberação de pena. Já Aury

²⁶⁴ ALMEIDA, Paulo Roberto Barreto de. Delação premiada e crime organizado. **Revista do Ministério Público do Estado do Ceará**, ano 2, nº 2, p. 137, jan. 2007.

²⁶⁵ Nesse sentido concluem MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. **Crime organizado**. São Paulo: Editora Método, 2015. p. 102.

²⁶⁶ A Lei nº 12.850/2013, no artigo 1º, parágrafo 1º, conceituou as organizações criminosas como a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos ou que sejam de caráter transnacional.

²⁶⁷ FARALADO CABANA, Patrícia. **Las causas de levantamiento de la pena**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2000. p. 150.

Lopes Jr.²⁶⁸ afirma que a delação é fonte de prova, vez que ingressa na complexidade do conjunto de fatores psicológicos que norteiam o *sentire* judicial materializado na sentença. Identificamos, particularmente, que a colaboração premiada é um negócio jurídico processual²⁶⁹ apto a ser valorado como prova e tendente a possibilitar liberação total ou parcial de pena.

O artigo 4º da Lei nº 12.850 contempla que o juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos àquele que tenha colaborado, efetiva e voluntariamente, com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados: I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

A lei de organização criminosa demonstra patente mitigação do princípio da indivisibilidade da ação penal pública ao permitir, no caso concreto, a concessão extraprocessual de benefício premial a alguns indiciados, sem vinculatividade de extensão do benefício a outros.

Calamandrei teme que a discricionariedade do Ministério Público em conceder o benefício premial possa levar a uma “burla” entre a Promotoria e o criminoso, transvestindo o réu de obscura testemunha. Adverte o autor²⁷⁰ que “o processo pode virar verdadeiro jogo entre as partes, neste caso, completamente desequilibrado e pior, sem a possibilidade de controle, por parte de quem julga”. Sobretudo, esse temor não se justifica no modelo brasileiro, pois toda atividade negocial passará pelo crivo do judiciário, o qual, em qualquer dos casos, levará em conta a personalidade do colaborador, a natureza da pena, as circunstâncias do delito, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração para conceder o prêmio (artigo 4º, § 1º, da Lei nº 12.850/2013).

²⁶⁸ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. v. I, 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009. p. 598.

²⁶⁹ Para Vinícius Marçal, é meio especial de obtenção de prova. In: MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. **Crime organizado**. São Paulo: Editora Método, 2015. p. 102.

²⁷⁰ CALAMANDREI, Piero. Il processo como giuoco. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, v. 5, parte I, p. 5/22 e ss., 1950.

7.1 Legitimidade para oferecimento do benefício premial

Preconiza o § 2º do artigo 4º da Lei de Crime Organizado que:

considerando a relevância da colaboração prestada, o Ministério Público, a qualquer tempo, e o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, poderão requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial, aplicando-se, no que couber, o art. 28 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal).

Surge inquietação doutrinária sobre a titularidade e a legitimidade para propositura dos termos e benefícios inerentes a colaboração premiada.

Lógico que a autoridade policial deverá apenas representar pela concessão da medida premial. Não há como estender capacidade postulatória aos Delegados de Polícia, que não podem dispor de atividade que não lhes pertença, qual seja, a titularidade da ação penal.²⁷¹

Entretanto, não se pode negar que, em regra, reside na autoridade policial mais sensibilidade para identificar a importância da política premial para desbaratamento da organização criminosa. Assim, na prática, a autoridade policial poderá representar ao Ministério Público para que realize o acordo, ouvindo o colaborador e o seu defensor. Fica a cargo do Ministério Público judicializar os autos, encaminhando o termo de delação e a documentação correlata para fins de homologação judicial.²⁷²

Nada impedirá que o Ministério Público efetive completa adesão ao acordo delineado pela autoridade policial. O legislador inclusive prevê, na parte final do dispositivo, que, caso o Ministério Público discorde da representação formulada pelo Delegado, esquivando-se da entabulação do acordo, poderá o Magistrado aplicar a regra do artigo 28 do Código de Processo Penal, remetendo os autos ao Procurador Geral de Justiça. O magistrado passa a ser fiscal do fiscal, em uma espécie de sindicalidade exógena.²⁷³ Preserva-se a jurisdição no ponto em que se assegura a independência funcional do membro oficiante, sem ferir as prerrogativas institucionais do *dominus litis* (Ministério Público). É um patente mecanismo de freios e contrapesos, responsável pela harmonia das funções estatais.

²⁷¹ Neste sentido, SILVA, Eduardo Araújo da. **Organizações criminosas**. Aspectos penais e processuais da Lei nº 12.850/13. São Paulo: Atlas, 2014. p. 59-60.

²⁷² SILVA, Eduardo Araújo da. **Organizações criminosas**. Aspectos penais e processuais da Lei nº 12.850/13. São Paulo: Atlas, 2014. p. 59-61.

²⁷³ MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. **Crime organizado**. São Paulo: Editora Método, 2015. p. 115.

O artigo 4, § 8º, da Lei 12.850/2013 prevê, ainda, a possibilidade do magistrado recusar a homologação ou adequar o acordo ao caso concreto. Aqui, caminhou mal o legislador, pois não cabe ao magistrado substituir o desejo das partes.

Não poderia o magistrado obrigar a defesa ou forçar a Promotoria a se submeter a um acordo diverso do pactuado, visto que isso implicaria um desacordo. A colaboração premiada é instituto derivado de uma política consensual: sem consenso das partes, sem acordo.

Não é prudente que o magistrado readéque o acordo. Afinal, a própria Lei 12.850/2013 veda que o juiz participe das negociações. A colaboração premiada e suas consequências práticas devem partir do consenso entre os sujeitos processuais interessados. O magistrado preserva a jurisdição no ponto em que, ao entender inadequado o acordo, poderá recusar homologação, motivando as razões da recusa. Antevejo que o juiz poderá, em despacho saneador, ‘sugerir’ realinhamento do acordo, facultando a retificação e a nova elaboração pelas partes.

A política consensual do acordo permite, sobretudo, que as partes possam retratar-se da proposta, caso em que as provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas em seu desfavor. Veja que a legislação brasileira evolui ao contemplar a possibilidade de retratação, assim como anunciar a inutilidade das provas produzidas no acordo abandonado.

O consenso sobre a pena, fruto da colaboração premiada, levanta flagrante hipótese de disponibilidade da ação penal. A Lei adota o princípio da oportunidade regrada, ao permitir que o Ministério Público deixe de oferecer denúncia ao colaborador que não for líder da organização ou que seja o primeiro a prestar a efetiva colaboração. Surge a discricionariedade ministerial, por força de política premial, facultando ao prosecutor deixar de processar o sujeito que tenha pouco poder de ‘ação’ na estrutura organizacional criminosa, além de beneficiar aquele que contribua eficazmente, e de forma pioneira, com a atividade repressiva estatal.

Em regra, a delação deve ser aplicada na prolação da sentença. Esse seria o momento mais lógico e ideal, sobretudo, é possível que o réu incorpore o desejo colaborativo após facetar a sentença condenatória. Prudente a legislação em permitir a concessão do benefício, mesmo após o trânsito em julgado da ação penal, ou mesmo durante o processo de execução de pena.

A sentença homologatória apreciará os termos do acordo homologado e sua eficácia. O § 12 da Lei 12.850 explicita que o colaborador beneficiado por perdão judicial ou não denunciado poderá ser ouvido em juízo a requerimento das partes ou por iniciativa da

autoridade judicial. Nesse depoimento, o colaborador renunciará, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade. É requisito para gozo do benefício.

Em todos os atos processuais o colaborador deverá estar assistido por defensor.

7.2 Direitos do colaborador

São contemplados, na legislação brasileira, os direitos do colaborador: I - usufruir das medidas de proteção previstas em legislação específica; II - ter nome, qualificação, imagem e demais informações pessoais preservados; III - ser conduzido, em juízo, separadamente dos demais coautores e partícipes; IV - participar das audiências sem contato visual com os outros acusados; V - não ter sua identidade revelada pelos meios de comunicação, nem ser fotografado ou filmado sem sua prévia autorização por escrito; VI - cumprir pena em estabelecimento penal diverso dos demais corréus ou condenados.

7.3 Requisito formal do acordo

Por fim, o termo de acordo da colaboração premiada deverá ser feito por escrito e conter: I - o relato da colaboração e seus possíveis resultados; II - as condições da proposta do Ministério Público ou do delegado de polícia; III - a declaração de aceitação do colaborador e de seu defensor; IV - as assinaturas do representante do Ministério Público ou do delegado de polícia, do colaborador e de seu defensor; V - a especificação das medidas de proteção ao colaborador e à sua família, quando necessário.

7.4 Do valor probatório da confissão em colaboração premiada

O artigo 4º, § 16, da Lei 12.850 põe ‘pá de cal’ em intrincada polêmica processual, disciplinando que nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador.²⁷⁴

Há de se ter especial cuidado com o valor probatório atribuído à delação, sem afastar sua força probante. Compete ao juiz, em compasso com o sistema da persuasão racional, analisar todo o conjunto probatório, cotejando as informações advindas do réu colaborador

²⁷⁴ Nesse sentido: Superior Tribunal de Justiça no REsp 1.113.882/SP, 5ºT., rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 08.09.2009.

com os demais elementos colhidos sob o crivo do contraditório processual.²⁷⁵ Na realidade, esse é o procedimento a ser adotado em qualquer caso.

