



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Celso Azoury Telles de Aguiar

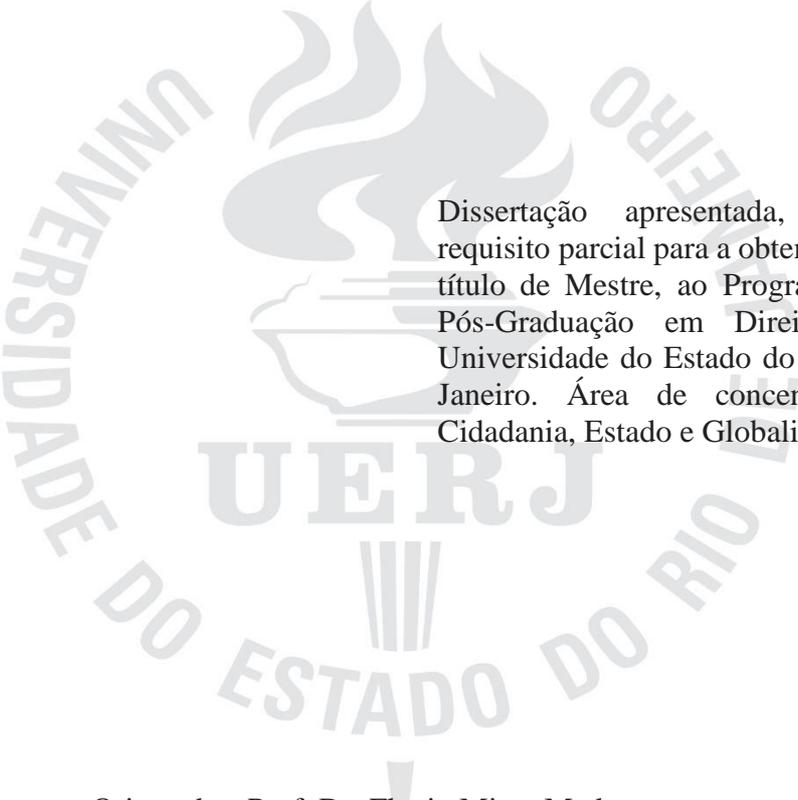
Um estudo sobre o uso do consenso no processo penal

Rio de Janeiro

2020

Celso Azoury Telles de Aguiar

Um estudo sobre o uso do consenso no processo penal



Dissertação apresentada, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização.

Orientador: Prof. Dr. Flavio Mirza Maduro

Rio de Janeiro

2020

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

A282 Aguiar, Celso Azoury Telles de.
Um estudo sobre o uso do consenso no processo penal / Celso Azoury Telles de Aguiar - 2020.

135 f.

Orientador: Prof. Dr. Flavio Mirza Maduro.
Coorientador: Prof. Dr. Diogo Rudge Malan

Dissertação (Mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro,
Faculdade de Direito.

1. Processo penal - Teses. 2. Consenso - Teses. 3. Negociação - Teses.
I. Maduro, Flavio Mirza. II. Malan, Diogo Rudge. III. Universidade do
Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. IV. Título.

CDU 343.1

Bibliotecária: Angélica Ribeiro CRB7/6121

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Celso Azoury Telles de Aguiar

Um estudo sobre o uso do consenso no processo penal

Dissertação apresentada, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização.

Aprovada em 27 de agosto de 2020.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Flavio Mirza Maduro (Orientador)

Faculdade de Direito - UERJ

Prof. Dr. Diogo Rudge Malan (Coorientador)

Faculdade de Direito - UERJ

Prof. Dr. Nilo César Martins Pompílio da Hora

Universidade Federal do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro

2020

AGRADECIMENTO

O primeiro agradecimento é especialmente direcionado para a pessoa que certamente mais influenciou e ajudou na realização e conclusão do curso de mestrado e da presente dissertação, minha amada esposa Graciela. Sem seu incentivo, ajuda e incrível habilidade de realizar inúmeras atividades ao mesmo tempo (carinhosamente nominada por conta disso de Super G), dificilmente teria conseguido concluir essa empreitada.

Agradeço ao amigo José Roberto Mello Porto, o qual teve fundamental influência no meu ingresso no programa de mestrado e com o qual sempre pude contar durante toda a jornada.

Agradeço ao amigo Paulo César Pinheiro Carneiro Filho, pelo “*coaching*” e as valiosas ajudas prestadas ao longo do curso.

Ao professor Flavio Mirza Maduro, meus sinceros agradecimentos pelas lições ministradas, pelos livros emprestados e pela orientação dispensada.

Por fim, agradeço aos meus pais, Celso e Mônica, que se materialmente pouco colaboraram nesse específico projeto de mestrado, muito torceram e rezaram pelo seu êxito. Ademais, se pude me qualificar para realizá-lo, com certeza isso decorreu do grande esforço anterior deles.

RESUMO

AGUIAR, Celso Azoury Telles de. *Um estudo sobre o uso do consenso no processo penal*. 2020. 135 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2020.

A dissertação promove uma abordagem panorâmica do uso do consenso no processo penal. No primeiro momento, promove-se uma comparação entre legalidade e consensualidade e busca-se uma conceituação adequada do que seja o consenso propriamente dito. Na sequência, analisa-se diversas críticas à utilização de ferramentas consensuais no processo penal. Essa abordagem crítica é realizada sob a perspectiva da finalidade do processo penal. A parte mais robusta do estudo dedica-se a analisar hipóteses de uso do consenso no processo penal, para tanto, vale-se de notícias do direito comparado e da legislação pátria. Por fim, tenta-se formatar uma síntese das melhores práticas e sugestões observadas.

Palavras-chave: Processo Penal. Consenso. Barganha. Colaboração Premiada. Acordo de Não Persecução Penal

ABSTRACT

AGUIAR, Celso Azoury Telles de. *Um estudo sobre o uso do consenso no processo penal*. 2020. 135 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2020.

The dissertation promotes a panoramic approach to the use of consensus in criminal procedure. Initially, a comparison between legality and consensuality is promoted and an adequate conceptualization of what is the consensus itself is sought. In the sequence, it analyzes several criticisms to the use of consensual tools in the criminal procedure. This critical approach is carried out from the perspective of the purpose of criminal proceedings. The most robust part of the study is devoted to analyzing hypotheses of using consensus in criminal procedure. To do so, it uses news from comparative law and national legislation. Finally, an attempt is made to format a synthesis of the best practices and suggestions observed.

Keywords: Criminal Procedure. Consensus. Bargain. Plea Bargaining. Leniency Deal. Non-Persecution Agreement.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	7
1	O CONSENSO NO PROCESSO PENAL	10
1.1	Legalidade versus oportunidade	10
1.2	O consenso propriamente dito	15
2	CRÍTICAS AO USO DO CONSENSO NO PROCESSO PENAL	19
2.1	Finalidade do processo penal	20
2.2	Argumentos favoráveis (virtudes da possibilidade de acordo no processo penal)	25
2.3	Argumentos contrários	26
2.3.1	<u>Disparidade das posições processuais</u>	26
2.3.1.1	<u>A título de curioso exemplo prático: o <i>Baseless Plea</i></u>	30
2.3.2	<u>Violação das garantias processuais fundamentais e aumento do risco da condenação de inocentes</u>	34
2.3.3	<u>A problemática da verdade real</u>	44
2.3.4	<u>O triunfo da economia, do utilitarismo e do pragmatismo</u>	52
3	HIPÓTESES DE CONSENSO NO PROCESSO PENAL	54
3.1	Notícias do direito comparado	54
3.1.1	<u>Estados Unidos da América</u>	54
3.1.2	<u>Alemanha</u>	63
3.1.3	<u>Portugal</u>	72
3.1.4	<u>Espanha</u>	78
3.1.5	<u>Itália</u>	87
3.2	Espaços de Consenso no Processo Penal Brasileiro	93
3.2.1	<u>Composição civil</u>	95
3.2.2	<u>Transação penal</u>	98
3.2.3	<u>Suspensão condicional do processo</u>	103
3.2.4	<u>Colaboração premiada – Lei 12.850/2013 – Lei de Combate às Organizações Criminosas</u>	105
3.2.5	<u>Barganha – Projeto de novo código penal – PLS 236/2012</u>	116
3.2.6	<u>Procedimento sumário do projeto do novo código de processo penal – Substitutivo do PL nº 8.045, de 2010</u>	118
3.2.7	<u>Acordo de não persecução penal</u>	121
3.2.7.1	<u>Projeto de lei Anticrime e Lei 13.964/19</u>	121
3.2.7.2	<u>O Projeto de artigo 395-A</u>	122
3.2.7.3	<u>O novo artigo 28-A, do CPP</u>	125
	À TÍTULO DE CONCLUSÃO	133
	REFERÊNCIAS	142

Introdução

A escolha do tema de uma pesquisa acadêmica deve partir de um problema¹, de um estranhamento. Porém, deve-se ter a importante cautela de que o pretense problema não seja uma situação artificialmente criada pelo pesquisador. Ao contrário, o objeto de atenção deve corresponder a um efetivo incomodo percebido em sua vivência, no seu entendimento. Dessa forma, a pesquisa correrá de forma mais natural e será capaz de produzir um resultado com a potencialidade de ser significativo.

O dito alhures é o conteúdo de uma lição primordial de metodologia da pesquisa.² A naturalidade de semelhante forma de proceder e raciocinar é indicada há mais de 2.000 anos por Aristóteles. O filósofo grego apontava que o homem se põem a filosofar, ou seja, a se questionar em busca de respostas e certezas exatamente como consequência de uma sensação inicial de espanto, estranhamento, admiração³.

Como verificado ao longo do processo de pesquisa do presente trabalho, diversos dos desconfortos experimentados ensejavam a elaboração de questões que eram muito amplas, o que inviabilizava um estudo sistêmico. Outros eram problemas “artificiais”, ou seja, sem estofos, sem uma efetiva realidade problemática, não merecendo, assim, um estudo aprofundado. Por fim, restou integra a temática da adequação da expansão dos espaços de consenso no processo penal e o papel nesse cenário do dito Projeto de Lei Anticrime, capitaneado pelo então Ministro da Justiça Sergio Moro.

¹ GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza; DIAS, Maria Tereza Fonseca. (Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2006. p. 33. *“Uma pesquisa inicia-se, sempre, quando um sujeito de conhecimento (pesquisador sênior, pesquisador iniciante, professor, profissionais) percebe algum problema no saber vigente em determinado campo. Esse problema pode relacionar-se a lacunas, a antinomias do e no conhecimento, a indeterminações teóricas, ou a dúvidas sobre a eficácia e validade de princípios, conceitos, teorias, normas, regras, entre outros. Um problema é, quase sempre, uma inquietação ou, até mesmo, um obstáculo, uma indignação do sujeito em relação ao conhecimento produzido ou às normas morais, sociais ou legislativas, segundo determinados conteúdos discursivos. Só a partir desse momento, em que o sujeito se encontra em uma situação problemática ou de dúvida, é que se pode propor o desenvolvimento de uma pesquisa científica.”*

² Devo reconhecer (e demonstrar minha ignorância ainda na primeira página do trabalho) que desconhecia o citado ensinamento metodológico, ao menos de forma expressa, literal. Somente alcancei sua efetiva inteligência com as primeiras aulas do mestrado e as valiosas lições do meu orientador.

Contudo, após atualizar no intelecto a primordial lição de metodologia, constatei que apesar dela não ter pautado deliberadamente minha atuação, minhas idéias e pensamentos estavam ajambrados em conformidade com ela. Afinal, desde os estudos para ingresso no mestrado desejava debruçar-me sobre o tema da colaboração premiada no processo penal, pois diversos aspectos da matéria me causavam desconforto, espanto.

³ REALE, Bruno. Aristóteles Metafísica. Segundo Volume. São Paulo: Edições Loyola, 2002. p.11. *“De fato, os homens começaram a filosofar, agora como na origem, por causa da admiração, na medida em que, inicialmente, ficavam perplexos diante das dificuldades mais simples; em seguida, progredindo pouco a pouco, chegaram a enfrentar problemas sempre maiores, [...]. Ora, quem experimenta uma sensação de dúvida e de admiração reconhece que não sabe.”*

Na perspectiva de um trabalho de conclusão de mestrado, o escopo da pesquisa fixou-se em verificar o que constitui os espaços de consenso no processo penal. De que forma em um ambiente tão conflitivo como o processo penal podem existir espaços para um consenso? Assim, pretendeu-se responder a indagação: seria viável sustentar a existência de um efetivo consenso no âmbito do processo penal, onde há uma diferença tão premente no poderio e na situação processual das partes?

Paralelamente, e reconhecendo que, legitimamente ou não, instrumentos focados no consenso são recorrentemente utilizados no processo penal, se impôs a necessidade de perquirir a situação da verdade, tão mencionada e supostamente prezada no processo penal, diante da celebração de acordos em matéria penal. Estaria ela aviltada?

Em etapa seguinte, a pesquisa deteve-se em estudar como o consenso se materializa no processo penal. Assim, primeiramente a atenção voltou-se para os ordenamentos jurídicos estrangeiros. Para tanto, foram analisadas notícias do direito norte-americano, alemão, português e da legislação espanhola e italiana. Na sequência, os esforços concentraram-se em instrumentos jurídicos consensuais no âmbito do direito processual brasileiro.

Ao ordenamento norte-americano foi conferida especial relevância, visto que o *plea bargaining* é a principal inspiração dos diversos mecanismos forjados ao redor do globo.

Dentro do capítulo dedicado aos instrumentos processuais pátrios, maior atenção foi dada ao Projeto de Lei Anticrime, especificamente os dispositivos que pretendiam inserir no Código de Processo Penal os artigos 28-A e 395-A e criavam, respectivamente, o acordo de não persecução de crimes e o acordo penal, bem como a Lei nº 13.964, de 24.12.2019, especial o efetivo art. 28-A inserido no CPP.

Por fim, à guisa de conclusão, o trabalho dedica-se a fixar *standards* mínimos para a adequada⁴ aplicação do consenso no processo penal.

Nesse contexto, possível desde já antecipar algo que seria pertinente à título de conclusão, os institutos de consenso vieram para ficar no processo penal brasileiro. Sua utilização tem o potencial de trazer muitos ganhos e vantagens para todos os autores do

⁴ Tendo exercido por quase 10 anos a função de policial e já ocupando há quase outros 10 anos o cargo de defensor público é possível afirmar que os (pré)conceitos inerentes a cada uma das atividades exercidas compõem uma massa amorfa em meu juízo. Isso permite, em certa medida, um equidistanciamento crítico da matéria, evitando assim os extremos das posições garantistas ou punitivistas.

processo, acusador, réu, magistrado e vítima. Contudo, essa utilização deve ser pautada em um elevado senso de ética e responsabilidade dos operadores do direito para que não descambe e se deturpe. Porém, deve-se reconhecer que essa ressalva se aplica ao uso de qualquer instrumento jurídico.

1) O Consenso no Processo Penal

1.1 Legalidade versus Oportunidade

Antes do estudo específico do tema consenso é importante uma pequena digressão sobre a abrangência e aplicação do princípio da oportunidade no âmbito do processo penal, o qual se contrapõe ao clássico princípio da obrigatoriedade, um corolário da legalidade.

“A legalidade é um princípio basilar do Estado de Direito.”⁵ Ela impõe que toda a atuação dos agentes públicos esteja pautada na lei. Desse modo, a Administração Pública só poderá agir quando devidamente autorizada ou permitida por lei⁶.

Entretanto, o princípio da legalidade não só limita de forma negativa a atuação do Estado, Ao contrário, também pauta sua forma de agir, pois, as normas vigentes no ordenamento jurídico impõem de forma cogente uma série de condutas à Administração.

Nesse contexto, ao prever em seu artigo 24 que o Ministério Público promoverá a ação penal pública, o Código de Processo Penal internaliza nesse ramo da ciência jurídica o princípio da legalidade, o qual também é comumente também denominado de princípio da obrigatoriedade⁷. Giacomolli define precisamente o conteúdo do princípio no âmbito da ciência processual:

Segundo o princípio da legalidade, o desenvolvimento e o término do processo penal não podem estar submetidos à vontade particular ou a um poder de disposição de determinados sujeitos jurídicos. A estes não se reconhece a

⁵ CUNHA JUNIOR, Dirley. Curso de Direito Constitucional. 3ª ed. revista, atualizada e ampliada. Salvador: Editora JusPodivm, 2009.p.905.

⁶ *Ibidem*. É válida a transcrição de um trecho da obra do constitucionalista baiano.

“A legalidade é um princípio basilar do Estado de Direito. Ela é um corolário da indisponibilidade do interesse público e impõe que toda a atividade dos agentes públicos seja realizada em conformidade com a lei.

Sabe-se que, no âmbito das relações privadas, vige a idéia de que tudo que não está proibido em lei está permitido. Nas relações públicas, contudo, o princípio da legalidade envolve a idéia de que a Administração Pública só pode atuar quando autorizada ou permitida pela lei. A norma deve autorizar o agir e o não agir dos sujeitos da Administração Pública, pois ela é integralmente subserviente à lei.

Na relação administrativa, a vontade da Administração Pública é a que decorre da lei. Aqui não se aplica a autonomia das vontades das relações entre particulares.

Em suma, esse princípio, explicitamente previsto no caput do art. 37 da CF/88, implica que a atuação administrativa esteja em compasso com a lei e autorizada por ela.”

⁷ Ainda que vezes discordantes possam existir, prevalece com tranquilidade o entendimento da vigência do princípio da obrigatoriedade no processo penal brasileiro. Fernandes, em sua obra Processo Penal Constitucional aponta diversos doutrinadores, como Tourinho, Tornaghi, Magalhães Noronha, Vicente de Azevedo, que chancelam esse entendimento; sem embargo de valiosas posições ressaltando que haveria certa abertura para o princípio da oportunidade no ordenamento, caso de Euclides Custódio da Silveira, Frederico Marques, Jorge Alberto Romeiro. O próprio Fernandes reconhece a vigência do princípio da obrigatoriedade, ao menos como regra geral, exatamente por força do disposto no art.24, do CPP. FERNANDES, Antonio Scarance. Processo Penal Constitucional. 4ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. p.201 et.seq.

faculdade de postular ou não determinada tutela judicial ou uma sentença condenatória. Estou falando da "estrita legalidade", ou seja, a aplicável ao direito criminal material e processual, especificamente, que condiciona a vigência das leis à taxatividade de seus conteúdos, e não à legalidade que se apresenta como princípio geral do direito público, extensivo a todo o campo da produção do direito estatal – "mera legalidade".⁸

Sob a perspectiva terminológica, apesar de alguns autores falarem em princípio da legalidade e outros em princípio da obrigatoriedade, Paulo Rangel sustenta que o mais adequado sob a ótica constitucional seria a utilização do termo obrigatoriedade, afinal, "*qualquer obrigatoriedade somente pode surgir na medida em que é instituída por lei*"⁹.

Vasconcellos, sem afastar-se dos conceitos acima aduzidos, reforça a necessidade de diferenciar os dois termos, notadamente por uma questão metodológica e de qualidade do debate jurídico. Assim, concretamente, o princípio da legalidade impõe aos agentes públicos uma necessária e estrita observância dos ditames legais quando da operação da justiça criminal. Já a obrigatoriedade exige que esses agentes persigam e processem todos os fatos delitivos, vedando a utilização de qualquer "*critério utilitário ou relacionado com a pouca gravidade do fato criminoso*" para fundamentar eventual "*não propositura da denúncia ou o não início da persecução punitiva*".¹⁰

Válido destacar que no processo penal brasileiro essa obrigatoriedade do exercício do *ius puniendi* é qualificada por uma nota de oficialidade. Assim, em delitos cuja ação penal seja pública, a lide penal deve ser ajuizada por um órgão público especificamente determinado para esse fim.

⁸ GIACOMOLLI, Nereu José. Legalidade, Oportunidade e Consenso no Processo Penal na Perspectiva das Garantias Constitucionais: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal, Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.p. 49

⁹ RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 16ª edição revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p.216

¹⁰ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Barganha e Justiça Criminal Negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. 2ª edição. Belo Horizonte: Editora D'Plácido,2019. p.42.

"Diante do exposto, torna-se imprescindível a busca por um novo olhar acerca dos princípios aqui estudados. Pensa-se que o princípio da legalidade impõe que os atores estatais da justiça criminal pautem suas posturas e suas decisões em conformidade e, portanto, a partir das previsões legais, das imposições e limitações previstas em Lei para o seu atuar. Ou seja, tanto na esfera penal material quanto processual, embora trazendo consequências distintas, tal princípio tem como essência a vinculação da aplicação do poder punitivo - e, portanto, da atuação dos atores da justiça criminal – aos preceitos definidos em lei.

"De modo distinto, a obrigatoriedade da ação penal pública determina a persecução de todos os fatos que as autoridades públicas tomarem conhecimento e que se enquadrem como fatos puníveis segundo o ordenamento jurídico vigente. Ou seja, em um cenário de obrigatoriedade, nenhum critério utilitário ou relacionado com a pouca gravidade do fato criminoso pode ser empregado para fundamentar a não propositura da denúncia ou o não início da persecução punitiva," ainda que previsto em lei."

Conforme as lições alemãs de Klaus Volk, o princípio da legalidade obriga que a promotoria investigue qualquer suspeita inicial e promova a devida acusação se a suspeita for suficiente.¹¹

Similarmente, Guinalz, que trabalha indistintamente a terminologia legalidade e obrigatoriedade, afirma que por força desse princípio o titular da ação penal *deverá* obrigatoriamente promover o devido processo “*buscando a conclusão da ação com o deslinde condenatório, desde que verifique as condições da ação, todo o momento em que tiver ciência de potencial cometimento de delito*”¹². Percebe-se que o conceito de Guinalz avança em relação ao do professor alemão, por exigir o deslinde condenatório, obviamente, condicionado à presença das condições da ação

Por força da obrigatoriedade, portanto, não cabe ao acusador estatal decidir se e quando investigará e acusará um fato com aparência delitiva. Estando presente os requisitos necessários, que seriam elementos mínimos de convicção, impõem-se o exercício da ação penal pública¹³.

Apesar de ser essa a matriz clássica, e vigente, do processo penal, movimentos sustentando a expansão da utilização do princípio da oportunidade ganham cada vez mais força. As razões dessa expansão merecem um capítulo à parte, porém, deve-se desde já ter em foco que o conceito de oportunidade se coloca em oposição ao de obrigatoriedade.

Não se pode ignorar que em certa perspectiva a oportunidade sempre esteve presente no processo penal, afinal, a política criminal é elaborada com base no poder discricionário do legislador. De forma similar (ainda que inadequada), os responsáveis

¹¹ VOLK, Klaus. Curso Fundamental de Derecho Procesal Penal. Tradução da 7ª edição alemã por Alberto Nanzer; Noelia T. Núñez, Daniel R. Pastor e Eugenio Sarrabayrouse. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2016. p.254.

¹² GUINALZ, Ricardo Donizete. Consenso no processo penal brasileiro. São Paulo, Liber Ars, 2019. p.113.

¹³ Por política criminal, tratamento diverso é conferido nas ações penais privadas, as quais envolvem, de regra, bens jurídicos cujo o grande interessado é o particular. BARADÓ muito bem explicita a distinção entre as duas modalidades de ação penal, com o foco exatamente no princípio da obrigatoriedade:

“A principal característica da ação penal de iniciativa pública é a obrigatoriedade de sua propositura. O Ministério Público, órgão público legitimado para propô-la, não tem qualquer discricionariedade entre exercer ou não a ação penal. Desde que presente a justa causa, o promotor de justiça deverá oferecer a denúncia. Mesmo no caso de ação penal pública condicionada à representação o ofendido ou requisição do Ministro da Justiça, satisfeitas tais condições de procedibilidade, vigora, igualmente, a obrigatoriedade da ação penal. O ofendido ou o Ministro da Justiça poderão, livremente, optar por não oferecer a representação ou não ofertar a requisição, mas, uma vez satisfeitos tais requisitos, a ação penal é obrigatória.

“Já a principal característica da ação penal exclusivamente privada é a disponibilidade do ofendido, que pode propô-la ou não, de acordo com seu juízo de conveniência e oportunidade. Assim, poderá renunciar ao direito de queixa ou poderá deixar de oferecê-la no prazo legal, ocorrendo, no primeiro caso, a renúncia e, no segundo, a decadência. Além disso, a ação penal privada também é disponível. Uma vez em curso, poderá ocorrer a perempção, pela inércia do querelante, ou o querelante poderá conceder o perdão ao querelado.” BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. 3ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p.181.

pela investigação criminal e consequente movimentação da máquina repressiva estatal - órgãos de polícia e Ministério Público - atuam com algum nível de discricionariedade, ante a enorme quantidade de fatos criminosos a serem investigados, a diferença de gravidade e complexidade desses diversos fatos e a limitada estrutura disponível para o trabalho investigativo.¹⁴ Contudo, a menção ao uso da oportunidade no âmbito do processo penal nesse estudo não almeja abarcar essas perspectivas, as quais a processualista espanhola Teresa Deu¹⁵ denomina como uma concepção ampla do termo¹⁶.

Em uma concepção mais restrita, DEU (2019, p.42) sustenta que o princípio da oportunidade se limite no aspecto subjetivo aos sujeitos públicos e no objetivo às exceções ao cumprimento das obrigações decorrentes do dever de persecução penal quando ocorre o conhecimento de uma *notitia criminis* até o término do processo através de uma sentença. Hodiernamente, esse aspecto objetivo abarca cada vez mais amplas possibilidades, permitindo “*que se persiga ou não condutas aparentemente delitivas, que não se formule e/ou não se sustente a acusação ou que acordem as partes sobre os diferentes elementos da ação penal ou a imposição da pena*”¹⁷.

Em harmonia com a doutrina espanhola, Giacomolli aponta que o conceito de oportunidade abarca uma concepção ampla e outra restrita. A adequada acepção do princípio da oportunidade no processo penal brasileiro seria mais estrita.

Numa concepção mais estrita, está-se frente a um sistema que admite a oportunidade quando é lícito ao Ministério Público não perseguir todos os fatos delitivos que lhe são submetidos, ou quando pode configurá-los prescindindo de circunstâncias fáticas relevantes, do prisma jurídico-penal, segundo as normas objetivas, ou quando lhe é permitido não se ater à legalidade para valorar juridicamente esses fatos. Um sistema jurídico penal se rege pela oportunidade quando os encarregados do *ius perseguendi* podem seleccionar os fatos que investigarão e também os possíveis autores dos mesmos, frente à *notitia*

¹⁴ Nesse ponto é muito ilustrativo destacar as VPIs (Verificação Preliminar de Informações), instituto largamente utilizado na Polícia Civil do Rio de Janeiro e sem menor respaldo na letra fria do CPP. O critério para uma VPI de furto ou roubo, por exemplo, virar um inquérito, quando não há autoria clara e definida desde o princípio, tende a ser uma mera decisão discricionária da autoridade policial.

¹⁵ DEU, Teresa Armenta. *Lecciones de Derecho procesal penal*. 12ª edição. Madrid: Marcial Pons, 2019. p.42.

¹⁶ Giacomolli (2006, p.69) conceitua esse fenômeno como oportunidade genérica e inclui no rol o acordo civil, a transação penal e a suspensão condicional do processo, os quais serão estudados adiante, por serem instrumentos consensuais.

¹⁷ *Ibidem*. “*La vidència del princípio de oportunidade permite así, a título de hipótesis que se persigan o no conductas aparentemente delictivas, que no se formule y/o sostenga la acusación o que se acuerden com las partes los diferentes elementos de la acción penal o la imposición de la pena*”.

criminis.

Um critério de oportunidade autoriza o acusador oficial a exercitar ou não a ação penal, a incluir todos os fatos com aparência de delito ou excluir alguns, a pedir a aplicação de todas as sanções tipificadas ou limitá-las, segundo lhe convenha. Também autoriza a manter ou não a acusação durante o desenvolvimento do processo, podendo pedir a absolvição ou a condenação por um delito menos grave, mesmo quando a prova conduz a outra solução.

Aplicada uma sanção criminal e não cumprida, a adoção da oportunidade não obriga o Ministério Público a executá-la em toda a sua dimensão.¹⁸

Como dito, o sistema baseado no princípio da obrigatoriedade é o modelo clássico. Ademais, é o vigente na larga maioria dos ordenamentos jurídicos e no Brasil. Já o princípio da oportunidade se apresenta como algo inovador e, conseqüentemente, com o prestígio da contemporaneidade.

Nas precisas lições do professor Afrânio Silva Jardim, como regra geral as duas sistemáticas são excludentes¹⁹. Um sistema em que vige o princípio da obrigatoriedade pode até abranger situações em que o acusador público possa se valer de um juízo de oportunidade, porém, tal hipótese deve estar expressamente prevista na lei, visto seu caráter de exceção. Como bem ensina Teresa Deu, “*vigente el principio de legalidad, el único fundamento admisible de la decisión de no proceder ha de estar tan legal y bien fundada em derecho como su contraria. No hay margen para valoraciones de conveniencia.*”²⁰

A título de conclusão do item, válido transcrever trecho da obra de Vasconcellos.

A oportunidade (ou não obrigatoriedade) se caracteriza em oposição à obrigatoriedade, visto que autoriza o não oferecimento da denúncia ou a suspensão do processo penal conforme opção do órgão acusador estatal (em regra sob a anuência da defesa) com fundamento em critérios utilitários, político-criminais, econômicos etc., em situação cujo lastro probatório é suficiente para atestar a materialidade e a autoria de um crime. Tais parâmetros decisórios podem ser taxativamente previstos em lei, em um cenário de atenção ao princípio da legalidade, ou flexíveis à ampla discricionariedade do acusador. Por certo que somente a primeira opção é aceitável no processo penal democrático.

¹⁸ GIACOMOLLI, Nereu José. Legalidade, Oportunidade e Consenso no Processo Penal na Perspectiva das Garantias Constitucionais: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal, Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.p. 68.

¹⁹ JARDIM, Afrânio Silva. Ação Penal Pública: Princípio da Obrigatoriedade. 4ª edição revista e atualizada. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001. p. 99

²⁰ DEU. *Op. Cit.*, p.41. “*Vigente o princípio da legalidade, o único fundamento admissível da decisão de não proceder há de estar tão bem e legalmente fundada no direito como sua contrária. Não há margem para avaliações de conveniência.*” (tradução nossa).

O princípio da oportunidade, portanto, não colide necessariamente com a imposição de respeito à legalidade, intrínseca ao Estado Democrático de Direito, mas sim relativiza e abre exceções (legalmente reguladas e limitadas) à obrigatoriedade.²¹

1.2 O consenso propriamente dito

Reconhecida a possibilidade de uma atuação do acusador público baseada na oportunidade é natural surgir o questionamento de como essa discricionariedade será exercida.

Uma possibilidade é a atuação unilateral do acusador, o qual, ainda que diante de indícios de crime e autoria deixa de processar o devido feito e exercitar o *ius puniendi*. É, por exemplo, a hipótese alemã da suspensão incondicional prevista no §153, da StPO. O dispositivo do código de processo penal alemão se aplica em casos de delitos leves em que a culpabilidade do autor do fato é escassa e não existe um interesse público na perseguição²². Caso o órgão acusador repute configurado os requisitos da lei, ele promoverá o arquivamento. Tamanha é a unilateralidade do instituto que a parte suspeita é impedida de insurgir-se contra o arquivamento e recorrer postulando que se concluam eventuais investigações e seja comprovada sua inocência.

Apesar de ser possível a oportuna atuação de maneira unilateral, o mais comum é a necessidade de um acordo entre acusação e defesa para que o processo se afaste de sua tradicional matriz legalista. Desse modo, o consenso se apresenta como a principal faceta através da qual a oportunidade se insere no processo penal, sem, contudo, se confundirem.²³

Sendo elementos distintos, o recurso à ferramenta do consenso não se dá unicamente quando vigente o princípio da oportunidade. Destarte, a obrigatoriedade também convive com o consenso, pois negociar uma solução também é exercer a ação penal.

²¹ VASCONCELLOS. *Op. Cit.*, p.44.

²² Volk fornece como exemplo a hipótese de uma testemunha que para parecer de alto nível relata que enquanto estava comprando o jornal O Globo na estação da estação de trem viu o delito. Contudo, na realidade a testemunha estava comprando o jornal popular A Hora. Bem como a possibilidade da indiferença para fixação da medida da pena se um eventual condenado por fraude em contratos de construção cometeu o delito em 50 ou 60 oportunidades. VOLK. *Op.Cit.*. p. 183.

²³ Giacomolli tenta didaticamente distinguir os dois institutos: “Portanto, a diferença entre oportunidade e consenso está em que este se aperfeiçoa quando ocorre uma manifestação volitiva com o mesmo sentido e finalidade, dos dois pólos processuais – acusação e defesa -, enquanto a oportunidade pode ser unicamente do legislador, da vítima ou de seus representantes legais, do acusador ou da defesa.” GIACOMOLLI. *Op. Cit.*.p.74.

Essa nova dinâmica faz com que surjam espaços de consenso no processo penal que se opõem aos espaços de conflito, padrão da matriz clássica. Nos espaços de consenso desenvolve-se uma justiça consensual, na qual a solução é acordada entre as partes, busca-se uma solução pactuada do conflito. Já nos espaços de conflito vivencia-se a justiça conflitiva, na qual a decisão final do processo é verticalmente imposta.

Apesar dos modelos consensual e conflitivo serem axiologicamente conflitantes, eles não se excluem. Ao contrário, ambos os modelos coexistem e se completam, permitindo a prestação de uma jurisdição penal mais adequada. Isso ocorre, pois, como bem recorda Andrade, valendo-se das lições do professor português Manoel da Costa Andrade, “*o delito exprime o antagonismo entre vítima e ofensor, traduz a conflituosidade existente no sistema, de modo que nem sempre pode ou é viável ser resolvido pela ação comunicativa, exigindo um atuar impositivo do Estado*”²⁴

Vasconcellos coloca como essência da justiça criminal consensual, também denominada de negocial, “*a aceitação do acusado a cumprir obrigações, com a renúncia à possibilidade de defesa e à sua posição de resistência característica no processo, em troca de suposto benefício.*”²⁵

Guinalz enfrenta o tema de forma direta e define consenso precisamente como o “*acordo para cumprimento imediato de pena sem dilação probatória*”.²⁶

Em sua obra específica sobre colaboração premiada, Vasconcellos define com muito acuro a justiça criminal negocial:

modelo que se pauta pela aceitação (consenso) de ambas as partes – acusação e defesa - a um acordo de colaboração processual com o afastamento do réu de sua posição de resistência, em regra impondo encerramento antecipado, abreviação, supressão integral ou de alguma fase do processo, fundamentalmente com o objetivo de facilitar a imposição de uma sanção penal com algum percentual de redução, o que caracteriza o benefício ao imputado em razão da renúncia ao devido transcorrer do processo penal com todas as garantias a ele inerentes.²⁷

²⁴ ANDRADE, Flavio da Silva. *Justiça Penal Consensual. Controvérsias e desafios*. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 58.

²⁵ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e Justiça Criminal Negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. 2ª edição. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019. p.110.

²⁶ GUINALZ, Ricardo Donizete. *Consenso no processo penal brasileiro*. São Paulo, Liber Ars, 2019. p.51.

²⁷ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Colaboração premiada no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p.21.

Se o surgimento da lógica do “*modelo consensual de resposta aos comportamentos delitivos*”²⁸ se deu, em grande parte, por conta do influxo e influência do direito penal norte-americano, o efetivo desenvolvimento desses espaços demanda uma profunda mudança de mentalidade, com o rompimento de paradigmas clássicos do processo penal e uma sobrevalorização da participação e cooperação²⁹.

Compreendido que é necessária uma drástica guinada conceitual na matriz do processo penal para a efetiva consolidação e expansão dos espaços de consenso, e constatando na *práxis* a ocorrência dessa expansão, impõe-se perquirir as razões para semelhante fato. Em trecho já clássico de seu livro, Giacomolli informa:

As razões para a introdução destes mecanismos no processo penal, na atualidade, não de ser buscadas em três patamares básicos. No âmbito sociológico costuma-se enfatizar a estigmatização social do processo, de condenação e do encarceramento, bem como na ressocialização mediante o cumprimento voluntário da sanção. Em termos de política criminal, critica-se a hipertrofia do direito penal, a incapacidade de sancionar todos os comportamentos criminais, e o abandono à pessoa da vítima. Já no plano jurídico, clama-se pela simplificação do procedimento, no interesse da justiça material, em contraste com um formalismo legal, e na direção das conseqüências jurídicas, ou seja, da efetividade da aplicação do direito -, tanto no plano material como no processual.³⁰

É possível, portanto, indicar diversos fatores para esse fenômeno de expansão do uso do consenso, os quais se agrupam em três grupos homogêneos: fatores sociológicos, nos quais se destacam a ineficácia do modelo repressivo criminal tradicional e as esperadas virtudes ressocializadoras decorrentes do cumprimento

²⁸ LEITE, Rosimeire Ventura. *Justiça Consensual e Efetividade do Processo Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p.21.

²⁹ A cooperação tornou-se um valor central em toda a estrutura processual, não só penal, mas também cível. A reforma do novo CPC deu especial relevo a esse princípio. Ao analisá-lo no âmbito do CPC, assim se manifesta o professor Humberto Dalla:

“A proposta de solução do Estado Democrático de Direito é pela busca de uma efetiva participação dos envolvidos na realização dos fins estatais. Essa proposta representa para o sistema de pacificação dos conflitos a necessidade de interação entre as partes que compõem a relação processual no âmbito da jurisdição, além da adoção de métodos não jurisdicionais de solução de lides.

“Nesse sentido falamos no dever de cooperação entre as partes.

“Nesse modelo prega-se a adoção de um ‘procedimento argumentativo da busca cooperativa da verdade’.

“Desse modo, o peso da reconstrução jurídica, que no modelo do Estado Social deve ser suportado por um juiz Hércules, é deslocado para uma comunidade deliberante.” PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Manual de direito processual civil contemporâneo*. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p.103.

³⁰ GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, Oportunidade e Consenso no Processo Penal na Perspectiva das Garantias Constitucionais: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal, Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006. p. 76.

voluntário da condenação; fatores de política criminal, sendo o principal a incapacidade da máquina repressiva de perseguir todos os comportamentos potencialmente criminosos; fatores jurídicos, consubstanciados no desejo generalizado de simplificação de procedimentos e efetividade. Leite resume esses fatores sob o rótulo da “crise do processo penal”³¹.

Apesar da natural ânsia imediatista das partes que se socorrem do Judiciário, o devido processo legal exige que o processo judicial se estenda no tempo, de modo a possibilitar a ampla defesa, a adequada produção de provas e uma justa solução. Contudo, a lentidão e ineficiência do processo penal alcançaram níveis alarmante. Esse efeito, em grande medida, é resultado de um grandioso aumento no número de processos criminais sem o correlato aumento da capacidade de responder do Judiciário, de processar as demandas apresentadas.

Esse aumento do número de processos é, em parte, um efeito natural do ordinário aumento da população. Entretanto, é maciçamente potencializado pelas diversas novas espécies de crimes tipificados, ante a complexidade da sociedade contemporânea e novas relações sociais estabelecidas, com o conseqüente surgimento de novos bens jurídicos a serem protegidos. Ademais, o uso amplo e quase irrestrito do direito penal como principal instrumento para o combate da criminalidade, inclusive a de menor potencialidade, concorrem para essa sobrecarga. Nesse contexto, percebe-se que a abertura de espaços de consenso ocorre como resposta a uma necessidade interna do sistema criminal.

³¹ LEITE, Rosimeire Ventura. *Justiça Consensual e Efetividade do Processo Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p. 45. *“Frequentemente associa-se a difusão dos institutos consensuais ao que se convencionou chamar de ‘crise do processo penal’. Esta se traduz, basicamente, pelas dificuldades dos órgãos jurisdicionais de evitar a morosidade e lidar com o volume crescente de processos. A consequência é a perda de credibilidade do sistema penal e o sentimento de que o interesse social na punição daqueles que infringem as leis não está sendo satisfeito.”*

2) Críticas ao Uso do Consenso no Processo Penal

A ciência do direito processual busca constantemente o aprimoramento dos processos e procedimentos de modo a viabilizar o provimento de uma tutela jurisdicional eficiente e célere, sem descuidar da observância de todas as garantias fundamentais das partes, ou seja, prestar uma tutela adequada.³²

Essa busca torna-se cada vez mais dinâmica, notadamente ante as características da sociedade contemporânea, sumamente ágil e fluída, como Zygmunt Bauman bem ressalta em sua obra *Modernidade Líquida*. Esse caráter fluido não só permite como impõe que os conceitos e modelos cognitivos vivenciados até a modernidade recente sejam repensados e, em última análise, revividos, afinal, “o impulso modernizante, em qualquer de suas formas, significa a crítica compulsiva da realidade”.³³

Sem necessitar adentrar na seara da sociologia ou deter-se em um período histórico mais contemporâneo, é válido recordar as lições de Cappelletti, que no início do século XX já preconizava a necessidade de abertura para mudanças.

³² O professor L.G.Marinoni em seu valoroso artigo *A Jurisdição no Estado Constitucional*, demonstra que dentro de uma concepção de jurisdição garantista as meras leituras positivistas não são suficientes, pois não produzem uma tutela jurisdicional adequada, como demanda o sistema neoconstitucionalista. Afirma o professor paranaense: *“Se a lei passa a se subordinar aos princípios constitucionais de justiça e aos direitos fundamentais, a tarefa da doutrina deixa de ser a de simplesmente descrever a lei. Cabe agora ao jurista, seja qual for a área da sua especialidade, em primeiro lugar compreender a lei à luz dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais. Essa compreensão crítica já é uma tarefa de concretização, pois a lei não é mais objeto, porém componente que vai levar à construção de uma nova norma, vista não como texto legal, mas sim como o significado da sua interpretação e, nesse sentido, como um novo ou outro objeto.*

“A obrigação do jurista não é mais apenas a de revelar as palavras da lei, mas sim a de projetar uma imagem, corrigindo-a e adequando-a aos princípios de justiça e aos direitos fundamentais. Aliás, quando essa correção ou adequação não for possível, só lhe restará demonstrar a inconstitucionalidade da lei - ou, de forma figurativa, comparando-se a sua atividade com a de um fotógrafo, descartar a película por ser impossível encontrar uma imagem compatível.” MARINONI, Luiz Guilherme. *A Jurisdição no Estado Constitucional*. Consultado no endereço <http://www.marinoni.adv.br/wp-content/uploads/2012/06/PROF-MARINONI-A-JURISDI%C3%87%C3%83O-NO-ESTADO-CONSTITUCIONA1.pdf> em 21/01/2020. p. 23.

³³ Bauman, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Rio de Janeiro : Zahar, 2001.pp.47. Em significativo trecho da obra, o autor chega a questionar e repensar o sentido do conceito de liberdade: *“A distinção entre liberdade ‘subjéitiva’ e ‘objetiva’ abriu uma genuína caixa de Pandora de questões embaraçosas como “fenômeno versus essência” — de significação filosófica variada, mas no todo considerável, e de importância política potencialmente enorme. Uma dessas questões é a possibilidade de que o que se sente como liberdade não seja de fato liberdade; que as pessoas poderem estar satisfeitas com o que lhes cabe mesmo que o que lhes cabe esteja longe de ser ‘objetivamente’ satisfatório; que, vivendo na escravidão, se sintam livres e, portanto, não experimentem a necessidade de se libertar, e assim percam a chance de se tornar genuinamente livres. [...] A libertação é uma bênção ou uma maldição? Uma maldição disfarçada de bênção, ou uma bênção temida como maldição? Tais questões assombraram os pensadores durante a maior parte da era moderna, que punha a ‘libertação’ no topo da agenda da reforma política e a “liberdade” no alto da lista de valores — quando ficou suficientemente claro que a liberdade custava a chegar e os que deveriam dela gozar relutavam em dar-lhe as boas-vindas.”* pp.23/25

Nenhum aspecto de nossos sistemas jurídicos modernos é imune à crítica. Cada vez mais pergunta-se como, a que preço e em benefício de quem esses sistemas de fato funcionam. [...]. Recusa-se a aceitar como imutáveis quaisquer dos procedimentos e instituições que caracterizam nossa engrenagem de justiça.³⁴

Com a crença de que nenhum procedimento ou paradigma deve ser mantido intocável, mas, igualmente, com a firme convicção de que o garantismo penal é uma conquista da sociedade que não pode ser abandonada, passa-se a analisar argumentos favoráveis e contrários a utilização do consenso no processo penal.

Antes dessa análise, contudo, é necessário definir quais são as finalidades do processo penal, afinal, um argumento somente pode ser considerado favorável ou desfavorável com referência a uma premissa ou paradigma que, no caso, deve ser a esperada finalidade do feito criminal.

2.1 Finalidades do processo penal

Não seria exagero afirmar que o tema do presente capítulo poderia tranquilamente ser o assunto de uma dissertação inteira, quiçá, até mesmo, de uma tese. Porém, não sendo esse o objeto da presente pesquisa, é legítimo e sumamente adequado simplificar esse tópico.

Badaró, com fundamento na doutrina de Carnelutti, traça valiosa distinção entre a pretensão material e processual. A pretensão material surge primeiro, no momento em que emerge um conflito de interesses. Caso a pretensão material que fundamenta o conflito não seja espontaneamente satisfeita, advirá a necessidade de um processo e, conseqüentemente, surgirá uma pretensão processual, que é distinta da pretensão material original.³⁵

³⁴ CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfllet. Porto alegre, Fabris, 1988.p.07.

³⁵ Nas palavras do professor paulista: *“Pode-se falar, portanto, em duas pretensões distintas. Inicialmente, em face de conflito de interesses, surge a pretensão. Dessa pretensão podem decorrer duas situações: ou ela é voluntariamente satisfeita pelo sujeito contra quem foi formulada, que a ela não opõe resistência, subordinando seu interesse ao interesse alheio; ou esse sujeito resiste àquela pretensão, que restará contestada ou insatisfeita. Até aqui estamos analisando a pretensão carneluttiana, que é uma pretensão material. Ocorrendo a segunda hipótese, a satisfação da pretensão material terá que se dar por meio do processo. No processo, formula-se uma nova pretensão, agora dirigida ao Estado, não mais contra o sujeito que não satisfaz a pretensão material. Nessa pretensão processual, o destinatário é o Estado, que deverá atuar à vontade concreta do direito objetivo. Essa atuação da vontade concreta da lei levará, em uma linguagem carneluttiana, à justa composição da lide e, conseqüentemente, à satisfação da pretensão material.”* BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. 3ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.p.575.

Nesse cenário, afirma-se que o conceito de pretensão punitiva, comumente indicado como o objeto do processo penal, refere-se, em verdade, à pretensão material. Assim, o efetivo objeto do processo penal, ensina Badaró, seria a imputação penal, que corresponde a pretensão processual penal.³⁶

Aury Lopes Junior explica que a idéia de que a pretensão punitiva seria o objeto do processo penal advém de uma leitura irrefletida das lições de Karl Binding e uma indevida transposição das categorias do processo civil para o processo penal³⁷. O jurista gaúcho sustenta que “o objeto do processo penal é uma pretensão processual acusatória e sua função imediata é a satisfação jurídica de pretensões e de resistências”³⁸.

Ao estudar o processo penal sob o enfoque do Estado Democrático de Direito, Fauzi Hassan Choukr aponta que seu objeto seria “a verificação concreta da imputação formulada com base em norma de direito material penal”.³⁹ Já ao tratar especificamente das finalidades do processo penal, Choukr indica que o mesmo possui finalidades restritas ao caso concreto e finalidades expandidas, destinadas à sociedade.

Do ponto de vista restritivo – a finalidade do processo “em si” – e a partir do conceito de processo penal aqui empregado, tem-se que ele serve à preservação da liberdade justa, com o que se supera a compreensão que o processo penal é um mecanismo prioritariamente voltado para a punição.

[...]

Enquanto portador de finalidades expandidas, que se projetam para o meio social como um todo, o processo penal apresenta-se como mecanismo didático de obediência às bases constitucionais-convencionais pelo qual o meio social identifica, reconhece e tende a reproduzir os valores ínsitos às estruturas democráticas.⁴⁰

³⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. 3ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.p.579. “Importante destacar que, se o objeto do processo penal é a pretensão processual penal, e sendo a imputação o meio pelo qual se formula tal pretensão, o objeto do processo penal não pode ser a imputação, que é o veículo da pretensão. Por isso, o objeto do processo penal não é a imputação, mas sim aquilo que foi imputado, isto é, o objeto dessa imputação.”

A imputação é a afirmação do fato que se atribui ao sujeito, a afirmação de um tipo penal e a afirmação da conformidade do fato com o tipo penal. Em síntese, trata-se da afirmação de três elementos: o fato, a norma e a adequação ou subsunção do fato à norma. Seu conteúdo, pois, só pode ser a atribuição do fato concreto que se enquadra em um tipo penal. O objeto da imputação, por outro lado, é o fato que foi atribuído a alguém.

³⁷ JUNIOR, Aury Lopes. Direito Processual Penal. 14ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017. p.49

³⁸ JUNIOR, Aury Lopes. Fundamentos do Processo Penal. Introdução Crítica. São Paulo: Saraiva, 2015. p.191

³⁹ CHOUKR, Fauzi Hassan. Iniciação ao Processo Penal. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p.21.

⁴⁰ *Ibidem*. p.22.

Ao tratar especificamente sobre os fins do processo penal, Ana Flavia MESSA (2014, p.62) delimita duas perspectivas, a jurídico-processual e a metaprocessual. Através da perspectiva jurídico-processual, o processo penal adota a “função instrumental de servir de instrumento para a aplicação da lei penal aos casos concretos”⁴¹ Já em sua finalidade metaprocessual, o processo penal objetiva “a realização da justiça por meio da descoberta da verdade (com respeito aos direitos fundamentais da pessoa) e dos restabelecimento da paz jurídica.”⁴²

Ressaltando não ser essa sua única função, Guinalz (2019, p.50) confere especial destaque a função do processo penal de limitador do poder punitivo estatal. Outra finalidade destacada é a “*recomposição da paz jurídica, com a estrita observância da dignidade da pessoa humana*”.⁴³

José Frederico Marques leciona que a finalidade do processo penal é a “*aplicação justa das normas de Direito Penal a uma pretensão fundada em fato penalmente relevante, que constitua objeto da função jurisdicional*.”⁴⁴

Por fim, Maria João Antunes ensina que o processo penal possui três finalidades essenciais:

a realização da justiça e a descoberta da verdade material, finalidades que são autônomas entre si; a proteção perante o Estado dos direitos fundamentais das pessoas (do arguido, mas também de outras pessoas); e o restabelecimento da paz jurídica (comunitária e do arguido) posta em causa com a prática do crime.⁴⁵

Destaca a autora portuguesa que as três finalidades não são integralmente harmonizáveis e, por vezes, são verdadeiramente conflitantes, quando então se imporá a busca de uma concordância prática delas de modo a permitir uma salvaguarda máxima de seus conteúdos.

Considerando o recorte necessário por conta do tema da presente pesquisa, reputa-se adequado fixar que a finalidade do processo penal é a verificação de uma hipótese. Essa hipótese é levantada pela acusação e consiste na imputação da prática de um fato típico, antijurídico e culpável pelo réu. Assim, no âmbito da relação processual penal, compete ao magistrado agir como um verdadeiro cientista, mais precisamente um historiador, e com base em um método científico, cuja regra metodológica básica é a

⁴¹ MESSA, Ana Flávia. Curso de Direito Processual Penal. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014. p.62.

⁴² *Ibidem*.p.62.

⁴³ GUINALZ. *Op. Cit.*. p. 50.

⁴⁴ MARQUES, José Frederico. Elementos de direito processual penal - volume I. Campinas: Bookseller, 1997. p.68.

⁴⁵ ANTUNES, Maria João. Direito Processual Penal. Coimbra: Edições Almedina, 2ª edição, 2018. p. 14.

observância dos direitos e garantias fundamentais do acusado, verificar a hipótese aventada, a confirmando ou a negando.

A finalidade ora expressada possui como marco teórico as lições de Karl Popper sobre teoria do conhecimento.

“A teoria do conhecimento, cujo objetivo é a análise do método ou processo próprio da ciência empírica, pode, nesses termos, ser descrita como uma ciência do método empírico – *uma teoria daquilo que usualmente é chamado de ‘experiência’*”⁴⁶

Considerando que o processo penal trabalha com fatos (como dito acima, a hipótese analisada é a imputação da prática de um fato), é perfeitamente adequado considerá-lo uma ciência empírica. Assim, a denúncia (hipótese) deverá ser submetida a experimentos, das mais diversas naturezas (testemunhos, acareações, perícias), de modo a ter comprovada sua veracidade ou falsidade. Afinal, é um requisito da ciência empírica que todos os seus enunciados, notadamente os significativos, tais como as sentenças penais, “*devem ser suscetíveis de serem, afinal, julgados com respeito à sua verdade e falsidade; [...] eles devem ser ‘conclusivamente julgáveis’.*”⁴⁷

Importante destacar que o critério de demarcação do empirismo ou não de um sistema utilizado por Popper se afasta do usualmente adotado pela corrente positivista, centrado na verdade e falsidade. Isso ocorre, pois Popper aponta a inviabilidade de comprovar empiricamente a verdade de muitos enunciados. Assim, considera mais adequado o critério da falseabilidade para demarcar se um sistema é empírico.

só reconhecerei um sistema como empírico ou científico se ele for passível de comprovação pela experiência. Essas considerações sugerem que deve ser tomado como critério de demarcação não a verificabilidade, mas a falseabilidade de um sistema. Em outras palavras, não exigirei que um sistema científico seja suscetível de ser dado como válido, de uma vez por todas, em sentido positivo; exigirei, porém, que sua forma lógica seja tal que se torne possível validá-lo através de recurso a provas empíricas, em sentido negativo: deve ser possível refutar, pela experiência, um sistema científico empírico. Assim, o enunciado “Choverá ou não choverá aqui, amanhã”, não será considerado empírico, simplesmente porque não admite refutação, ao passo que será considerado empírico o enunciado “Choverá aqui, amanhã”.⁴⁸

⁴⁶ POPPER, Karl. R. A Logica da Pesquisa Científica. Tradução de Leônidas Hegenberg e Octanny Silveira da Motta. 16ª Edição. São Paulo: Editora Cultrix, 2008.p.41

⁴⁷ *Ibidem*.p.41

⁴⁸ *Ibidem*.p.42

A leitura desse pequeno trecho da obra de Popper demonstra a perfeita adequação do pensamento do alemão ao processo penal. Os enunciados de um processo penal, seja a denúncia ou a sentença, devem ser refutáveis mediante experiência, sob pena de não configurarem um enunciado válido.

Percebe-se, assim, a natureza de verdadeiro cientista do magistrado, afinal, nas lições de Popper, “*o trabalho do cientista consiste em elaborar teorias e pô-las à prova.*”⁴⁹

Ressaltando a adequação do pensamento do filósofo austríaco ao processo penal, é pertinente transcrever um trecho um pouco mais longo da obra *A Lógica da Pesquisa Científica*, no qual é analisada a dupla de conceitos “objetivo” e “subjetivo”:

“As palavras “objetivo” e “subjetivo” são termos filosóficos pesadamente onerados por uma tradição de usos contraditórios e de discussões intermináveis e inconcludentes. O uso que faço dos termos “objetivo” e “subjetivo” não difere do de Kant. Ele usa a palavra “objetivo” para indicar que o conhecimento científico deve ser justificável, independentemente de capricho pessoal; uma justificação será “objetiva” se puder, em princípio, ser submetida a prova e compreendida por todos. “Se algo for válido”, escreve Kant, “para todos os que estejam na posse da razão, seus fundamentos serão objetivos e suficientes”.

Ora, eu sustento que as teorias científicas justificáveis nunca são inteiramente justificáveis ou verificáveis, mas que, não obstante, são suscetíveis de se verem submetidas a prova. Direi, conseqüentemente, que a objetividade dos enunciados científicos reside na circunstância de eles poderem ser intersubjetivamente submetidos a teste.

Kant aplica a palavra “subjetivo” a nossos sentimentos de convicção (de variados graus).¹ Saber como surgem esses sentimentos é tarefa da Psicologia. Podem surgir, por exemplo, “de acordo com as leis de associação”. Razões objetivas também pode atuar como “causas subjetivas de juízo”, na medida em que possamos refletir acerca dessas razões, deixando-nos convencer de seu caráter cogente.”⁵⁰

Constata-se no trecho como, similarmente ao processo penal, o sistema de Popper tem a prova como elemento central. Ademais, como exigido em qualquer sentença judicial, o filósofo demanda que o conhecimento científico tenha fundamentos objetivos e suficientes, o que somente é obtido quando os mesmos são submetíveis à prova.

Tendo como paradigma a finalidade do processo penal ora apontada, passa-se

⁴⁹ *Ibidem*.p.31

⁵⁰ *Ibidem*.p.46

a analisar os argumentos favoráveis e contrários ao uso do consenso na jurisdição criminal.

2.2 Argumentos favoráveis ao uso do consenso (Virtudes da possibilidade de acordo no Processo Penal.

Muito pode-se ponderar e escrever, contudo, é inegável que o principal argumento em prol da utilização do consenso no processo penal consiste no utilitarismo e na economicidade da medida. E não é equivocado esse entendimento, pois as utilidades trazidas e o potencial de economia são enormes. Ademais, as ferramentas de consenso têm o potencial de espriar seus benefícios para todos os envolvidos na sistemática processual penal.

Sob a perspectiva do Poder Judiciário, os mecanismos de consenso promovem uma economia de recursos humanos e materiais, pois evitam os custos inerentes a um julgamento e a movimentação de todo o sistema recursal. Assim, ferramentas de consenso tem a capacidade de descongestionar o sistema judiciário, especialmente os órgãos recursais, visto que a solução construída em primeira instância não será, ao menos de regra, submetida a recursos. Igualmente, essas ferramentas também permitem um julgamento mais célere, evitando, assim, muitos casos de prescrição.

As utilidades para o órgão de acusação são palpáveis. Os mecanismos de consenso permitem que a Promotoria e a Polícia dêem rápida solução para uma enorme quantidade de casos, possibilitando que foquem suas atenções e recursos humanos e materiais para casos mais graves e com maior repercussão social.

Para o acusado, a principal vantagem é a possibilidade de, construído um consenso, receber uma pena substancialmente inferior à que faria jus caso fosse julgado e apenado através dos regulares mecanismos de conflitivos. Destaque-se que alguns instrumentos de consenso chegam a isentar o réu totalmente de pena e até mesmo de antecedentes criminais. Nesse contexto, aponta Leite, o instituto consensual apresenta-se como uma *“estratégia da defesa, no sentido de evitar condenação mais grave ou as incertezas inerentes ao resultado do processo”*.⁵¹

A solução do litígio via consenso permite que o acusado não seja submetido a todo o *iter* processual, o que por si já é uma pena, que, por vezes, é mais pesada que a

⁵¹ LEITE, Rosimeire Ventura. Justiça Consensual e Efetividade do Processo Penal. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p.27.

fixada na própria sentença condenatória. Com essa abreviação é possível alcançar o salutar resultado de diminuir a estigmatização do réu. Ademais, o fato do acusado participar na construção da decisão permite que o mesmo reconheça uma maior legitimidade nela, o que o tem o potencial de aumentar as chances de reabilitação.

O acordo também pode ser uma fonte de grande economia para o réu, pois, por certo, seus gastos com defesa e honorários advocatícios podem ser consideravelmente reduzidos com o êxito das tratativas e o final antecipado do processo criminal.

Os interesses da vítima também são tutelados pelos mecanismos de consenso. Primeiramente, com a celebração de acordo entre acusação e réu, a vítima é dispensada de comparecer em juízo, reviver a violência sofrida e relacionar-se com seu agressor, algo extremamente impactante e temerário, notadamente em uma sociedade violenta como a brasileira. Ademais, recorrentemente os instrumentos consensuais contemplam a indenização da vítima como condição para a efetiva celebração do acordo entre réu e órgão acusador.

Essa atenção com a vítima atende as mais modernas pretensões da vitimologia e tem relação direta com a dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil. Porém, deve-se atentar que o fundamento da dignidade também tem plena aplicabilidade para a pessoa do acusado. Assim, é preciso cautela para que essa salutar tutela não se torne um elemento de indevida opressão à pessoa do acusado.

2.3 Argumentos contrários ao uso do consenso

2.3.1 Disparidade das posições processuais

Acusado e acusador por necessidade lógica assumem posições opostas e conflitivas em qualquer processo judicial. Contudo, no processo penal a disparidade de poder entre os dois polos processuais é de tamanha monta que enseja o questionamento da validade de eventual consenso produzido.

De um lado, órgãos policiais e Promotoria de Justiça com verbas, tecnologia e pessoal remunerado e com dedicação exclusiva para investigar, processar e punir. De outro, uma pessoa física, assistido pelo advogado que ela é capaz de custear ou pela assoberbada Defensoria Pública.

Sem embargo da gritante diferença, é razoável sustentar que essa discrepância

de recursos humanos e materiais não inviabiliza a possibilidade de obtenção de um consenso legítimo. Entender ao contrário ensejaria reconhecer igualmente a falta de legitimidade de acordos realizados em processos cíveis entre um banco e seu cliente ou de uma operadora telefônica e um consumidor. Os exemplos são singelos, mas servem para ilustrar que uma hipotética paridade entre partes não é exigível, sob pena de desmontar toda a estrutura de consenso criada no âmbito do direito processual civil.

Entretanto, no processo penal a disparidade apontada como presente também nas demandas cíveis é reforçada pelo enorme peso psicológico vivenciado pelo acusado, ante a perspectiva da imposição de pena de prisão em caso de condenação. Não por outra razão, o mero fato de se tornar réu em um processo criminal já é apontado como uma pena, a pena de estar sob a pesada espada de Dâmocles.

Sem embargo, ainda nessa hipótese é possível tecer a analogia com o processo civil e reconhecer a viabilidade de um legítimo e real consenso, pois é possível vislumbrar pessoas que prefeririam ficar preso por um período a perder a propriedade do imóvel aonde residem com seu cônjuge e filhos ou cumprir um serviço social e constar no rol de culpados do que ter seu nome negativado por uma conta telefônica indevidamente reputada como não paga. Ainda nessas hipóteses extremas, não se cogita reputar viciado eventual consenso alcançado na área cível.

Em suma, a superioridade fático-jurídica da acusação no processo penal é inegável. Apesar de superável no caso concreto, apresenta-se como um razoável argumento contrário a utilização do consenso no processo penal. A grande preocupação gerada por conta desse desequilíbrio de forças é a possibilidade de coações e pressões por parte da acusação para realização do acordo. Observando esse cenário, Vasconcellos dispara:

Logo, a justiça consensual "não foi projetada para ser utilizada aos réus confessos, mas para gerar réus confessos a quem aplicá-la". Ou seja, a suposta voluntariedade do acusado para aceitar o acordo é falaciosa, pois o funcionamento do instituto se dá por ameaças e coerções, que inviabilizam qualquer escolha livre da defesa. Desse modo, a necessidade de opção entre uma sanção reduzida (o que na prática atual da colaboração premiada brasileira, representa penas em regimes de cumprimento profundamente mais benéficos) e a imposição de punição agravada fomenta a escolha pela cooperação/confissão, inclusive para imputados inocentes, que poderiam ser

absolvidos ao final do processo em seu transcurso normal.⁵²

Em marcante estudo sobre o tema, Langbein, após analisar a utilização da tortura como instrumento para produção de prova na Europa por quase meio século, equipara o *plea bargaining*, o instrumento consensual americano, com a tortura, pois ambos seriam igualmente coercitivos, apesar de valerm-se de instrumentos diversos.

We coerce the accused against whom we find probable cause to confess his guilt. To be sure, our means are much politer; we use no rack, no thumbscrew, no Spanish boot to mash his legs. But like the Europeans of distant centuries who did employ those machines, we make it terribly costly for an accused to claim his right to the constitutional safeguard of trial. We threaten him with a materially increased sanction if he avails himself of his right and is thereafter convicted. This sentencing differential is what makes plea bargaining coercive. There is, of course, a difference between having your limbs crushed if you refuse to confess, or suffering some extra years of imprisonment if you refuse to confess, but the difference is of degree, not kind. Plea bargaining, like torture, is coercive.⁵³

Pontua Langbein que ambos os sistemas, seja o da tortura medieval européia, seja o do *plea bargaining* americano, tinham/têm a preocupação de criar mecanismos de garantia ilusórios para afirmar a voluntariedade das confissões. O antigo sistema europeu demandava uma justa causa para investigação mediante tortura. Já o sistema americano exige uma base factual adequada para fundamentar a barganha.⁵⁴

Ainda segundo Langbein, o instrumento consensual agravaria a disparidade das partes do processo penal, pois empoderaria de forma extraordinária a promotoria, conferindo-lhe poderes quase de um inquisidor.⁵⁵

⁵² VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Colaboração premiada no processo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p.40.

⁵³ LANGBEIN, John. H. *Torture and Plea Bargaining*. University of Chicago Law Review: Vol. 46 : Iss. 1 , Article 3. Disponível em <https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol46/iss1/3>. p. 13. “Nós coagimos o acusado contra o qual nós achamos justa causa a confessar sua culpa. Para ter certeza, nossos meios são muito educados; nós não usamos cremalheira, parafusadeira de dedo ou bota espanhola para esmagar suas pernas. Mas como os europeus de séculos distantes que utilizavam essas máquinas, nós tornamos terrivelmente custoso para um acusado exercer seu direito constitucional de julgamento por um tribunal. Nós ameaçamos ele com uma sanção substancialmente aumentada se ele faz uso de seus direitos e é posteriormente condenado. Este diferencial de sentença é o que torna a negociação de confissão coerciva. É claro que há uma diferença entre ter seus membros esmagados se você se recusar a confessar, ou sofrer alguns anos extras de prisão se você se recusar a confessar, mas a diferença é de grau, não de tipo. Plea bargaining, como a tortura, é coerciva.” (tradução nossa)

⁵⁴ *Ibidem*, p. 14 e 15.

⁵⁵ *Ibidem*.p.18. “*Plea bargaining concentrates effective control of criminal procedure in the hands of a single officer. Our formal law of trial envisages a division of responsibility. We expect the prosecutor to make the charging decision, the judge and especially the jury to adjudicate, and the judge to set the sentence. Plea bargaining merges these accusatory, determinative, and sanctional phases of the procedure in the hands of the prosecutor. Students of the*

Já o professor Langer pontua que o grande problema gerado pela disparidade das partes quando usado o consenso no processo penal é a potencial falta de voluntariedade na adesão ao acordo, falta a qual se caracteriza quando a proposta formulada pela acusação é coerciva.⁵⁶

Para definir o que caracteriza uma proposta como coerciva ou não, Langer se vale do conceito de *baseline*⁵⁷, ou seja, a fixação de um parâmetro mínimo que define o que o acusado pode legitimamente esperar da promotoria, uma linha de base abaixo da qual eventual proposta de acordo torna-se coerciva.

Para garantir a incoerência de coerção e assegurar a voluntariedade do acordo, Langer propõe alguns regras para a devida fixação do *baseline*⁵⁸. As regras têm a finalidade precípua de regulamentar a possível proposta da acusação, diminuindo o poder da acusação e, conseqüentemente, a disparidade das posições processuais.

Caso as regras sugeridas sejam seguidas e o *baseline* observado será preservado a voluntariedade do acordo. Nesse caso, Langer reconhece a adequação do

history of the law of torture are reminded that the great psychological fallacy of the European inquisitorial procedure of that time was that it concentrated in the investigating magistrate the powers of accusation, investigation, torture, and condemnation. The single inquisitor who wielded those powers needed to have what one recent historian has called 'superhuman capabilities [in order to] . . . keep himself in his decisional function free from the predisposing influences of his own instigating and investigating activity.'

"Plea bargaining concentra o controle efetivo do processo penal nas mãos de um único órgão. Nossa lei formal de julgamento prevê uma divisão de responsabilidades. Esperamos que o promotor tome a decisão de acusação, o juiz e especialmente o júri a de julgar e o magistrado defina a sentença. Plea bargaining mescla essas fases acusatória, determinativa e sancionatória do procedimento nas mãos do promotor. Os estudantes da história da lei da tortura lembram-se de que a grande falácia psicológica do procedimento inquisitorial europeu daquela época era que concentrava no juiz de instrução os poderes de acusação, investigação, tortura e condenação. O único inquisidor que exercia esses poderes precisava ter o que um historiador recente chamou de "capacidades sobre-humanas [para] . . . manter-se em sua função de decisão livre das influências predisponentes de sua própria atividade de instigação e investigação" (tradução nossa).