Não se pode exigir que os elementos de colaboração sejam objetivos e suficientes para constituir prova da culpabilidade do imputado, pois isso esvaziaria a própria gênese e o objetivo do instituto negocial, fazendo da colaboração instrumento imprestável. Os elementos probatórios contidos na delação são indiciários e ganham fidedignidade e confiabilidade com a confirmação promovida por outras provas judiciais.

A colaboração ganha importância exatamente nas hipóteses de crime organizado, nas quais o órgão de persecução enfrenta dificuldades para desvendar a trama criminosa, necessitando de elementos probatórios aptos a individualizar responsabilidades e elucidar o chefe da estrutura criminosa compartimentalizada. Com as delações chega-se, não raro, aos próprios financiadores do crime, que se escondem e se esquivam dos atos de execução direta.

Na delação, o julgador deve contrapor as declarações do delator com o acervo probatório, evitando que a mentira enseje a obtenção do prêmio. Assim, edifica-se à cultura de investigar, minuciosamente, todas as informações do delator, visando a sua confirmação. Caso o réu colaborador falte com a verdade, atribuindo injustamente conduta delituosa a terceiro, deverá responder criminalmente, além de não ser beneficiado com a delação premiada.

O legislador brasileiro seguiu diretriz da ordem italiana. O artigo 192, parágrafo 3º, do Código de Processo italiano²⁷⁶ consagrou legalmente o princípio assentado majoritariamente pela Corte de Cassação Italiana, dispondo que as declarações realizadas pelo copartícipe devem ser valoradas conjuntamente com outros elementos de prova que lhes assegurem credibilidade. O legislador italiano reconheceu uma presunção relativa de suspeição nas declarações dos arrependidos processuais.²⁷⁷

Uma realidade corrente é o fato de que as ‘novas delações’ podem trazer elementos aptos a confirmar a colaboração anterior. Surge uma controvérsia: Poderia a colaboração processual posterior servir como elemento de corroboração da delação anterior?

²⁷⁵ Nas hipóteses de delação premiada não há dúvida de que a prova produzida pela delação deve ser submetida ao contraditório, resta saber em que momento e de que forma. Evidente que, antes das conclusões das investigações preliminares, não haverá contraditório. Durante a fase investigativa, é necessário outorgar sigilo até mesmo às informações fornecidas pelo delator, uma vez que tramitam providências tendentes a comprovar a fidedignidade da colaboração. Entretanto, proposta a ação penal, toda a colaboração fornecida pelo delator, assim como toda prova amealhada pelo órgão acusação, devem ser submetidas ao contraditório.

²⁷⁶ No artigo 192, parágrafo 3º, sob o título *Valutazione della prova*, consta: “As declarações realizadas por co-imputado do mesmo crime ou pelo sujeito imputado em procedimento conexo serão valoradas conjuntamente com outros elementos de prova que confirmem sua credibilidade”.

²⁷⁷ CONSO, Giovanni; GREVI, Vittorio. **Profili del nuovo Codice di Procedura Penale**. 4. ed. Padova: Cedam, 1996. p. 249.

Nada impede que a colaboração posterior seja elemento probatório apto a confirmar a anterior, assim como não existe impeditivos de que a colaboração anterior seja confirmativa da posterior. As colaborações podem até mesmo ser oriundas de procedimentos investigativos diversos, fazendo parte de procedimentos diferentes. Contudo, para evitar acordos falsos é prudente que haja outra prova judicial apta a dar fidedignidade às colaborações premiadas que se confirmam.

O artigo 4º, § 16, da Lei 12.850 revela que essa foi a vontade do legislador, quando contemplou que nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador. O que se deduziu, em síntese, é que o magistrado deve apresentar, fundamentadamente, o seu convencimento em torno da credibilidade da colaboração, indicando elementos externos à própria delação, aptos a afirmar o decreto condenatório.

A regulamentação processual penal da colaboração premiada dilui a tese de que o benefício poderia violar o devido processo legal. O acordo é sempre apreciado pelo juiz natural da causa, o qual profere análise sobre os termos do acordo, bem como sobre a eficácia da delação, para somente então homologar a delação. A decisão final continua sob o crivo do Judiciário.²⁷⁸

Percebemos, pois, que tanto a delação premiada quanto a barganha se pautam pelo incentivo à confissão do acusado com a finalidade de concretizar uma persecução penal mais célere e menos onerosa, aproximando investigado e órgão de acusação²⁷⁹ em uma política premial. As distinções entre os institutos residem no fato de que, enquanto na barganha o reconhecimento da culpabilidade pelo acusado visa a sua própria sanção penal, na delação sua principal missão é a incriminação de terceiros e propiciar o aprofundamento das investigações. Tudo torna a ‘colaboração premiada’ uma importante faceta da política negocial penal vaticinada pelo Estado Democrático brasileiro.

²⁷⁸ MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime organizado**: aspectos gerais e mecanismos legais. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 37.

²⁷⁹ PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação premiada**. Legitimidade e procedimento. Curitiba: Juruá, 2013. p. 43.

7.5 Conclusões éticas e morais inerentes à política de colaboração premial

A colaboração premiada não representa violação de princípio ético ou moral.²⁸⁰ Ao delatar os comparsas, o colaborador prestigia todo um conjunto de valores e bens jurídicos caros a todo corpo social, tutelados pelo Direito Penal.

A verdadeira moral penal consiste em um compromisso com a verdade, se possível permeado por verdadeiro arrependimento. A delação premiada constitui um retorno à legalidade por parte do autor da infração penal. Ademais, é relevante técnica/instrumento de auxílio à atividade estatal de persecução penal, visando efetividade e eficiência, mas sem implicar eliminação de direitos individuais da pessoa sobre quem paira uma acusação penal.

A legislação brasileira conseguiu fixar critérios de facultatividade para a defesa, que pode escolher entre aderir ou não à proposta negocial. Preservados estão o contraditório e a ampla defesa, enquanto a advocacia se levanta como bússola da atividade negocial, norteando a melhor técnica de defesa. Não raro, a delação será a única possibilidade real de atenuação ou eliminação da pena, logo, por que inquinar de vício a via mais favorável ao réu?

Nem de longe é possível levantar violação ao princípio do *nemo tenetur se detegere*. A colaboração é facultativa. A lei não contempla prejuízos ou sanções àqueles que refutam a prática colaborativa. Ao réu é garantido o direito de não produzir prova contra si mesmo, entretanto, se preferir aderir a política premial, deve ‘calar o silêncio’, na perspectiva de alcance do benefício maior, qual seja, o ‘prêmio’.

O sistema processual penal deseja romper com a “solidariedade criminosa”, permitindo, com fulcro na ideia de consenso, que o Ministério Público faça um acordo sob sentença. Há uma escambo: enquanto o órgão acusador abdica de seu direito (*rectius*: direito – dever) de formular a imputação severa, o investigado goza dos benefícios decorrentes de sua colaboração (prêmio).²⁸¹

Se a justiça penal fosse perfeitamente célere e eficiente ruiria a necessidade de colaborações premiaias. É inequívoco que a hiperbolização dos pactos de delação premiada revela certa ineficiência do Estado no combate à criminalidade organizada, tanto quanto é incontestável que a evolução cotidiana da sociedade fará sempre existir certos crimes de difícil elucidação pelos métodos convencionais de investigação.

²⁸⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**. 2. ed. Salvador: JusPodvm, 2014. p. 515.

²⁸¹ CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. Boletim Científico. **Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU)**, Brasília, ano 11, n. 38, p. 125, jan.-jun. 2012.

Podemos afirmar, a título conclusivo, que o modelo negocial imposto pela colaboração premial detém conteúdo científico e suficiente sistematização legislativa.²⁸², postando-se consoante as necessidades e realidades do nosso sistema processual penal. Não representa, portanto, a “caixa preta do processo penal”, como advertia Roberto Delmanto.²⁸³ Razões de ordem prática justificam a adoção da colaboração premiada, a saber: a impossibilidade de se obter outras provas, em virtude da ‘lei do silêncio’ que vige no seio das organizações criminosas (quebra da *afectio societatis*).²⁸⁴ E assim sobrevive a colaboração premiada, frutificando em constitucionalidade, sendo testemunha de que, enquanto desagrega solidariedade criminosa, se solidarizam em consenso os sujeitos processuais.

7.6 ‘Colaboração premiada’ e Operação ‘Lava Jato’

Uma das histórias pelas quais certamente o Ministério Público será lembrado no futuro está sendo contada hoje, no curso da denominada Operação Lava Jato²⁸⁵, esquema bilionário de corrupção fomentado por pessoas que compõem a elite econômica e política brasileira.

O encarceramento de indiciados com altíssimo poder político, econômico e social provocou um movimento de reação. Aos 15 de janeiro de 2016, um coro de 100 (cem) advogados edificou um manifesto (Carta aberta em repúdio ao regime de supressão episódica de direitos e garantias verificados na operação ‘Lava Jato’), tentando colocar a própria investigação no banco dos réus.

A mencionada carta se insurge contra uma suposta ‘supressão de direitos fundamentais’²⁸⁶, levanta a exposição midiática dos indiciados, apontando a existência de

²⁸² Conforme Rogério Cruz, “um certo sistema processual penal poderá afirmar-se democrático se estiver apoiado em regras previamente definidas – e evidentemente dotadas de um mínimo de racionalidade – e se essas regras forem suficientemente realizadas no plano prático, de modo a ter-se um devido processo penal” (CRUZ, Rogério Schietti M. Rumo a um processo penal democrático. In: MACHADO, Bruno Amaral (Coord.). **Justiça criminal e democracia**. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 26).