⁵⁶ LANGER, Máximo. Rethinking Plea Bargaining: The Practice and Reform of Prosecutorial Adjudication in American Criminal Procedure. American Journal of Criminal Law, Vol. 33, p. 223, 2006, UCLA School of Law Research Paper No. 06-37, Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=931669>. p. 232.

⁵⁷ *Ibidem*. p.234.

⁵⁸ *Ibidem*. p.236. Langer propõe três regras para fixação do baseline, os quais estão formatados para a lógica judiciária americana e para o *plea bargaining*. Primeiro, o promotor não deve propor um acordo em casos em que nenhum júri razoável conderaria o réu. Segundo, a sentença condenatória a ser prolatada caso não tenha acordo e ocorra o julgamento deve ser justa, de acordo com as peculiaridades do crime cometido e da pessoa do réu. Terceiro, a acusação formulada pela promotoria deve imputar unicamente crimes que descrevem adequadamente os atos do acusado e basear-se em condutas que não seja, socialmente inócuas.

uso do consenso no processo penal.^{59 60}

Sem prejuízo das respeitáveis opiniões contrárias, o argumento da disparidade das posições processuais das partes não parece ter a força necessária para inviabilizar a legítima construção de um consenso. A discrepância identificada pode ser compensada com a estrita observância do devido processo legal. Como ensinado por Aury Lopes, o processo penal tem por escopo “a satisfação jurídica de pretensões e de resistências”⁶¹. A observância das regras processuais e das garantias processuais tem o objetivo exato de contrabalancear as diferenças das partes. Desse modo, o processo adquire a capacidade de proporcionar um ambiente adequado para o diálogo das partes e a construção de um verdadeiro consenso.

No mais, o acusado deve estar obrigatoriamente assistido por advogado em todas as tratativas para acordo, o que, por certo, terá a capacidade de, ao menos, reduzir a desigualdade. Por fim, cabe ao magistrado promover um controle rigoroso da voluntariedade do acordo e dos atos da acusação durante a construção do ajuste. .

2.3.1.1 A título de curioso exemplo prático: o *Baseless Plea*

Dentro da problemática da disparidade das relações processuais, é válido analisar um tópico que apesar de muito particular ao universo norte-americano, traz interessantes luzes para qualquer ordenamento jurídico.

⁵⁹ *Ibidem*. p.244. O grande problema apontado é que as três regras são rotineiramente violadas. “*This Article has concentrated on those three requirements because the criminal procedure literature has identified them as particularly serious problems that the federal and/or state systems face. In fact, the plea bargaining and sentencing literatures have shown that the violation of these three duties may be routine, not unusual, features of criminal justice practice in many jurisdictions. There are reasons to believe that many prosecutors regularly overcharge and regularly use plea proposals in cases where no reasonable jury could find the defendant guilty. Moreover, in many cases, the criminal justice system, prosecutors or judges set sentences that may be considered unfair given the characteristics of the offense.*”

“Este artigo concentrou-se nesses três requisitos porque a literatura processual criminal os identificou como problemas particularmente graves que os sistemas federal e / ou estadual enfrentam. Na verdade, os artigos e livros sobre *plea bargaining* e condenação mostraram que a violação desses três deveres pode ser rotineira, não incomum, características da prática da justiça criminal em muitas jurisdições. Há razões para acreditar que muitos promotores regularmente acusam demais e usam regularmente propostas de confissão em casos em que nenhum júri razoável poderia considerar o réu culpado. Além disso, em muitos casos, o sistema de justiça criminal, promotores ou juízes definem sentenças que podem ser consideradas injustas, dadas as características do crime.” (tradução nossa).

⁶⁰ *Ibidem*. p.247. “*In this sense, one can view bilateral plea agreements in which the prosecutor's proposal is not coercive and the defendant's guilty plea is voluntary as a realization of the adversarial system, not a subversion of it*”

“Nesse sentido, pode-se visualizar acordos bilaterais de confissão em que a proposta do promotor não é coercitiva e a confissão de culpa do réu é voluntária como uma realização do sistema adversarial, não uma subversão dele.” (tradução nossa).

⁶¹ JUNIOR, Aury Lopes. Fundamentos do Processo Penal. Introdução Crítica. São Paulo: Saraiva, 2015. p.191

O *baseless plea* é um fenômeno sintomático que pode ser observado de forma recorrente em diversas jurisdições norte-americanas, contudo, pouco debatido na doutrina especializada. Basicamente, trata-se de um ordinário *plea bargaining*, porém, no acordo formatado, o réu admite sua culpa em um crime que não possui qualquer respaldo no contexto fático do processo. Essa prática se dá por motivos utilitaristas e de mera leniência.

A "baseless plea" is a guilty plea, a factual admission of the elements of a crime, or a plea of *nolo contendere*, an "admission of guilt for the purposes of the case," entered by a defendant for an offense that the defendant did not commit, and that all the parties in the case know the defendant did not commit. Instead of pleading to a more serious crime that the prosecutor thinks the defendant actually did commit, the defendant is permitted, pursuant to a plea bargain, to plead guilty to an offense that is unrelated to the facts of the case.⁶²

No *baseless plea* "típico", o réu é inicialmente acusado por um delito para o qual existe uma justa causa para imputação, ou seja, existem elementos fáticos no caso que fundamentam e justificam a acusação. Objetivando conseguir uma condenação de forma mais célere, a promotoria oferece a possibilidade ao acusado de declarar-se culpado por um crime menos grave, que, porém, não tem qualquer relação com a imputação antiga e também nenhum respaldo fático, ou seja, prova mínima dos elementos típicos nos autos.

Frise-se que esse procedimento é fundamentalmente diverso do procedimento padrão do *plea bargaining*, notadamente do *charge bargaining*, no qual a vantagem ofertada é igualmente o reconhecimento de culpa em um delito de menor gravidade, contudo, o novo delito está de alguma forma incluso no crime mais grave originalmente imputado (como o furto no roubo, por exemplo) e possui suporte fático nos autos (no exemplo do furto, a subtração de fato ocorreu, apesar de se ter afastado o elemento típico da violência, por força da barganha).

Byrne reproduz três argumentos que os defensores do *baseless plea* alegam para afirmar a adequação da prática. Primeiro, o fato do réu, que reconhece sua culpa no processo, ser efetivamente culpado de um crime, ainda que o delito realmente

⁶² "Um *baseless plea* é uma alegação de culpa, uma admissão dos elementos de um crime, ou uma alegação de *nolo contendere*, uma "admissão de culpa para os propósitos do caso", protocolada pelo réu de uma imputação criminal cujo o réu não cometeu, e que todas as partes no caso sabem que o réu não cometeu. Ao invés de realizar um acordo para um crime mais grave que o promotor pensa que o réu efetivamente cometeu, o réu é autorizado, nos termos do *plea bargain*, a confessar sua culpa de uma imputação que não tem relação com os fatos do caso (tradução nossa)". BYRNE, Mari. *Baseless Pleas: A Mockery of Justice*. Fordham Law Review Volume 78, 2010. p. 2966 e 2967.

praticado não tenha relação com o reconhecido na sentença decorrente do *baseless plea*. Segundo, o alto nível de eficiência judicial e a economia de recursos públicos alcançados com a utilização do instituto. Por último, a alegação de que *baseless plea* promove uma solução benéfica para todas as partes, o que superaria a necessidade de uma acusação com efetivo suporte fático. Provavelmente, esse terceiro elemento seja o que especialmente impulsiona a realização de *baseless pleas*, pois, realmente, as vantagens para todas as partes são efusivas.

Com o *baseless plea*, a promotoria tem à disposição um instrumento que aumenta sua capacidade de barganhar, pois, permite grande flexibilidade acusatória e discricão para casos em que as circunstâncias sociais do acusado ou do próprio crime justificam um tratamento diferenciado. Ademais, em casos em que os elementos probatórios estão especialmente fracos, notadamente em hipótese de crimes de menor potencial ofensivo, uma negociação que gere uma acusação mínima garante que, ao menos, alguma condenação ocorra, o que talvez não se concretizasse com a imputação original. Frise-se que essa absolvição ocorreria não pelo fato do réu não ter efetivamente praticado o delito, quando então isso seria mandatório, mas pela falta de provas suficientes para a prolação de um decreto condenatório.

Já o advogado do réu tem a vantagem de conseguir finalizar com máxima celeridade o caso e receber honorários por um processo quase rotineiro. Ademais, é pertinente registrar que o objetivo de um advogado é obter a melhor sentença possível para seu defendido e os *baseless pleas* geram as “melhores” sentenças condenatórias possíveis.

Na mesma toada, as vantagens para os acusados são inquestionáveis. Apesar de dispensarem o direito a um julgamento pelo júri e a possibilidade de serem absolvidos, os réus recebem condenações muito mais leves, fugindo, assim, de serem submetidos a penas mais graves.

O Judiciário também se beneficia da prática. De regra, os julgamentos norte-americanos ocorrem no formato de júri, o que é altamente trabalhoso e custoso. Com o *baseless plea*, o número de acordos tem o potencial de aumentar substancialmente, em níveis ainda mais elevados que com o “mero” *plea bargainig*, aliviando a carga de trabalho dos magistrados.

Por fim, o *baseless plea* pode ser considerado vantajoso até mesmo para a vítima do delito, afinal, caso haja um acordo, essa será dispensada de depor e a punição mais celeremente aplicada reforçará o sentimento de justiça e reparação esperado.

Apesar das vantagens, a prática do *baseless plea* traz intrincadas questões no campo dos deveres éticos das partes de um processo penal, sendo que os mais relevantes recaem sobre o atuar da promotoria e dos magistrados.

É importante destacar que a promotoria exerce uma função processual única nas lides criminais, não só por conta do polo ativo que ocupa no processo, mas, principalmente, por conta dos deveres e padrões éticos que deve seguir e que são, em muitos pontos, mais rígidos que dos demais advogados. Como afirmado pela Suprema Corte Americana, o interesse do promotor em um processo criminal não deve ser ganhar o caso e sim que a justiça seja feita.⁶³ Frise-se que apesar do entendimento mencionado ser da Suprema Corte Norte-Americana, a decisão poderia ter sido perfeitamente proferida pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro, pois seu conteúdo se amolda ao papel institucional esperado do Ministério Público no Brasil.

Sob a perspectiva do direito americano, dentre os diversos deveres éticos que regulam a atividade dos promotores tem especial relevo a obrigação de somente apresentar acusações em juízo fundadas em *probable cause*, expressão que possui perfeita correlação com a condição da justa causa do processo penal brasileiro.

Byrne, novamente, afirma, embasada em julgados de Cortes Superiores americanas, que configura conduta antiprofissional um promotor recomendar um indiciamento ou continuar um processo sem ter uma justa causa.⁶⁴ O Código de Regras de Conduta Profissional (Model Rules of Professional Conduct) editado pela American Bar Association, um equivalente da Ordem dos Advogados nos EUA, é expresso em afirmar que o promotor, em um processo criminal, deve “*refrain from prosecuting a charge that the prosecutor knows is not supported by probable cause*”⁶⁵. Ademais, promotores devem assegurar que a culpa seja decidida sempre com base em evidências suficientes.

⁶³ *Berger v. United States*, 295 U.S. 78, 88 (1935). “The United States Attorney is the representative not of an ordinary party to a controversy, but of a sovereignty whose obligation to govern impartially is as compelling as its obligation to govern at all, and whose interest, therefore, in a criminal prosecution is not that it shall win a case, but that justice shall be done. As such, he is in a peculiar and very definite sense the servant of the law, the two-fold aim of which is that guilt shall not escape or innocence suffer. He may prosecute with earnestness and vigor -- indeed, he should do so. But, while he may strike hard blows, he is not at liberty to strike foul ones. It is as much his duty to refrain from improper methods calculated to produce a wrongful conviction as it is to use every legitimate means to bring about a just one.”

⁶⁴ BYRNE, Mari. *Baseless Pleas: A Mockery of Justice*. Fordham Law Review Volume 78, 2010. P. 2976

⁶⁵ “evitar de processar uma acusação que o promotor sabe que não tem suporte em uma causa provável” (tradução nossa). Model Rules of Professional Conduct - Rule 3.8: Special Responsibilities of a Prosecutor; Consultado em 31/05/2018 no endereço https://www.americanbar.org/groups/professional_responsibility/publications/model_rules_of_professional_conduct/rule_3_8_special_responsibilities_of_a_prosecutor/

A prosecutor has the responsibility of a minister of justice and not simply that of an advocate. This responsibility carries with it specific obligations to see that the defendant is accorded procedural justice, that guilt is decided upon the basis of sufficient evidence, and that special precautions are taken to prevent and to rectify the conviction of innocent persons.⁶⁶

Interessante ressaltar que apesar do critério da *probable cause* ser pacificamente aceito como o *standard* probatório mínimo para a efetiva imputação de uma acusação, existem entendimentos que suportam ser esse padrão baixo demais, postulando que seria necessário um *standard* probatório mais exigente. Dois exemplos desse padrão mais elevado são “*sufficient admissible evidence to support a conviction*” (“evidência admissível suficiente para fundamentar uma condenação” – tradução nossa) ou “*evidence sufficient to establish a prima facie showing of guilt*” (“evidência suficiente para estabelecer uma percepção de culpa imediata” – tradução nossa).⁶⁷

Essa vinculação da forma de atuação da promotoria, a qual tem especial fundamento no dever ético da própria promotoria e do Estado de proteger os inocentes de condenações erradas, coloca, no mínimo, sérios questionamentos quanto a legitimidade de *baseless pleas*, pois os promotores não poderiam eticamente sustentar acusações sabidamente sem justa causa, independente de quão nobres, relevantes ou úteis sejam as intenções desse proceder.

Já sob a perspectiva do julgador é possível sustentar que o *baseless plea* pode violar não só deveres éticos, mas a própria lei. Juízes americanos têm a obrigação constitucional de verificar se a alegação de culpa do réu atende as exigências de voluntariedade e compreensibilidade. Ademais, em muitas jurisdições, inclusive a federal, impõem-se também constatação de que a alegação está fundada em bases factuais.

Ora, o *baseless plea*, como apresentado, pressupõe a ausência de base fática para a alegação de culpa. Assim, a homologação de *guilty pleas* sabidamente sem

⁶⁶ “Um promotor tem a responsabilidade de um servidor da justiça e a simplesmente a de um advogado. Essa responsabilidade traz consigo obrigações específicas de verificar se o acusado está sendo processado adequadamente, se a culpa é decidida com base em evidências suficientes e que precauções especiais são tomadas para prevenir e retificar a condenação de pessoas inocentes” (tradução nossa). Model Rules of Professional Conduct - Rule 3.8 Special Responsibilities Of A Prosecutor – Comment; Consultado em 31/05/2018 no endereço https://www.americanbar.org/groups/professional_responsibility/publications/model_rules_of_professional_conduct/rule_3_8_special_responsibilities_of_a_prosecutor/comment_on_rule_3_8/

⁶⁷ District of Columbia BAR. Rules of Professional Conduct: Rule 3.8--Special Responsibilities of a Prosecutor Consultado em 31/05/2018 no endereço <https://www.dcbbar.org/bar-resources/legal-ethics/amended-rules/rule3-08.cfm>

suporte fático implica em clara violação da lei.

Sem embargo, ainda que a norma vigente não determinasse a observância da devida base fática pelo juiz ao sentenciar com fundamento no *baseless plea*, viola os mínimos pressupostos éticos (que não podem ser mínimos ao tratar-se da magistratura) condenar um réu quando deliberadamente se sabe que o crime não ocorreu.

Em seu estudo sobre o *baseless plea*, Byrne reputa que a adequada clarificação dos já existentes padrões éticos pode solucionar o problema que ela indica ser mais ético que moral. Ademais, propõe alteração nos códigos de condutas profissionais de modo a tornar mais exposto as normas e vedações vigentes. Parece apropriada a solução ofertada, pois realmente no direito americano tem especial relevo as regras de conduta profissional, as quais são muito respeitadas e temidas.^{68 69}

2.3.2 Violação das garantias processuais fundamentais e aumento do risco da condenação de inocentes

Objetivamente, o presente tópico trata de dois argumentos contrários ao uso do consenso no processo penal, a fragilização do sistema de garantias processuais e o aumento da possibilidade da condenação de inocentes. Todavia, a interligação entre as duas possibilidades é tão profunda, que é sistematicamente mais adequado abordá-los conjuntamente, afinal, a maior chance de ocorrer uma injusta condenação adviria exatamente da fragilização do sistema de garantias processuais.

A abertura para espaços de consenso no processo penal altera profundamente a dinâmica das garantias fundamentais no processo criminal. Assim, a primeira grande questão a ser enfrentada é a legitimidade ou não dessas alterações ante o conteúdo do texto constitucional.⁷⁰

⁶⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O Processo Civil entre Dois Mundos. Revista da EMERJ, v.4, n.16, 2001 Em sua obra, Barbosa Moreira descreve de forma sucinta, mas suficiente ilustrativa, o *contempt power* dos magistrados americanos e o poder de aplicar sanções em caso de irregularidades. É importante destacar que imposição de penalidade sequer pressupõe lei, pois decorre diretamente de valores éticos e morais. Ademais, no caso do *contempt power* em grande parte dos estados a punição não tem sequer limites definidos.

⁶⁹ A título de exemplo é válido destacar The Canons of Ethics for Lawyer, cujo texto foi adotado pela ABA ainda em agosto de 1908. Contudo, talvez ainda mais valoroso do que o próprio conteúdo dos cânones em si, é a justificação dos mesmos, nos quais se constata a nítida percepção de que a atuação do advogado tem o condão de garantir a pureza da Justiça e a conseqüente futuro da República. The Canons of Ethics for Lawyers Adopted by the American Bar Association em <https://www.jstor.org/stable/1014619?eq=1> #metadata_info_tab_contents

⁷⁰ LEITE (2013, p.29) coloca a discussão sob a perspectiva do processo legítimo. “As dificuldades mais marcantes do consenso no processo penal relacionam-se com os princípios e as garantias constitucionais que se incorporam à noção de processo legítimo e que foram sedimentados ao longo do tempo para conferir maior dignidade à figura do acusado, protegendo-o contra abusos no exercício do poder punitivo estatal. Nesse sentido, a presunção de

Para a efetiva imposição de pena privativa de liberdade com fundamento em acordo celebrado entre as partes, valores basilares como presunção de inocência, ampla defesa, contraditório e tratamento igualitário necessitam sofrer toda uma adequação, para não dizer releitura, para a dinâmica processual consensual.

Nesse mesmo diapasão, é possível sustentar que com a utilização dos instrumentos de consenso seriam violados a ampla defesa e o contraditório, visto que a instrução probatória não é realizada e não há um efetivo julgamento da culpa do acusado.

Já o princípio da isonomia, que assegura um tratamento igualitário a todas as pessoas na mesma situação, seria violado com a aplicação de penas distintas para indivíduos na mesma posição jurídica, seja, por exemplo, porque um dos acusados não pode arcar com a multa exigida no acordo, ou seja porque o beneficiado delatou os demais corréus, condição essa muito peculiar e marcante na colaboração premiada.

Os que podem pagar uma multa têm a possibilidade de se livrar de um processo, das consequências de uma sanção penal, e os que não podem pagá-la enfrentam uma situação desvantajosa. A disposição econômica menos favorável faz com que o suspeito/acusado aceite os ditames do órgão acusador, enquanto os privilegiados têm, como regra, mais possibilidades de obter um melhor acordo. Além da posição econômica, a melhor posição jurídica, oriunda da possibilidade de contratar os melhores advogados, também influi nas negociações.⁷¹

Sem embargo, não parece correto defender a ocorrência de violação do contraditório pela mera não produção de provas. Em verdade, em grande parte dos processos criminais não há maiores provas a serem produzidas pela defesa, a qual se limita a meramente “contraditar” a prova da acusação.

Afrânio Silva Jardim explica que o conceito de contraditório pode ser resumido na expressão bilateralidade dos atos processuais. Assim, é necessário que às partes sejam dadas a possibilidade de “*contrastar as afirmações e provas produzidas, dando ao juiz farto material crítico*”⁷².

inocência, a imposição de pena condicionada à aferição da culpabilidade e à realização de um julgamento, enfim, o direito ao devido processo legal e seus corolários, que são temas frequentemente questionados quando se trata de adotar solução consensual.”

⁷¹ GIACOMOLLI, Nereu José. Legalidade, Oportunidade e Consenso no Processo Penal na Perspectiva das Garantias Constitucionais: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal, Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.p. 106

⁷² JARDIM, Afrânio Silva. Direito Processual Penal. 11ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.p.40.

Leonardo Greco esclarece o conteúdo atual do princípio do contraditório, o qual reconhece ser bastante abrangente e desdobrar-se em diversos aspectos.⁷³ O princípio é composto de quatro principais componentes: audiência bilateral, ampla defesa, flexibilização dos prazos e a igualdade concreta.

A audiência bilateral foi a primeira nota observada no contraditório e surge como uma consequência do *ordo iudiciarius*. Essa primeira concepção, de origem medieval, vislumbra o princípio do contraditório como uma metodologia de investigação da verdade e se configurava na cláusula *ars opponendi et respondendi*, a qual regulava o diálogo das partes, assegurando reciprocidade e igualdade.⁷⁴

Ainda que as lições do professor Greco estejam formatadas para o processo civil são perfeitamente aplicáveis ao processo penal. Desde que observada a efetiva participação da defesa técnica e da autodefesa, o que garante a ampla defesa, e que as tratativas das partes sejam devidamente tuteladas pelo Poder Judiciário, de modo a promover a máxima igualdade entre elas, deve ser reputado que a utilização do consenso não viola o contraditório.

Andrade analisa com muito acerto o ponto nevrálgico do tema, a releitura das garantias processuais fundamentais:

Embora os direitos e garantias processuais dos acusados possuam assento constitucional, não devem ser vistos exclusivamente numa dimensão objetiva, como direitos inalienáveis e indisponíveis. O interesse estatal no respeito a tais direitos não deve ser levado ao extremo de subjugar a liberdade do sujeito de direito, sobretudo quando a lei cria ferramentas que lhe permitem uma solução mais favorável que aquela que poderia alcançar num processo de curso completo. Noutros dizeres, é certo que se devem os direitos aos acusados, para que tenham um processo justo e legítimo, mas também não se pode impedir que, mediante aconselhamento técnico, aceitem propostas, por exemplo, de suspensão provisória do feito, formuladas conforme os contornos legais, sob controle do juiz.

Posição similar apresenta o Ministro do STJ Nefi Cordeiro:

“O princípio do contraditório, com assento constitucional (art. 153, § 16), atende à estrutura dialética do processo penal acusatório e decorre da concepção liberal de que as partes são sujeitos da relação processual, titulares de direitos deveres, poderes, sujeições e ônus.

“Contraditório, na expressão que já tornou clássica, é a bilateralidade dos atos processuais. As partes hão de ser postas em situação que as habilite a contrastar as afirmações e as provas produzidas, dando ao Juiz farto material crítico.”

⁷³ GRECO, Leonardo. O Princípio do Contraditório. 2005.

⁷⁴ PICARDI, Nicola; organizador e revisor técnico da tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Jurisdição e Processo. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

A premissa de inafastabilidade das garantias constitucionais exige a compreensão de que elas surgem como limitação ao Estado em favor do cidadão que, desse modo, pode preferir delas abrir mão. Não se tratando da disposição de direitos de dignidade, mas de prestações estatais, mesmo por um não agir, nada impede que realmente prefira o cidadão vantagens outras - que entenda maiores do que aquelas constitucionalmente asseguradas.⁷⁵

A questão central, portanto, envolve a forma de abordar as garantias processuais, as quais devem ser compreendidas como garantias do acusado. Sem dúvida, há um inegável interesse social na observância das normas constitucionais, entretanto, isso não pode impedir que o titular dos direitos disponha deles de uma forma razoável para obtenção de benefícios, sob pena de serem violados outros valores de similar assento constitucional, como a liberdade, o direito de autodeterminação e a dignidade da pessoa humana.

Essa abordagem do tema pode ser estendida para a análise de todas as garantias processuais fundamentais potencialmente violadas pela criação de espaço de consenso no processo penal. A ponderação de valores deverá pender sempre para o prestígio da liberdade e da autodeterminação do titular dos direitos e garantias.

Concatenadas as dificuldades geradas pela abordagem da temática da ampla defesa e do contraditório e reconhecida a legitimidade do uso de ferramentas de consenso, permanece a problemática da condenação de inocentes. Os acordos no processo penal aumentariam as chances da condenação de um inocente? Vinicius Vasconcellos defende exatamente essa posição.⁷⁶

Albert Alschuler, professor de direito da Universidade de Colorado e da Harvard University, textualmente afirma:

Observers who deny that plea bargaining is likely to result in conviction of the innocent are usually exceptionally naive or exceptionally cynical. The exceptionally naive simply contend that an innocent person would never plead guilty, whatever the concessions that he has been offered. These observers have an almost mystic faith in the trial process; and they believe that criminal defendants-even those whose views of the criminal justice system have not been derived solely from Perry Mason-will share this abiding faith.

The exceptionally cynical, by contrast, do not deny that plea negotiation is well-

⁷⁵ CORDEIRO, Nefi. Colaboração Premiada: caracteres, limites e controles. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p.43.

⁷⁶ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Colaboração premiada no processo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p.39.

*designed to produce the conviction of innocent defendants. They simply deny that there are any innocent defendants. They draw comfort from the words of Judge Learned Hand: "Our procedure has been always haunted by the ghost of the innocent man convicted. It is an unreal dream." They also invoke the wisdom of some defense attorneys who claim never to have represented an innocent client. Although these attorneys commonly recognize that some of their clients may not have been guilty of the offenses with which they were charged, they add that these clients were always guilty of something else.*⁷⁷

Alschuler postula que para uma pessoa negar que ferramentas de consenso (no caso americano o *plea bargaining*) têm a propensão de resultar em condenações de inocentes, ela tem de ser excepcionalmente ingênua ou cínica. As pessoas excepcionalmente ingênuas agem crendo que um inocente jamais afirmaria ser culpada, independente das vantagens ofertadas. Alschuler acrescenta ainda que essas pessoas teriam uma crença quase mística no julgamento judicial. Já as pessoas excepcionalmente cínicas partem da premissa que não há, efetivamente, inocentes sendo processados.

Esse pensamento consistente em imputar aos mecanismos de consenso a maciça condenação de inocentes é recorrente nas manifestações doutrinárias. Contudo, seria ele de fato correto?

Aury Lopes Junior publicou em fevereiro de 2019 um artigo no Conjur denominado “Por que os tribunais criminais dos EUA são tão dependentes do *plea bargaining*?”⁷⁸. O texto é a tradução de um breve artigo do escritor americano Dylan Walsh. Como natural no canal de publicação selecionado, o artigo não é muito profundo, pois o número de caracteres disponíveis para o texto é pequeno. Porém, em sua singeleza traz informações muito interessantes.

⁷⁷ Observadores que negam que a utilização do *plea bargaining* provavelmente resulta na condenação de inocentes são excepcionalmente ingênuos ou cínicos. O excepcionalmente ingênuo simplesmente afirma que uma pessoa inocente nunca iria confessar culpa, seja qual fosse as concessões que lhe fossem ofertadas. Esses observadores tem uma fé quase mística no rito processual; e eles acreditam que os réus – mesmo aqueles cuja compreensão do sistema de justiça criminal não derivou unicamente da Perry Mason – comungarão dessa fé firme.

Os excepcionalmente cínicos, ao contrário, não negam que as negociações do acordo são formatadas para produzir a condenação dos réus inocentes. Eles simplesmente negam que existam algum réu inocente. Eles retiram conforto das palavras do Juiz Learned Hand “Nosso procedimento sempre esteve assombrado pelo fantasma do inocente condenado. Isso é um sonho irreal.” Eles também invocam a sabedoria de alguns advogados de defesa que alegam nunca terem representado um cliente inocente. Apesar desses advogados comumente reconhecerem que alguns de seus clientes podiam não culpados das acusações que lhes foram imputadas, eles acrescentam que esses clientes sempre eram culpados de alguma outra coisa (tradução nossa). ALSCHULER, Albert W. *The Changing Plea Bargaining Debate*. In: California Law Review. Nº 69,1981. p.751.

⁷⁸ Em consulta realizada no dia 07/02/2020, artigo disponível no endereço eletrônico <https://www.conjur.com.br/2019-fev-15/limite-penal-tribunais-eua-sao-tao-dependentes-plea-bargain>

O dado mais relevante é a menção ao projeto *National Registry of Exonerations*, uma iniciativa norte-americana da *University of Michigan Law School* e do *Center on Wrongful Convictions at Northwestern University School of Law*. O projeto busca, em síntese, a revisão de sentença criminais errôneas. Aponta o artigo que o projeto começou em 1989 e que até 2014 havia sido contabilizado a revisão de 2006 processos, sendo que desses, 362 (18% do total) tiveram suas sentenças condenatórias baseadas em admissões de culpa (*guilty pleas*), dentro da sistemática da justiça penal consensual.

O site do projeto pode ser diretamente acessado no endereço eletrônico <https://www.law.umich.edu/special/exoneration/Pages/about.aspx>. Sua consulta permite visualizar, em um gráfico com impressionante precisão e interatividade, os dados atuais. O programa na data da consulta (07/02/2020) contava com 2554 revisões de condenações. Desse total de casos revistos, somente 507 envolviam *guilty pleas*, totalizando, assim, um percentual de cerca de 19,85%.

No mesmo artigo de Dylan Walsh é possível identificar uma informação recorrente sobre a justiça norte-americana, a de que cerca de 97% dos processos criminais federais são resolvidos por negociação entre as partes e que semelhante percentual é observado também em nível estadual.

Sendo assim, torna-se uma questão de proporção matemática elementar concluir que o índice de revisões de sentenças criminais baseadas em *guilty pleas* deveria estar próximo dos 90% e não dos 15/20%. É razoável supor que possam existir explicações decorrentes da metodologia de trabalho adotada para explicar essa discrepância.

No artigo *Innocents Who Plead Guilty*⁷⁹, a própria equipe do *National Registry of Exonerations* propõe-se a analisar essa discrepância. O texto sugere que apesar dos números indicarem que os réus que realizam um *guilty plea* seriam menos inocentes que os que vão ao júri isso não seria verdade. Primeiramente, porque os réus que firmam um *guilty plea* possuiriam uma profunda dificuldade de demonstrar que são inocentes, pois a sistemática processual norte-americana traz uma série de dificuldade extras para a revisão do seu caso. Ademais, outra razão para discrepância seria o fato da pena aplicada para esses acusados serem bem mais leves. Assim, após cumprida a pena, muitos devem preferir deixar a injustiça para trás e seguir suas vidas.

Apesar das explicações aventadas soarem coerentes e verossímeis, não é

⁷⁹ Artigo *Innocents Who Plead Guilty* disponível no endereço eletrônico <https://www.law.umich.edu/special/exoneration/Documents/NRE.Guilty.Plea.Article1.pdf>.

razoável acreditar que tais explicações façam o resultado obtido variar mais de quatro vezes para o resultado proporcional esperado. Portanto, parece logicamente adequado formular duas conclusões.

Primeira, os instrumentos de negociação no processo penal não são essa máquina de produzir injustiça que se propaga. Com isso, não se ambiciona afirmar que inocentes não celebram *plea bargainings*. Ao contrário, o próprio estudo aponta que sim. Também não se pretende afastar a dramaticidade de um inocente se afirmar culpado. A única pretensão é concluir que o que foi enunciado, ou seja, que o uso do consenso não é essa máquina de produzir injustiça, ao menos não mais do que o “tradicional” processo penal.

Segunda conclusão que razoavelmente pode-se propor é a de que a grande parte das culpas declaradas em juízo são adequadas. Afinal, com o espectro de 90/95% dos casos sendo julgados com *plea bargaining* era matematicamente mandatário um percentual muito superior de revisões criminais de casos dessa natureza. Destaque-se ainda que o indivíduo condenado indevidamente através de um *guilty plea* está muitas vezes solto e pode, assim, colaborar muito mais ativamente com a reforma de sua sentença. Portanto, os indícios coletados indicam que a grande maioria dos réus que celebram um *plea bargaining* devem efetivamente ser culpados ou, ao menos, percebem a impossibilidade de infirmar a acusação formulada, e este é o grande ponto que precisa ser enfrentado.⁸⁰

O sistema jurídico como um todo tem o potencial de produzir julgamentos errados. Conscientes desse ponto, a questão para pesquisa deve ser colocada não sob a perspectiva de quantos inocentes confessam uma culpa inexistente e são indevidamente condenados e sim sob o prisma de quantos inocentes que confessam uma suposta culpa inexistente teriam a real chance de serem absolvidos em um eventual julgamento. Esse é o número relevante.

É possível identificar na retórica de grande parte dos detratores das ferramentas de consenso argumentos cuja higidez pressupõem um sistema jurídico perfeito, composto por juízes zelosos, advogados plenamente capacitados, com tempo e uma

⁸⁰ A grande preocupação no estudo do consenso no processo penal é a garantia da voluntariedade do acusado na adesão ao acordo. Nesse tópico, deve-se atentar que, como bem indica Langer, a ausência de opções racionais para escolher não corresponde a involuntariedade. Há muitas ocasiões em que acordos negativos são aceitos, pois não podem ser racionalmente negados e ainda assim não podem ser considerados oriundos de coerção. LANGER, Máximo. Rethinking Plea Bargaining: The Practice and Reform of Prosecutorial Adjudication in American Criminal Procedure. American Journal of Criminal Law, Vol. 33, p. 223, 2006, UCLA School of Law Research Paper No. 06-37. p. 232

ampla capacidade probatória. Contudo, o mundo real não é assim e caso assim fosse utilizar o consenso no processo penal não seria fonte de nenhuma preocupação, pois somente réus efetivamente culpados declarariam sua culpa. Na realidade, os integrantes do rol dos 19,85% dos absolvidos pelo projeto *National Registry of Exonerations* e todos os demais réus indevidamente condenados que valeram-se do *guilty plea* se houvessem decidido por enfrentar um julgamento, muito provavelmente teriam sido condenados e hoje, com sorte, integrariam a outra parte lista dos absolvidos do projeto, a dos injustamente condenados, ou estariam cumprindo pesadas penas.⁸¹

Conclui-se, portanto, que realmente há risco de indevidas condenações na utilização de instrumentos de consenso, não se pode negar. Todavia, não há razão aceitável para pressupor que a possibilidade de isso ocorrer em um processo concluído mediante uma sentença decorrente de um acordo seja muito maior do que a chances vivenciadas nos julgamentos realizados atualmente pelos tribunais. Inviável, destarte, infirmar o uso dos mecanismos consensuais, por esse fundamento.

Já a questão da igualdade é um tanto mais intrincada.

Há de se reconhecer uma fragilização da isonomia como decorrência natural da adoção de critérios de oportunidade. A legalidade, de certa forma, assegura a igualdade de tratamento das partes. O mesmo não se pode dizer da oportunidade, pois não se pode ignorar a possibilidade de interesses extraprocessuais influírem na decisão do acusador.

Ainda que sujeito ao crivo da obrigatoriedade ou a uma discricionariedade regrada, a mera abertura ao consenso tem o potencial de gerar uma fragilização da igualdade.

Por outro lado, conferir certo poder de disposição ao órgão da acusação tem o mérito de permitir a adoção de uma resposta mais adequada ao caso concreto, notadamente em uma sociedade tão diversificada e plural como a contemporânea. Assim, os mecanismos de consenso têm a potencial capacidade de trazer resultados mais inteligentes do que os obteníveis com a mera sentença penal prolatada verticalmente. Culpado e inocente são categorias drásticas e restritas, preto ou branco, que não correspondem à realidade da vida, a qual tem muitas áreas cinzas.

Uma forma para evitar abusos, ou ao menos mitigá-los, é a transparência e

⁸¹ *Ibidem*. p. 229 e 230. Dados indicam que sistema judiciário federal americano, as sentença advindas de *guilty pleas* são em média 60% menores que as prolatadas após julgamento. Ainda mais relevante para o presente tópico, 77% dos julgamentos resultam em condenações.

publicidade dos acordos, com o devido controle jurisdicional.

Interessante contribuição para o tema pode ser extraída da obra de LAFAVE, ISRAEL, e KING ao reproduzirem o enunciado aprovado pela ABA em 1968 tratando sobre a legitimidade de penas distintas para acusados que celebram acordos (*plea bargaining*) e acusados que são regularmente processados. A associação de advogados americanos apontou 6 motivos que justificariam a adoção de penas desiguais⁸²:

1) com o acordo a punição ocorre de forma célere e mais próxima do fato delitivo. Desse modo, seria possível atender o consagrado princípio que prevê que a punição pode ser menos severa quando é imediata e certa.⁸³

2) a confissão de culpa demonstraria uma propensão do acusado a assumir responsabilidade por suas condutas. Esse argumento é criticável, pois não se sabe ao certo se o motivo da confissão é arrependimento ou meramente se valer do benefício.

3) o acordo gera penas mais brandas que permitem a adoção mais regular de medidas corretivas alternativas que são mais apropriadas para ressocialização

4) o consenso previne a realização de julgamentos inapropriados, poupando, assim, um grande constrangimento para a vítima, a exposição de segredos e outros efeitos negativos extraprocessuais correlatos.

5) os benefícios penais decorrentes do acordo geram a cooperação do acusado, que resulta ou pode resultar na condenação de outros criminosos.

6) a sistemática do acordo alivia o sistema judicial, liberando potencialidades, o que permitiria a correta e pronta punição de outros acusados.

Em suma, a isonomia é fragilizada, mas não quebrada. Primeiro, porque a situação de um acusado que confessa sua prática delitiva e busca o consenso não é idêntica a de outro que nega por completo seus atos. O próprio direito penal vigente já

⁸² LAFAVE, Wayne R.; ISRAEL, Jerold H; KING, Nancy J. Criminal Procedure. Thomson West, 4ª edição. 2004. P.970

⁸³ Essa mesma virtude é apontada por Tonini, ao reconhecer que nos moldes dos princípios inspiradores do processo penal uma penalidade leve, mas aplicada imediatamente após o crime, tem uma eficácia de prevenção geral superior a uma penalidade mais séria, mas aplicada tempos depois, sujeito ao julgamento de recurso, "incerta" não apenas em relação ao quantum, mas também em relação à execução efetiva da própria pena em si.

"D'altra parte, i principi ispiratori del diritto penale non sono sconosciuti: come abbiamo anticipato una pena mite, ma applicata con prontezza dopo il fatto di reato, ha un'efficacia di prevenzione generale superiore a una pena più grave, ma applicata a distanza di tempo, sottoponibile al giudizio di apelo "incerta" non solo relativamente al quantum, ma anche in relazione ad una effettiva esecuzione della pena stessa." TONINI, Paolo. Manuale di Procedura Penale. Settima edizione. Giuffrè Editore, 2006. p. 625.

"Por outro lado, os princípios inspiradores do direito penal não são desconsiderados: como antecipamos, uma pena leve, que é aplicada imediatamente após o crime ter sido cometido, tem uma eficácia geral de prevenção superior a uma pena mais grave, mas aplicada à distância. do tempo, sujeito ao julgamento "incerto" de um recurso, não só em relação ao *quantuma*, mas também em relação a uma execução efetiva da própria pena. (tradução nossa)"

reconhece essa diferença e trata de forma desigual os acusados ao prever uma causa de atenuação da pena com a confissão. Segundo, porque a adequada e cuidadosa construção dos instrumentos de consenso, com atenção a publicidade dos atos, a participação ativa do acusado e seu defensor e a adequada tutela jurisdicional, tem o condão de inocular elementos que impeçam a injustificada desigualdade. Por fim, a isonomia, como os demais direitos fundamentais, não pode ser compreendida como um valor absoluto devendo ser compatibilizada com todo o sistema de valores constitucionais.

2.3.3 A problemática da verdade

Durante muitos anos o princípio da verdade real vigeu absoluto no processo penal. Com fundamento nele compreendia-se que competia ao magistrado tomar todas as medidas necessárias, inclusive a produção de ofício de provas, para esclarecer os fatos e alcançar essa verdade real.

Esse conceito se oporia ao vigente no processo civil chamado de verdade formal, no qual a certeza poderia ser obtida mediante a mera ausência de impugnação dos fatos arguidos na petição inicial, ou seja, poderiam decorrer de uma presunção legal. Já no processo penal seria necessário a efetiva materialização da prova, afinal, por força da presunção de inocência, o silêncio do réu ou até mesmo a confissão não são, ao menos em tese, suficientes para embasar uma confissão, *“competindo à acusação a produção de provas da existência do fato e da respectiva autoria, falando-se, por isso, em uma verdade material”*.⁸⁴

A crítica mais feraz direcionada ao princípio da verdade real dirige-se ao fato dele ter servido como embasamento ideológico para um processo penal inquisitorial e permeado de abusos de autoridade, pois, para alcançar essa tão almejada verdade “real” tudo seria justificável.

Em um modelo de processo penal acusatório, em que os papéis do juiz, da acusação e da defesa estão devidamente demarcados e no qual os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa dão a tônica da instrução processual esse paradigma da verdade real não mais pode prosperar.

Nessa toada, Oliveira (2009, p.571) busca solucionar a questão afirmando que

⁸⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. 12ª edição. Rio de Janeiro: Editora *Lumen Juris*, 2009.p.323.

“toda a verdade judicial é sempre uma verdade processual”. Isso decorreria do fato dela ser produzida no curso de um processo, *“mas, sobretudo, por tratar-se de uma certeza de natureza exclusivamente jurídica”*.

Rosimeire Leite aponta a verdade processual como a verdade possível de ser atingida, a qual *“embora não seja um reconstituição fática plena é legítima e aceitável pela observância do devido processo legal e das normas que compõem o sistema jurídico de um país em dado momento histórico.”*⁸⁵

Sem pretender afirmar que a posição do ilustre professor paranaense está equivocada, a expressão verdade processual é um termo que pouco elucida – Taruffo argumenta nesse sentido⁸⁶. Ademais, nada impede que essa verdade seja, além de processual, real. Igualmente, é difícil vislumbrar qual a efetiva diferença entre uma certeza jurídica e outra certeza dita ordinária. O certo é o certo.

Aury Lopes Junior (2013, p.575) assume posição extremada e nega *“completamente a obtenção da verdade como função do processo ou adjetivo da sentença”*. Assim, a sentença seria um *“ato de convencimento formado em contraditório e a partir do respeito às regras do devido processo. Se isso coincidir com a ‘verdade’,*

⁸⁵ LEITE, Rosimeire Ventura. Justiça Consensual e Efetividade do Processo Penal. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p.38.

⁸⁶ Michelle Taruffo ao tecer notas sobre a verdade no processo, aponta distinções inúteis. Uma delas é exatamente a que se põe entre verdade formal ou processual e verdade real. Nas palavras do mestre italiano:

“Outra distinção carente de fundamento que se pode rapidamente deixar de lado (não obstante se trate de um consenso bastante difundido) é aquela que se põe entre verdade formal ou processual, que se estabelece no contexto do processo, e verdade real, que seria apurada somente fora do processo, Há até mesmo quem diga que no processo se obtém somente uma «fixação formal» dos fatos da causa, que não teria qualquer relação com a verdade. A justificativa dessa distinção parece consistir na circunstância de que no processo existem normas que concernem às provas (condicionando, portanto, de várias maneiras a apuração dos fatos) e regras (como aquelas sobre a coisa julgada) que põem fim à busca da verdade. Pelo contrário, fora do processo a busca da verdade «verdadeira» poderia desenvolver-se de forma livre e ilimitada.

“Esse modo de argumentar é, entretanto, falacioso. Por um lado, pode-se dizer que, em linhas gerais, não existem diferentes espécies de verdade, que dependeriam de se estar no interior ou no exterior do processo; como foi dito várias vezes, a verdade dos enunciados sobre fatos da causa é determinada pela realidade desses fatos, e isso acontece seja no processo, seja fora dele. Portanto, a distinção entre verdade «processual» e verdade «real» carece de fundamento.” Se, pois, pensarmos que fora do processo são apuradas verdades absolutas que no processo não são cognoscíveis, valerá, a propósito, o que foi dito há pouco. Quanto às regras que concernem à admissão, à produção- e, por vezes, até mesmo à valoração das provas - pode-se observar que essas podem limitar ou condicionar de modos diferentes a busca da verdade: isso não implica, entretanto, que essas determinem a descoberta de uma verdade diferente daquela que se poderia descobrir fora do processo.” Pode-se somente dizer que essas produzem um déficit na apuração da verdade que se dá no processo, já que, por exemplo, obstam a produção de provas relevantes à apuração dos fatos cujo conhecimento é importante para a decisão.” Esse déficit não implica que haja uma verdade processual: implica somente que, em um processo em que vigem normas limitadoras da possibilidade de servir-se de todas as provas relevantes, apura-se somente uma verdade limitada e incompleta, ou - nos casos mais graves - não se apura verdade alguma. O problema, então, não concerne à verdade, mas aos limites em que a disciplina do processo consente que essa seja apurada.” TARUFFO, Michele. Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos. Tradução: Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2016. p. 106 e 107.

muito bem. Importa é considerar que a ‘verdade’ é contingencial e não fundante.”

Frise-se que Lopes Junior não nega a possibilidade de existir verdade no processo penal. O grande ponto de sua proposição é a mudança de perspectiva, na qual a verdade deixa de ser uma característica estruturante da sentença e do processo e torna-se meramente contingencial.

Dentro da estrutura do processo penal, o debate sobre a verdade se insere no âmbito do estudo da prova, tendo, conseqüentemente, grande relevância no momento da prolação da sentença. Sem embargo de todo o amplo material já produzido sobre o tema, parece que o ponto nevrálgico do problema da verdade no processo consiste na correta definição do que seja verdade, conhecimento que transborda a área do saber jurídico e está mais afeto à filosofia.

A verdade pode ser abordada sobre um aspecto primordialmente metafísico. Fala-se então de uma verdade ontológica. É nessa perspectiva que Jesus Cristo, o logos encarnado, afirma ser “o Caminho, a Verdade e a Vida”. Igualmente, é também nessa chave que devem ser interpretados os ensinamentos de Santo Agostinho de que “*a verdade habita no interior do homem*”⁸⁷. Não se pretende aqui tratá-la sob esse enfoque.

Mais adequado para o presente trabalho é abordar a verdade⁸⁸ com o ferramental fornecido pela ciência da lógica, uma área da filosofia criada originalmente por Aristóteles e que tem por finalidade estudar “*a razão como instrumento da ciência, ou meio de adquirir e possuir a verdade*”.⁸⁹

A abordagem sobre o tema da verdade que doravante se promoverá, utilizará elementos especialmente afetos à ciência filosófica e terá como marco teórico as conclusões formatadas por Michele Taruffo em seus trabalhos sobre o tema, notadamente, no livro intitulado “Uma simples verdade. O Juiz e a construção dos fatos.” e no artigo “Verdade negociada?”.

Em sua obra, Taruffo faz um pequeno apanhado histórico para demonstrar como na pós-modernidade o conceito de verdade foi considerado “*instrumento superado e não*

⁸⁷ AGOSTINHO, Santo. A verdadeira religião. São Paulo: Edições Paulinas, 1987. p.106.

⁸⁸ Bem aponta LEITE (2013, p.35) que “*desvendar o que é a verdade, ou quais requisitos um juízo deve satisfazer para ser tido como verdadeiro é um dos grandes desafios do conhecimento humano*”. Contudo, acredita-se que essa empreitada é realizável e que, ao contrário do alardeado na mesma obra, por mais que diversas concepções de verdade possam ser apresentadas por diferentes correntes filosóficas, seu “verdadeiro” significado é somente um.

⁸⁹ MARITAIN, Jacques. A Ordem dos Conceitos – Lógica Menor (Lógica Formal). 3ª edição. Rio de Janeiro: Livraria Agir Editora, 1958. p.07

*confiável*⁹⁰. Por reputar errôneo semelhante entendimento, sem, contudo, afastar por completo eventuais aquisições intelectuais da pós-modernidade, tais como a “*problematização da linguagem e de suas complicadas relações com a realidade, a importância atribuída à dimensão contextual dos fenômenos e uma racional relativização dos conceitos*”⁹¹, o professor da Universidade de Pavia fixa algumas premissas que são inteiramente acolhidas no presente trabalho:

P1) O mundo externo existe na sua materialidade empírica;

P2) Um enunciado no qual se diz que um evento do mundo externo verificou-se assim e assim, é verdadeiro se aquele evento se verificou assim e assim, e é falso em caso contrário.

P3) Um enunciado sobre um evento do mundo externo é considerado verdadeiro se existem razões suficientes a justificar aquilo que o enunciado diz acerca daquele evento.

P4) Existe a possibilidade de descobrir, com métodos adequados e confiáveis, a verdade sobre eventos do mundo externo.⁹²

Desse modo, a par de qualquer debate sobre a verdade, seja ela real, formal, processual ou qualquer outro adjetivo que a qualifique, é importante ter como pressuposto, sob pena de cair na “*alienação pessoal decorrente de um extremo ceticismo filosófico que afirma duvidar existir um mundo externo ou passado ou outras mentes*”⁹³, de que a realidade existe e se impõe ao indivíduo. Partindo-se dessa verdade lógica tão básica é possível chegar a outras, menos ou mais elaboradas.

Independente do grau de complexidade da verdade que se pretenda obter, sua correta compreensão impõe reconhecê-la como uma qualidade do juízo. Melhor explicando; o intelecto humano ao conhecer a realidade formula diversos juízos; quando o juízo afirmado está em conformidade com essa realidade conhecida, diz-se que ele é verdadeiro.⁹⁴ Assim, a verdade se apresenta como uma qualidade do juízo que surge

⁹⁰ TARUFFO, Michele. Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos. Tradução: Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2016. p.95.

⁹¹ *Ibidem*. p.99.

⁹² TARUFFO, Michele. Verdade Negociada? Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Volume XIII. Periódico da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ. Premissas retiradas *ipsis litteris* da obra, a qual apresenta de forma resumida as conclusões do livro anteriormente mencionado.

⁹³ TARUFFO, Michele. Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos. Tradução: Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2016. p.98.

⁹⁴ Como dito, o presente trabalho parte do marco teórico de que o leitor compreende e aceita a realidade e reconhece a existência de verdades. Assim, eventuais “*deniers da verdade*” (expressão citada por Taruffo) terão dificuldades em avançar na leitura. A esses questiona-se: a afirmação de não existir verdades ou a alegação das

quando presente “adequação entre o intelecto e a coisa”⁹⁵.

LADUSÃNS⁹⁶ desmonta um equívoco recorrente quando é analisada a temática da verdade e que possui larga reverberação no campo do direito processual. Considerando que conhecer a verdade demanda um intelecto humano que conhece e um objeto que é conhecido, afirmar que um juízo é verdadeiro não equivale a dizer que o intelecto entendeu toda a coisa. Muitas vezes essa primordial distinção é negligenciada, o que gera confusão.

verdades serem meras construções sociais e/ou linguísticas são uma verdade em si ou algo relativo também? Essa questão é intransponível para um *denier*.

Sem embargo, o brilhante trecho da obra de Ladusãns tem a capacidade de clarear a mais cética (desde que honesta e sincera) das mentes:

“A gnosiologia cria no nosso eu concreto o conhecimento da verdade, como se ele não a pudesse conhecer antes do processo gnosiológico ou não o cria, isto é, não sendo onipotente, aceita reverentemente o dado do conhecimento da verdade, porque ele se impõe naturalmente com uma evidência inegável, indubitável? - eis uma pergunta importante.

‘Respondendo a esta pergunta fenomenologicamente, resulta a declaração de que o conhecimento da verdade não é uma criação do gnosiólogo, mas é um fenômeno natural, um dado natural espontâneo. O filosofar gnosiológico começado inicia a ciência gnosiológica, mas não inicia o conhecimento humano da verdade, que se dá naturalmente. O homem manifesta este fato, com naturalidade espontânea, em diversas maneiras. A presente declaração fenomenológica ressalta estas manifestações, que convergem para evidenciar que o homem conhece naturalmente a verdade.

‘A) - É um fato inegável que o homem, antes de iniciar o filosofar gnosiológico, distingue nitidamente na sua espontaneidade intelectual entre a verdade e a falsidade. Ele estima e procura a verdade, não a falsidade, que rejeita. Isto manifesta que o homem conhece, já na sua espontaneidade natural, a verdade e tem a consciência de que isto resulta em virtude do exercício das faculdades cognitivas que possui.

‘B) - Antes de iniciar o filosofar gnosiológico, o homem espontâneo sabe que sabe, tendo a consciência de que erra; sabe que não sabe, tendo a consciência de que não vê o que é, de que não vê que não erra, de ‘que duvida, ignora etc. Isto manifesta que o homem já no seu exercício espontâneo do conhecimento sabe o que é conhecer a verdade, o que é conhecer a verdade com certeza etc.

‘C) - O homem, mesmo sem exercer a reflexão gnosiológica sobre o conhecimento, sabe que há verdades fáceis, verdades difíceis e verdades inacessíveis. Também isto manifesta claramente, que o homem, exercendo as suas faculdades cognitivas, tem de fato o conhecimento natural da verdade.

‘D) - O homem pré-filósofo efetua na sua vida intelectual espontânea, antes de iniciar o filosofar gnosiológico, não poucas vezes a correção de erros. Como se processa este fenômeno? Tendo como pano de fundo o conhecimento da verdade: descobrindo a verdade, o homem sai na sua espontaneidade intelectual da falsidade e permanece irreformavelmente no conhecimento da verdade. Isto é um sinal que manifesta que o homem conhece naturalmente a verdade ao descobrir o que é. Ele é consciente então de que sabe, isto é, sabe que sabe.

E) - Mais! ... A mencionada tese de que o homem conhece naturalmente a verdade encontra na presente investigação fenomenológica uma forte razão constatando o dado evidente de que o homem, um animal racional, é levado, já antes do filosofar gnosiológico, a acumular as verdades; ele funda nelas, sem hesitação, a vida prática e a cultura. Realmente, é inegável esta presença fundante do conhecimento humano na cultura e na vida! . . . Assim, antes do filosofar gnosiológico, a nossa cultura teórica, que aperfeiçoa o intelecto, sem ultrapassar as suas fronteiras, não encontra a sua autenticidade, o seu sentido genuíno senão encontrando como fundamento o conhecimento da verdade, como isso consta, por exemplo, pelo fato de que o físico, o químico, o biólogo, o psicólogo etc. recorrem, respectivamente, a uma realização paciente e, às vezes, muito dispendiosa, dos experimentos, bem como às suposições teóricas, para encontrar o autêntico conhecimento das verdades e criar as verdadeiras ciências naturais e humanas, que manifestam assim que o homem conhece naturalmente, com validade, tantas verdades...” LADUSÃNS Pe. Stanislavs. Gnosiologia Pluridimensional. Fenomenologia do Conhecimento e Gnosiologia Crítica Geral. São Paulo: Editora. Loyola, 1992. p.38.

⁹⁵ *Ibidem*. p.40

⁹⁶ *Ibidem*. p.42 e 43.

A verdade chega aos seres humanos sob diversas perspectivas e enfoques. Desde que a afirmação constante do juízo seja efetivamente verificável, ela será verdadeira – ainda que a afirmação não abarque toda a coisa, ainda que o juízo seja incompleto.

O esclarecimento dos conceitos básicos atinentes ao tema permite constatar que a sentença que encerra um processo penal nada mais é que um juízo. Nesse juízo, o magistrado, após entender a acusação que é formulada, a defesa apresentada e, especialmente, as provas produzidas, manifesta-se fundamentadamente sobre o que ocorreu. Ora, sendo a verdade a qualidade do juízo que está adequado com a realidade, é imperioso que a sentença seja fundamentalmente verdadeira, ou seja, que o juízo prolatado pelo magistrado esteja em conformidade com o ocorrido na realidade.

Se essa sentença alcançará de fato a verdade não é possível afirmar *a priori*. Todavia, caso o magistrado não esteja convencido de poder afirmar os fatos que fundamentam a sentença com plena veracidade, ou seja, não poder imputar a prática desses fatos além de qualquer dúvida razoável ao acusado, impõe-se absolver o réu, por força do princípio da presunção da inocência. Essa é a solução fornecida pelo devido processo penal constitucional acusatório para o problema da verdade.

Importante nesse ponto lembrar a finalidade do processo penal, destacada no início do capítulo dois, a qual foi fixada como a verificação de uma hipótese. Essa verificação consiste exatamente em afirmar se essa hipótese trazida ao Judiciário é verdadeira ou falsa.

A capacidade de inteligência do ser humano é limitada. No processo penal, a essas limitações naturais são acrescentadas as limitações decorrentes da escrupulosa observância do contraditório e da ampla defesa. Assim, ao término da instrução probatória (podia-se dizer do experimento científico), após a limitada inteligência disponível, caso não seja possível afirmar além de qualquer dúvida razoável que a hipótese é verdadeira, impõe-se declarar a inocência do acusado.

É claro, erros podem ocorrer. Verdade e certeza são elementos correlatos, mas não idênticos. O magistrado pode estar certo de estar na verdade e, no entanto, estar laborando na falsidade. Por isso, deve ser, como é, ampla a possibilidade de rever decisões condenatórias.

Ultrapassado esse longo introito sob a verdade, cabe agora analisar o problema da verdade no uso dos mecanismos consensuais.

Quando aberto espaços de consenso no processo penal seria ainda importante

a verdade?

Nos instrumentos cujo acordo não implicam na condenação do acusado, não há problemas de maiores complexidades a serem enfrentados. Também por essa razão, institutos como transação penal e suspensão condicional do processo já estão consolidados em nosso ordenamento. Os grandes desafios se apresentam nos casos em que por força do consenso deverá ser prolatada uma sentença condenatória. Nessas situações, é fácil notar uma afronta a finalidade do processo penal definida como a verificação de uma hipótese, pois não são esmiúçados os fatos.

Quando o processo penal é submetido a um instrumento consensual, como regra, a fase probatória é abortada. Assim, não há uma profunda intelecção dos fatos pelo magistrado. Nesses termos, seria possível apontar que o processo penal consensual não é epistêmico.

Andrade (2019, p.103) coloca o problema sob a perspectiva da suficiência ou não da verdade consensual. O acordo das partes produziria uma verdade consensual e ela seria suficiente para fundamentar a sentença. Apesar da conclusão final ser adequada, a abordagem repete o erro recorrente de encarar de forma defeituosa o fenômeno da verdade.

Nenhum consenso produz por si verdade, a qual é uma característica do juízo que se adequa a realidade. Ainda que todas as pessoas concordem que um quadrado tem três lados, caso uma sentença seja prolatada com fundamento nesse consenso, não será verdadeiro esse juízo. Em suma, não existe na realidade a dita verdade consensual – sem prejuízo de pontualmente um consenso ser estritamente verdadeiro.

Não obstante, é necessário concordar com Andrade quando afirma que “*a solução antecipada alicerçada na assunção de culpa pelo arguido não significa um recuo inadmissível da verdade.*”⁹⁷ Antes de maiores digressões sobre a proposição transcrita, é salutar fixar expressamente um pressuposto que deve ser inegociável: a inadmissibilidade da condenação criminal de um réu com base exclusivamente em sua suposta confissão, no reconhecimento do cometimento dos fatos imputados pelo acusado.

A homologação judicial de um acordo processual penal com a consequente prolação de uma sentença condenatória deve sempre ser realizada em audiência, na qual deverão estar presentes o acusado e seu defensor. Ademais, deverá ser precedida

⁹⁷ ANDRADE, Flavio da Silva Andrade. *Justiça Penal Consensual: Controvérsias e Desafios*. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p.106.

de uma minuciosa análise dos elementos de convicção produzidos no inquérito policial, os quais deverão fornecer informações suficientes e hábeis a subsidiar o magistrado a proferir a sentença convencido da verdade dos fatos alegados no acordo.

Com precisão leciona Rosimeire Leite ⁹⁸:

Na justiça penal consensual, não há apuração detalhada do fato criminoso e de sua autoria. Informações colhidas na fase de investigações preliminares, em regra, são o suporte para a decisão judicial, juntamente com o acordo. O que se valoriza é a manifestação de vontade aceitando o estabelecimento de sanção ou medida, independente de discussões acerca do que efetivamente ocorreu. Prevalece o que ficou pactuado entre as partes, cabendo ao juiz verificar os requisitos legais do acordo e elementos mínimos que sustentem a existência do delito e a participação do imputado (grifos nossos).

Percebe-se, assim, que a grande celeuma não está no quesito da verdade, a qual deverá continuar sendo o objetivo do julgador, mas sim no aproveitamento dos elementos informativos da fase inquisitorial (normalmente o inquérito policial) para fundamentar o juízo do magistrado. Todavia, justifica-se semelhante medida pelo fato do acusado ter livremente escolhido dispensar a fase processual de instrução probatória.

O reconhecimento de que a escolha pela formalização de um acordo substitui legitimamente a opção de esgotamento da instrução probatória é expressamente abordada por Bernd Schünemann em sua obra sobre a reforma do processo penal.

Así, el principio in dubio pro reo es una regla para decidir luego de agotar todos los medios de obtención de conocimiento. Por tanto, no afecta el proceso de conformidad o acuerdo y tampoco la decisión final, porque el comportamiento "acordado" justamente pasa a ocupar el lugar del agotamiento de todos los medios de obtener conocimiento.⁹⁹

Com semelhante interpretação, a finalidade do processo penal continua sendo atendida, afinal, mesmo no caso de uma homologação de acordo, o magistrado permanece incumbido de julgar a hipótese levantada. Como cientista que é, o juiz utilizará o conjunto de ferramentas disponíveis, o qual é profundamente limitado pela escolha do acusado de utilizar o instrumento consensual. Percebe-se, assim, a

⁹⁸ Leite. *Op.Cit.*. p.38.

⁹⁹ Assim, o princípio in dubio pro reo é um regra para decidir depois de esgotar todos os meios de obtenção de conhecimento. Portanto, não afeta o processo de conformidade ou acordo e tampouco a decisão final, porque o comportamento "acordado" passa justamente a ocupar o necessidade de esgotamento de todos os meios de obter conhecimento (tradução nossa). SCHÜNEMANN, Bernd. *La Reforma del Proceso Penal*. Madrid:Editorial DYKINSON, 2005. p 100.

importância de se verificar quando da audiência de homologação a espontaneidade e voluntariedade do acordo.

Em inúmeras situações fáticas, as evidências coletadas nas investigações fazem com que o consenso e a verdade se cruzem, o que pode e deve ser aproveitado para se construir soluções mais céleres e legítimas a bem da sociedade e dos envolvidos no fato delitivo.¹⁰⁰

2.4 O triunfo da economia, do utilitarismo e do pragmatismo.

Como bem aponta Giacomolli, *“o utilitarismo Estatal predomina no consciente e no inconsciente dos operadores jurídicos”*¹⁰¹. Com essa carga ideológica sob o imaginário dos exercitores¹⁰² do direito, parece natural, e quiçá inevitável, a expansão dos espaços de consenso no processo penal.

Coadunado a essa tendência estrutural, o fato dos instrumentos de consenso realmente gerarem uma substancial economia ao sistema e serem de grande praticidade, por certo, retroalimentam a apontada predisposição. Nessa exata linha seguem as conclusões dos estudos de Schünemann:

*De acuerdo a este diagnóstico, la estimación que gozan las conformidades o acuerdos en la denominada "élite de estrados de la justicia" (conformada por los actores profesionales del proceso penal y, con esto, también por los jueces) se debe a la enorme utilidad que los jueces, como así también fiscales y abogados, obtienen de las conformidades o acuerdos en su trabajo diario.*¹⁰³

Por outro lado, como visto, as oposições levantadas contra a realização de acordos em matéria penal não têm o condão de efetivamente tornar ilegal ou ilegítima a prática. Ao contrário, todas são desafiáveis por argumentos razoáveis e sólidos, cuja aceitação independe de maiores atos volitivos do exegeta.

¹⁰⁰ ANDRADE, Flavio da Silva Andrade. *Justiça Penal Consensual: Controvérsias e Desafios*. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p.106.

¹⁰¹ GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, Oportunidade e Consenso no Processo Penal na Perspectiva das Garantias Constitucionais: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal, Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.p. 92.

¹⁰² Interessante artigo disponível no site jurídico Migalhas analisa a expressão operador jurídico e demonstra como seria mais adequada a utilização do termo exercitor jurídico. <https://www.migalhas.com.br/depeso/30003/operadores-ou-exercitores-do-direito>

¹⁰³ De acordo com esse diagnóstico, o prestígio que gozam as conformidades ou acordo na denominada “elite da Justiça” (composta pelos atores profissionais do processo penal e, com isto, também pelos juízes) se deve a enorme utilidade que os juízes, assim como também os promotores e advogados obtêm das conformidades ou acordos em seu trabalho diário (tradução nossa). SCHÜNEMANN, Bernd. *La Reforma del Proceso Penal*. Madrid: Editorial DYKINSON, 2005. p.103.

Não se pretende, e não se pode admitir, o menoscabo de direitos fundamentais dos acusados. Portanto, impõe-se ter como inquestionável que a mera confissão do acusado não pode ser suficiente para embasar um decreto condenatório penal. Ademais, eventual possibilidade de consenso deve estar autorizada por lei e ser controlada por um magistrado em um processo público, dentro dos paradigmas fornecidos pela norma.

Nesse sentido é a lição de Giacomolli:

A possibilidade do órgão acusador ou da defesa de dispor do objeto do processo - acusar, investigar ou manter a acusação - não afeta as principais conquistas da civilização, sempre que o poder de disposição esteja devidamente autorizado por lei, controlado por um magistrado - garantidor dos direitos fundamentais dos autores dos fatos criminais -, e em um processo público.¹⁰⁴

¹⁰⁴ GIACOMOLLI, *Op.Cit.*. p.99.

3) Hipóteses de Consenso no Processo Penal

3.1 Notícias do Direito Comparado

3.1.1 Estados Unidos da América

É adequado começar o estudo sobre espaços de consenso no processo penal sob o enfoque do direito comparado direcionando à atenção ao processo penal norte-americano. Afinal, foram nos Estados Unidos da América, através do uso e desenvolvimento do instituto do *plea bargaining*, que a possibilidade de acordo no processo penal se impôs e se consolidou como uma realidade processual.

Estudar a barganha no processo penal estadunidense é estudar o *plea bargaining*, o qual, por conta de sua longeva e intensa utilização, possui um amplo número de particularidades e discussões e uma farta jurisprudência correlata.

Por uma questão metodológica, é salutar iniciar um estudo pela definição de seus termos. Assim, propõe-se conceituar o que efetivamente seja o *plea bargaining*, sob uma perspectiva da doutrina americana. Tal tarefa, contudo, não é das mais singelas, nem tanto pela diversidade de ordens jurídicas vigentes dentro da nação norte-americana, mas especialmente por conta da ausência de consenso sobre o teor de uma pretendida definição.

Em uma aproximada tradução literal, *plea bargaining* significaria *alegação negociada*. O *Black's Law Dictionary*, conceituada e longeva publicação americana, define *plea bargaining* como o processo através do qual o acusado e o promotor em um processo criminal desenvolvem uma solução mutualmente satisfatória do caso, a qual é sujeita à aprovação do juízo. Geralmente envolve o réu reconhecer sua culpa de um crime menos grave ou somente de alguma(s) das imputações em indiciamentos com mais de uma imputação, em troca de uma sentença menos grave do que a possível sentença no caso da acusação mais grave.¹⁰⁵

John L. Worrall apresenta uma definição mais geral do *plea bargaining*, que consistiria na anuência do réu em se manifestar como culpado em uma acusação

¹⁰⁵ *Black's Law Dictionary*, 6ª edição, 1990, p.1152 – “the process whereby the accused and the prosecutor in a criminal case work out a mutually satisfactory disposition of the case subject to court approval. It usually involves the defendant's pleading guilty to a lesser offense or to only some of the counts of a multicount indictment in return for a lighter sentence than the possible sentence for the graver charge.”

criminal, com a razoável expectativa de receber alguma consideração do Estado.¹⁰⁶ Essa definição, apesar de ser um tanto genérica, tem a virtude de ser bem ampla e, assim, permitir que uma variedade de eventos seja enquadrada na categoria ora estudada.

Sem prejuízo de um minucioso estudo na busca de uma definição mais precisa do instituto, seu adequado entendimento demanda uma compreensão, ao menos superficial, da sistemática processual penal norte-americana, que possui muitas peculiaridades extremamente diferentes do processo penal brasileiro.