²⁸³ DELMANTO, Roberto; DELMANTO JÚNIOR, Roberto; DELMANTO, Fábio M. de Almeida. **Leis penais especiais comentadas**. 2. ed. São Paulo: Saraiva: 2014. p. 1004.

²⁸⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 516.

²⁸⁵ Operação Lava Jato é o nome de uma investigação realizada pela Polícia Federal do Brasil, cuja deflagração da fase ostensiva foi iniciada em 17 de março de 2014, com o cumprimento de mais de uma centena de mandados de busca e apreensão, prisões temporárias, preventivas e conduções coercitivas, tendo como objetivo apurar um esquema de lavagem de dinheiro suspeito de movimentar mais de dez bilhões de reais, podendo ser superior a quarenta bilhões, sendo dez bilhões relativos a propinas. É considerada, pela Polícia Federal, como a maior investigação de corrupção da história do país. De acordo com as delações recebidas pela força-tarefa da Lava Jato, os partidos políticos PP, PMDB e PT, empresários e outros políticos de diversos partidos foram beneficiados com o esquema. Dados extraídos do site do Ministério Público Federal, aos 19 de janeiro de 2016, disponíveis em: <http://lavajato.mpf.mp.br/>.

controle seletivo das informações repassadas aos veículos de comunicação. Conclui, em desalento, que há estratégia tendente a promover o “enxovalhamento e instigar a execução pública”. Ainda, pontua que a “prisão provisória seja indisfarçavelmente utilizada para forçar a celebração de acordos de delação premiada”. Por fim, indicam violação à presunção de inocência, direito de defesa, à imparcialidade da jurisdição e ao princípio do juiz natural.

Em contraposição, a Associação Nacional dos Procuradores da República (ANPR) divulgou nota rechaçando ao manifesto. Os Procuradores esclarecem que

as colaborações livres e responsabilmente oferecidas por pessoas envolvidas com as organizações criminosas geram um incremento na certeza e na revelação da verdade, imprescindíveis em julgamentos isentos, apontam, ainda, que na grande maioria das vezes as colaborações premiadas ocorrem com os réus já soltos. A Lava Jato atende aos anseios de uma sociedade cansada de presenciar uma cultura da impunidade no que diz respeito à corrupção e às organizações criminosas. Ela atinge grupos que outrora escapavam da lei. Quando o direito penal amplia sua clientela e alcança pessoas antes tidas como intangíveis, é esperado que se dirijam críticas ao sistema de Justiça.²⁸⁷

Interessante nota foi divulgada no átrio do site da Associação dos Juízes Federais (Ajufe): “Quando há provas de um vício ou equívoco processual, o natural é apresentá-lo ao Tribunal, para que se mude o curso do caso. Quando elas não existem, uma carta nos jornais parece um meio de dar satisfação aos próprios contratantes”.

A ‘carta aberta contra a Operação Lava Jato’ é patente conluio, que tenta desvirtuar os fatos, na aspiração de deslocar o foco da opinião pública. Ao sustentar a impropriedades dos mecanismos de investigação, se esquivam de rebater o próprio mérito dos fatos apurados. As delações na Operação Lava Jato incomodam e incriminam as mais altas esferas de poder no Brasil.

Um dos coordenadores da Lava Jato, o Procurador da República Deltan Dallagnol, realça que a ‘Lava Jato’ não usa prisões para obter colaborações de réus, mas sim permite que uma investigação que apurava o pagamento de propinas de R\$ 26 milhões de reais desvelasse um rombo, uma corrupção de mais de R\$ 10 bilhões, envolvendo a diretoria da Petrobrás, políticos, partidos políticos, empresários e outros.

A carta de repúdio chancelada pelos ‘notáveis maranhosos’ cultiva a fábula da violação de direitos individuais, insinuando a existência de vício de vontade (coação) nas

²⁸⁶ BRASIL 247. **Manifesto de advogados repudia ‘supressão de direitos’ na Lava Jato**. Disponível em: <http://www.brasil247.com/pt/247/brasil/213205/Manifesto-de-advogados-repudia-'supress%C3%A3o-de-direitos'-na-Lava-Jato.htm>. Acesso em: 19 jan. 2016.

²⁸⁷ CALGARO, Fernanda. Juízes e procuradores criticam carta de advogados contra a Lava Jato. **Portal G1**, 15 jan. 2016. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2016/01/ajufe-chama-de-falatorio-e-fumaca-carta-de-advogados-da-lava-jato.html>. Acesso em: 19 jan. 2016.

colaborações premiadas. A postura visa criar uma atmosfera de irregularidade para, futuramente, abrir espaço para que as já existentes teses de nulidades ganhem corpo nos tribunais. A advocacia das nulidades é fértil no Brasil, mas utiliza dinâmica corriqueira: tira o foco da tela (fato), levantando insurgência contra a moldura (forma processual).

A Operação ‘Lava Jato’ desvelou a afecção de nossa democracia. Os interesses do povo são relegados, ao tempo em que padecemos de verdadeira representatividade. Afirma Carlos de Almeida Castro (Kakay), emblemático advogado brasileiro, que: “a Lava Jato deflagrou ‘nova inquisição’ na república brasileira”. A Ajufe realçou o escasso conhecimento histórico do advogado, afirmando que: “comparar a Lava Jato com a inquisição representa um desrespeito com as verdadeiras vítimas históricas da inquisição”. A Lava Jato desnudou uma ‘*daimonkratia*’ ou seja, a predominância de interesses ‘demoníacos’ nas esferas de poder.

Aos 11 de setembro de 2015, dois procuradores da República (Diogo Mattos e Roberson Pozzobon), que integram a equipe de investigação da Operação Lava Jato, ministraram minicurso sobre os fundamentos da Operação Lava Jato aos membros do Ministério Público do Estado de Goiás.

O sucesso da operação foi o tema central, tendo os palestrantes enfatizado a ousadia do Delegado, do Juiz e dos próprios procuradores, que acreditam na mudança de paradigmas em relação à prisão preventiva, à colaboração premiada e nova perspectiva de embate aos crimes de colarinho branco.

Afirmaram que, inexoravelmente, a força da negociação da sentença criminal é maior quando o acusado está cautelarmente preso. Sobretudo, demonstraram que a prisão cautelar é uma situação juridicamente válida e legítima. Nunca haverá um acordo imune às influências externas, mesmo processuais.²⁸⁸

Na oportunidade, fiz incisiva ponderação, alardeando que, se de um lado as prisões preventivas facilitaram a recuperação de bilionária quantidade de dinheiro desviado pela corrupção, em outro plano, as penas aplicadas nos ‘acordos’ me pareciam absurdamente diminutas. A título de exemplo, citei a condenação de Dalton dos Santos Avancini e Eduardo Leite, ex-executivos da construtora Camargo Corrêa, que foram condenados a quinze anos e dez meses de prisão. Os réus Dalton Avancini e Eduardo Leite cumprirão pena em regime domiciliar e, posteriormente, aberto, devido aos acordos de delação premiada que fizeram.

²⁸⁸ BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **A negociação de sentença criminal e os princípios processuais penais relevantes**. 2015. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais) – Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2015 p. 196.

Ao arripio da Lei de Execuções Penais, criou-se novo regime de pena, o “semiaberto diferenciado”. Demonstrei minha irressignação com o fato de que agraciamos corruptos condenados há mais de quinze anos de reclusão com pena domiciliar. Em resposta, o Procurador Mattos explicou que a política penal desenvolvida na Lava Jato busca repatriar o dinheiro expropriado e obter informações que possibilitem a ampliação das investigações. A operação visa desbaratar o núcleo da quadrilha.

De fato, dificilmente um indiciado (detentor de alto poder econômico e social) firmaria “colaboração premiada” consistente em compromisso de recolher-se a estabelecimento prisional brasileiro de segurança máxima.

A Lei da Lavagem de Capitais (Lei nº 9.613/1998) confere prêmios especiais ao arguido que possibilite a localização de bens, dinheiro ou valores objetos do crime. É exatamente essa legislação que outorga ao magistrado o poder de reduzir a pena de 1 (um) a 2 (dois) terços. O juiz pode, ainda, fixar cumprimento de pena inicial em regime aberto, deixar de aplicar a sanção estipulada ou substituí-la por pena restritiva de direitos. Ainda, essa Lei prevê a possibilidade de cumprimento de pena no regime aberto, independentemente da pena aplicada. Os Procuradores não inauguraram novo regime de pena, tampouco outorgaram benefício premial não contemplado pela Lei.

Continuo a subentender que há de existir proporcionalidade e razoabilidade nos acordos lavrados, seja em respeito ao grau de colaboração do arguido, ou mesmo em atenção à lesividade da conduta.

Sinto pontual desconforto com uma realidade que pode se concretizar, enquanto se fomenta o cárcere privado para os delitos patrimoniais cometidos com violência e grave ameaça (delitos de massa frutos, não raro, das disparidades sociais). Isso pode consolidar, no Brasil, um regime anômalo (regime semiaberto diferenciado), capaz de impor, como regra, ‘prisão residencial’ ao crimes de colarinho branco. Há de se ter cautela.

Na elaboração deste trabalho havíamos dedicado extenso título ao tema ‘impunidade’. Era uma questão que nos incomodava e que tomou conta de nossas reflexões. Discoríamos exaustivamente sobre a prática perniciososa de protelação processual, eternização da jurisdição penal pelo exercício de multiplicidade de recursos, busca pela prescrição etc. A certeza da imunidade e a confiança na morosidade do sistema era flagrante empecilho para os acordos sobre sentença, especificamente para a delação premiada.

Ocorre que, aos 17 de fevereiro de 2016, o Supremo Tribunal Federal decidiu, em julgamento emblemático²⁸⁹, admitir que um réu condenado na segunda instância da Justiça comece a cumprir pena de prisão, ainda que esteja recorrendo aos tribunais superiores.

A decisão rompeu com um paradigma nefasto, que possibilitava ao arguido recorrer, ‘eternamente’, em liberdade. Em regra, toda ‘boa defesa’ detinha como técnica apresentar uma série de recursos em cada tribunal superior, por vezes na tentativa única e exclusiva de alcançar a prescrição ou protelar a punição. Muito antes de constituir um instrumento de garantia da presunção de não culpabilidade do apenado, os recursos acabavam representando um mecanismo inibidor da efetividade da jurisdição penal.

Interessante notar que os recursos cabíveis aos Tribunais Superiores brasileiros nunca se prestaram a discutir fatos e provas, mas sim matéria de direito. No tocante ao direito

²⁸⁹ **“Pena pode ser cumprida após decisão de segunda instância, decide STF:** Ao negar o Habeas Corpus (HC) 126292 na sessão desta quarta-feira (17), por maioria de votos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) entendeu que a possibilidade de início da execução da pena condenatória após a confirmação da sentença em segundo grau não ofende o princípio constitucional da presunção da inocência. Para o relator do caso, ministro Teori Zavascki, a manutenção da sentença penal pela segunda instância encerra a análise de fatos e provas que assentaram a culpa do condenado, o que autoriza o início da execução da pena. A decisão indica mudança no entendimento da Corte, que desde 2009, no julgamento da HC 84078, condicionava a execução da pena ao trânsito em julgado da condenação, mas ressaltava a possibilidade de prisão preventiva. Até 2009, o STF entendia que a presunção da inocência não impedia a execução de pena confirmada em segunda instância. O habeas corpus foi impetrado contra decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que indeferiu o pedido de liminar em HC lá apresentado. A defesa buscava afastar mandado de prisão expedido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJ-SP). O caso envolve um ajudante-geral condenado à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão pelo crime de roubo qualificado. Depois da condenação em primeiro grau, a defesa recorreu ao TJ-SP, que negou provimento ao recurso e determinou a expedição de mandado de prisão. Para a defesa, a determinação da expedição de mandado de prisão sem o trânsito em julgado da decisão condenatória representaria afronta à jurisprudência do Supremo e ao princípio da presunção da inocência (artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal). **Relator** - O relator do caso, ministro Teori Zavascki, ressaltou em seu voto que, até que seja prolatada a sentença penal, confirmada em segundo grau, deve-se presumir a inocência do réu. Mas, após esse momento, exaure-se o princípio da não culpabilidade, até porque os recursos cabíveis da decisão de segundo grau, ao STJ ou STF, não se prestam a discutir fatos e provas, mas apenas matéria de direito. “Ressalvada a estreita via da revisão criminal, é no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame dos fatos e das provas, e, sob esse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado”, afirmou. Como exemplo, o ministro lembrou que a Lei Complementar 135/2010, conhecida como Lei da Ficha Limpa, expressamente consagra como causa de inelegibilidade a existência de sentença condenatória proferida por órgão colegiado. “A presunção da inocência não impede que, mesmo antes do trânsito em julgado, o acórdão condenatório produza efeitos contra o acusado”. No tocante ao direito internacional, o ministro citou manifestação da ministra Ellen Gracie (aposentada) no julgamento do HC 85886, quando salientou que “em país nenhum do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa aguardando referendo da Suprema Corte”. Sobre a possibilidade de se cometerem equívocos, o ministro lembrou que existem instrumentos possíveis, como medidas cautelares e mesmo o habeas corpus. Além disso, depois da entrada em vigor da Emenda Constitucional 45/2004, os recursos extraordinários só podem ser conhecidos e julgados pelo STF se, além de tratarem de matéria eminentemente constitucional, apresentarem repercussão geral, extrapolando os interesses das partes. O relator votou pelo indeferimento do pleito, acompanhado pelos ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes. **Divergência.** A ministra Rosa Weber e os ministros Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski, presidente da Corte, ficaram vencidos. Eles votaram pela manutenção da jurisprudência do Tribunal que exige o trânsito em julgado para cumprimento de pena e concluíram pela concessão do habeas corpus. Extraído de: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=310153>, aos 25 de fevereiro de 2016.

internacional, observamos que em nenhum país do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa aguardando referendo da Suprema Corte.

A decisão do Supremo Tribunal Federal reestabelece a confiança no Sistema de Justiça, pois prestigia a celeridade no início do cumprimento das decisões dos Tribunais, combate a seletividade do sistema judicial e aplaca a sensação de impunidade decorrente da demora ou da inexecução de sentenças penais condenatórias confirmadas em grau recursal. No contexto social em que vivemos, o STF manda recado aos réus, que, amparados pela capacidade econômica, tinham a certeza da impunidade na protelação processual: a via recursal não será mecanismo inibidor da justiça penal, o ônus do tempo, no processo penal, agora conspira a favor da sociedade e segurança pública, reafirmando o valor da norma penal. Hoje, a classe dominante (política, social e econômica)²⁹⁰ está juridicamente nivelada aos ‘PPP’ (pobres, pretos e prostitutas), que, historicamente, habitavam nossas cadeias.

A realidade dos presídios brasileiros (insuficientes e precários) incentivou as ‘delações premiadas’ por força do temor dos acusados em se submeterem à segregação em presídios de ‘segurança máxima’ (inseguros e degradantes). A certeza quanto à execução da sentença penal condenatória levará à nítida inflação nas adesões aos acordos sobre sentença. Todo esse contexto imprevisível nos leva à conclusão de que haverá, brevemente, uma transformação na infraestrutura do sistema de execução de pena brasileiro. Afinal, o Brasil trilha passos decisivos contra a impunidade dos abastados. Estamos prestes a testemunhar a melhora do sistema carcerário, pois haverá mudança no perfil dos ‘residentes’ no regime fechado.

A consolidação dos acordos sobre sentença (delação premiada) como técnica de otimização da persecução penal é sinal de que triunfa, no sistema brasileiro, a prática negocial. Avizinha-se, inquestionavelmente, o tempo de ampliação das margens de consenso no processo penal brasileiro.

²⁹⁰ Vejamos exemplo pontual dessa nova realidade brasileira. O Site G1 noticia que, aos 08 de março de 2016, pouco menos de vinte dias após a decisão do Supremo Tribunal Federal (deu exequibilidade às decisões condenatórias de segundo grau), o ex-senador Luiz Estevão (empresário) se entregou ao Departamento de Polícia Especializada da Polícia Civil do Distrito Federal para iniciar cumprimento de pena na Penitenciária da Papuda. Estevão foi acusado de alterar livros contábeis para justificar dinheiro de obras superfaturadas para construir o prédio do Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo, das quais teria sido desviado R\$ 1 bilhão de reais. Os crimes foram cometidos em 1992. A defesa de Estevão já interpôs aproximadamente 35 (trinta e cinco) recursos desde a condenação (2006). Ele aguarda julgamento definitivo do caso, mas já iniciará cumprimento da pena de 31 anos de prisão pelos crimes de corrupção ativa, estelionato, peculato, formação de quadrilha e uso de documento falso nas obras do fórum trabalhista. Extraído aos 09 de março de 2016, do site: <http://g1.globo.com/distrito-federal/noticia/2016/03/ex-senador-luiz-estevao-diz-que-vai-se-entregar-por-achar-mais-pratico.html>.

SÍNTESE CONCLUSIVA

As tensões entre “eficientismo” e “garantismo” se contrastam na busca por mais funcionalidade do processo penal, que sofre propostas de conformação por instrumentos de política criminal.

Em um cenário de burocracia compartimentalizada, no qual cada instituição, com estrutura independente, encerra sua mentalidade e preocupação em si mesma, surge, no Brasil, a proposta de ampliação das margens de consenso, visando a prestação jurisdicional eficiente, dinâmica e sensível aos anseios sociais.

Não há contraposições entre Direito Penal e políticas criminais.

Uma atividade ‘premiada’ desenhada dentro do direito, delimitada com regras precisas, em que o eficientismo colabore para a obtenção de funcionalidade, poderá revelar um modelo de ‘negócio penal’ que conspira a favor dos interesses do aspirante ao prêmio (arguido) e, sobretudo, no interesse superior da coletividade. Limitações de forma e da medida punitiva estatal devem ser conjecturadas em sintonia com o objetivo político-criminal de proteção dos bens jurídicos essenciais. Para vencer a burocracia e a morosidade de nosso sistema devemos edificar propostas que respeitem a dignidade do ser humano e que preservem a característica instrumental de garantia, natural ao processo penal.