Primeiramente, é importante sublinhar que, em sua organização política, os Estados Unidos da América são uma efetiva federação de estados. Como reflexo dessa característica, cada ente da República possui sua própria normativa processual. Destarte, existem nos EUA 52 modelos de processo penal distintos, um para cada um dos 50 estados, outro para a esfera federal e um específico, criado pelo Congresso Nacional, para o Distrito de Columbia.

Ante a multiplicidade de ordens processuais vigentes, a presente análise utilizará como parâmetro o regramento federal, o qual é denominado de *Federal Rules of Criminal Procedure*. Porém, essa abordagem não tornará o estudo artificialmente restrito, pois pode-se afirmar que esse compêndio de regras federais funciona como paradigma para os diversos ordenamentos estaduais.¹⁰⁷

Como regra, nos Estados Unidos da América, após a ocorrência de um fato criminoso e a correspondente etapa investigativa, o promotor (*prosecutor*) deverá decidir se apresentará uma acusação (*charging*) contra o suspeito ao grande júri (*grand jury*). Caso o faça, o acusado será formalmente notificado da imputação realizada.

Para crimes tidos como graves (*felony*), a acusação deve necessariamente ser submetida primeiramente ao grande júri, o qual, após ouvir o envolvido e testemunhas e analisar os elementos probatórios produzidos, decidirá se o acusado deve ser formalmente indiciado (*indictment*) ou não.

¹⁰⁶ WORRALL, John L. *Criminal Procedure From First Contact to Appeal*. 3ª edição. 2009. p. 348 - "the defendant's agreement to plead guilty to a criminal charge with the reasonable expectation of receiving some consideration from the state."

¹⁰⁷ LAFAVE, Wayne R.; ISRAEL, Jerold H; KING, Nancy J. *Criminal Procedure*. Thomson West, 4ª edição. 2004. p.4 a 6. Os autores ensinam que aproximadamente metade dos estados têm leis processuais penais profundamente inspiradas no modelo federal. Ademais, importante destacar que a Constituição norte americana, apesar de não ser estritamente uma lei, é reputada pela *Supreme Court* como a mais importante fonte de normas processuais criminais. Assim, por ser aplicável a todos os entes federativos, ela acaba por gerar uma estrutura processual básica que assegura a observância de princípios e regras comuns mínimos.

A submissão do caso ao *grand jury* é uma exigência constitucional. Contudo, segundo interpretação da Suprema Corte Americana, ela somente se aplica ao governo federal, estando os estados dispensados desse requisito¹⁰⁸. Ademais, mesmo na esfera federal, crimes de menor gravidade (*misdemeanor*) não precisam de passar pelo *federal grand jury*. Porém, em ambas as hipóteses de dispensa, o ato formal do indiciamento (*indictment*) permanece. A diferença é que este ato se dará perante um juiz togado (*court judge*).

Concluída a etapa de *charging* e realizado o *indictment*, o réu é levado a uma nova audiência para uma oitiva inicial (*arraignment*). Nessa etapa, o acusado deverá apresentar sua alegação de culpado ou inocente (*plea of guilty or not guilty*). Caso o réu alegue ser inocente (*plea of not guilty*), será promovido o devido julgamento do acusado com o agendamento das subseqüentes etapas: *discovery*, *preliminary hearing*, *pre-trial motions*, *trial*, *post-trial motions* e *sentencing*. No entanto, caso o acusado afirme ser culpado (*plea of guilty*) ou adote a alegação do *nolo contendere*, consistente em não reconhecer a culpa, mas simultaneamente não desejar contestar as acusações, será marcada uma nova audiência para manifestação expressa dessa decisão perante um magistrado.

Apesar de não conter uma confissão expressa, o *nolo contendere* possui os mesmos efeitos criminais do *guilty plea*. A única distinção é que aquele não produz efeitos na esfera cível em eventual processo de responsabilidade patrimonial.

Com a alegação de culpado ou *nolo contendere*, o réu dispõe do seu direito constitucional de ser devidamente julgado por um júri (*jury trial*) ou juiz togado (*bench trial*), a depender da gravidade da pena cominada, bem como do seu direito de permanecer em silêncio. Assim, o magistrado avança diretamente para a etapa de prolação de sentença (*sentencing*).

Em suma, o *plea bargaining* americano é a negociação entabulada entre promotoria e acusado e seu defensor objetivando um acordo no qual o acusado

¹⁰⁸ As 10 primeiras emendas da Constituição Norte Americana são usualmente denominadas *Bill of Rights Amendments* e têm como principal objeto a garantia de direitos civis e de liberdade. Originalmente, essas emendas eram aplicáveis unicamente na esfera federal. A partir de 1930, com a consolidação e ampla utilização do conceito do devido processo legal (*Fundamental Fairness Doctrine*), a Suprema Corte americana passou a aplicar partes da *Bill of Rights* aos estados, notadamente, requisitos mínimos para um julgamento justo (*fair trial*). Por força do movimento jurisprudencial denominado *Incorporation Doctrine*, que iniciou nos anos de 1940/50 e perdurou até 1960, todo o conteúdo do *Bill of Rights* foram reconhecidos como aplicáveis aos estados. A única exceção é a exigência de indiciamento pelo Grand Jury, prevista na 5ª emenda. Sem embargo, a grande maioria dos estados reproduzem uma norma similar em suas normas processuais.

reconheça sua culpa, ou seja, apresente um *plea of guilty* em troca de benefícios.

No parágrafo anterior, a expressão “acusado” foi deliberadamente utilizada, pois a realização de negociação não demanda que a relação processual já esteja instaurada, podendo ocorrer antes do início formal do processo.

Nos processos penais americanos, dois tipos de acordo podem ser celebrados entre acusação e réu: *sentence bargaining*, no qual a promotoria se prontifica a requerer uma pena específica para o caso, ou a não pedir uma mais grave ou a não se opor a pontual pedido do réu sobre esse tópico; e *charge bargaining*, no qual ou a promotoria apresenta uma acusação menos grave do que as evidências permitiriam ou o acusado reconhece culpa em uma das imputações e as demais são afastadas, em hipóteses de acusações com multiplicidade de fatos criminosos (*multiple charges*).

Como *guilty pleas* são confissões de culpa e envolvem a disposição de direitos processuais de assento constitucional¹⁰⁹, a Suprema Corte Americana exige que as alegações de culpa oriundas de *pleas bargaining* atendam dois requisitos fundamentais: voluntariedade (*voluntarily*) e compreensibilidade (*knowingly*).

O requisito constitucional da voluntariedade impõe que a alegação de culpa seja decorrente de uma decisão espontânea, ou seja, não eivada de coerção, ameaças, agressão física ou psicológica ou resultado da aceitação de alguma promessa, afora a promessa constante no acordo em si.¹¹⁰

É válido destacar que quando da análise da voluntariedade, o magistrado deve ter muita cautela, pois, por vezes, negar o acordo por falta de voluntariedade pode ser extremamente prejudicial para o réu. É o exemplo consubstanciado no caso *United States v. Martinez*¹¹¹. Martinez foi preso por tráfico de drogas e possuía quatro potenciais imputações contra si. Por conta do *plea bargaining*, a promotoria anuiu em somente imputar uma das acusações e dispensar as demais. Contudo, quando do julgamento, o

¹⁰⁹ Com o *guilty plea*, o acusado dispensa seus direitos de ter um julgamento por júri, de examinar e confrontar as testemunhas da acusação, de apresentar provas, de compelir o comparecimento de testemunhas em juízo e requerer que a promotoria comprove culpa além de uma dúvida razoável para condenação. LANGER, Máximo. Rethinking Plea Bargaining: The Practice and Reform of Prosecutorial Adjudication in American Criminal Procedure. American Journal of Criminal Law, Vol. 33, p. 223, 2006, UCLA School of Law Research Paper No. 06-37. p.229

¹¹⁰ *Federal Rules of Criminal Procedure, Rule 11. “Ensuring That a Plea Is Voluntary. Before accepting a plea of guilty or nolo contendere, the court must address the defendant personally in open court and determine that the plea is voluntary and did not result from force, threats, or promises (other than promises in a plea agreement).* Regras Federais de Procedimento Criminal, Regra 11. Garantindo que uma alegação seja voluntária. Antes de aceitar uma alegação de culpado ou nolo contendere, o tribunal deve dirigir-se pessoalmente ao réu em sessão pública e determinar que a alegação é voluntária e não resultou de força, ameaças ou promessas (exceto promessas em um acordo de alegação). (tradução nossa)

¹¹¹ 486 F.2d 15 (5th /cir. 1973) Vide caso completo em <https://casetext.com/case/united-states-v-martinez-45> consulta em 04/10/2019.

juiz afastou o acordo, pois percebeu que o acusado tinha entendido ao alegar culpa que nada aconteceria com ele. O advogado do réu insistiu que ainda assim fosse aceito *guilty plea*, pois a promotoria tinha material para condená-lo nas 4 acusações e foi o que acabou ocorrendo, ante a negativa de homologação do acordo por parte do juízo. Em fase de apelação, conseguiu-se afastar as outras condenações e restabelecer os termos do *plea bargaining*.

Já a exigência de compreensibilidade abarca tanto a compreensão das acusações que estão sendo imputadas, bem como o teor da possível punição em caso de condenação. Ademais, envolve também a compreensão dos direitos processuais que o acusado disporá.

No âmbito do processo federal, determinar a compreensão da imputação envolve a necessidade do juízo falar diretamente com o réu, informando-o e certificando-se que ele entendeu cada uma das acusações que está confessando.¹¹² Considerando

¹¹² *Federal Rules of Criminal Procedure, Rule 11. (b) 1 - Before the court accepts a plea of guilty or nolo contendere, the defendant may be placed under oath, and the court must address the defendant personally in open court. During this address, the court must inform the defendant of, and determine that the defendant understands, the following: (A) the government's right, in a prosecution for perjury or false statement, to use against the defendant any statement that the defendant gives under oath; (B) the right to plead not guilty, or having already so pleaded, to persist in that plea; (C) the right to a jury trial; (D) the right to be represented by counsel-and if necessary have the court appoint counsel-at trial and at every other stage of the proceeding; (E) the right at trial to confront and cross-examine adverse witnesses, to be protected from compelled self-incrimination, to testify and present evidence, and to compel the attendance of witnesses; (F) the defendant's waiver of these trial rights if the court accepts a plea of guilty or nolo contendere; (G) the nature of each charge to which the defendant is pleading; (H) any maximum possible penalty, including imprisonment, fine, and term of supervised release; (I) any mandatory minimum penalty; (J) any applicable forfeiture; (K) the court's authority to order restitution; (L) the court's obligation to impose a special assessment; (M) in determining a sentence, the court's obligation to calculate the applicable sentencing-guideline range and to consider that range, possible departures under the Sentencing Guidelines, and other sentencing factors under 18 U.S.C. §3553(a); (N) the terms of any plea-agreement provision waiving the right to appeal or to collaterally attack the sentence; and (O) that if convicted, a defendant who is not a United States citizen may be removed from the United States, denied citizenship, and denied admission to the United States in the future.*

(tradução nossa) Regras Federais de Procedimento Criminal, Regra 11. (b) 1. Antes de o tribunal aceitar uma declaração de culpado ou *nolo contendere*, o réu deve ser submetido a juramento, e o tribunal se dirigirá pessoalmente ao réu em sessão pública. Durante essa manifestação, o tribunal deve informar o réu e determinar que ele entende o seguinte: (A) o direito do governo, em um processo por perjúrio ou declaração falsa, de usar contra o réu qualquer declaração que o réu dê sob juramento; (B) o direito de se declarar inocente, ou já o tendo declarado, de persistir com essa alegação; (C) o direito de submetido a um julgamento por júri; (D) o direito de ser representado por um advogado - e, se necessário, ter um advogado nomeado pelo tribunal - no julgamento e em todas as outras etapas do processo; (E) o direito no julgamento de confrontar e interrogar testemunhas adversas, de ser protegido da autoincriminação forçada, de testemunhar e apresentar evidências e de compelir a presença de testemunhas; (F) a renúncia do réu desses direitos se o tribunal aceitar uma declaração de culpado ou *nolo contendere*; (G) a natureza de cada acusação a que o réu está confessando; (H) qualquer penalidade máxima possível, incluindo prisão, multa e prazo de liberdade condicional; (I) qualquer penalidade mínima obrigatória; (J) qualquer confisco aplicável; (K) a autoridade do tribunal para ordenar restituição; (L) a obrigação do tribunal de impor uma avaliação especial; (M) a obrigação do tribunal, ao determinar uma sentença, de calcular o intervalo de diretrizes de sentença aplicável e de considerar esse intervalo, possíveis partidas de acordo com as Diretrizes de Sentenças e outros fatores de sentença sob 18 U.S.C. § 3553 (a); (N) os termos de qualquer disposição de acordo de renúncia ao direito de apelar ou de atacar a sentença; e (O) que, se condenado, um réu que não seja um cidadão

que o acusado não é um jurista, reputa-se que o devido processo somente é negado quando acusado ignora efetivamente a natureza da acusação. Assim, os tribunais manifestam que o entendimento acerca dos elementos do tipo penal pelo acusado é suficiente para atender à exigência da compreensão da acusação, ainda que esses não sejam expressamente explicados pela corte.¹¹³

No tocante a compreensão do teor da possível punição é lugar comum a afirmação de que a obrigação do juízo de verificar esse requisito estende-se aos efeitos diretos da condenação e não aos colaterais. O “problema” reside em definir qual é qual.¹¹⁴ A lei federal hoje determina que o juiz informe ao réu a pena máxima possível, incluindo prisão, multa ou medida alternativa, mas também informe a pena mínima obrigatória. Vários estados adotaram requerimento semelhante.

Observa-se, portanto, uma grande preocupação com a percepção do acusado sobre os termos do acordo, por ter direta relação com sua voluntariedade, item essencial para sua constitucionalidade. Assim, se no momento de afirmar a sua culpa o acusado o faz baseado na crença de que existe uma promessa ou um acordo vinculativo feito com a corte ou com a promotoria e a declaração de culpa decorre dessa crença, a qual não é real, o *guilty plea* deve ser considerado involuntário e anulável, pois a voluntariedade advém do estado de mente do réu sendo, assim, subjetiva. Contudo, a maioria das cortes exigem que essa crença do acusado seja razoável dentro de alguma circunstância fática concreta que respalde a alegação.¹¹⁵ Ademais, a prática adotada de registrar todos os termos do acordo e de fazer perguntas específicas ao acusado sobre suas expectativas e compreensões do mesmo tende a tornar muito difícil situações similares ocorrerem.

A verificação da compreensão por parte do acusado dos direitos que disporá se dá mediante o esclarecimento pela corte de quais são eles. Três são os direitos dispensados por conta do *guilty plea*: privilégio contra a autoincriminação, direito a ser julgado pelo júri e direito de confrontar as testemunhas de acusação.

Worral informa que de acordo com a *Supreme Court*, em posição fixada no julgamento *Boykin v. Alabama*, não pode existir presunção da ciência da dispensa

dos Estados Unidos poderá ser removido dos Estados Unidos, ter sua cidadania e sua admissão nos Estados Unidos no futuro negadas.

¹¹³ LAFAVE, Wayne R.; ISRAEL, Jerold H; KING, Nancy J. *Op. Cit.* p.1009.

¹¹⁴ *Ibidem.* p.1010.

¹¹⁵ LAFAVE, Wayne R.; ISRAEL, Jerold H; KING, Nancy J. *Op. Cit.* p.992. Os autores indicam o julgado *United States ex. rel. Thurmond v. Mancusi*, como paradigma para essa compreensão.

desses três importantes direitos com fundamento em um silêncio do réu. Desse modo, é imperioso que o acusado seja claramente informado.¹¹⁶

Apesar da Suprema Corte Americana não reputar constitucionalmente necessário (mas indicar ser sumamente adequado¹¹⁷), as *Federal Rules of Criminal Procedure*¹¹⁸, bem como diversos regramentos estaduais, exigem para a validade do *plea bargaining* que a alegação de culpa tenha respaldo em elementos fáticos dos autos, assim, o acusado somente pode legitimamente reconhecer culpa de atos praticados por ele e não por terceiros.

A ABA – *American Bar Association* reforça essa exigência ao fixar entre os seus rigorosos padrões de procedimento a necessidade em caso de *guilty pleas* da corte determinar a existência de base factual na alegação de culpa, mediante a inquirição do acusado¹¹⁹.

Essa base factual é verificada pela corte inquirindo não só o acusado, mas também a promotoria e seu advogado, bem como, analisando a prova dos autos. Não há um critério para definir a específica quantidade de evidência necessária para a sua confirmação. Interessante registrar que o acusado pode deixar de responder perguntas nessa inquirição, porém, com esse atuar corre o risco de ter seu *guilty plea* reputado como sem base factual.¹²⁰

Registre-se que essa verificação é um tanto mais complicada em situações de *charge bargaining*, visto que os fatos cometidos muitas vezes simplesmente não correspondem aos imputados.

A singela descrição da sistemática processual penal norte-americana alhures

¹¹⁶ WORRALL, John L. *Criminal Procedure From First Contact to Appeal*. 3ª edição. 2009. p 365.

¹¹⁷ Posição fixada no precedente *McCarthy v. United States* (394 U.S. 459 [1969]) referido em WORRALL, John L. *Criminal Procedure From First Contact to Appeal*. Prentice Hall, 3ª edição. 2009. p. 364.

¹¹⁸ Rule 11, (b), (3) *Determining the Factual Basis for a Plea. Before entering judgment on a guilty plea, the court must determine that there is a factual basis for the plea.*

Determinando a Base Factual para um Alegação. Antes de iniciar o julgamento de um *guilty plea*, a corte deve determinar se há base factual para a alegação (tradução nossa).

¹¹⁹ Criminal Justice Section Standards – Pleas of guilty – Part. I. Receiving and acting upon the plea - Standard 14-1.6. Determining factual basis of plea

(a) In accepting a plea of guilty or nolo contendere, the court should make such inquiry as may be necessary to satisfy itself that there is a factual basis for the plea. As part of its inquiry, the defendant may be asked to state on the record whether he or she agrees with, or in the case of a nolo contendere plea, does not contest, the factual basis as proffered.

(b) Whenever a defendant pleads nolo contendere or pleads guilty and simultaneously denies culpability, the court should take special care to make certain that there is a factual basis for the plea. The offer of a defendant to plead guilty should not be refused solely because the defendant refuses to admit culpability. Such a plea may be refused where the court has specific reasons for doing so which are made a matter of record.

¹²⁰ LAFAVE, Wayne R.; ISRAEL, Jerold H; KING, Nancy J. *Op. Cit.* p.1013.

realizada já torna possível perceber uma diferença estrutural fundamental para o processo penal brasileiro, a forma de lidar com a confissão.

No Brasil, a confissão é mais uma das provas a serem produzidas e valoradas no curso do processo. Não se olvida o seu valor, a ponto de já ter sido chamada de “rainha das provas” (*regina probationum*). Contudo, na atual sistemática do livre convencimento motivado é necessário o seu cotejamento com todo o contexto probatório produzido. Já no sistema anglo-saxão, a confissão assume um status diametralmente diverso, pois tem o condão de abortar todo o *iter* processual e ensejar a imediata prolação de sentença.

Outra distinção marcante entre as duas sistemáticas processuais é o fato de não existir no processo penal norte-americano o princípio da obrigatoriedade da ação penal. Ao contrário, os promotores americanos possuem uma grande margem de discricionariedade para decidir quais casos processar ou não. Essa liberdade que viabiliza a realização da *charge bargaining*, que, regularmente, envolve a dispensa de imputações.

É importante ter em perspectiva, para a devida compreensão do *plea bargaining* estadunidense, que este possui, sistemicamente, a finalidade primordial de promover redução de custos e de tempo do processo criminal, sob um forte viés de eficiência e utilitarismo. A concretização de semelhante objetivo é facilmente constatável, afinal, a prática do instituto permite vultuosa economia para os cofres públicos, por conta do não dispêndio de valores com maiores investigações e custosos julgamentos, que a celebração do acordo gera. Ademais, viabiliza que a promotoria direcione seus esforços investigativos para os casos mais relevantes e de difícil esclarecimento.

A prática do *plea bargaining* está tão sedimentada nos Estados Unidos que fontes diversas indicam que ao menos 90% dos processos penais no país são concluídos dessa forma¹²¹. Guidorizzi sustenta que o instituto deve ser visto como o

¹²¹ Informação recorrente em artigos e facilmente colhida em consulta no google. Vide estudo oficial do U.S. Department of Justice – Bureau of Justice Assistance intitulado *Plea and Charge Bargaining – Research Summary*. “While there are no exact estimates of the proportion of cases that are resolved through plea bargaining, scholars estimate that about 90 to 95 percent of both federal and state court cases are resolved through this process (Bureau of Justice Statistics, 2005; Flanagan and Maguire, 1990)”.

“Enquanto não há uma estimativa exata da proporção de casos que foram resolvidos através do plea bargaining, acadêmicos estimam que cerca de 90 a 95 por cento dos casos federais e estaduais são resolvidos através desse processo.” (tradução nossa) Consulado em 12/06/2019 no endereço eletrônico <https://www.bja.gov/Publications/PleaBargainingResearchSummary.pdf>

resultado natural da expansão de um sistema de justiça criminal adversarial.¹²² Não por outra razão, a Suprema Corte Americana reconheceu expressamente que o *plea bargaining* e sua administração é inerente ao processo criminal, sendo um componente essencial da administração da Justiça, e se devidamente administrado sua realização deve ser encorajada.¹²³

Muito desse posicionamento, advém da própria formação histórica do instituto do *plea bargaining*. Há registros, dos idos de dezembro de 1678, que indicam o julgamento de 32 processos de júri em dois dias de sessões, no Old Bailey, que era Tribunal Central Criminal (*Central Criminal Court*), na Inglaterra. Nas décadas seguintes, a média teria ficado em torno de 12 a 20 processos por dia de julgamento.¹²⁴ Destaque-se que eram julgamentos de júri “completos”, visto que a ocorrência de *guilty pleas* na época era insignificativa. Os julgamentos ocorriam em ritmo similar nos EUA no século XIX, sendo recorrente casos de ausência de advogados para os réus e, inclusive, para a acusação¹²⁵. Contudo, com o desenvolvimento e amadurecimento do sistema jurídico e a participação regular de advogados, a velocidade dos julgamentos diminuiu, drasticamente, gerando um aumento, até mesmo por necessidade (sob a perspectiva estatal) do número de *guilty pleas*.

À título de curiosa ilustração, nos EUA, como dito, em ao menos 90% dos processos penais os réus alegam culpa como resultado de um *plea bargaining*. Destarte,

¹²² GUIDORIZZI, D. D. Should We Really “Ban” Plea Bargaining?: The Core Concerns of Plea Bargaining Critics. *Emory Law Journal*, Volume 47, 1998. p.760

¹²³ WORRALL, John L. *Op. Cit.*. p.353.

“Notwithstanding the competing views on plea bargaining, the Supreme Court has essentially laid the debate to rest by upholding the validity of the practice. In *Brady v. United States* (397 U.S. 742 [1970]), for example, the Court stated, ‘Of course, that the prevalence of guilty pleas is explainable does not necessarily validate those pleas or the system which produces them. But we cannot hold that it is unconstitutional for the State to extend a benefit to a defendant who in turn extends a substantial benefit to the State’ (pp.752-753). Next, in the case of *Santobello v. New York* (404 U.S. 257 [1971]), the Court offered the following argument in support of plea bargaining: ‘The disposition of criminal charges by agrément between the prosecutor and the accused, sometimes loosely called ‘plea bargaining, is na essential component of the administration of justice. Properly administered, it is to be encouraged’ (p. 260).”

“A despeito de diversas visões conflitantes sobre plea bargaining, a Suprema Corte essencialmente encerrou os debates sustentando a validade da prática. Em *Brady v. United States* (397 U.S. 742 [1970]), por exemplo, a Corte assentou: ‘Por certo, o fato da prevalência de guilty pleas ser explicável necessariamente não valida esses pleas ou o sistema que os produz. Mas nós não podemos sustentar que é inconstitucional ao Estado estender um benefício para um réu que em troca gera um benefício substancial para o Estado.’ (pp.752-753). Na sequência, no caso *Santobello v. New York* (404 U.S. 257 [1971]), a Corte ofereceu o seguinte argumento em suporte do plea bargaining: ‘A disposição de acusações criminais através de acordo mediante o promotor e o acusado, algumas vezes denominado livremente plea barganing, é um componente essencial da administração da justiça. Administrado adequadamente, deve ser encorajado.’(p. 260).”(tradução nossa).

¹²⁴ Langbein, John H. *The Criminal Trial before the Lawyers*. University of Chicago Law Review Volume 45, nº 2, 1978. p. 277.

¹²⁵ WORRALL, John L., *Op. Cit.*.p. 349.

somente em 10% das denúncias ajuizadas os acusados são levados à julgamento. Ora, tais números ensejam que uma singela queda no índice de *guilty pleas*, de 90% para 80% do total de casos, por exemplo, teria o condão de dobrar o número de feitos a serem processados e julgados pelas cortes americanas.

Por conta de tão expressivos números que maiores críticas sobre a inadequação do instituto não parecem ter a menor chance de prosperar nos EUA. Afinal, não se acredita que a exclusão do instituto irá realmente melhorar o sistema, sob qualquer viés, ante a potencial enxurrada de processos e a inevitável perda de qualidade na tutela jurisdicional prestada.

3.1.2 Alemanha

A Alemanha integra o rol dos países da tradição do *civil law*. Assim sendo, é amplo o predomínio do direito positivado e legislado como fonte de direito. Essa característica enseja que o processo penal alemão esteja maciçamente regrado em lei, no caso, um Código de Processo Penal denominado Strafprozeßordnung (StPO).

Apesar das potenciais semelhanças com o direito brasileiro por conta da principal fonte de direito, o processo penal alemão tem uma característica própria muito relevante: a primazia do juiz na condução do processo. No exercício desse *mister*, o magistrado alemão possui ampla capacidade probatória, a qual é utilizada para instrução do feito, com o fim deliberado da busca da verdade¹²⁶. Apesar de não ser inquisitivo, visto viger o princípio acusatório e não haver exceções à necessidade da pessoa do acusador ser distinta da pessoa do julgador, pode-se considerar o processo penal alemão inquisitório.¹²⁷

A principal base legislativa do amplo poder instrutório do magistrado é o item 2 do parágrafo 244, do StPO, o qual dispõe: “*Para o propósito de investigar a verdade, o*

¹²⁶ VOLK, Klaus. Curso Fundamental de Derecho Procesal Penal. Tradução da 7ª edição alemã por Alberto Nanzer; Noelia T. Núñez, Daniel R. Pastor e Eugenio Sarrabayrouse. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2016.. p. 257. “*La fiscalía y el tribunal tienen el deber de investigar de oficio el hecho (SS 155, inc. 2º; 160, inc. 2; 244, inc. 2º). No dependen de la iniciativa de los intervinientes, ni están vinculados a sus requerimientos. [...] Una “verdade formal” semejante no existe en el proceso penal, pues su objetivo es descubrir cómo fue realmente el hecho (verdad material, com más detalle, infra 29).*”

A promotoria e o tribunal têm o dever de investigar de ofício o fato. Não dependem da iniciativa do intervenientes, nem estão vinculados a seus requerimento. [...]. Uma “verdade formal” semelhante não existe no processo penal, pois seu objetivo é descobrir como foi realmente o fato (verdade material, com mais detalhe). (tradução nossa).

¹²⁷ *Ibid.* p. 253. Volk trabalha a distinção entre processo inquisitivo, que se contrapõe ao modelo acusatório, e o processo inquisitório, que decorre da ativa busca de provas e se contrapõe ao princípio dispositivo.

tribunal deve, por sua própria iniciativa, estender a obtenção de provas a todos os fatos e evidências de significância para a decisão.” (tradução nossa).¹²⁸

No processo penal alemão não existe uma previsão similar à do direito norte americano que permite a condenação sem a devida instrução e julgamento, quando o acusado reconhece sua culpa. Assim como no direito brasileiro, na Alemanha a confissão é mais uma prova, que deve ser valorada diante de todo o quadro probatório.

Antes de adentrar no estudo das possíveis situações de acordo no processo penal alemão, é válido estudar primeiramente, ainda que sem maiores profundidades, como ele está sistematizado.

O processo penal alemão ordinário divide-se em três fases bem delimitadas: fase investigatória ou de procedimentos preliminares (*Vorverfahren oder Ermittlungsverfahren* – do parágrafo 1º ao 177), procedimento intermediário (*Zwischenverfahren* – do parágrafo 199 ao 212b) e procedimento principal (*Hauptverfahren* – do parágrafo 213 ao 358), que abarca também a fase recursal. Existem algumas classes especiais de procedimentos, cujas previsões encontram-se no parágrafo 407 a 409.

Na fase investigatória vige o princípio da oficialidade, pois, como regra, compete ao Ministério Público com exclusividade a investigação e o processo, ressaltadas as residuais possibilidades de ação penal privada e de ação penal subsidiária.

A fase investigatória é conduzida pelo Ministério Público através de um procedimento preliminar escrito secreto, que possui o escopo de “*averiguar as circunstâncias incriminatórias e exculpatórias, com a finalidade de estabelecer a existência dos pressupostos ao exercício da ação penal*”.¹²⁹ Em suma, o procedimento preliminar tem o mesmo objetivo que o inquérito policial em nosso sistema; possibilitar o exercício da ação penal.

Toda essa etapa é fundada no conceito central da suspeita (*Verdacht*), a qual desencadeia o dever do Ministério Público e da polícia de iniciar de ofício as investigações para apurar os fatos, nos termos do §§160, 1º e §§163, 1º.

La “sospecha” es un concepto central em el derecho procesal penal. Seguridad,

¹²⁸ *Das Gericht hat zur Erforschung der Wahrheit die Beweisaufnahme von Amts wegen auf alle Tatsachen und Beweismittel zu erstrecken, die für die Entscheidung von Bedeutung sind.*

¹²⁹ GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, Oportunidade e Consenso no Processo Penal na Perspectiva das Garantias Constitucionais: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal, Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.p. 121

certeza e “verdade” existen recién al final del juicio oral cuando el tribunal ha arribado a un convencimiento sobre el curso de los acontecimientos (§261). En los estadios prévios no hay hecho ni autores, sine sólo sospecha del hecho e imputados¹³⁰

A título de relevante curiosidade, GIACOMOLLI informa que nem o suspeito nem seu defensor têm o direito de examinar o expediente preliminar, equivalente ao inquérito policial, antes do término das investigações.

Existe um rol de possibilidades de arquivamento do procedimento preliminar, que se resumem, basicamente, na falta de elementos hábeis a subsidiar a propositura de uma ação penal. A decisão de arquivamento pode ser revista tanto de forma administrativa, pelo superior do MP, quanto pelo Judiciário. Ademais, a decisão de arquivamento não faz coisa julgada, podendo ser revista a qualquer momento.

Caso o procedimento preliminar tenha coletado elementos suficientes para corroborar uma ação penal, o Ministério Público formula uma peça denominada Acusação (*Anklage*) identificando o imputado, o fato criminoso com todas as suas circunstâncias e requer a abertura do procedimento intermediária.

Inicia-se, assim, uma fase intermediária judicial, escrita e contraditória (SS 201 e 202 da StPO) cuja finalidade é a verificação da consistência da suspeita. Esta fase se desenvolve ante um magistrado.

O suspeito, a partir deste momento, passa a denominar-se de imputado, podendo contestar a existência dos pressupostos à abertura da fase seguinte, denominada de fase oral e também de processo principal oral, solicitar provas. Inclusive, poderá defender-se pessoalmente em primeira instância (pena máxima de quatro anos).¹³¹

A fase intermediária conclui-se com uma decisão, denominada Auto de Abertura (*Eröffnungsbeschluss*), a qual determinará pela abertura ou não do procedimento principal, de acordo com a consistência da suspeita.¹³²

Demonstrado que há fundada suspeita da prática de um fato com aparência de infração criminal, se decidirá a abertura da fase seguinte, admitindo-se a

¹³⁰ A “suspeita” é um conceito central no direito processual penal. Segurança, certeza e verdade existem apenas ao final do julgamento oral quando o tribunal chega a um convencimento sobre o curso dos acontecimentos (§261). Nos estágios prévios não há fato nem autores, somente suspeita de fato e acusados (tradução nossa). VOLK, Klaus. Curso Fundamental de Derecho Procesal Penal. Tradução da 7ª edição alemã por Alberto Nanzer; Noelia T. Núñez, Daniel R. Pastor e Eugenio Sarrabayrouse. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2016.. p.78

¹³¹ GIACOMOLLI, op.cit., p. 122

¹³² *Ibidem.*, p. 123

acusação para julgamento (SS 203 e 204 da StPO) ou se remeterá ao juiz competente- ação penal privada (S 209 da StPO). Inconsistente a acusação, o caminho é o arquivamento (S 204 da StPO), cabendo recurso (S 210, II, da StPO).

Nos termos do §157 da StPO, após a decisão de abertura do processo principal o até então suspeito passa a ser designado como acusado.

O processo principal é praticamente todo oral e nele toda a prova deve ser novamente produzida. “*A estrutura da audiência oral é igual para todos os delitos. O que muda é a composição dos Tribunais*”¹³³, que poderá assumir a forma de um órgão monocrático ou colegiado.

Após a leitura da acusação, o réu é interrogado, seguindo-se a produção da prova, inclusive de ofício (S 244 da StPO). Em seguida são apresentadas oralmente as alegações da acusação (Ministério Público e querelante) e da defesa (advogado e o acusado, pessoalmente). Segue-se a sentença que põe fim ao processo declaratório e a informação sobre os recursos cabíveis. Existe a possibilidade de interposição de recursos de apelação (§S 312 a 332 da StPO) e de cassação, nos casos de violação da lei - aplicação incorreta de uma norma ou sua não aplicação (SS 333 a 358 da StPO).¹³⁴

É pertinente indicar que por força de uma profunda reforma realizada na estrutura do processo penal alemão não vige mais, sequer na fase da investigação, um princípio da obrigatoriedade estrito¹³⁵, pois, por razões de necessidade e conveniência do castigo criminal, o Ministério Público pode deixar de perseguir algumas infrações, notadamente, em caso de delitos leves.