Concluimos, pois, que não há qualquer dificuldade na utilização da negociação de sentença criminal na compreensão dualógica de discricionariedade e obrigatoriedade. A discricionariedade empreendida na atividade negocial penal é desempenhada dentro de limites impostos pelo legislador, assim, há uma legalidade aberta, vinculada à vontade da lei. Se o princípio da obrigatoriedade veda, por um lado, a desistência da ação penal, ele, de outra banda, nunca impedirá a atividade negocial. Nesta, a oportunidade é uma variação da própria legalidade e, por essa razão, a definição, em lei, dos critérios de negociação caracteriza um cenário obediente ao mito da obrigatoriedade extrema. O sistema dualista brasileiro, que decorre da coexistência dos princípios da legalidade e da oportunidade, mantém viva a possibilidade de ampliação dos canais de consenso no processo penal, em completa compatibilidade com a ordem constitucional.

O Ministério Público, ao estabelecer objetivos elevados para si mesmo, constrói uma história que inspira orgulho na sociedade brasileira, influenciando para a elevação do padrão ético que a sociedade, em suas mais recentes manifestações, tem deixado claro que deseja. Ainda, essa instituição, estruturada a partir do princípio da independência funcional, não está

submetida a qualquer controle político, como seu congênere estadunidense. A ausência de hierarquia e de diretrizes (*guidelines*) internas elaboradas por órgãos superiores suscita a necessidade de regulamentação normativa de outras formas de controle.

O campo da oportunidade levará à necessidade de controle sobre a discricionariedade ministerial, sendo importante densificar a obrigação do Ministério Público de fundamentar as manifestações de adesão (ou não) ao consenso sobre pena. A fundamentação permite, sobretudo, que o órgão juiz possa efetivar controle sobre as hipóteses de consenso. Acreditamos que se a lei contemplar novo rito, oportunizando ampliação dos acordos sobre sentença, em aplicação imediata de pena, a discricionariedade desse órgão será quanto à escolha do rito, e não sobre o objeto da ação penal. Os acordos sobre sentença não representam leniência ministerial em favor do réu, mas sim a compressão do contencioso penal em busca da efetividade do sistema penal.

O juiz continuará, na atividade consensual, a ser o árbitro da atividade de imposição de pena, sendo protetor, com dantes, das liberdades individuais do arguido. Advertimos que, para preservar sua imparcialidade e a integridade do acordo, nunca deverá o magistrado participar das negociações sobre sentença, pois seu poder de coerção e decisão pode afetar a livre manifestação de vontade do acusado. O papel do julgador radica no social e se volta ao social. O sistema consensual edificado deve ser capaz de produzir decisões (*barganhas*) justas, adequadas e livres, preservando a jurisdição e maximizando a eficiência do sistema penal, essa é a receita que se espera.

A advocacia, no modelo consensual, fora elevada à condição de verdadeira bússola da trilha consensual. A submissão aos termos do acordo sobre sentença penal deve ser fruto de um ‘ato complexo’, proveniente da conjugação das vontades expressas, uniformemente, pela defesa técnica ‘e’ pelo arguido. O Projeto do Código de Processo Penal outorga ao advogado o poder de ditar rumos à investigação policial (investigação defensiva), assim, o defensor deverá desenvolver estratégia investigativa. Haverá de existir mais participação do defensor na apuração dos fatos, sobretudo participando, ativamente, da edificação do inquérito policial. A consulta ao advogado terá valor pungente. Para a advocacia, o ‘toque de Midas’, no processo penal consensual, será a escolha entre o ‘barganhar’ ou o enfrentamento processual. O erro de cálculo poderá custar a reputação do advogado.

O processo sumário trazido pelo Anteprojeto de CPP (PLS nº 156/2009) não se confunde com a *plea bargaining*. Não há, na proposta, exercício de discricionariedade pura pela acusação, mas sim de “oportunidade regrada”, sujeita às limitações previstas no texto legal. Pulsa, na reforma, um processo penal mais democrático, apto a ser instrumento de

limitação do poder punitivo estatal, ao tempo em que promove mais seletividade e inteligência na persecução penal.

No panorama brasileiro, com a nítida tendência à ampliação das margens de consenso no processo penal, pode-se afirmar que o Projeto de Lei nº 156/2009, com introdução de mecanismos de barganha, autorizando o julgamento antecipado da lide penal, deve ser aplaudido, pois outorga celeridade, eficiência e seletividade à justiça penal, sem se descuidar de preservar todos os direitos e garantias individuais. Nesse cenário, não substituiremos o conflito pelo consenso, apenas daremos a ele um espaço útil de que toda a comunidade se beneficiará.

A alternativa consensual contemplada na ‘reforma’ é um bom avanço. A proposta não desconhece e nem desobedece aos padrões de reprovabilidade consagrados na legislação penal, possibilitando a racionalização do contraditório amplo.

A compressão das garantias constitucionais deve ser contemplada à luz da dignidade da pessoa humana, que representa o fundamento para a prossecução de todas as finalidades constitucionais do processo penal. Tornar possível o não exercício do direito fundamental, nos limites que a própria Constituição estabelece, consiste na devida manifestação daquilo que o direito fundamental confere ao seu titular. Não existe qualquer proibição normativa de que o acusado não utilize seus direitos processualmente garantidos.

Na atividade consensual há inequívoca restrição ao contraditório, limitando a produção de prova e aniquilando o direito ao silêncio. Sobretudo, se a adesão ao consenso for benéfica ao réu, não haverá óbices ao exercício da política premial. O réu é quem melhor poderá contemplar os benefícios e malefícios da aplicação imediata de pena. A ordem constitucional deve respeitar a autodeterminação do indivíduo.

Nos acordos sobre sentença não há coação, mas sim coerção a assunção de culpa na busca de uma política premial. A mera possibilidade de condenação a pena corpulenta não insinua a existência de vício de consentimento na adesão ao acordo sobre sentença.

O objetivo do processo penal nunca foi demonstrar a verdade, mas sim fixar a responsabilidade, tanto é que a lei não estabelece a forma como a verdade se faz, mas determina como ela não se faz. Assim, a verdade admitida em uma ação penal é uma verdade limitada pela própria formalidade do processo, uma verdadeira verdade por utilidade.

O negócio penal surge nesse paradigma. O Estado laceia, restringindo a sua pretensão punitiva; enquanto isso, o indivíduo abre mão da ampla resistência à persecução estatal. É um processo simbiótico, uma vez que o negócio só se aperfeiçoa com a concordância de todos os sujeitos processuais.

Da lógica das partes surge uma verdade consensual. Ela atende às reivindicações da sociedade, representada pelo Ministério Público, e do réu, representado por seu advogado. O discurso coletivo entre acusação e defesa converge para o nascimento da maior das verdades: a ‘verdade consensual’, que é a pedra angular da Justiça Negocial Penal.

Percebemos que as exceções ao princípio da legalidade são consequência do princípio constitucional da proporcionalidade, ou seja, da ideia de que, em alguns casos específicos, é possível abreviar o rito em nome de maior funcionalidade do processo. Celeridade, economia processual, racionalização da persecução penal são virtudes que otimizarão a vertente efficientista do processo penal. Os acordos sobre sentença têm a possibilidade de resgatar a credibilidade do sistema de proteção constitucional-penal, evitando a proteção deficiente ou insuficiente (*Untermassverbote*).

A ampliação das margens de consenso no processo penal brasileiro preserva o *núcleo* axiológico do nosso sistema jurídico: respeito à dignidade da pessoa humana. Testemunharemos o triunfo do negócio penal exatamente porque ele não se esvazia, mas sim dinamiza a coexistência dos direitos e garantias individuais. Assim, nos casos em que não se verifique interesse público na persecução, poderemos obter, em prática premial (redução de pena), a estabilização da norma e a defesa dos bens jurídicos, sendo possível a atenuação da legalidade processual.

Se a Lei ampliar as margens de consenso no processo penal brasileiro, a nova configuração passará a ser a representatividade do devido processo legal. Na transação, no *sursis* processual ou nas colaborações premiadas temos o devido processo legal, mesmo sem a tradicional audiência de instrução e julgamento. O consenso sobre pena, nos moldes em que se deseja aplicar no Brasil (Projeto de Lei nº 156/2009), dá ampla possibilidade de atuação retórica dos intérpretes, deixando intangíveis os núcleos normativos garantistas. Permite que o processo seja uma verdadeira ferramenta para a pluralidade de concepções. A lei franqueia um instituto que torna mais efetiva a prestação jurisdicional penal. Atentos à natureza ‘facultativa’ do negócio penal, não antevemos, na política consensual, violação ao núcleo garantista libertário do indivíduo. Desse modo, tampouco resta violado o devido processo legal.

Na hipótese de acordo sobre sentença, o Estado não impede o exercício de direitos em favor do acusado nem viola princípios processuais, na medida em que tal sistema não afasta a opção pelo *full trial*. Há duas verdades: a primeira consiste no fato de que a via negocial é optativa e a segunda de que essa opção é sopesada pelo próprio acusado. Assim, a amplitude do contraditório é relativizada pela própria defesa.

Não é possível identificar, em abstrato, qualquer sorte de violação à ampla defesa e ao contraditório na prática consensual penal de aplicação imediata da pena. Aliás, impedir os acordos sobre sentença, sob o argumento de que ele violaria o princípio da ampla defesa, representa desrespeito à autodeterminação do acusado, ao passo em que a compressão processual vem aliada a políticas criminais premiais que podem implicar em menor grau de severidade da sanção a ser imposta.

O respeito à condição de sujeito processual apenas impede que o Estado obrigue o investigado a produzir prova contra si mesmo. A legislação nunca proibiu que o réu produzisse, voluntariamente, prova contra si mesmo, mas sim que ele fosse coartado a produzi-la. Assim, se o investigado produzir, espontânea e publicamente, prova apta a colaborar com sua inculpação, esta deverá ser valorada no processo, ante a sua inquestionável validade e previsibilidade pela norma processual substantiva.

Não existe violação aos primados da presunção de inocência durante a prática consensual. Na ‘aplicação imediata de pena’, o juiz valora depoimento fornecido voluntariamente pelo acusado. A defesa abdica do silêncio, em confissão, na busca pela atividade premial (pena mínima).

Uma das causas de justificação do consenso sobre pena é a aspiração pela celeridade processual, sua busca norteia as mudanças que se avizinham na legislação brasileira. Não se pode negar que o negócio penal é um instituto que se expande a partir do poder daqueles que são beneficiados por suas consequências. Entretanto, desde que o sistema conjugue eficiência e funcionalidade sem se descuidar do vetor garantia, estará preservada sua constitucionalidade. A pena obtida no consenso ganha legitimidade a partir do momento em que se reveste de utilidade a sociedade, dignificando o arguido e evitando sua estigmatização, fazendo com que, sobretudo, efeitos como o da economia e da eficiência sejam completamente colaterais, ainda que desejáveis e admissíveis.

Não há incompatibilidade entre as tendências garantistas e a eficiência processual penal, assim como não há incongruência entre a desburocratização do processo e a preservação da jurisdição. Uma defesa social contemporânea deve estar atenta às questões de efetividade do sistema. Quando se conjugam as preocupações de economicidade e produtividade em uma ótica que preserve a dignidade do arguido, veste-se de legitimidade a celeridade implantada na ótica negocial.

A atividade negocial não tenta substituir o Direito Penal por política criminal pura, nem mesmo afastá-lo. O consenso sobre pena terá consequências tanto para a teoria da pena quanto para a teoria geral do delito. Na atividade consensual, os critérios materiais são

“invadidos” por princípios de política criminal, provocando mais indefinição nos axiomas sob os quais se assentam a teoria do crime.

As garantias individuais são outorgadas aos cidadãos com o objetivo de limitar o *ius puniendi* estatal. Assim, se o órgão acusação, que detém o *dominiu litis*, abdica da busca pela sanção mais gravosa, em nome da utilidade do sistema penal, passa a ser razoável a aplicação da pena em patamar mínimo. Não há prejuízo para o indivíduo, e, por consequência, inexistente violação à culpabilidade penal. A ‘proibição do excesso’ veda, sobretudo, a severidade da sanção a ser imposta pelo poder público repressor. Ao aplicar a pena mínima na atividade consensual, resta nulificada a possibilidade de violação da proporcionalidade em sentido estrito.

A política criminal deflagrada pelo negócio penal, ‘camuflada’ por essa via punitiva alternativa, reveste-se da principiologia da mínima aflição, ideia que subjaz ao princípio da humanidade das sanções. Assim, desde que a assunção de responsabilidade esteja calcada em denúncia alicerçada por base fática sustentável, não vejo como deduzir, da prática negocial, qualquer elemento que viole a finalidade tradicional da pena. Afinal, nos acordos sobre sentença, com aplicação imediata de pena mínima, não se esvazia a vigência da norma objetiva e a sanção continua a produzir seu efeito intimidador, reafirmando a consciência social da norma. Acreditamos, sobretudo, que, ao impor pena mínima e invocar a consciência do injusto praticado pelo réu (confissão), a prática negocial ajuda o delinquente na reinserção social, sem violar o princípio da culpabilidade. Um julgamento antecipado da lide penal, ao arrepio de previsão normativa, viola os primados básicos do devido processo legal.

Há regras contemplando a justiça negocial na ordem processual penal brasileira (transação, colaboração premiada, suspensão condicionada do processo e composições cíveis). Desse modo, não há razões para utilização supletiva analógica do Código de Processo Civil. Não incumbe à doutrina ampliar o espaço de consenso no processo penal, elevando a atividade negocial a um patamar que não foi desejado pelo legislador.

Apenas a legislação processual penal poderá disciplinar as hipóteses e as circunstâncias em que deverá existir abreviação de rito. Trata-se de obediência ao devido processo legal, princípio reitor de todo arcabouço jurídico processual penal. Julgamento antecipado da lide penal sem previsão legal redundaria em violação da ampla defesa e cerceamento completo do contraditório.

Foi o sucesso dos juizados especiais que alavancou a necessidade de se ampliar as hipóteses de consenso no processo penal. Determinadas áreas da criminalidade não suportam mais a cega persecução. Um sistema fechado, formalista e extremamente repressivo, perde no

encrudecimento à habilidade de exercitar a flexibilidade processual em forma de racionalidade.

A ampliação das margens de consenso no processo penal inaugurará um novo paradigma criminológico que conhece as nossas experiências recentes vivenciada com os juizados especiais. Não vivenciaremos a era de aniquilamento do contencioso penal, mas sim a de sua racionalização.

Um judiciário menos abarrotado pode focar esforços no contraste dos delitos mais hodiernos. Nessa senda, o legislativo cogita o embate processual aos delitos de massa e de média potencialidade lesiva pela política consensual. Não por modismo penal, tampouco por deferência ao sucesso da experiência estrangeira, mas sim por necessidade social e estrutural. O sistema processual penal posto não mais comporta a persecução uniforme de todas as violações de bens jurídicos penalmente tutelados. A ampliação das margens de consenso se posta não só como alternativa útil, mas inafastável para combater os crimes do colarinho azul.

Nas delações premiadas, a vontade do acusado para concretização do acordo deve ser livre e consciente; nas delações premiadas, a confissão não é suficiente para lastrear a sentença condenatória, devendo ser necessariamente confirmada pelo conjunto probatório; a presença da defesa técnica é indispensável para consolidar os acordos de delação premiada; o magistrado não deve participar dos acordos de delação premiada, sob o risco de contaminar sua imparcialidade, cerceando sua habilidade de garantidor da legalidade e respeito aos direitos fundamentais.

A delação premiada e a ‘proposta de aplicação imediata de pena’ (Projeto de Lei nº 156/2009) se pautam pelo incentivo à confissão do acusado com a finalidade de concretizar uma persecução penal mais célere e menos onerosa, aproximando investigado e órgão de acusação em uma política premial. As distinções entre os institutos residem no fato de que, enquanto na ‘aplicação imediata da pena’ o reconhecimento da culpabilidade pelo acusado visa a sua própria sanção penal, na delação sua principal missão é a incriminação de terceiros e propiciar o aprofundamento das investigações. Tudo torna a ‘colaboração premiada’ uma importante faceta da política negocial penal vaticinada pelo Estado Democrático brasileiro.

A colaboração premiada não representa violação de princípio ético ou moral. Ao delatar os comparsas, o colaborador prestigia todo um conjunto de valores e bens jurídicos caros a todo corpo social, tutelados pelo Direito Penal.

A Operação ‘Lava Jato’ revelou a afecção de nossa democracia, bem como patenteou os acordos sobre sentença (delação premiada) como técnica de otimização da persecução penal. Triunfa, em nosso sistema, a prática negocial, ao tempo em que se avizinha,

inquestionavelmente, a era da ampliação das margens de consenso no processo penal brasileiro.

REFERÊNCIAS

ALBERGARIA, Pedro Soares de. **Plea bargaining** – aproximação à justiça negociada nos EUA. Coimbra: Almedina, 2007.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. **Comentários do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem**. 4. ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011.

ALMEIDA, Paulo Roberto Barreto de. Delação premiada e crime organizado. **Revista do Ministério Público do Estado do Ceará**, ano 2, nº 2, p. 137, jan. 2007.

ALSCHULER, Albert W. The changing plea bargaining debate. **California Law Review**, nº 69, p. 652 e ss., 1981.

_____. The defense Attorney's Role in plea bargaining. **Yale Law Journal**, v. 84, p. 1179 e ss., 1975.

_____; DEISS, Andrew. Breve historia del jurado criminal en los Estados Unidos. **Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia penal**, Buenos Aires: Ad hoc, v. 8, nº 14, 2002.

ALVES, Paulo Vitor de Queirós. **A validade da confissão nos acordos sobre a sentença em processo penal**. 2012/2013. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais) – Faculdade de Direito, Universidade Lisboa, Lisboa, 2013.

AMBOS, Kai. Procedimientos abreviados en el proceso penal alemán y en los proyectos de reforma sudamericanos. **Revista de Derecho Procesal**, Madrid, 1997.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

ANDRADE, Manuel da Costa. Consenso e oportunidade (reflexões a propósito da suspensão provisória do processo e do processo sumaríssimo). In: AA. VV. **Jornadas de Direito Processual Penal – O novo Código de Processo Penal**. Coimbra: Almedina, 1989. p. 139 e ss.

ANDRÉS IBAÑEZ, Perfecto. Por um ministério público dentro da legalidade. **Revista do Ministério Público de Lisboa**, Lisboa, v. 18, nº 70, p. 9-41, abr.-jun. 1997.

ARMENTA DEU, Tereza. **Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad**: Alemania y España. Barcelona: PPU, 1991.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas, interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

BALDAN, Edson Luis; AZEVEDO, André Boiani e. A preservação do devido processo legal pela investigação defensiva (ou do direito de defender-se provando). **Boletim IBCCrim**, ano 11, nº 137, p. 7, 2004.

BARATTA, Alessandro. **Principi del diritto penale mínimo**. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limitidella legge penale. Il diritto penale mínimo. Bar: Edizione Scientifiche Italiane, 1985.

BARROSO, Luis Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional – ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret, 2001.