Na verdade, a reforma efetivada na Alemanha foi bastante mais ousada, forte na nova escola de política criminal que ali se vem desenvolvendo. A toda evidência, não foi abandonado o princípio da obrigatoriedade, que permanece como regra geral. Nada obstante, ainda que para casos especificados, o princípio da oportunidade está consagrado de modo indelével. Temos assim, a concorrência dos dois princípios opostos, embora a obrigatoriedade funcione como regra.¹³⁶

Apesar da flexibilização, o sistema processual penal alemão ainda adota como

¹³³ *Ibid.*, p. 124

¹³⁴ *Ibid.*, p. 125

¹³⁵ VOLK, Klaus. *Op. Cit.* p. 254. O professor alemão relata que por motivos pragmáticos as exigências do princípio da legalidade são irrealizáveis. Assim, de certa forma, os órgãos de persecução criminal quedam-se obrigados a proceder de maneira seletiva.

¹³⁶ JARDIM, Afrânio Silva. *Ação Penal Pública: Princípio da Obrigatoriedade*. 4ª edição revista e atualizada. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001. p. 81

regra o princípio da obrigatoriedade da ação penal, o qual seria uma consequência, nos termos do Tribunal Constitucional, do princípio geral constitucional da vedação da arbitrariedade¹³⁷.

O §163, 1 do StPO é expresso em exigir que as autoridades e oficiais da polícia investiguem os crimes, adotando todas as medidas investigativas necessárias para tanto. Já o §170, 1, da StPO, é taxativo em determinar que o Ministério Público promoverá a ação penal, caso reúna os elementos suficientes para subsidiar a acusação.¹³⁸ Assim, eventual exceção ao dever de investigar e acusar deve ter expressa previsão legal.

A abertura ao princípio da oportunidade¹³⁹ deu-se por meio de dispositivos que foram introduzidos no StPO a partir de 1923 e finalmente consolidados em 1974.¹⁴⁰

¹³⁷ *Ibidem*. p. 128.

¹³⁸ VOLK, Klaus. *Op. Cit.* p. 177.

"Constantemente la fiscalía debe examinar en sus investigaciones o en las de la policía si ellas deben de continuarse o cerrarse. Para terminar el procedimiento de investigación existen tres alternativas.

"En el § 170 la ley sólo menciona la posibilidad del sobreseimiento del proceso (por falta de sospecha, cf. infra nm. 4) o de la acusación (cf. infra nm. 36 ss.). Ello se corresponde con el principio de legalidad (cf. supra 6, nm. 8). Este principio obliga a la fiscalía a hacer uso de su monopolio de la acusación cuando existen "motivos suficientes para la promoción de la acción pública", esto es, sospecha suficiente (cf. supra 8, nm. 3), en caso contrario, a terminarel proceso a través del sobreseimiento por falta de sospecha. Al respecto, no tiene discreción para seleccionar. Tampoco se le concede el cierre del procedimiento de investigación a través de la tercera posibilidad. Es decir, no debe acusar toda vez que haya sospecha suficiente, sino que puede sobreseer el proceso cuando ello parezca adecuado por diferentes razones.

"Las excepciones a la obligación de perseguir se resumen bajo el concepto de principio de oportunidad (§5 153 ss, cf. infra nm. 13). Sin embargo, también estas opciones están ligadas a conceptos jurídicos (por ejemplo "escasa culpabilidad", "interés público") y no dan carta blanca a la fiscalía. Sin embargo, el margen de apreciación es con frecuencia muy amplio. A ello se suma que la fiscalía no siempre depende del consentimiento del tribunal (cf el grafico infra nm. 15)."

Constantemente a promotoria deve examinar em suas investigações ou nas da polícia se elas devem continuar ou encerrar. Para terminar o procedimento de investigações existem três alternativas.

No §170 a lei somente menciona a possibilidade do arquivamento do processo (por falta de suspeita) o da acusação. Eles correspondem com o princípio da legalidade. Este princípio obriga a promotoria a fazer uso de seu monopólio de acusação quando existem "motivos suficientes para a promoção da ação pública", isto é, suspeita suficiente, em caso contrário, a terminar o processo através do arquivamento por falta de suspeita. A esse respeito, você não tem o direito de selecionar. Tampouco é permitido o encerramento do procedimento de investigação de uma terceira forma. É dizer, não deve acusar toda vez que haja suspeita suficiente, mas pode arquivar o processo quando pareça adequado por diferentes razões.

As exceções a obrigação de processo são resumidas sob o conceito de princípio de oportunidade. Sem embargo, também estas opções estão ligadas a conceitos jurídicos (por exemplo, "escassa culpabilidade", "interesse público") e não dão carta branca a promotoria. Sem embargo, a margem de apreciação é com frequência muito ampla. A isso se soma que a promotoria nem sempre depende do consentimento do tribunal. (tradução nossa).

¹³⁹ Volk reputa a nomenclatura "princípio da oportunidade" inapropriado, pois não se trata de um atuar que permite a promotoria exercer uma efetiva discricionariedade e decidir os casos pela atuação ou não conforme a sua conveniência. VOLK, Klaus. *Op. Cit.* p. 182.

¹⁴⁰ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. e MOELLER, Uriel. Acordos no Processo Penal Alemão: Descrição do Avanço da Barganha da Informalidade à Regulamentação Normativa. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XLIX, núm. 147, 2016. p. 20

Os dispositivos mencionados criaram:

- a suspensão incondicional (§153, StPO), a qual regula o arquivamento de casos de escassa importância, nos quais não há interesse persecutório;
- a suspensão incondicional especial (§153b a 154e, da StPO), que é aplicável a casos diversos de suspensão incondicional, nos quais subsiste o interesse na *persecutio criminis* mas motivações de índole política, dogmática-penal e processual, podem justificar a suspensão. Exemplos de aplicação dos dispositivos em apreço são crimes pontuais cometidos por estrangeiros e delitos cometidos por motivação política.
- a suspensão condicional (§153 a, StPO), a qual prevê o arquivamento provisório da acusação mediante o cumprimento provisório de certas condições pelo acusado. O instituto é apontado como modelo de inspiração para a suspensão condicional do processo brasileiro, prevista na lei 9.099/95. Nessa hipótese também subsiste o interesse na *persecutio criminis*, contudo, para sua aplicação importa que a “gravidade da culpabilidade não se oponha”.¹⁴¹

Os mecanismos de suspensão incondicional têm esse nome, pois sua implantação não demanda qualquer contrapartida do acusado. A suspensão pode ocorrer antes ou depois da formalização da acusação. Porém, ocorrendo após a acusação formal poderá exigir o consentimento do acusado

Já a suspensão condicional é assim denominada, pois possui condições a serem aceitas e cumpridas pelo autor do fato. O interesse público na *persecutio criminis* é satisfeito não pela aplicação de uma sanção penal, mas pelo cumprimento de uma contraprestação espontânea.¹⁴²

A aceitação das condições pelo acusado se fundamenta, assim como na suspensão incondicional, no exercício da autodefesa, na troca do não-prosseguimento da investigação ou da acusação, onde havia a possibilidade de uma condenação. A suspensão condicional também se fundamenta na necessidade de dar um tratamento diferenciado, mais simplificado à pequena e média criminalidade, de forma pronta e eficaz, atuando principalmente na prevenção especial (ressocialização). Com isto se soluciona, de forma alternativa, o processo penal. A discussão que se trava diz respeito à natureza das penas ou das medidas equivalentes à sanção criminal.¹⁴³

¹⁴¹ Volk registra que apesar das críticas da doutrina, que apelidou o §153a como “compra livre do processo” e “parágrafo do milionário”, a jurisprudência expandiu a incidência do dispositivo, abarcando também a média criminalidade. Destaca que o foco do instituto é prioritariamente a celeridade processual. VOLK, Klaus. *Op. Cit.* p. 187.

¹⁴² GIACOMOLLI, *op.cit.*, p. 146

¹⁴³ *Ibidem.* p. 147.

Contudo, o espaço de consenso no processo penal alemão não se limitou às hipóteses acima assinaladas e isso é o mais interesse nesse estudo germânico. Apesar do reconhecido formalismo alemão, da nota constitucional do princípio da obrigatoriedade e das normas cogentes da StPO, os acordos consensuais se expandiram na prática processual de modo informal¹⁴⁴.

Vasconcelos, embasado principalmente nos estudos de Jenia Turner e Julia Peters, aponta a problemática cultural alemã consistente em resistir à possibilidade de uma investigação ou processo criminal encerrar-se por meio de um acordo das partes envolvidas. Contudo, vencida tal objeção, a característica extremamente ativa do magistrado alemão, o qual possui amplo domínio do processo após o oferecimento da denúncia, fornece as bases para o sistema de negociação e a realização do acordo. Afinal, o juiz, “*em coerência com o sistema inquisitorial, pode iniciar a barganha.*”¹⁴⁵

Assim, sem qualquer regra escrita até o ano de 2009, na prática forense alemã o julgador assumia papel central na negociação e se comprometia com a sanção penal a ser aplicada em caso de confissão.

Embora a confissão consentida por meio da barganha não acarretasse a extinção imediata do processo, havia uma expressiva aceleração do procedimento, ao passo que, conforme a posição majoritária, tornava desnecessária a produção de mais provas incriminatórias se a descrição fosse detalhada e plausível. Assim, ainda havia um “julgamento”, embora geralmente se concretizasse somente como uma homologação formal.¹⁴⁶

Os acordos celebrados, como regra, previam a renúncia ao direito de recurso do réu. Assim, as instâncias superiores acabavam por não conhecer do incidente. Contudo, alguns casos conseguiram ultrapassar essa barreira e geraram importantes paradigmas. Nesse contexto, em 1997, o Supremo Tribunal Federal (BGH) definiu, pela primeira vez, importantes diretrizes para a validade dos acordos. Quais sejam:¹⁴⁷

- as negociações devem ser descritas publicamente no momento do juízo oral;
- seu resultado deve ser gravado e incluído nos expedientes processuais;

¹⁴⁴ Em perspicaz comentário, Volk assinala que essa forma de consenso surgiu de forma *praeter legem*, mas indica que para os críticos do instituto o adequado seria dizer *contra legem*. VOLK, Klaus. *Op. Cit.* p. 394.

¹⁴⁵ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. e MOELLER, Uriel. Acordos no Processo Penal Alemão: Descrição do Avanço da Barganha da Informalidade à Regulamentação Normativa. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XLIX, núm. 147, 2016. p. 17

¹⁴⁶ *Ibidem* p. 22

¹⁴⁷ BGH, Neue Juristische Wochenschrift, 1998, pp. 88 e ss. Informação e tradução da decisão extraída da obra de VASCONCELLOS, *Op. Cit.* p. 24.

- os juízes leigos e o réu devem participar e poder se pronunciar acerca da barganha (embora conversas preparatórias possam ocorrer sem a sua participação);
- é proibida barganha sobre as imputações penais (*charge bargaining*);
- a Corte não pode prometer uma sanção penal específica, mas somente determinar um limite máximo;
- o réu não pode ser indevidamente pressionado, sem ameaças e intimidações, e sua liberdade de escolha deve ser respeitada;
- a punição deve refletir a gravidade do delito e a culpabilidade do autor;
- a confissão do acusado deve ser verificada pelo Tribunal, necessariamente precisa ser plausível e precisa, de modo a confirmar os atos de investigação existentes;
- o acordo não pode incluir renúncia ao recurso.

Em maio de 2009, foi editada a Lei de Regulação de Acordos no Processo Penal, a qual acrescentou o § 257c na StPO e, seguindo as diretrizes fixadas pelo BGH, regulou o “*plea bargaining*” alemão¹⁴⁸, apesar de que com algumas relevantes alterações no tratamento.

Válido ressaltar, para concluir, que em março de 2013 o Tribunal Federal Constitucional alemão (BVerfG) afirmou a constitucionalidade da lei promulgada em 2009, sob o fundamento de que as limitações previstas na norma asseguram a observâncias das garantias processuais fundamentais dos acusados.

O BGH havia se esforçado por estabelecer e assegurar mediante regras a concordância prática entre os princípios de nosso direito processual penal e as modalidades processuais da práxis. Suas diretrizes, mesmo após a regulamentação legal, continuam definindo o caminho de sua aplicação.

O tribunal e os envolvidos no processo podem iniciar conversas fora do julgamento oral (v. agora os § 160b, 202a, 212 y 257b). Os acordos devem ser expostos no julgamento oral e público (§ 247, inc. 4 °). Como um evento processual essencial, eles devem ser registrados (273, inc. 1 e 1 a). Com a confissão do acusado, o tribunal não fica isento do dever de examinar sua credibilidade e tentar esclarecer outras dúvidas que possam surgir. A penalidade não pode ser estabelecida e garantida com precisão fora do julgamento (limite superior e inferior; S 257c, inc. 3ª, 2ª sentença). Não obstante, é admissível mencionar um limite máximo de pena adequado à culpabilidade e prometer não

¹⁴⁸ O §257c talvez seja o de maior destaque nessa temática, contudo, a Lei de Regulação de Acordos também trouxe as seguintes normas §§35ª, 44, 160b, 202ª, 212, 243, inc. 4, 257b, 267, incs. 3 e 5, 273, incs. 1 e 1ª e 302.

excedê-lo. Em qualquer caso, o espectro de punição apropriado à culpabilidade não pode ser perfurado para baixo (cf. § 257c, inc. 3ª, 2ª frase). Embora seja permitido indicar a regra de que uma confissão opera reduzindo a punição e mencionar, para este caso, uma certa quantia de pena, não pode ser oferecida uma penalidade muito maior como alternativa; essa "lacuna sancionatória" constitui uma coerção à confissão inadmissível. Resoluções sobre uma sentença suspensa, meia sentença etc., de acordo com a jurisprudência, não eram negociáveis de antemão; no entanto, agora são (§ 257c, inc. 3ª, 2ª frase). No que diz respeito a um acordo, todos os envolvidos no processo devem ser capazes de se expressar (também os co-réus, acusadores adesivos, etc.; § 33). Uma renúncia a recursos não pode ser acordada de forma inalterável, nem estabelecida como uma condição (cf, agora § 302, inc. 1ª, 2ª frase). Por outro lado, um acordo sem renúncia aos recursos não faz sentido. A jurisprudência em princípio não era uniforme: por um lado, um "compromisso vago no sentido de uma oferta de renúncia a recursos" não deveria ser questionável, mas, por outro lado, era apropriado duvidar até de qualquer "gerência" em busca de eventual renúncia. O Grande Senado do BGH alcançou clareza: "O tribunal, no âmbito de um acordo de julgamento, não deve participar da discussão de uma renúncia de recursos, nem pode buscar uma renúncia semelhante". Se isso ocorrer de qualquer maneira, a renúncia de recursos é ineficaz. Este "verdicto", no entanto, perde a relevância da segurança jurídica "quando a pessoa com direito a apelar recebe uma instrução qualificada, distinguível da instrução original sobre recursos, sobre a liberdade de interpor recursos independentemente do acordo" (adotado no § 35a, terceira frase; supérfluo devido ao § 302, parágrafo 1, primeira frase).

O acordo é obrigatório. Não é mais uma promessa judicial, mas um acordo do tribunal com os envolvidos no processo (§ 257c, inc. 10, 1ª sentença). O conflito fundamental com o dever de esclarecimento (§ 257c, parágrafo 1, 2ª frase) resulata, assim, insolúvel: ou bem se tem consenso ou a verdade ex officio. O consentimento demandado da promotoria (§ 257c, inc. 3º, 4º período) colide com a independência do juiz, garantida constitucionalmente. Segundo a jurisprudência, o tribunal poderia se desvincular de um acordo apenas "quando aspectos jurídicos ou factuais relevantes, já disponíveis no momento da sentença, fossem omitidos ou quando no julgamento oral surjam novas (ou seja, até então desconhecidos do tribunal) e graves circunstâncias em detrimento do acusado". A nova regulação excede isso duplamente. A obrigatoriedade encerra cai quando a imputação penal oferecida já não seja adequada para o tribunal (§ 257C, inc. 4ª, 1ª sentença). Por que, então, um acordo formal, se o princípio inquisitório pode invalidar o consenso? Ainda mais perigoso é que o tribunal possa se retirar do acordo "quando a conduta processual subsequente do acusado não corresponder à conduta que serviu de base ao prognóstico do

tribunal" (§257C, inc. 4ª, 2ª sentença). Dessa maneira, o tribunal pode dirigir a defesa do acusado e "ameaçá-lo".(tradução nossa)¹⁴⁹

3.1.3 Portugal

A Constituição portuguesa tem norma expressa, item 5, do artigo 32, fixando que o processo penal lusitano tem estrutura acusatória e que a audiência de julgamento e os atos instrutórios estão subordinados ao princípio do contraditório.

O Código de Processo Penal Português vigente é datado de 1987, e substituiu

¹⁴⁹ VOLK, Klaus. *Op. Cit.* p. 395-397.

"El BGH se había esforzado por establecer y asegurar mediante reglas la concordancia práctica entre los principios de nuestro derecho procesal penal y las modalidades procesales de la praxis. Sus directivas, incluso después de la regulación legal, continúan marcando el camino en la aplicación de ésta.

"El tribunal y los intervinientes en el proceso pueden iniciar conversaciones fuera del juicio oral (v. ahora los § 160b, 202a, 212 y 257b). Los acuerdos deben ponerse al descubierto en el juicio oral y público (5 247, inc. 4º). Como acontecimiento procesal esencial, ellos deben protocolizarse (273, inc. 1º y 1ª). Con la confesión del imputado, el tribunal no queda liberado del deber de examinar su credibilidad y de intentar aclarar otras dudas que se susciten. La pena no puede establecerse y asegurarse con exactitud fuera del juicio (límite superior e inferior; § 257c, inc. 3º, 2ª oración). No obstante, es admisible mencionar un límite penal máximo adecuado a la culpabilidad, y efectuar la promesa de no excederlo. De todas maneras, el espectro de la pena adecuada a la culpabilidad no puede perforarse hacia abajo (cf. § 257c, inc. 3º, 2ª oración). Si bien se permite indicar la regla de que una confesión opera morigerando el castigo, y mencionar para este caso un cierto monto de pena, no puede ofrecerse como alternativa unapena mucho más alta; esta "brecha sancionatoria" constituye una coacción a la confesión inadmisibles. Resoluciones sobre una condena en suspenso, media pena, etcétera, según la jurisprudencia, no eran negociables de antemano; sin embargo, ahora sí lo son (§ 257c, inc. 3º, 2ª oración). Respecto de un acuerdo deben poder manifestarse todos los intervinientes en el proceso (también los coacusados, acusadores adhesivos, etcétera; § 33). Una renuncia a los recursos no puede convenirse de forma inalterable, ni establecerse como condición (cf, ahora el § 302, inc. 1º, 2ª oración). Por otra parte, un acuerdo sin renuncia a los recursos carece de sentido. La jurisprudencia en principio no era uniforme: un lado, no debía ser objetable un "vago compromiso en el sentido de un ofrecimiento de una renuncia a los recursos" pero, por otro lado, correspondía dudar incluso de cualquier "gestión" en pos de la renuncia. El Gran Senado del BGH había logrado claridad: "El tribunal, en el marco de un acuerdo de sentencia, no debe participar en la discusión de una renuncia a los recursos, ni puede procurar una renuncia semejante". Si esto ocurre de todas maneras, la renuncia a los recursos es ineficaz. Este "veredicto", sin embargo, decae en interés de la seguridad jurídica "cuando se ha impartido al legitimado a recurrir una instrucción cualificada distinguible de la instrucción originaria sobre los recursos, acerca de la libertad para poder interponer recursos independientemente del acuerdo" (adoptado en el § 35a, 3ª oración; superfluo en razón del § 302, inc. 1º, 1ª oración).

"El acuerdo es vinculante. Ya no se trata de una promesa judicial, sino de un convenio del tribunal con los intervinientes en el proceso (§ 257c, inc. 10, 1ª oración). El conflicto fundamental con el deber de esclarecimiento (§ 257c, inc. 1º, 2ª oración) resulta, así, insoluble: o bien consenso, o bien verdad de oficio. El consentimiento demandado de la fiscalía (§ 257c, inc. 3º, 4ª oración) colisiona con la independencia del juez, garantizada constitucionalmente. Según la jurisprudencia, el tribunal podía despegarse de un acuerdo solamente "cuando fueron obviados aspectos jurídicos o fácticos relevantes, ya disponibles al convenir la sentencia, o cuando en el juicio oral resultan nuevas (es decir, desconocidas hasta el momento para el tribunal) y graves circunstancias en perjuicio del acusado". La nueva regulación excede esto doblemente. La obligatoriedad decae cuando el marco penal ofrecido ya no resulte adecuado para el tribunal (§ 257C, inc. 4º, 1ª oración). Para qué entonces un acuerdo formal, si el principio inquisitivo puede invalidar el consenso? Más peligroso aun es que el tribunal puede salirse del convenio, "cuando la conducta procesal ulterior del acusado no se corresponda con la conducta que sirvió de base al pronóstico del tribunal" (§257C, inc. 4º, 2ª oración). De esta manera, el tribunal puede dirigir la defensa del acusado, y "amenazarlo"."

o anterior que era de 1929. Ademais, foi reformado em 1998. As inovações ensejaram uma mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal e simplificação dos processos.

O código de 1987 promove uma clara dicotomia no tratamento da pequena criminalidade e da criminalidade mais grave, atitude muito adequada, “*pois são duas realidades claramente distintas quanto a sua explicação criminológica, ao grau de danosidade social e ao alarme coletivo que provocam.*”¹⁵⁰ Racionalmente, tal distinção deve ensejar uma resposta formal diferenciada e é o que tem sido observado nos ordenamentos jurídicos dos países desenvolvidos em geral.

A lei processual penal portuguesa prevê “*um único processo comum, com a particularidade de tramitar perante um Juiz singular, coletivo ou do Tribunal do Júri, e duas formas de processo especial: o sumário e o sumaríssimo*”.¹⁵¹

A nova codificação criou dois espaços para a resolução de conflitos penais: o espaço de conflito (processo comum, processo sumário e processo abreviado), reservado a casos mais graves, e o espaço de consenso (arquivamento em caso de dispensa de pena, suspensão provisória do processo e processo sumaríssimo), voltado a crimes de menor ofensividade.¹⁵²

Incumbe ao Ministério Público a titularidade e condução do inquérito, bem como a exclusividade para promover o processo penal. A polícia judiciária, dita criminal, está vinculada funcionalmente ao MP.

É formalmente distinto o papel do Juiz de Instrução e do Juiz de Julgamento. Atos que restrinjam direitos fundamentais somente podem ser realizados com autorização do Juiz de Instrução. Ademais, esse juiz não tem competência para a prática de atos processuais.

Arquivamento do processo

O arquivamento decorrente da possibilidade de dispensa de pena, conforme disposto no art. 74, do Código Penal português, pode ser considerada uma primeira hipótese de consenso.¹⁵³

Por força do art. 280, do CPP, caso o MP perceba tratar-se de delito em que haja expressa previsão de dispensa da pena, o *parquet* pode requerer o arquivamento

¹⁵⁰ GIACOMOLLI, *op.cit.*, p. 278.

¹⁵¹ GIACOMOLLI, *op.cit.*, p. 280.

¹⁵² ANDRADE, Flavio da Silva. *Justiça Penal Consensual. Controvérsias e desafios*. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 141.

¹⁵³ GIACOMOLLI, *op.cit.*, p. 282.

do feito ainda antes da sentença.

Caso o requerimento ocorra antes da própria denúncia, bastará a anuência do juiz de instrução. Contudo, caso a acusação já tenha sido apresentada, será necessário a anuência do acusado, o qual é regularmente denominado no direito português de arguido. Ante a necessidade da concordância do réu, constata-se a abertura para um espaço de consenso.

Giacomolli indica que o instituto não constitui uma hipótese de adoção do princípio da oportunidade. Para o autor seria mais adequado reconhecê-lo como uma atuação “dentro da legalidade, com certa margem de discricionariedade”.¹⁵⁴ Segundo Maia Gonçalves, doutrinador português, a hipótese de suspensão estaria enquadrada dentro do “princípio da oportunidade acusatória”¹⁵⁵.

Suspensão Condicional do Processo

A suspensão condicional do processo, que também é chamada de arquivamento contra injunções e regras de conduta, está prevista nos artigos 281 e 282, do Código de Processo Penal.

A suspensão é aplicável em crimes cuja pena de prisão não ultrapasse 5 anos. O CPP prevê que a suspensão será determinada pelo MP. Contudo, sua efetivação depende da anuência do juiz de instrução, do arguido e do assistente (de acusação, se houver). Assim, percebe-se a necessidade de um consenso alargado¹⁵⁶, ante a maior quantidade de partes envolvidas.

O art. 281º,1 exige a verificação dos seguintes pressupostos, para a suspensão do processo:

- a) Concordância do arguido e do assistente;
- b) Ausência de condenação anterior por crime da mesma natureza;
- c) Ausência de aplicação anterior de suspensão provisória de processo por crime da mesma natureza;
- d) Não haver lugar a medida de segurança de internamento;
- e) Ausência de um grau de culpa elevado¹⁵⁷; e

¹⁵⁴ GIACOMOLLI, *op.cit.*, p. 282. Reconhece a complexidade dessa classificação proposta por Giacomolli, afinal, o que seria a atuação com base na oportunidade que não agir dentro da legalidade com certa margem de discricionariedade? Afinal, todo o atuar oportuno envolve estar dentro da legalidade, bem como, discricionariedade sempre está relacionada a uma parte, uma margem do ato e não todos os aspectos, sob pena de torna-se árbitro.

¹⁵⁵ GONÇALVES *apud* GIACOMOLLI, *op.cit.*, p. 282.

¹⁵⁶ ANDRADE, *op.cit.*, p. 143

¹⁵⁷ Por caráter diminuto da culpa se entende a medida da pena, ou seja, ao grau de reprovabilidade da conduta do agente. A baixa censurabilidade que pende sobre esta, ainda que valorada de forma precária, sem profundidade, até hipotética na afirmação de Riess, faz com que se reduza o grau de intervenção do *ius puniendi*, o qual se

f) Ser previsível que o cumprimento das injunções e regras de conduta responda suficientemente às exigências de prevenção que no caso se façam sentir.

A suspensão do processo pode ser determinada na fase de inquérito ou quando já instaurada a ação penal.

Junto com a proposta de suspensão, o Ministério Público deve oferecer o rol de condições a serem cumpridas, denominadas pelo CPP português de injunções e regras de conduta. O item 2, do art.281º, enumera-as:

- a) Indemnizar o lesado;
- b) Dar ao lesado satisfação moral adequada;
- c) Entregar ao Estado ou a instituições privadas de solidariedade social certa quantia ou efectuar prestação de serviço de interesse público;
- d) Residir em determinado lugar;
- e) Frequentar certos programas ou actividades;
- f) Não exercer determinadas profissões;
- g) Não frequentar certos meios ou lugares;
- h) Não residir em certos lugares ou regiões;
- i) Não acompanhar, alojar ou receber certas pessoas;
- j) Não frequentar certas associações ou participar em determinadas reuniões;
- l) Não ter em seu poder determinados objectos capazes de facilitar a prática de outro crime;
- m) Qualquer outro comportamento especialmente exigido pelo caso.

Por força da amplitude da previsão do item m, percebe-se que o rol é meramente exemplificativo, pois qualquer comportamento adequado para o caso poderá ser exigido, desde que não ofenda a dignidade do arguido.

A posição doutrinal prevalente entende que as condições fixadas não têm natureza de pena, assim, seriam meras sanções de índole especial, não penal.¹⁵⁸ Por não ter natureza de pena, as condições devem ser fixadas com foco na prevenção e não na retribuição.

Como regra geral, a suspensão se estenderá até o prazo máximo de dois anos. Não há um prazo mínimo fixado em lei. Durante esse prazo de suspensão a prescrição não corre. Se o arguido cumprir devidamente as injunções e regras de conduta, o processo será definitivamente arquivado, não podendo ser reaberto.

Se o acusado não cumprir as condições, o processo será reaberto e eventuais

contenta com uma reprovação através da aceitação de certas condições, diferentemente da imposição de uma pena clássica, formalizada. GIACOMOLLI, *op. cit.* p.284.

¹⁵⁸ GIACOMOLLI *op.cit.* e ANDRADE *op. cit.* ambos citando o doutrinador português COSTA ANDRADE.

prestações cumpridas não serão repetidas. Mesmo efeito ocorrerá, caso, durante o prazo de suspensão do processo, o arguido cometer algum crime da mesma natureza pelo qual venha a ser condenado.

Procedimento Sumaríssimo

O procedimento sumaríssimo está previsto nos artigos 392 a 398 do Código de Processo Penal.

O procedimento especial é aplicável em processos que versem sobre crimes punidos com pena máxima de até 5 anos de prisão, quando o Ministério Público se convença que não deve ser concretamente aplicada pena de prisão na hipótese. Ademais, é necessário que o acusado não se oponha ao pedido.

Em seu requerimento escrito, o MP descreverá os fatos imputados e mencionará as disposições legais violadas, bem como a prova existente e explicitará as razões pelas quais entende que não deve ser aplicada pena de prisão no caso. Ademais, indicará uma proposta de sanções a serem aplicadas e o valor de indenização a ser fixado, se for o caso.

Recebido o requerimento, o magistrado poderá rejeitá-lo e remetê-lo para processamento sobre outra forma. Nessa hipótese, o requerimento equivalerá a uma acusação. Caso o juiz entenda que as sanções sugeridas pelo MP são insuficientes para realizar de forma adequada e suficiente as finalidades de punição da norma, rejeitará igualmente o requerimento. Contudo, ao invés de remeter o feito para processamento sobre outra forma, poderá fixar sanção diferente, desde que o Ministério Público concorde.

Não rejeitado o requerimento, o juiz determinará a notificação do acusado e seu defensor para apresentar oposição no prazo de 15 dias.

Nos termos do art. 397, do CPP, caso o arguido não se oponha ao requerimento, o juiz, por despacho, procederá a imediata aplicação da sanção e condenação no pagamento das custas judiciais. O despacho vale como sentença condenatória e não admite recurso.

Se o acusado oferecer oposição, o requerimento será recebido como acusação e será devidamente processado.

Percebe-se que a finalidade precípua do procedimento sumaríssimo é conferir celeridade ao processo, com a eliminação da fase probatória diante da natureza incontroversa dos fatos imputados e ausência de imposição de pena de prisão.

Apesar do arguido não poder negociar a pena a que será submetido, visto que é notificado para opor-se ao requerimento que já se encontra finalizado, o instituto pode ser considerado um mecanismo de consenso, pois sem a anuência do acusado não se concretiza.

Mediação Penal entre Adultos

A mediação em processo penal foi instituída em Portugal pela Lei 21/2007. O mecanismo terá aplicação em processos por crime cujo processamento dependa de queixa ou de acusação particular

Conforme se depreende da norma, o procedimento será conduzido por mediador. A iniciativa ocorre durante o inquérito e pode advir das partes ou do próprio MP, quando esse notar que a utilização da mediação pode responder adequadamente às exigências de prevenção.

A mediação se dará mediante um processo informal e flexível, que será conduzido por um terceiro imparcial, o mediador, na busca ativa de um acordo que permita a reparação dos danos causados pelo fato ilícito e contribua para a restauração da paz social. É importante destacar que conforme previsão expressa do art. 4º, 5, da Lei 21/2007, o teor das sessões de mediação são confidenciais, não podendo serem valorados como prova em eventual processo judicial.

Se não for possível alcançar o acordo ou caso a mediação não esteja concluída em 3 meses, os autos serão devolvidos ao Ministério Público, o qual prosseguirá com o devido processo penal.

O conteúdo do acordo pode ser livremente fixado pelas partes. Contudo, é vedado que ele traga sanções privativas da liberdade ou deveres que ofendam a dignidade do arguido ou cujo cumprimento se deva prolongar por mais de seis meses. Caso haja acordo, sua assinatura equivalerá a desistência da queixa por parte do ofendido e à não oposição por parte do arguido. Atendido todos os pressupostos legais, o MP homologará a desistência da queixa.

Válido ressaltar que durante a mediação, o prazo prescricional não flui. Ademais, não é obrigatória a presença de advogado no ato de mediação.

Colaboração Premiada

A legislação portuguesa contempla algumas hipóteses de colaboração premiada, que, em Portugal é nominada como colaboração processual ou arrependimento.

Uma das hipóteses legais está contemplada no Decreto-Lei 15 de 1993, que regula o regime jurídico aplicável ao tráfico e consumo de entorpecentes. O art. 31, da norma, prevê a atenuação da pena ou até mesmo sua dispensa, caso o agente colabore concretamente com as autoridades na colheita de provas decisivas contra outros envolvidos, especialmente se tratar-se de grupo ou organizações criminosas.

Similar previsão traz a Lei 36/1994, que prevê medidas de combate à corrupção e criminalidade econômica e financeira. O art. 8º dispõe que a “*pena pode ser especialmente atenuada se o agente auxiliar concretamente na recolha das provas decisivas para a identificação ou a captura de outros responsáveis*”. Destaque-se que nessa norma não há previsão de total isenção de pena, somente a diminuição.

Em 2003 foi editada a Lei 52, que tem como objeto o combate ao terrorismo. Essa norma transpôs para a ordem portuguesa diretrizes aprovadas pela União Europeia na matéria.

O art. 2º, item 5, regula que:

A pena pode ser especialmente atenuada ou não ter lugar a punição se o agente abandonar voluntariamente a sua actividade, afastar ou fizer diminuir consideravelmente o perigo por ela provocado ou auxiliar concretamente na recolha das provas decisivas para a identificação ou a captura de outros responsáveis.

Por fim, é válido ressaltar que o Código de Processo Penal português regula o fenômeno da confissão integral e sem reservas dos fatos. Caso ocorra, será dispensada a instrução probatória, passando diretamente a fase de alegações finais. Porém, não há a previsão de qualquer benefício penal para o acusado por conta da adoção dessa postura colaborativa.

3.1.4 Espanha

A Espanha possui um Código de Processo Penal, que é denominado de Lei de Processamento Criminal (LECrím). Ele juntamente com a Constituição e a Lei Orgânica do Poder Judiciário constituem as normas básicas do sistema processual penal.

A LECrím prevê a aplicação do rito ordinário ao processo cuja imputação verse sobre infrações com pena privativa de liberdade superior a nove anos. Para demandas com infrações com penas menores de 9 anos de prisão é utilizado o processo abreviado. Há ainda um processo especial, previsto nos art 795 a 803, da LECrím, que tem a

finalidade de julgar de forma rápida e imediata delitos cuja pena privativa de liberdade não seja superior a cinco anos e que sejam de simples instrução ou decorram de prisão em flagrante. Por fim, existe ainda um rito mui célere e concentrado para processamento das contravenções penais e um rito especial para o Tribunal do Juri.

O rito ordinário, que serve de parâmetro para os demais ritos, é composto de três fases bem definidas. A primeira de caráter investigatório chama-se *sumário*, *instrucción sumarial* ou *instrucción preliminar*. A segunda é a fase intermediária (*intermedia*) e, por fim, a fase definitiva, chamada de *fase de enjuiciamiento* ou *juicio oral*.

A fase investigativa é realizada sob a presidência de um Juiz Instrutor, o qual é auxiliado pela Polícia Judiciária.¹⁵⁹ A finalidade dessa fase preliminar é comprovar a ocorrência de algum delito e definir o seu autor, bem como, a colheita de elementos para o exercício ou não da ação penal pelo Ministério Público. No procedimento ordinário, a imputação e abertura da investigação se dá através de um ato formal denominado auto de processamento.¹⁶⁰

¹⁵⁹ É amplo o debate na doutrina espanhola sobre a natureza jurídica da fase de instrução. Há corrente que lhe reconhece um caráter processual e a concebe como uma atividade administrativa, similarmente ao inquérito policial brasileiro. Teresa Deu adota a posição que reconhece a natureza processual da fase de instrução, pois reputa esse entendimento mais convincente e garantista.

“Como argumentos a favor de su naturaleza administrativa opera el que, aunque se dirija por un órgano judicial, se realice en gran medida por organos administrativos (la Policía judicial) y el que las resoluciones sean revocables (VIADA). En contra, se defiende la existencia de actividades innegablemente jurisdiccionales en la fase de instrucción, como el auto de procesamiento o la imputación, la adopción de medidas cautelares personales y reales, la práctica de actos de investigación limitadores de derechos fundamentales, el aseguramiento de las pruebas o la resolución de recursos.” DEU, Teresa Armenta. *Lecciones de Derecho procesal penal*. 12ª edição. Madrid: Marcial Pons, 2019.p. 153.

Como argumentos a favor de sua natureza administrativa opera o fato de que, ainda que seja dirigido por um órgão judicial, se realiza em grande medida por órgãos administrativos (a Polícia Judiciária) e o fato de que as resoluções são revogáveis. Ao contrário, defende-se a existência de atividades inegavelmente jurisdicionais na fase de instrução, como o auto de processamento ou a acusação, a adoção de medidas de medidas cautelares pessoais e reais, a prática de atos de investigação que limitam os direitos fundamentais, a garantia das provas ou a resolução de recursos. (tradução nossa)

¹⁶⁰ Como dito alhures, o paradigma do presente estudo é o rito ordinário. A dinâmica de abertura da instrução se dá de forma diversa nos demais ritos, conforme sucintamente delimitado por DEU, *op. cit.*, p.256.

“Al configurar el procedimiento abreviado se suprimió esta figura del procesamiento como cauce para formalizar la imputación judicial, en parte porque un buen número de las consecuencias antiguamente anudadas al procesamiento en especial, la garantía de la asistencia letrada- ya se hacían depender de una simple imputación tras la reforma de los arts. 118 CE y 520 LECrim.

“En el juicio por delitos leves (donde, no se olvide, no existe una fase de instrucción), la imputación formal no se contempla como requisito para la celebración de la vista, y la adquisición por un sujeto de la condición de encausado se deduce de los arts. 962.2, 964.3 y 967 LECrim.”

Ao configurar o procedimento abreviado foi suprimida essa figura de processamento como forma de formalizar a imputação judicial, em parte porque um bom número das consequências antigamente vinculadas ao processamento, em especial, a garantia da assistência jurídica – já foram feitos para depender de uma simples imputação após a reforma dos artigos 118 CE e 520 LECRIM.

Encerrada as investigações e existindo indícios razoáveis da prática de uma infração penal, o Juiz Instrutor proclama uma decisão denominada *auto de conclusión del sumario* e a remete a um novo magistrado que será o responsável pela condução da fase intermediária e da fase definitiva.¹⁶¹

A fase intermediária tem por objetivo permitir que o Judiciário analise a presença ou não de todos os pressupostos necessários para a próxima fase, notadamente, se o sumário foi finalizado de forma correta ou se há necessidade de mais alguma diligência. Em suma, o grande foco dessa etapa é preparar o feito para a próxima etapa, o *juicio oral*.

Não havendo necessidade de mais diligências, estando, portanto, adequado o encerramento do sumário, se decidirá sobre a abertura da fase seguinte ou sobre o arquivamento da pretensão punitiva (*sobreseimiento*), que poderá ser total ou parcial, nos termos do art. 634, da LECrim.¹⁶²

Realizada a fase intermediária - confirmação do *auto* declaratório do término do sumario -, após as petições das partes - ainda que a lei unicamente reserve a intervenção à acusação, os princípios da igualdade e contraditório exigem o oferecimento das mesmas oportunidades à defesa -, o Juiz ditará o *auto* de abertura do *juicio oral* ou de *sobreseimiento*.¹⁶³

O *juicio oral* ou *fase de enjuiciamiento*, a fase definitiva do rito ordinário, compreende uma série de manifestações prévias e a audiência que é realizada de forma pública e oral.

No julgamento por delitos leves (onde, não se esqueça, não existe uma fase de instrução), a imputação formal não é considerada um requisito para a audiência, e a aquisição do status de acusado é deduzida dos artigos 962.2, 964.3 y 967 LECrim. (tradução nossa).

¹⁶¹ No rito ordinário, ainda é possível, nos termos do art. 624, da LECrim, que o juiz instrutor conclua que o fato investigado corresponde a um delito leve, quando deverá remeter os autos ao juízo específico para o processamento do rito abreviado. Desde um ponto de vista procedimental, a fase intermediária é uma fase bifronte, que mira, de um lado, à instrução, para resolver sobre seu correto encerramento, e de outro, a fase de julgamento oral, determinando se deve ocorrer. Se algum desses juízos obtém um resultado negativo (o

¹⁶² DEU, *op. cit.*, p.265. “Desde un punto de vista procedimental la fase intermedia es una fase bifronte que mira, de un lado, a la instrucción, para resolver sobre su correcta clausura, y de otro, a la fase de juicio oral, determinando si debe desarrollarse. Si alguno de estos juicios obtiene un resultado negativo (lo efectuado no pone de manifiesto la existencia de un hecho delictivo o lo incorporado no justifica el ejercicio de la acción penal) determina el sobreseimiento del proceso, con los contenidos que veremos después, o la remisión de las actuaciones para que se completen debidamente.”

Desde um ponto de vista procedimental, a fase intermediária é uma fase bifronte, que mira, de um lado, à instrução, para resolver sobre seu correto encerramento, e de outro, a fase de julgamento oral, determinando se ele deve ocorrer. Se algum desses juízos obtém um resultado negativo (o que é feito não revela a existência de um ato criminoso ou o que é produzido não justifica o exercício de uma ação criminal) determina o arquivamento do processo, com os fundamentos que veremos depois, ou a remessa dos autos para que sejam concluídas devidamente. (tradução nossa).

¹⁶³ GIACOMOLLI, *op.cit.*, p. 160.

A denúncia é ofertada pelo Ministério Público no início dessa fase e é chamada de *calificación provisional*. A defesa é intimada para apresentar sua resistência. Alguns incidentes processuais podem ser alegados. Na sequência, o juízo prolatará um auto no qual declarará realizada a qualificação e definirá quais provas serão ou não admitidas e produzidas.

A parte decisória da fase do *juicio oral* se desenvolve de forma predominantemente oral e concentrada.

Nos momentos da apresentação da *calificación provisional* e da abertura da sessão de julgamento é conferido ao acusado a possibilidade de aceitar a *conformidade*, instituto de consenso que será analisado mais detidamente adiante.

Toda a prova deverá ser produzida sob égide da oralidade e da publicidade, não sendo válido como prova os elementos colhidos na fase preliminar, com exceção das provas antecipadas e provas preconstituídas, as quais, por circunstâncias diversas, mas inerentes a sua própria natureza, não podem ser realizadas ou reproduzidas nessa etapa¹⁶⁴. Concluída a colheita de provas, o órgão julgador determinará que as partes, ante o conjunto probatório ratifiquem ou, se for o caso, modifiquem as conclusões de suas respectivas petições de qualificação provisória (art. 732, LECrim). Na sequência, serão ouvidas as partes, com o que o magistrado declarará conclusa o *juicio* para sentença.

A sentença deverá atender os requisitos do art. 741 e 742, da LECrim, notadamente a congruência com as provas dos autos e a imputação da acusação.

Apresentada essas sucintas linhas sobre a sistemática processual penal espanhola, pode-se avançar sobre os mecanismos de consenso vigentes no país ibérico.

A Constituição da Espanha assegura a garantia do princípio da legalidade no ordenamento espanhol. Essa previsão constitucional, coadunada com as taxativas hipóteses de arquivamento previstas nos art.637 e 641 da LECrim, permitem afirmar ser vedado ao Ministério Público atuar com bases em juízos discricionários¹⁶⁵.

Contudo, se uma atuação discricionária não é possível, o direito processual

¹⁶⁴ DEU, *op. cit.*, p.294.

¹⁶⁵ DEU, *op. cit.*, p.41. "*Vigente el principio de legalidad, el único fundamento admisible de la decisión de no proceder ha de estar tan legal y bien fundada en derecho como su contraria. No hay margen para valoraciones de conveniencia (ANDRÉS IBANEZ). Tal es el caso contemplado en el art. 779.1 LECrim.*"

"Com o princípio da legalidade em vigor, a única base admissível para a decisão de não prosseguir com o processo deve ser tão legal e fundamentada na lei quanto seu contrário. Não há margem para avaliações de conveniência (ANDRÉS IBANEZ). É o caso do art. 779.1 LECrim" (tradução nossa).

espanhol regula dois mecanismos de consenso: a conformidade e o reconhecimento dos fatos.¹⁶⁶

A conformidade

Nos termos da doutrinadora espanhola Teresa Deu, a conformidade supõe uma forma de pôr fim antecipadamente ao processo penal mediante o acordo de acusadores e acusado com a anuência de seu advogado e a garantia da intervenção e supervisão judicial.¹⁶⁷

A conformidade tem como característica principal ser uma declaração de vontade do acusado e de seu defensor, os quais, nos termos da lei, aceitam a pena mais grave imputada. O foco do instituto é finalizar antecipadamente o processo, ante a patente desnecessidade de produzir prova

Pode causar estranheza a vinculação da necessidade de aceitar a proposta de pena mais grave. Tal previsão existe, pois, no processo penal espanhol a pretensão acusatória não é monopólio estatal, assim, pode haver imputação penal formulada também por acusador particular (vítima do crime) ou um acusador popular. Em suma, pode haver mais de uma imputação com mais de um acusador contra o réu. Destarte, para a validade da conformidade, o acusado deve anuir com a maior pena imputada, independente de quem for a peça acusatória.

Como dito, é necessário que haja consenso entre acusado e defesa técnica, sob pena de não ser válida a conformidade e prosseguir regularmente o processo (art. 784.4, da LECrim).

Válido destacar que a conformidade não é com o fato imputado ou com a qualificação jurídica dada ao mesmo. *“O que ocorre é uma aceitação da sanção, que não é necessariamente a consequência jurídica ajustada aos fatos.”*¹⁶⁸ Percebe-se, nesse aspecto, uma enorme similitude com o instituto do *plea bargaining* norte-

¹⁶⁶ Válido pontuar informação trazida por Teresa DEU (*op. cit.*, p.43) que a Instrução 1/1989 de Procuradoria Geral (*Fiscalía Geral del Estado*) utiliza a expressão “princípio do consenso” para referir-se a forma de encerramento do processo penal através de um acordo de “conformidade” entre as partes.

¹⁶⁷ DEU, *op. cit.*, p.282. *“La conformidad supone una forma de poner fin anticipadamente al proceso penal mediante el acuerdo de acusadores y acusado con la anuencia del abogado y la garantía de la intervención y supervisión judicial.”*

A conformidade é uma maneira de encerrar o processo criminal antecipadamente através do acordo dos acusadores e do réu com o consentimento do advogado e a garantia de intervenção e supervisão judicial (tradução nossa).

¹⁶⁸ GIACOMOLLI, *op.cit.*, p. 186.

americano e um amplo espaço para a produção de um consenso¹⁶⁹. A grande diferenciação dos institutos reside na ausência de uma declaração formal de culpa, pois a conformidade não corresponde a uma declaração de culpabilidade, bem como não implica em uma afirmação da veracidade dos fatos.

Originalmente, a iniciativa do ato de conformidade cabia unicamente à defesa. Contudo, com alterações promovidas no instituto, notadamente por conta do rito abreviado e do Tribunal do Juri, foi deferida iniciativa à acusação, que pode negociar “o *petitum* de acusação, inclusive apresentando outro, reduzindo a solicitação de pena para obter a conformidade, consequência do acordo.”¹⁷⁰

Observa-se que o legislador foi potencializando as possibilidades de consenso, retirando a conformidade da iniciativa exclusiva da defesa. Segundo Fairén Guillén, a conformidade não admite, como a *plea bargaining*, “negociações ou regateios prévios”, o que, a nosso sentir, alterou-se a partir da conformidade no processo abreviado e nos delitos do Tribunal do Júri.¹⁷¹¹⁷²

Transcreve-se conclusiva e sintética definição de Giacomolli para a conformidade:

Definitivamente, pode-se dizer que a conformidade é uma ato processual por meio do qual a defesa admite a mais grave das sanções solicitadas, com a finalidade de terminar antecipadamente o processo, por meio de uma sentença de mérito, a qual produz todos os efeitos comuns às demais – mesma índole –, por iniciativa própria – na petição de qualificação, ou nas respostas – as perguntas no início da audiência –, ou por meio do consenso com a acusação – negociação da petição de qualificação –, no exercício de seu direito de resistir à

¹⁶⁹ A lei não prevê negociação sobre o conteúdo da conformação. Teresa Deu (2019, p. 283) vai adiante e sustenta não ser possível perceber qualquer opção legislativa nesse sentido no sistema processual. Contudo, parece inafastável que a prática jurídica traga esse fenômeno, o qual, verdadeiramente, não é vedado.

¹⁷⁰ GIACOMOLLI, op.cit., 187.

¹⁷¹ *Ibidem*, p. 188.

¹⁷² Tratando em um tópico específico para a conformidade no âmbito do procedimento abreviado, Teresa DEU (2019, p. 284) apresenta a mesma opinião de Giacomolli, apesar de não expandir, expressamente, suas conclusões para o procedimento ordinário. “*La Ley Orgánica de 28 de diciembre de 1988 provoca un auténtico giro copernicano en la configuración de la conformidad, introduciendo en nuestro ordenamiento procesal penal la negociación o el llamado “principio de consenso”. La finalidad no es ya solo poner fin a un proceso cuyo objeto há dejado de tener sentido, sino consagrar una nueva forma de resolver el conflicto originado por el delito: através del acuerdo de acusador y acusado, con la posterior intervención parcialmente revisora del órgano enjuiciador.*”

“A Lei Orgânica de 28 de dezembro de 1988 causa um verdadeiro giro copernicano na configuração da conformidade, introduzindo em nosso processo criminal a negociação ou o chamado “princípio do consenso”. A finalidade não é mais apenas encerrar um processo cujo objeto deixou de fazer sentido, mas consagrar uma nova maneira de resolver o conflito causado pelo crime: por meio do acusador e do acusado, com a subsequente revisão parcial da intervenção da promotoria” (tradução nossa).

pretensão acusatória.¹⁷³

O órgão judicial possui duas funções primordiais no acordo de conformidade. Primeira, verificar que a *calificación* aceita é correta e que a pena é adequada (art.787, itens 2 e 3, da LECrim). Segunda, garantir que a conformidade tenha sido aceita livremente pelo acusado (art. 787.2, letras “i” e “f”, da LECrim).¹⁷⁴

É possível, portanto, que o magistrado não concorde com a imputação apresentada na denúncia ou repute inadequada a pena requerida, quando, então, determinará que a parte acusadora adegue a peça de acusação. Somente após a devida modificação que será analisada a conformidade, caso essa subsista. Na hipótese de não ocorrer a alteração, o juiz deverá fixar data para julgamento.¹⁷⁵

De forma semelhante, o magistrado pode reputar que a imputação conformada deve ser qualificada como um delito de menor gravidade ou que a pena legalmente adequada é menor que a proposta. Nessa hipótese, poderá determinar o prosseguimento do feito ou prolatar sentença nos termos reputados adequados pela Corte.

Percebe-se, assim, que o juiz não é um mero observador na conformidade, possuindo o importante papel de controlar sua validade e eficácia.

A conformidade poderá ser formulada pela defesa técnica quando da apresentação da petição de qualificação provisória ou pelo próprio acusado, no momento de suas declarações. Independentemente de quem a apresente, a lei exige consenso entre advogado e acusado. Caso não ocorra essa dupla manifestação volitiva, o processo prosseguirá, nos termos dos art. 694 e 696, da LECrim.

Quanto aos efeitos, a conformidade pode ser só criminal, caso se restrinja a meramente admitir a sanção criminal, ou criminal e civil, quando além de aceitar a pena

¹⁷³ *Ibidem*, p. 190.

¹⁷⁴ DEU, *op. cit.*, p.286.

¹⁷⁵ *Ibidem*, p. 287. “*La jurisprudencia se ha pronunciado en el siguiente sentido: «La conformidade debe dar lugar a una sentencia acorde con el escrito de calificación, salvo que el tribunal entienda que no es procedente la calificación de los hechos mutuamente aceptados, en cuyo caso ha de acudir necesariamente a un trámite previo de adaptación de la calificación acusatoria a la tesis estimada correcta por el tribunal, y si dicha adaptación no se produce, se ha de celebrar el juicio, no pudiendo el tribunal modificar la calificación mutuamente aceptada sin celebración de nuevo juicio» (STS 188/2015 de 9 de abril de 2015).*”

A jurisprudência decidiu no seguinte sentido: «A conformidade deve dar origem a uma sentença de acordo com o documento de qualificação, a menos que o tribunal entenda que a qualificação dos fatos mutuamente aceitos não é apropriada, caso em que deve necessariamente recorrer a a um procedimento anterior de adaptação da qualificação acusatória à tese considerada correta pelo tribunal, e se essa adaptação não ocorrer, o julgamento deve ser realizado e o tribunal não pode modificar a qualificação aceita mutuamente sem realizar um novo julgamento» (STS 188/2015 de 9 de abril de 2015) (tradução nossa).

criminal, o acusado aceita a respectiva responsabilidade civil. Ademais, essa conformidade com a responsabilidade civil poderá se total ou parcial, dependendo da discussão ou não do *quantum debeat*.¹⁷⁶

Caso haja uma pluralidade de acusados, todos devem conformar com a pena mais grave. Caso um único não anuir, a conformidade não será válida para todos. É a determinação expressa no art. 655.4, da LECrim. Sem embargo, deve-se atentar para a imputação que recai sobre cada acusado, afinal, a conformidade se dá com a pena pedida. Assim, é possível ocorrer uma conformidade parcial desde que a qualificação jurídica imputada às partes tenha sido distinta e seja possível separar os fatos.

O art. 655.2, da LECrim prevê que o tribunal sentenciará com base nos fatos descritos na calificación. Ademais, a norma veda que seja aplicada uma pena maior que a pedida. Tal previsão deixa margem para que o órgão judicial condene em uma pena inferior à acordada ou até mesmo absolva o réu. Semelhante possibilidade decorre de um natural e salutar *“interesse público na preservação do estado de inocência, que domina o processo penal. O magistrado está obrigado a impor a pena aceita unicamente quando seja procedente.”*¹⁷⁷ O que não pode ocorrer, de maneira alguma, é a alteração do fato histórico, a qualificação jurídica e a pena acordados em prejuízo do réu, sob pena de violar a ampla defesa e o princípio acusatório.

Importante destacar que na conformidade também pode ocorrer acordo sobre a responsabilidade cível. Nesse caso, a vinculação do magistrado aos termos do convenicionado é absoluta.

Além do processo ordinário, o instituto da conformidade com a pena também pode ser aplicado no processo abreviado, no processo do Tribunal do Juri e no processo especial imediato.

No processo abreviado, a conformidade pode se dar tanto na fase intermediária, quando será recebida pelo juiz instrutor, quanto na fase definitiva.

Pela sequência processual natural, a primeira possibilidade de conformar é perante o juiz instrutor. Nessa etapa, a manifestação demanda o expreso consenso entre acusação e acusado, pois deve ser apresentada uma petição conjunta de conformidade. Essa manifestação substitui as petições da acusação e da defesa. Não obstante, *“ainda que resulte do consenso, implica também uma pretensão acusatória,*

¹⁷⁶ GIACOMOLLI, *op.cit.*, p. 198.

¹⁷⁷ *Ibidem.*, p. 215.

*pois sem ela o órgão jurisdicional não pode impor pena.*¹⁷⁸ A segunda possibilidade é após a petição da acusação. Em sua petição de defesa, em conjunto com seu procurador, o acusado pode aceitar a maior sanção. Ainda é possível ocorrer a conformidade no processo abreviado em uma terceira oportunidade. Essa ocasião se dará, similarmente ao processo ordinário, nos termos do art. 787.1, da LECrim¹⁷⁹, no juízo oral antes de iniciar a produção das provas.

Válido destacar que no processo abreviado a norma expressamente autoriza que a pena conformada pode ser a mais grave imputada ou outra que será acordada entre as partes e apresentada no ato.

Por fim, registre-se que o art. 787, da LECrim restringe a aplicação da conformidade aos crimes em que a pena se limite a 6 anos de prisão.

O reconhecimento dos fatos

O reconhecimento é um instituto aplicável no processo abreviado, visto que a pena privativa de liberdade prevista para o crime em pauta não pode ultrapassar três anos, nos termos da artigos 779, 800 e 801 da LECrim.

Basicamente, consiste na manifestação expressa do suspeito, na fase das diligências prévias, reconhecendo os fatos que lhe são imputados. O reconhecimento dirige-se unicamente ao fato natural, puro e simples, “*mas não de uma tipicidade determinada, de um certo tipo penal ou a qualificação jurídica deste fato*”.¹⁸⁰ Não há, portanto, que se aventar de qualquer conformidade com a pena, afinal, sequer há uma acusação formulada.

A finalidade do instrumento processual é abreviar a investigação, pois, caso a acusação concorde (necessário o consenso), ocorrerá o término antecipado da etapa investigatória e se procederá diretamente para à fase do *juicio oral*.

Importante destacar que no *juicio oral* as partes poderão produzir as provas que

¹⁷⁸ Ibidem., p. 224.

¹⁷⁹ “*Quando el acusado sea una persona jurídica, ésta podrá estar representada para un mejor ejercicio del derecho de defensa por una persona que especialmente designe, debiendo ocupar en la Sala el lugar reservado a los acusados. Dicha persona podrá declarar en nombre de la persona jurídica si se hubiera propuesto y admitido esa prueba, sin perjuicio del derecho a guardar silencio, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, así como ejercer el derecho a la última palabra al finalizar el acto del juicio.*” Quando o acusado é uma pessoa jurídica, ele pode ser representado para um melhor exercício do direito de defesa por uma pessoa especialmente designada e deve ocupar o lugar reservado para o acusado na Câmara. A referida pessoa pode declarar em nome da pessoa jurídica se tais evidências tiverem sido propostas e admitidas, sem prejuízo do direito de permanecer caladas, de não declarar contra si mesma e de não confessar culpa, além de exercer o direito à última palavra no final do ato de julgamento (tradução nossa).

¹⁸⁰ Ibidem., p. 242.

reputarem necessárias, *porque o processamento imediato não significa renúncia à produção das provas nem que o julgador deva tê-los por provados.*¹⁸¹ Essa possibilidade deixa inequívoco que “o objetivo do reconhecimento dos fatos é passar diretamente à fase do juízo oral, ante o consenso, e não admitir esta ou aquela responsabilidade.”¹⁸²

O juiz competente para o julgamento proferirá sentença considerando os fatos reconhecidos, refletidos no escrito de acusação, podendo aplicar a pena que entender procedente para os fatos reconhecidos. Inclusive, poderá valorar atenuantes e absolver o acusado, pois o reconhecimento não o vincula de forma absoluta.¹⁸³

Contudo, nos termos do art. 801, da LECrim, caso a pena privativa de liberdade a ser aplicada não supere 2 anos, é possível ao acusado prestar sua conformidade diante do *juzgado de guardia* (um órgão mais simples, ligado mais umbilicalmente as delegacias), quando será ditado nesse juízo a sentença de conformidade. Nessa hipótese, será aplicada a pena solicitada com a redução de um terço, ainda que a pena fixada se quede menor, por força da redução, que a pena mínima prevista no código penal.¹⁸⁴

Com essa conformidade prestada ainda em sede do *juzgado de guardia* o julgamento torna-se muito célere, enquadrando, dessa forma, o feito no rito do *enjuiciamiento rápido*, motivo pelo qual há a previsão do benefício redutor da pena.¹⁸⁵

3.1.5 Itália

O atual Código de Processo Penal italiano entrou em vigência em outubro de

¹⁸¹ *Ibidem*, p. 250.

¹⁸² *Ibidem*, p. 251.

¹⁸³ *Ibidem*, p. 252.

¹⁸⁴ Art. 801.2, da LECrim: *Dentro del ámbito definido en el apartado anterior, el juzgado de guardia realizará el control de la conformidad prestada en los términos previstos en el artículo 787 y, en su caso, dictará oralmente sentencia de conformidad que se documentará con arreglo a lo previsto en el apartado 2 del artículo 789, en la que impondrá la pena solicitada reducida en un tercio, aun cuando suponga la imposición de una pena inferior al límite mínimo previsto en el Código Penal. Si el fiscal y las partes personadas expresasen su decisión de no recurrir, el juez, en el mismo acto, declarará oralmente la firmeza de la sentencia y, si la pena impuesta fuera privativa de libertad, resolverá lo procedente sobre su suspensión o sustitución.*

Dentro do escopo definido na seção anterior, o tribunal de guarda executará o controle da conformidade previsto nos termos do artigo 787 e, quando apropriado, ditará oralmente uma sentença de conformidade que será documentada de acordo com as disposições da seção 2ª do artigo 789, em que imporá a penalidade requerida reduzida em um terço, mesmo que envolva a imposição de uma penalidade menor que o limite mínimo previsto no Código Penal. Se o promotor e as partes envolvidas expressarem sua decisão de não recorrer, o juiz, no mesmo ato, declarará oralmente o trânsito em julgado da sentença e, se a pena imposta for privativa de liberdade, decidirá o que é mais apropriado sobre sua suspensão ou substituição (tradução nossa).

¹⁸⁵ DEU, *op. cit.*, p.290.

1988, substituindo o Código Rocco de 1930, o qual possuía grande influência do modelo francês do século XIX e consagrava um sistema misto, com uma fase instrutória marcadamente inquisitorial e uma fase de julgamento pública e oral.

O novo código prima pela busca de um sistema acusatório, na linha das garantias constitucionais da Carta de 1948 e das normas internacionais. Os principais itens da reforma atentaram para o primado da oralidade e do contraditório na fase judicial, ampla publicidade dos julgamentos e uma separação rígida entre a fase de investigação e de julgamento, com a formação, inclusive, de autos processuais distintos.

O processo ordinário é composto de duas grandes fases. A fase de investigação denominada *indagine preliminar* e a fase judicial, *dibattimento*.

A fase pré-processual é conduzida pela polícia judiciária, sob direção e comando do Ministério Público. Nos termos do art. 326 do Codice di Procedura Penale, seu objetivo é produzir elementos para subsidiar eventual juízo acusatório. Essa fase encerra-se com uma audiência preliminar, *udienza preliminare*, “que serve de ponte entre a fase de investigação e a fase processual propriamente dita, destinada a demonstração do complexo da atividade probatória à formulação de um juízo (*dibattimento*).”¹⁸⁶

Na audiência preliminar, caso haja indícios de autoria e materialidade, o Ministério Público apresenta sua acusação e postula a necessidade de um julgamento. Estabelece-se um contraditório com o acusado. Caberá ao Juiz de Instrução, que é quem preside o ato, decidir pelo não prosseguimento do caso ou seu envio a julgamento. Nessa hipótese, inicia-se a fase dos debates (*dibattimento*) que será oral e poderá ser composta de uma ou mais audiências (*udienza dibattimentale*).

Afora o rito ordinário, o novo código de processo penal prevê outros cinco ritos alternativos ou especiais com finalidade precípua de simplificar os procedimentos e conseqüentemente gerar aceleração dos julgamentos: juízo diretíssimo, juízo imediato, procedimento por decreto ou monitório, juízo abreviado e aplicação da pena por requisição das partes.

O juízo diretíssimo, *giudizio direttissimo*, previsto nos artigos 449 a 452, do CPP, já estava previsto no código de 1930 e tem aplicação nos casos em que ocorre prisão em flagrante delito, quando ocorra a convalidação judicial da detenção no prazo de 48 horas. Ante a proximidade do fato delitivo e do julgamento há uma simplificação

¹⁸⁶ GIACOMOLLI, *op.cit.*, p. 254.

processual.

O juízo imediato, *giudizio immediato*, previsto nos artigos 453 a 458, do CPP, é aplicável mediante requerimento do MP, quando a prova é considerada evidente.

O juízo por decreto ou monitório, *giudizio per decreto*, previsto nos artigos 459 e seguinte, do CPP, é aplicável em delitos de menor gravidade, cuja a pena que pode ser fixada limite-se a pena pecuniária. Nesse contexto, mediante requerimento do MP, o magistrado analisa o mérito e aplica a pena antes da oitiva do acusado, o qual será citado para aceitar a pena imposta, geralmente com benefício de redução, ou se opor. Caso se oponha, o processo seguirá o rito ordinário e torna-se sem eficácia o decreto condenatório prolatado.

O juízo abreviado, *giudizio abbreviato*, previsto nos artigos 438 e seguintes, do CPP, é também uma forma de julgamento antecipado que se dá a pedido da parte, e que pode ensejar a condenação ou absolvição. Caso ocorra a condenação, concede-se o benefício da diminuição da pena em 1/3.

Já a aplicação da pena por requisição das partes, *applicazio della pena su richiesta delle parti*, é uma modalidade processual na qual o MP ou o acusado podem requerer a imediata prolação de sentença com aplicação de pena. No caso, a pena do condenado será reduzida de um terço.

Em abril de 2014, a Lei 67/2014 inseriu um novo instituto no CPP, o *sospensione del procedimento com messa alla prova*, previsto nos artigos 464-bis a 464-novies. O instrumento é muito semelhante a suspensão condicional do processo brasileira, e pode ser aplicado para delitos apenados com pena pecuniária e restritiva de liberdade até 4 anos.

No tocante especificamente ao acordo entre as partes, ele pode ocorrer de duas maneiras principais.

A primeira forma é um consenso sobre o processo, se diz então *patteggimento sul rito*¹⁸⁷. Nesse caso, ocorre um acordo sobre o iter processual a ser utilizado. De regra, esse consenso consistirá em utilizar o processo abreviado e seu requerimento se dará na audiência preliminar que encerra a fase pré-processual, apesar que até mesmo no *giudizio direttissimo* onde não há essa audiência é possível o pedido.¹⁸⁸

O *giudizio abbreviato* será utilizado por requerimento da defesa, quando deverá

¹⁸⁷ Tratando especificamente dessa terminologia, que não é dada pela norma processual, GIACOMOLLI cita farta doutrina italiana. *Op. Cit.*, p.258.

¹⁸⁸ GIACOMOLLI, *Op. Cit.*, p.259.

ocorrer a concordância do MP, ou mediante solicitação da acusação, quando será necessária a anuência pessoal do imputado.

Caso seja admitido o pedido, o processo será julgado de forma antecipada, com as provas disponíveis nos autos. Nesse rito, a defesa dispõe do direito de contraditar a prova trazida pela acusação e de produzir qualquer outra. Ademais, pode ser utilizado em qualquer espécie de delito, independente da pena cominada.¹⁸⁹

Destaque-se que o procedimento não envolve nenhuma forma de confissão ou de pedido de aplicação de pena. Assim, a possibilidade de julgamento do caso pelo magistrado é ampla, o qual poderá prolatar uma “*sentenza assoluta propriamente dita, per insubsistenza da materialidade ou da autoria; per atipicidade, inimputabilidade e insufficienza probatoria.*”¹⁹⁰ Em caso de condenação, a pena será reduzida da terça parte.

A segunda forma de consenso no processo penal italiano dirige-se a pena propriamente dita, denominada em italiano, *patteggiamento sulla pena*.

O antecedente histórico do atual instituto é o *patteggiamento*, introduzido pela Lei 689/81. Essa norma permitia, a pedido da defesa, e com consentimento da acusação, a imposição de pena diversa da prisão, como pena pecuniária ou liberdade vigiada. O instrumento era de pequena aplicação.

Com o CPP de 1988 criou-se um novo *patteggiamento*, denominado *applicazio della pena su richiesta delle parti*, previsto nos artigos 444 a 448, do código. Tanto o Ministério Público quanto acusado tem legitimidade para requerer sua aplicação.

Caso deferida, a pena aplicada ao condenado será reduzida em um terço. Contudo, a norma possui um requisito referente à pena para possibilidade do acordo. Na versão original a pena concreta aplicada, ou seja, já considerada a redução da terça parte, não pode superar 2 anos. Em 2003, alteração legislativa aumentou o limite para 5 anos, igualmente após a diminuição premial. Portanto, hoje “dois tipos distintos de *patteggiamento* são configuráveis, o ‘tradicional’ e o ‘estendido’”.¹⁹¹

¹⁸⁹ Sucinta e completa descrição de Giacomolli, cuja precisão indica a transcrição: No momento em que o autor do fato solicita a tramitação pelo processo abreviado, está aceitando que o magistrado profira um juízo de mérito sobre a prova colhida e aportada pelo órgão acusador, renunciando ao contraditório pleno e à produção de outras provas. O condenado obtém o benefício da redução de um terço na dosimetria da pena, nos termos do art. 422.2 do Código de Processo Penal. *Op. Cit.*, p.261.