BELIVEAU, Pierre. Le process pénal em Droit Canadien. **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal**, v. 57, p. 674-718, 1986.

BIBAS, Stephanos. Plea bargaining outside the shadow of Trial. **Harvard Law Review**, v. 117, 2004.

BILBAO UBILLOS, Juan Maria. En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Juizados Especiais Criminais e alternativas à pena de prisão**. Porto Alegre: Lael, 1997.

_____. Princípios garantistas e a delinqüência do colarinho branco. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, 1995.

BOHM, Robert M. “Mc Justice”: on the McDonaldization of criminal justice. **Justice Quarterly**, v. 23, nº 1, mar. 2006.

BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **A negociação de sentença criminal e os princípios processuais penais relevantes**. 2015. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais) – Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2015.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm.

BRASIL 247. **Manifesto de advogados repudia ‘supressão de direitos’ na Lava Jato**. Disponível em: <http://www.brasil247.com/pt/247/brasil/213205/Manifesto-de-advogados-repudia-'supress%C3%A3o-de-direitos'-na-Lava-Jato.htm>. Acesso em: 19 jan. 2016.

CABEZUDO RODRIGUEZ, Nicolás. **El Ministerio Público y la justicia negociada en los Estados Unidos de Norteamérica**. Granada: Editorial Comares, 1996.

CALAMANDREI, Piero. Il processo como giuoco. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, v. 5, parte I, p. 5/22 e ss., 1950.

_____. **Instituciones de derecho procesal civil**. v. 1. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa – América, 1992.

CAMARGO, Antônio Luis Chaves. **Culpabilidade e reprovação penal**. São Paulo: Sugestões Literárias, 1994.

CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. Boletim Científico. **Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU)**, Brasília, ano 11, n. 38, p. 125, jan.-jun. 2012

_____. *Plea bargaining* e justiça criminal consensual: entre os ideais de funcionalidade e garantismo. **Custos Legis, Revista Eletrônica do Ministério Público Federal**, v. 4, p. 1-26, 2012. Disponível em:
http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista/2012_Penal_Processo_Penal_Campos_Plea_Bargaining.pdf. Acesso em: 14 out. 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2007.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. **O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

CHRISTIE, Nils. **A indústria do controle do crime**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrine; DINARMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 1992.

COMBS, Nancy. Copping a plea to genocide: the plea bargaining of international crimes. **University of Pennsylvania Law Review**, v. 151, 2002.

CONSO, Giovanni; GREVI, Vittorio. **Profili del nuovo Codice di Procedura Penale**. 4. ed. Padova: Cedam, 1996.

CORDERO, Franco. **Procedura penale**. Milano: Giuffrè, 1991.

CORREA JÚNIOR, Alceu; SHECAIRA, Sergio Salomão. **Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

COSTA, Rafael Paula Parreira. Barganha no projeto do novo Código de Processo Penal. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, nº 3796, 22 nov. 2013. Disponível em:
<<http://jus.com.br/artigos/25927>>. Acesso em: 13 out. 2015.

CRUZ, Rogério Schietti M. Rumo a um processo penal democrático. In: MACHADO, Bruno Amaral (Coord.). **Justiça criminal e democracia**. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

CUNHA, José Damião da. **O caso julgado parcial** – questão da culpabilidade e questão da sanção num processo de estrutura acusatória. Porto: Publicações da Universidade Católica, 2002.

DAMASKA, Mirjan. Negotiated justice in international Criminal Courts. In: THAMAN, Stephen C. (Org.). **World plea bargaining: consensual procedures and the avoidance of the full criminal trial**. Durham: Carolina Academic Press, 2010. p. 81-106.

_____. **The faces of justice and state authority** – a comparative approach to the legal process. New Haven & London: Yale University Press, 1986.

DELMANTO, Roberto; DELMANTO JÚNIOR, Roberto; DELMANTO, Fábio M. de Almeida. **Leis penais especiais comentadas**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

DEMERCIAN, Pedro Henrique. **Regime Jurídico do Ministério Público no processo penal**. São Paulo: Verbatim, 2009.

DERVAN, Lucian E.; EDKINS, Vanessa. The innocent defendant's dilemma: an innovative empirical study of plea bargaining's innocence problem. **Journal of Criminal Law and Criminology**, v. 103, nº 1, p. 1-48, maio 2012.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Acordo sobre a sentença em processo penal: o “fim” do Estado de Direito ou um novo “princípio”?** Porto: Conselho Distrital do Porto, 2010.

_____. **Direito penal português** – parte geral II. As consequências jurídicas do crime. Lisboa: Aequitas, 1993.

_____. **Direito Processual Penal**. v. I. Coimbra: Coimbra Editora, 1974.

_____. **Direito Processual Penal** – Lições coligidas por Maria João Antunes (fascículos policopiados), Secção de Textos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1988/89.

_____; ANDRADE, Manoel da Costa. **Criminologia** – O homem delincente e a sociedade criminógena. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa; PINTO, Frederico de Lacerda da Costa. **Supervisão, direito ao silêncio e legalidade da prova**. Coimbra: Almedina, 2009.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: RT, 2007.

DINIZ, Geilza Fátima Cavalcanti. Julgamento antecipado da lide no processo penal. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, nº 1751, 17 abr. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/jurisprudencia/16845>>. Acesso em: 12 out. 2015.

DOLCINI, Emílio; PALIERO, Carlo Enrico. **Il cárcere ha alternative, le sanzioni sostitutive della detenzione breve nell' esperienza europea**. Milano: Giuffrè, 1989.

DOTTI, René Ariel. **Penas restritivas de direitos: críticas e comentários às penas alternativas: Lei 9.714 de 25.11.1998**. São Paulo: RT, 1999.

FANCHIOTTI, Vittorio. **Il processo penale negli Stati Uniti d'America**. Milano: Giuffrè, 1998.

_____. Spunti per un dibattito sul plea bargaining. In: AA VV. **Il Processo Penale Negli Stati Uniti d' América** (a cura de E. Amodio e C. Bassiouni). Milano: Giuffrè Editore, 1988. p. 271 e ss.

FARALADO CABANA, Patrícia. **Las causas de levantamento de la pena**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2000.

FEELEY, Malcolm. Legal complexity and transformation of the criminal process: the origins of plea bargaining. **Israel Law Review**, v. 31, p. 183 e ss., 1997.

FERNANDES, Antônio Scarance. O equilíbrio entre a eficiência e o garantismo e o crime organizado. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 16, nº 70, jan.-fev. 2008.

_____. **Processo Penal Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. Reflexões sobre as noções de eficiência e de garantismo no processo penal. In: FERNANDES, Antônio Scarance (Coord.); ALMEIDA, José Raul Gavião; MORAES, Maurício Zanoide de. **Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo**. São Paulo: Ed. RT, 2008.

FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Livraria Almedina, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. Patteggiamento e crisi della giurisdizione. **Questione Giustizia**, Milano, nº 2, p. 371-383, 1989.

FISHER, George. **Plea bargaining's triumph** – a history of plea bargaining in America. Stanford: Stanford University Press, 2003.

CALGARO, Fernanda. Juízes e procuradores criticam carta de advogados contra a Lava Jato. **Portal G1**, 15 jan. 2016. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2016/01/ajufe-chama-de-falatorio-e-fumaca-carta-de-advogados-da-lava-jato.html>. Acesso em: 19 jan. 2016

GASPAR, Antônio Henrique. O tempo judiciário e a qualidade da decisão: eficiência do sistema e eficácia da decisão. **Julgar**, Coimbra, v. 5, 2008.

GAZOTO, Luís Wanderley. **O princípio da não-obrigatoriedade da ação penal pública: uma crítica ao formalismo do Ministério Público**. Barueri, SP: Manole, 2003.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006

GOLDSTEIN, Abraham. **The passive judiciary** – prosecutorial discretion and the guilty plea. Baton Rouge & London: Louisiana State University Press, 1981.

GOMES, Luiz Flávio. **Suspensão condicional do processo penal**. 2. ed. São Paulo: RT, 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrine. Procedimentos sumários em matéria penal. In: **O processo em evolução**. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

_____. Que Juiz inquisidor é esse? **Boletim ICCrim**, nº 30, jun. 1995.

HASSEMER, Winfried. **Fines de la pena en el derecho penal de orientación científico-social**. Derecho penal y ciências sociales. Barcelona: Santiago Mir, 1982.

HASSEMER, Winfried. **Fundamentos del derecho penal**. Trad. Francisco Muñoz Conde e Luis Arroyo Zapatero. Barcelona: Casa Editorial Bosch, 1984.

HASSEMER, Winfried. **Persona, mundo y responsabilidad**: bases para una teoría de la imputación en derecho penal. Trad. Francisco Muñoz Conde e María Del Mar Dias Pita. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1999.

HULSMANN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas**: o sistema penal em questão. Trad. Maria Lúcia Karam. Niterói: Luam, 1993.

HÜNDERFELD, Peter. A pequena criminalidade e o Processo Penal. **Revista de Direito e Economia**, Coimbra, ano IV, nº 1, 1978.

IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito**. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

JAKOBS, Günther. El princípio de culpabilidad. Trad. Manuel Cancio Meliá. **Derecho penal y criminología**, Bogotá, v. XV, nº 50, p. 125-155, may.-ago.1993.

JARDIM, Afrânio Silva. **Ação penal pública**: princípio da obrigatoriedade. 3. ed. São Paulo: Forense, 1998.

JAKOBS, Günther. **Derecho penal**. Trad. Joaquim Cuelho Contreras e Jose Luis Serrano Gonzales de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1995.

KANT, Immanuel. Prefácio à primeira edição da Crítica da razão pura. In: **Textos seletos**. Trad. Raimundo Vier. 3. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2005.

KORBOR, Susanne. **Bargaining in the criminal justice systems of the United States and Germany**. A matter of justice and administrative efficiency within legal, cultural context. Frankfurt am Main: Internationaler Verlag der Wissenschaften, 2008.

LAMY, Anna Carolina Pereira C. F. **Reflexos do acordo de leniência no processo penal**. A implementação do instituto ao Direito penal econômico brasileiro e a necessária adaptação ao regramento constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

LANGBEIN, John H. Torture and plea bargaining. **University of Chicago Law Review**, v. 46, p. 3 e ss., 1978.

LATAS, Antônio João (Coord). **Mudar a justiça penal**: linhas de reforma do processo penal português. Lisboa: Almedina, 2012.

LIMA, Márcio Barra. A Colaboração Premiada como Instrumento Constitucionalmente Legítimo de Auxílio à Atividade Estatal de Persecução Criminal. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (Org.). **Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil**. Salvador: Editora JusPodivm, 2010

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2014.

_____. **Manual de processo penal: volume único**. 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 191.

LOPES, José António Mouraz. **A fundamentação da sentença no sistema penal português: legitimar, diferenciar, simplificar**. Coimbra: Almedina, 2011.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. v. I, 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. Porto Alegre: Frabis, 1991.

MAC CRORIE, Benedita. **Os limites da renúncia a direitos fundamentais nas relações entre particulares**. Almedina: Coimbra, 2013.

MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal defensiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

Machado, Bruno Amaral (Coord.). **Justiça criminal e democracia**. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

MAIO COSTA, Eduardo. Justiça negociada: do logro da eficiência à degradação do processo equitativo. **Julgar**, Coimbra: Ed. Coimbra, v. 19, p. 88-97, jan.-abr. 2013.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal**. v. II. São Paulo: Ed. Saraiva, 1980.

MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. **Crime organizado**. São Paulo: Editora Método, 2015.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Introdução ao Ministério Público**. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle judicial**. São Paulo: Malheiros, 1993.

MESQUITA, Paulo Dá. **Processo penal, prova e sistema judiciário**. Coimbra: Coimbra, 2010.

MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. Trad. Isabel Cerqueira. Mem Martins: Publicações Europa América, 1997.

MIR PUIG, Santiago. **Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho**. 2. ed. Barcelona: Bosch, 1982

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Juizados especiais criminais**. São Paulo: Atlas, 1996.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV, 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

_____; MEDEIROS, Rui. **Constituição Portuguesa anotada**. Tomo I. Coimbra: Editora Coimbra, 2005.

MORAES, José Magno Linhares. A verdade e o consenso no direito. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 20, n° 4319, 29 abr. 2015. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/38498>>. Acesso em: 8 out. 2015.

MOREIRA FILHO, Agnaldo Simões. Delação premiada – breves considerações. Estudo crítico acerca da delação premiada e sua aplicação no direito brasileiro. **DireitoNet**, 12 dez. 2007. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/x/39/02/3902/>. Acesso em: 19 jan. 2016.

MUSCO, Enzo. Los colaboradores de la justicia entre el pentitismo y la calumnia: problemas y perspectivas. **Revista Penal**, Universidade de Hueiva, Salamanca: Universidade de Castilla-La Mancha, v. 2, 1998.

MUSSO, Rosanna Gambini. L'evoluzione del “Plea bargaining” nell'ordinamento nordamericano. **Rivista italiana di diritto e procedura penale**, v. 26, p. 661 e ss., 1983.

NEVES, J. F. Moreira das. Acordos sobre a sentença penal: o futuro aqui já. **Revista do Ministério Público**, n° 136, ano 34, p. 87, out.-dez 2013.

NOGUEIRA, Carlos Frederico Coelho. **Comentários ao Código de Processo Penal**. v. 1. Bauru: Edipro, 2002.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

_____. Renúncia a direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge (Org.). **Perspectivas constitucionais** – nos 20 anos da Constituição. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais comentadas**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PALERMO, Pablo Galain. Suspensão de processo e terceira via: avanços e retrocessos do sistema penal. In: **2º Congresso de Investigação Criminal, Organização Científica**. Coimbra: Edições Almedina, 2010.

PAOLIZZI, Giovanni. I meccanismi di semplificazione del giudizio di primo grado. In: **Questioni nuove di procedura penale**. Padova: Cedam, 1989.

PEREIRA, Cláudio José. **Princípio da oportunidade e justiça penal negociada**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação premiada**. Legitimidade e procedimento. Curitiba: Juruá, 2013.

PIMENTA, José da Costa. **Introdução ao processo penal**. Coimbra: Livraria Almedina, 1989.

PRADO, Fabiana Lemes Zamalloa do. **Limites à prova no Processo Penal**: relação de poder e ponderação de interesses no Estado Democrático de Direito. 2006. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Goiás, Goiânia, 2006.

RAMALHO TERCEIRO, Cecílio da Fonseca Vieira. A possibilidade do julgamento antecipado da lide penal. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, nº 65, 1º maio. 2003.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Iures, 2002.

RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. v. 1, 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

REALE, Miguel. **Teoria tridimensionalista do Direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

RICHERT, John P. La procédure de “plea-bargaining” em droit américain. **Revue de science criminelle et de droit pénal comparé**, v. 1, p. 375 e ss., 1975.

RODRIGUES, José Narciso Cunha. Discurso da sessão de abertura do ano judicial de 1997. **Revista do Ministério Público**, ano 18, nº 69, p. 25, jan.-mar. 1997.

RODRIGUES GARCÍA, Nicolás. **La justicia penal negociada** – experiencias de derecho comparado. 1. ed. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 1997.

ROXIN, Claus. **Culpabilidad, prevención y responsabilidad en derecho penal**. Trad. Francisco Muñoz Conde. Madrid: Reus, 1981. p. 147-156.

_____. Introdução a la ley procesal penal alemana de 1877. Trad. Juan-Luiz Gomez Colomer. **Cuadernos de Política Criminal**, Madrid, n. 16, p. 171-186, 1982.

_____. Política criminal y sistema del derecho penal. Trad. Francisco Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1972.

_____. **Que futuro para o Direito Processual Penal?** Conferência Inaugural sobre o desenvolvimento do Direito Processual Penal Alemão. Simpósio de Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do código de processo penal português. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

_____. Sobre el concepto global para una reforma procesal penal. **Universitas**, v. XXIV, nº 4, p. 311-318, 1987.

SALDANHA, Nelson. **Ordem e hermenêutica**. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

SANDEFUR, Timothy. In defense of plea bargaining. **Regulation**, v. 26, nº 3, p. 28-31, Fall 2003.

SANTOS, Luiz Felipe Brasil. Requisitos do termo circunstanciado. **Ajuris**, Porto Alegre, ano 23, nº 67, p. 394-398, jul. 1996.

SANTOS, Pedro Sergio dos. **Direito Processual Penal e a insuficiência metodológica: a alternativa da mecânica quântica**. 1. ed., 2. reimpr. Curitiba: Editora Juruá, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas notas em torno da relação entre o princípio da dignidade humana e os direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira. In: BALDI, César Augusto. **Direitos humanos na sociedade cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 555-599.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luis Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional – ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SCHÜNEMANN, Bernd. Do templo ao mercado? Como a justiça penal aparentemente transforma a teoria econômica do direito em prática, governo em governança e soberania em cooperação. In: SCHÜNEMANN, Bernd; Greco, Luíz (Coord.). **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SCHÜNEMANN, Bernd. **Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio**. Madrid: Tecnos Copy, 2002.

SCHÜNEMANN, Bernd. **La reforma del Proceso Penal**. Madrid: Dykinson, 2005.

SILVA, Danni Sales. Novas interpretações da Lei nº 9.099/1995, ante o advento da Lei do Juizados Especiais Criminal na Justiça Federal (Lei nº 10.259/01). **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, nº 54, 1 fev. 2002. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/2716>>. Acesso em: 13 jan. 2016.

SILVA, Eduardo Araújo da. **Organizações criminosas**. Aspectos penais e processuais da Lei nº 12.850/13. São Paulo: Atlas, 2014.

SILVÉRIO JÚNIOR, João Porto. **Processo penal fraterno: o dever de fundamentar o provimento acusatório pelo Ministério Público no sistema processual brasileiro**. Curitiba: Juruá Editora, 2014.

SOUZA, Motauri Ciocchetti de. **Ministério Público e o princípio da obrigatoriedade: ação civil pública**. São Paulo: Método, 2007.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010.

TEIXEIRA, Carlos Adérito. **Princípio da oportunidade** – Manifestação em sede processual penal e sua conformação constitucional. Coimbra: Livraria Almedina, 2000.

TORNAGHI, Hélio Bastos. **Curso de Processo Penal**. v. I. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1983.

UNIÃO EUROPEIA, European Court of Human Rights. Grand Chamber. **Case Hermi v. Italy** (application nº 18114/02), p. 24-25.

VALE, André Rufino do. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.

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

VILELA, Alexandra. **Considerações acerca da presunção de inocência em direito processual penal**. Coimbra: Coimbra, 2005.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda de legitimidade do sistema penal. 2. ed. Trad. de Vânia Romano Pedrosa et al. Rio de Janeiro: Revan, 1996.