¹⁹⁰ GIACOMOLLI, *Op. Cit.*, p.260.

¹⁹¹ TONINI, Paolo. *Manuale di Procedura Penale*. Settima edizione. Giuffrè Editore, 2006. p.626. “*Proprio sull’aspetto degli incentivi é intervenuto il Parlamento che con la legge 12 giugno 2003 n134 ha ampliato l’ambito de applicazione dell’instituto. In seguito alle modifiche intervenute, oggi sono configurabili due distinti tipi di patteggiamento, quello “tradizionale” e quello “alargato”. Il patteggiamento “tradizionale” (cozi denominato perché*

Para o *patteggiamento* “tradicional” não há nenhum requisito objetivo ou subjetivo, além do parâmetro da pena aplicada. Assim, o instituto pode ser aplicado, ao menos teoricamente, para qualquer delito.¹⁹² Se, todavia, for hipótese de *patteggiamento* estendido, ou seja, caso a pena de prisão a ser aplicada ultrapassada 2 anos e 1 dia e seja menor que 5 anos há outros restrições aplicáveis, de natureza objetiva relacionadas ao tipo de crime cometido¹⁹³ e subjetiva que dizem respeito ao tipos do réus, excluindo aqueles declarados ofensores habituais, profissionais, por tendência e os reincidentes.¹⁹⁴

É ampla a liberdade de forma e momento para a requisição da aplicação de pena. O pedido poderá ser oral ou escrito, e ocorrer ainda na fase de investigação preliminar, na audiência preliminar ou na fase judicial, até a declaração da abertura do *dibattimento*, quando então estará vedado (artigo 446, parágrafos 1 e 4)

Caso seja requerido por somente uma das partes o magistrado terá de colher a anuência da outra. Contudo, a discordância do Ministério Público não impedirá que o juiz acolha o pedido do réu, pois a negativa da acusação deve ser motivada e o magistrado emite um juízo sobre as razões alegadas. Assim, caso entenda o motivo

conosciuto nel sistema, seppure in forma diversa, fin dal 1981) permette all'imputato e al pubblico ministero di accordarsi su di una sanzione sostitutiva o pecuniaria o su di una pena detentiva fino a due anni sola o congiunta a pena pecuniaria (art. 444, comma 1).

“Il patteggiamento “allargato” (introdoto dalla legge n.134 del 2003) consente all'imputato e al pubblico ministero di accordarsi su di una sanzione da due anni e un giorno fino a cinque anni di pena detentiva sola o congiunta a pena pecuniária.”

“O Parlamento interveio sobre o aspecto dos incentivos, com a Lei nº 134, de 12 de junho de 2003, ampliando o escopo de aplicação do instituto. Após as alterações feitas, hoje dois tipos distintos de *patteggiamento* são configuráveis, o “tradicional” e o “estendido”. O *patteggiamento* “tradicional” (denominado dessa forma por ser conhecido no sistema processual, embora de forma diferente, desde 1981) permite que o acusado e o Ministério Público cheguem a um acordo sobre uma sanção substituta ou pecuniária ou sobre uma pena de prisão de até dois anos, isoladamente ou em conjunto com uma penalidade pecuniária (art.444, parágrafo 1).

A barganha “alargada” (introduzida pela lei no.134 de 2003) permite que o acusado e o promotor público concordem com uma sanção por dois anos e um dia até cinco anos de sentença de prisão isoladamente ou em conjunto sob pena de multa (tradução nossa).”

¹⁹² TONINI, *Op. Cit.*, p.626 e 627. “*Occorre evidenziare che non vi sono limiti oggettivi né soggettivi; di modo che il patteggiamento tradizionale si può applicare, almeno in linea teorica, non solo a reati indubbiamente ‘gravi’ come quelli in materia di mafia e terrorismo, ma anche ai delinquenti abituali, professionali, ardenti e recidivi reiterati di cui all’art. 99 comma 4 c.p.*”

“Cabe ressaltar que não há limites objetivos ou subjetivos; de modo que o *patteggiamento* tradicional posw ser aplicada, pelo menos em teoria, não apenas a crimes sem dúvida ‘sérios’, como os que envolvem a máfia e o terrorismo, mas também a criminosos habituais, profissionais, ardentes e repetidos, mencionados no art. 99 n.º 4 do código penal (tradução nossa).”

¹⁹³ TONINI, *Op. Cit.*, p.628, indica o rol de delitos para o qual é vedado o *patteggiamento* ainda que a pena permitise o acordo: delitos cometidos ou tentados pela Máfia, tráfico de pessoas, tráfico ilícito entorpecentes, , alguns crimes de violência sexual e relacionados à prostituição e pornografia infantil e crimes cometidos ou tentados com a finalidade de terrorismo

¹⁹⁴ TONINI, *Op. Cit.*, p.629.

indevido, poderá aplicar a redução de pena prevista em lei e requerida pela defesa. Nesse caso, o juiz da audiência preliminar fica impedido de decidir sobre o pedido unilateral do acusado, assim, a pena somente será aplicada após o *dibattimento*.

Valido destacar que a possibilidade do magistrado aplicar a pena a pedido do réu, apesar da manifestação contrária da acusação, consagrou o acordo criminal como um direito subjetivo do acusado.¹⁹⁵

O acordo formulado pelas partes é sujeito a um amplo controle jurisdicional. O art. 546.1, do CPP, impõe, como regra geral aplicável a qualquer sentença, a minuciosa averiguação dos fatos dos quais depende a aplicação das regras processuais¹⁹⁶. Assim, o consenso das partes não vincula o magistrado, o qual não exerce uma mera função homologatória, ao contrário, poderá absolver o réu e deverá verificar a proporcionalidade da pena avençada.¹⁹⁷

Il giudice valuta la legittimità e la fondatezza dell'accordo delle parti sulla base di tutti gli atti contenuti nel fascicolo delle indagini, e quindi anche sulla base della eventuale documentazione delle investigazioni difensive.

Il giudice deve valutare se sia << congrua la pena indicata >>. Pertanto, sull'accordo intercorso tra il pubblico ministero e l'imputato il giudice svolge un controllo di carattere sostanziale; non si limita ad esercitare una funzione meramente "notarile", di recepimento della volontà delle parti. Tuttavia, quella applicata non è la pena "giusta" di cui all'art. 133 del codice penale, perché tiene conto dell'incentivo che il legislatore ha concesso alla scelta dell'imputato di non esercitare il suo diritto a difendersi in dibattimento.¹⁹⁸

¹⁹⁵ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. e CAPPARELLI, Bruna. Barganha no Processo Penal Italiano: Análise Crítica do Patteggiamento e das alternativas Procedimentais na Justiça Criminal. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Volume XV. Periódico da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ. Patrono: José Carlos Barbosa Moreira www.redp.com.br ISSN 1982-7636. p. 446.

¹⁹⁶ Art. 456.1. *La sentenza contiene: 4) all'accertamento dei fatti dai quali dipende l'applicazione di norme processual;*

¹⁹⁷ GIACOMOLLI, *Op. Cit.*, p.267 e 268.

“O consenso é submetido a um efetivo e motivado controle jurisdicional (arts. 111.1 da Constituição e 546 do CPP), pois a manifestação dos sujeitos pode ser tida como improcedente, inclusive quanto ao cabimento ou não da suspensão condicional da execução da pena. Tem o poder de verificar a forma e conteúdo da manifestação volitiva dos sujeitos. Mesmo diante do consenso manifestado, cabe a absolvição do autor do fato, nas hipóteses de falta de punibilidade (art. 129 do Código de Processo Penal), e a verificação da proporcionalidade da sanção acordada, circunstâncias mencionadas pela Corte Constitucional na decisão 313/90. Portanto, a função do magistrado não é meramente notarial, homologatória da manifestação volitiva das partes.

“Consta da decisão da Corte Constitucional que, além da análise das possíveis circunstâncias modificadoras da pena (critérios do art. 133 do CP, inclusive as atenuantes inominadas previstas no art. 62-bis do CP, as agravantes e a compensação entre elas), a aplicação da pena consensuada ou solicitada pela defesa se consubstancia quando não incidir nenhuma hipótese de absolvição, a qual é prejudicial em relação ao *patteggiamento*. Assim, o magistrado emite um juízo valorativo sobre o material fático recolhido e sua adequação jurídica.”

¹⁹⁸ TONINI, *Op. Cit.*, p.631.

Prolatada a sentença com base no acordo, a decisão, como regra, não é passível de recurso. Eventual impugnação somente será admissível se for fundada em motivos relacionados à expressão da vontade do réu, à falta de correlação entre a solicitação e a sentença proferida e eventual qualificação incorreta. Única exceção é trazida pelo art. 448.1, que permite a apelação do Ministério Pública na hipótese do *parquet* ter discordado do acordo.

3.2 Espaços de consenso no processo penal brasileiro

Analisadas notícias sobre espaços de consenso no direito comparado, impõe-se debruçar sobre as hipóteses de barganha no processo penal brasileiro.

Como observado no estudo comparado, a introdução dos espaços de consenso na legislação estrangeira atendeu principalmente a razões de utilidade e celeridade da instrução penal. Esse aspecto é muito marcante, notadamente, no direito americano e alemão.

No Brasil, a introdução de espaços de consenso no processo penal seguiu um caminho um tanto distinto. Considerando que uma analogia é uma relação de semelhança entre objetos que, contudo, de forma inevitável pressupõe também diferenças (pois se assim não fosse seriam objetos idênticos), é razoável afirmar em franca analogia¹⁹⁹ ao pensamento de Mauro Cappelletti²⁰⁰, que a introdução e expansão dos espaços de barganha ocorreu seguindo um movimento de três grandes ondas, cada

“O juiz avalia a legitimidade e validade do acordo das partes com base em todos os documentos contidos no arquivo de investigação e, portanto, também com base em qualquer documentação das investigações da defesa.

O juiz deve avaliar se a penalidade indicada é justa. Portanto, no acordo entre o Ministério Público e o acusado, o juiz realiza um controle de caráter substantivo; não se limita a exercer uma função meramente ‘notarial’, de implementar a vontade das partes. No entanto, a pena aplicada não é a penalidade “justa” referida no art. 133 do código penal, porque leva em conta o incentivo que o legislador concedeu à escolha do acusado de não exercer seu direito de se defender no julgamento (tradução nossa).”

¹⁹⁹ O pensamento analógico busca uma relação de semelhança entre coisas ou fatos distintos. Assim, é inerente ao pensamento analógico, não só observar semelhanças, mas reconhecer diferenças. Afinal, se diferenças não existem, os objetos analisados seriam idênticos e não distintos. Destarte, compreende-se que uma analogia pode ser mais ou menos adequada de acordo com a quantidade de semelhanças e diferenças observadas.

²⁰⁰ É clássica e indispensável as lições de Cappelletti sobre o acesso à justiça. Adiante trecho auto-explicativo de sua obra: “Podemos afirmar que a primeira solução para o acesso a primeira “onda” desse movimento novo foi a assistência judiciária; a segunda dizia respeito às reformas tendentes a proporcionar representação jurídica para os interesses “difusos”, especialmente nas áreas da proteção ambiental e do consumidor; e o terceiro - e mais recente e o que nos propomos a chamar simplesmente “enfoque de acesso à justiça” porque inclui os posicionamentos anteriores, mas vai muito além deles, representando, dessa forma, uma tentativa de atacar as barreiras ao acesso de modo mais articulado e compreensivo”. CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfllet. Porto alegre, Fabris, 1988. p. 31.

uma marcada por um objetivo distinto^{201, 202}.

A primeira onda foi gerada pela Lei 9.099/95²⁰³. Essa relevante manifestação tinha o escopo premente de despenalização²⁰⁴, com foco nas infrações de menor potencial ofensivo.

Efetivamente, o legislador ordinário não se limitou a estabelecer o que constitui uma infração de menor potencial ofensivo, mas regulamentou um novo processo penal para estas infrações, denominando-o de sumaríssimo, além de criar um microsistema dentro do ordenamento jurídico brasileiro, ainda que não totalmente independente, pois se aplicam, subsidiariamente, as normas do Código Penal e do Código de Processo Penal.

A nota característica destes mecanismos é a potenciação do consenso no processo penal e a inevitabilidade do encarceramento, inclusive provisório, pois basta a declaração do suspeito de que atenderá aos chamamentos judiciais para

²⁰¹ GIACOMOLLI, op.cit., p. 312. “Todos os mecanismos de consenso criminais foram introduzidos na legislação penal brasileira pela Constituição de 1988, e pelo legislador ordinário de 1995. Até então, não se admitia qualquer espécie de solução consensual no processo penal, seja de natureza civil, criminal ou processual, pois regia o postulado da legalidade em sua pureza.”

²⁰² FERNANDES indica que a primeira manifestação de solução consensual no direito brasileiro deu-se com a criação da Justiça do Trabalho em 1934. Desde o início prevaleceu nessa área da justiça a busca da solução do litígio por via conciliatória. No processo civil, percebeu-se alguma tendência nesse sentido já no CPC de 1973, mas a primeira grande medida consensual foi, efetivamente, a criação dos Juizados Informais de Conciliação e, posteriormente, com os Juizados Especiais de Pequenas Causas. A proliferação de órgãos de defesa do consumidor na década de 1980 também foi outro importante elemento conciliador na seara cível. Contudo, na área criminal mantiveram-se fortes as resistências contra qualquer sopro conciliatório e a defesa intransigente da obrigatoriedade e indisponibilidade do processo penal. Apesar de tentativas de abertura de espaços de consenso existirem no Anteprojeto de Lei de 1981 elaborado por Francisco de Assis Toledo, Rogério Lauria Tucci e Helio Fonseca, somente com a Constituição de 1988 que foi dado um passo significativo em direção a uma justiça criminal consensual, ao prever a criação dos Juizados Especiais, o que se concretizou com a edição da Lei 9.099/95. FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 4ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. p.207 *et seq.*

²⁰³ Ainda nos idos de 1995, recém-lançada a Lei 9.099, Cezar Roberto Bitencourt assim anunciava a revolução que se apresentava: “A Lei 9.099/95, que disciplina os Juizados Especiais Criminais, realiza uma verdadeira revolução no Poder Judiciário Nacional, atingindo, no global, mais de setenta por cento (70%) do movimento forense criminal. Estamos no limiar de uma nova era político-criminal, onde a ousadia do legislador brasileiro ignorou os limites que, talvez, a prudência e o pioneirismo de novas idéias recomendassem. Não se contentou nosso legislador em cumprir um mandamento constitucional inserto no art 98, I, da Magna Carta, instituindo os Juizados Especiais e disciplinando a transação penal, e foi além, regulando a suspensão condicional do processo.” BITENCOURT, Cezar Roberto. *Juizados especiais criminais e alternativas à pena de prisão*. 3ª edição revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p.15.

²⁰⁴ “A Lei 9.099/95 não cuidou de nenhum processo de descriminalização, isto é, não retirou o caráter ilícito de nenhuma infração penal. Mas disciplinou, isso sim, quatro medidas *despenalizadoras* (que são medidas penais ou processuais alternativas que procuram evitar a pena de prisão): 1.) nas infrações de menor potencial ofensivo de iniciativa privada ou pública condicionada, havendo composição civil, resulta extinta a punibilidade (art. 74, parágrafo único); 2.) não havendo composição civil ou tratando-se de ação pública incondicionada, a lei prevê a aplicação imediata de pena alternativa (restritiva ou multa) (transação penal, art. 76); 3.) as lesões corporais culposas ou leves passaram a exigir representação da vítima (art. 88); 4.a) os crimes cuja pena mínima não seja superior a um ano permitem a suspensão condicional do processo (art. 89).” GRINOVER, Ada Pellegrini *et. al.*. *Juizados Especiais Criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995*. 5ª ed.rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p.50.

que não se lavre o flagrante ou se decrete outras espécies de prisão processuais.²⁰⁵

Já numa segunda etapa, que envolveu as diversas formas instituídas de colaboração premiada, o grande objetivo era a coleta de provas acerca da participação de terceiros nas atividades criminosas. Nesse contexto, o foco sai dos atos realizados pelo acusado, e volta-se para a atividade de outros autores e partícipes, especialmente líderes de organizações criminosas.

Em um terceiro momento, inaugurado com o projeto de novo Código de Processo Penal trazido Projeto de Lei nº 8.045, de 2010, e reforçada pelo projeto de lei denominado comumente de “Projeto Anticrime”, hoje convertido na Lei 13.964, de 2019, busca-se uma zona de consenso mais similar com o *plea bargaining* norte-americano, ou seja, focado nas imputações que pendem contra o acusado, ainda que essas sejam as únicas, com o objetivo de efetividade e economicidade na condução e conclusão da persecução e do processo penais. Os instrumentos gerados nessa onda têm como principal nota característica a admissão de culpa pelo acusado e a imediata aplicação de pena a partir de sua anuência.

Portanto, no direito processual brasileiro os espaços de consenso surgiram e se expandem seguindo um movimento de três grandes ondas, que se diferenciam, primordialmente, por sua finalidade. A primeira onda veio com um fim de despenalização²⁰⁶. A segunda onda tem o viés de gerar produção de provas de crimes e respectivas autorias. Já a terceira onda, cujos influxos já são possíveis notar, tem como grande norte o utilitarismo e a celeridade processual. Todavia, similarmente ao descrito pelo doutrinador italiano ao descrever “sua” terceira onda, as manifestações com foco no utilitarismo e celeridade abarcam também as ondas anteriores, pois não despreza as motivações de despenalização e produção de provas.

3.2.1 Composição civil

Antes do estudo da composição civil, é importante destacar que a Lei 9.099/95,

²⁰⁵ GIACOMOLLI, *op.cit.*, p. 312.

²⁰⁶ Válido esclarecer que os institutos despenalizadores não surgem no direito pátrio com a Lei 9.099/95. Ao contrário, já existiam de longa data. É o caso da suspensão condicional da pena e, de certa forma, das penas pecuniárias e das penas restritivas de direito. A grande inovação da norma é a necessidade de consenso para implantação dessa despenalização. GRINOVER *et. al.*. *Op. Cit.* p.51. “Com as medidas despenalizadoras e descarcerizadoras mencionadas, o Direito Penal brasileiro começa a adotar as tendências mundiais atuais, que sinalizam com a utilização da prisão como *ultima ratio*, devendo-se ampliar o rol das penas ou medidas alternativas.”

em seu artigo 88, condicionou o início de eventual processo penal por crimes de lesões corporais leves ou lesões culposas à representação do ofendido, transformando, assim, a natureza penal da ação desses delitos de pública para pública condicionada à representação.

Igualmente importante pontuar que a Lei 9.099/95, em seu artigo 62, fixou como critérios orientativos dos Juizados Especiais Criminais a busca, sempre que possível, da reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade.

Nesse contexto legal que surge o instituto da composição civil como instrumento de consenso impeditivo do processo penal.

Como ensina o direito civil, a composição dos danos entre dois indivíduos pode se dar sob três formas: renúncia, submissão e a transação.

Na primeira, o titular da pretensão cede, deixando de exigir a tutela dos direitos ou interesses de que se entendia possuidor. Na submissão, é o titular da resistência que cede à pretensão oposta, reconhecendo-a. Ambas – submissão e renúncia – são formas de concessões unilaterais, por isso mesmo mais raras do que a transação.

Já nesta já concessões bilaterais, mútuas e recíprocas, desistindo cada titular dos interesses em conflito de parte de suas pretensões.²⁰⁷

Independente da forma adotada, caso a autocomposição se refira a um dano decorrente de um crime cujo processamento se dê mediante ação penal privada ou ação penal pública condicionada à representação, a homologação judicial do acordo ensejará a renúncia (ainda que tácita) ao direito de queixa ou representação.²⁰⁸

Ante os critérios fixados pela lei para orientar os juizados especiais, o acordo tem precedência sobre o regular processamento do delito. Assim, ele deverá ser buscado como ato primeiro. Para tanto, é prevista uma audiência preliminar, uma etapa pré-processual, para a tentativa de conciliação. Caso a audiência não ocorra por razão de ausência de acusado ou vítima, deve-se tentar o consenso no início da audiência de instrução. Sem embargo, é possível que o acordo ocorra até mesmo fora do juízo, desde que seja devidamente submetido para homologação pelo juízo criminal.

²⁰⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini *et. al.*. Juizados Especiais Criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995. 5ª ed.rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p.128.

²⁰⁸ Art. 74, parágrafo único, da Lei 9.099/95: 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.

Ocorrendo a homologação do acordo²⁰⁹ é extinta a punibilidade do crime, bem como eventuais processos cíveis que questionem o mesmo fato.

Destaque-se que a mera homologação do acordo já promove a extinção da punibilidade. Assim, eventual não cumprimento do acordo, enseja execução da sentença homologatória no devido juízo cível e não reabertura do processo criminal.

Giacomolli afirma que a “*composição civil, no âmbito da jurisdição criminal, se constitui em mais um meio de solucionar o conflito civil, do que um modo de terminar o processo.*”²¹⁰ É razoável tal afirmação, pois, a grande finalidade do instituto é promover a justiça reparativa.

Mais uma vez, a lei se mostra plenamente conhecedora das modernas tendências da Vitimologia, que tendem a substituir cada vez mais a sanção penal pela reparação dos danos causados ao ofendido.

Se a vítima se compôs com o autor do fato em relação a reparação dos danos civis, dele obtendo a desejada satisfação, não mais se justifica o ajuizamento da ação penal nas infrações penais de menor potencial ofensivo.

Por outro lado, vista a questão do ângulo do autor do fato, ficará ele incentivado a reparar os danos causados para evitar o processo penal.²¹¹

A proteção da vítima é inequivocamente o principal fundamento do instituto, o que se dá com a tutela dos seus interesses indenizatórios. Ademais, o momento processual é sumamente favorável à vítima, visto que pode oferecer ao autor do fato, em contrapartida do acordo, a vantagem de não ser demandado judicialmente. Iguamente, também não subsistirá nenhum processo civil com pretensão indenizatória pelos mesmos fatos²¹².

Também é um legítimo fundamento para a devida aplicação do instituto a economia de custos gerada com a autocomposição, virtude a qual se difunde para todas as partes envolvidas no processo penal.

²⁰⁹ Pertinentemente, Marcellus Polastri Lima ensina: “Apesar da lei se referir ao acordo homologado pelo juiz, mediante sentença irrecorrível, entendemos que, em caso de já haver composição ou acordo anterior devidamente comprovado nos autos de inquérito ou termo circunstanciado, o Ministério Público poderá arquivar tais procedimentos, sendo que, aqui, a renúncia tácita ou expressa poderá servir de razão de arquivamento com fulcro na extinção de punibilidade.” LIMA, Marcellus Polastri. Juizados Especiais Criminais (na forma das Leis nº 10.455/02 e 10.741/03). Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2005. p.80.

²¹⁰ GIACOMOLLI, *op.cit.*, p. 315.

²¹¹ GRINOVER, Ada Pellegrini *et. al.*. Juizados Especiais Criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995. 5ª ed.rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p.145.

²¹² “*Outrossim, segundo entendemos, feita a conciliação no Juizado, a execução no cível se limita àquele acordo, não podendo a vítima pleitear indenização ou reparação a maior no cível, ou seja, a homologação do acordo no Juizado impede que se pleiteie outra espécie de indenização no cível contra o agente em relação àquele fato.*” LIMA, Marcellus Polastri. Juizados Especiais Criminais (na forma das Leis nº 10.455/02 e 10.741/03). Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2005. p.80.

Relevante ponto a ser destacado é o fato do eventual descumprimento do acordo civil não autorizar o exercício da ação penal privada ou da representação. Isso porque a Lei 9.099/95 previu os efeitos da renúncia (a qual, nos termos do art. 25, do Código Penal é irretratável) após a homologação do acordo, e não após seu cumprimento.

Por conta da necessária homologação formal do acordo, a composição cível deverá ser realizada em um juízo público e reduzida a escrito. Apesar da extraordinária competência do juízo criminal para homologar o acordo, sua execução dar-se-á unicamente perante o juízo cível.

Por fim, é válida a transcrição da conceituação cunhada por Giacomolli para o instituto:

Assim, a composição dos danos é uma forma autocompositiva facultativa, de um conflito civil, ainda não formalizado, na esfera criminal, conduzida por um Juiz togado, por Juiz leigo ou por um conciliador, mas sempre sob a supervisão daquele, com entidade suficiente para evitar a dedução de uma pretensão civil e de uma pretensão penal acusatória, nos delitos que exigem representação ou se processam por ação penal privada.²¹³

3.2.2 Transação penal

A transação penal foi inserida no ordenamento pátrio pela Lei 9.099/95, na primeira onda de instrumentos de consenso no processo penal brasileiro. Consiste, basicamente, em um acordo entre o acusador, ordinariamente o Ministério Público²¹⁴, e

²¹³ GIACOMOLLI, *op.cit.*, p. 316.

²¹⁴ Não há previsão legal sobre a possibilidade de transação penal em delitos de ação penal privada e a legitimidade ativa para eventual proposição. Esse silêncio legal já gerou muita divergência, contudo, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça já se manifestaram admitindo o benefício da transação penal em crimes da alçada privada, sob o fundamento principal da isonomia. No entanto, o entendimento é de que não é um direito subjetivo do querelado, cabendo ao querelante a análise da adequação e sua propositura. CRIMINAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO HC. OMISSÃO. TRANSAÇÃO PENAL. AÇÃO PENAL PRIVADA. PROPOSTA. LEGITIMIDADE. EMBARGOS ACOLHIDOS. I - Tratando-se de delito que se apura mediante ação penal privada, a proposta deve ser feita pelo querelante. (Precedente do STF). II - Embargos acolhidos." No mesmo sentido: HC 17.601/SP, Relator: Ministro Hamilton Carvalhido, DJU 19.12.2002; HC 13.337/RJ, Relator: Ministro Felix Fischer, DJU 13.08.2001. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. QUEIXA. INJÚRIA E DIFAMAÇÃO. AÇÃO PENAL PRIVADA. TRANCAMENTO. IMPETRAÇÃO CONCOMITANTE COM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA. IMPETRAÇÃO INADEQUADA. 1. Se há recurso especial interposto, com razões idênticas à inicial deste habeas corpus, não se demonstrando aqui ilegalidade flagrante, a impetração mostra-se inadequada e, pois, incabível. 2. O habeas corpus tem seus contornos próprios e não pode perder seu importante papel constitucional de guardião da liberdade. 3. É imperiosa necessidade de racionalização do habeas corpus, a bem de se prestigiar a lógica do sistema recursal. 4. Segundo decidido pela Corte Especial, a transação penal, nos termos da Lei nº 9.099/1995 não é direito subjetivo do réu e sua aplicação à ação penal privada, embora admitida, não impede o prosseguimento da persecução, em caso de inércia do querelante. 5. A Lei de Imprensa foi retirada do mundo jurídico pelo Supremo Tribunal Federal

o suposto autor de uma infração penal de menor potencial ofensivo, no qual é convencionado a aplicação de uma pena restritiva de direito ou de multa em troca do encerramento²¹⁵ do processo.

O acordo ocorrerá em uma audiência preliminar que se dará antes do oferecimento da denúncia²¹⁶. Para sua devida realização é impreterível que o acusado esteja acompanhado de um defensor, ou seja, é inafastável a participação da defesa técnica no ato.

O instituto versa inequivocamente sobre uma transação, pois ambas as partes fazem concessões bilaterais, mútuas e recíprocas. O Ministério Público desiste da regular persecução penal e o acusado, no exercício de sua defesa pessoal, aceita cumprir imediatamente penas alternativas. Patente, portanto, a natureza consensual do instituto, que decorre diretamente de um acordo de vontade das partes. Assim, a transação penal possui natureza de negócio jurídico processual, ainda que, nem sempre, ocorra uma efetiva negociação, seja porque o MP impõe as condições que reputa adequadas sem margem para bagatelas, ou seja porque a parte autora sequer ventila uma ponderação sobre os termos oferecidos pela acusação.

Dentro do esquema proposto pela Lei 9.099/95 e do tratamento conferido aos crimes de menor potencial ofensivo, com a transação penal o legislador criou um instrumento com a capacidade de promover uma solução simplificada de processos envolvendo pequena criminalidade. Com isso, ainda que de forma indireta, permite que o sistema trate com mais eficiência a criminalidade grave.

Parte expressiva e avalizada da doutrina sustenta que oferecer a proposta de transação penal é um poder-dever do Ministério Público, gerando um correspondente direito subjetivo do imputado.

No entanto, permitir ao Ministério Público (ou ao acusador privado) que deixe de formular a proposta de transação penal, na hipótese de presença dos requisitos do art. 76, poderia redundar em odiosa discriminação, a ferir o princípio da

(ADPF 130/DF), porque não recepcionada pela Carta de 1988, mas, de modo expresse, ficou ressalvada a aplicação do Código Penal. 6. O trancamento da ação penal, por falta de dolo, se não exsurge, *primo oculi*, sem necessidade de revolvimento fático-probatório, não há como ser acolhido em habeas corpus. 7. Ordem denegada. (HC 147.251/BA, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 06/09/2012, DJe 17/09/2012).

²¹⁵ Destaque-se a forma analógica da utilização do termo encerramento, visto que o processo não se iniciou efetivamente.

²¹⁶ Apesar da previsão de que a transação penal se dê em uma audiência preliminar, a doutrina e jurisprudência são pacíficas em reconhecer que ela pode se dar até o final da instrução penal. Essa possibilidade é condizente com a natureza despenalizadora do instituto. Vide Enunciado Criminal 114 do Fórum Nacional de Juizados Especiais: A Transação Penal poderá ser proposta até o final da instrução processual (XXVIII Encontro – Salvador/BA).

isonomia e a reaproximar a atuação do acusador que assim se pautasse ao princípio de oportunidade pura, que não foi acolhido pela lei.

Pensamos, portanto, que o "poderá" em questão não indica mera faculdade, mas um poder-dever, a ser exercido pelo acusador em todas as hipóteses em que não se configurem as condições do § 2. do dispositivo.²¹⁷

Nicolitt identifica a transação penal como uma ação penal *sui generis*, por conta das penas aplicadas ao acusado, ainda que mediante sua anuência. Para o autor, somente essa leitura do instituto tornaria legítima a imposição de sanção ante a vedação de pena sem devido processo.²¹⁸

Em coerência com seu entendimento, Nicolitt sustenta que caso esteja configurada hipótese de transação penal e o MP não apresente a proposta e sim denúncia, caberá ao magistrado rejeitar a exordial por falta de interesse de agir nas modalidades necessidade e adequação.²¹⁹

Marcos Paulo Dutra Santos concordando ser um poder-dever do MP oferecer a transação penal, quando preenchidos os requisitos legais, propõe uma solução diversa para o caso de atuação inadequada do *Parquet*:

Caso o *Parquet* não ofereça a transação e ajuíze a ação penal, o juiz, discordando desse entendimento, deve rejeitar a denúncia com fundamento no art. 43, III, do Código de Processo Penal, obtemperando que, em sendo possível a transação penal, não pode o Ministério Público denunciar o autuado, sem antes lhe propor o aludido instituto despenalizante. Faltaria essa condição especial de procedibilidade.²²⁰

A robusta e profícua discussão doutrinária perdeu um tanto de relevância desde

²¹⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini *et. al.*. Juizados Especiais Criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995. 5ª ed.rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p.153.

²¹⁸ NICOLITT, André Luiz. Juizados Especiais Criminais Temas Controvertidos. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004. p.15. "Esta dificuldade é afastada quando se busca uma interpretação conforme a Constituição, ou seja, a moderna doutrina constitucional prima exatamente pela manutenção da norma no ordenamento, só retirando-a quando não for possível qualquer interpretação que se conforme com a Constituição.

"Assim, devemos proceder no que tange ao instituto da transação penal, de acordo com o previsto na Lei no 9.099/95, pois sem entendermos que a proposta tem natureza de ação, não temos outra saída senão reconhecer que a norma fere os princípios do devido processo legal e, conseqüentemente, o contraditório e a ampla defesa, possibilitando a aplicação de pena sem processo.

"Veja-se que esta interpretação, além de lógica, é capaz de resolver o problema da constitucionalidade e, como veremos, resolverá de forma satisfatória e fiel ao sistema acusatório o problema da não-formulação de proposta pelo Ministério Público."

²¹⁹ *Ibidem*. p.19.

²²⁰ SANTOS, Marcos Paulo Dutra. Transação Penal. Atualizada pela Lei nº 11.313, de 28 de junho de 2006. Rio de Janeiro: Lumen Juirs, 2006.

que as cortes superiores^{221 222} pacificaram seus entendimentos sobre o tema. Assim, reconhece-se que o MP possui um dever jurídico de propor a transação. Contudo, com a devida fundamentação pode deixar de fazê-lo e apresentar regular denúncia. Caso o magistrado discorde da medida adotada, caberá a ele remeter os autos, em analogia ao artigo 28, do Código de Processo Penal, ao Chefe do Ministério Público, o qual dará a palavra definitiva sobre o tema.

Sem embargo, é razoável reconhecer que quando o Ministério propõe uma transação penal contra o suposto autor de uma infração de menor potencial ofensivo, oferecendo o imediato cumprimento de pena alternativa à prisão em troca do encerramento do processo, o *parquet* está exercendo uma pretensão acusatória, ainda que de forma *sui generis*. Assim, a solução dada pelas Cortes Superiores mostra-se em conformidade com o sistema acusatório.

Ponto importante de ser destacado quando do estudo da transação penal é que a celebração do acordo não envolve nenhuma assunção de culpa pelo suposto autor da infração. Igualmente, não gera nenhuma reincidência, mantendo o acusado sua primariedade. Haverá, somente, um singelo controle do ato, pois é vedado a utilização do benefício novamente no prazo de cinco anos.

A não assunção de culpa é a principal característica que distingue a transação do *plea bargaining* norte americano. Contudo, não é a única. Como bem enumera Pinho em sua obra sobre o tema²²³:

- 1) No *plea bargaining* vigora inteiramente o princípio da oportunidade da ação penal pública, enquanto na transação penal o Ministério Público não pode exercê-lo integralmente.

²²¹ PROCESSUAL PENAL – LEI 9.099/95 – TRANSAÇÃO PENAL – PROPOSTA DE OFÍCIO PELO MAGISTRADO – IMPOSSIBILIDADE – TITULARIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. - Em eventual divergência sobre o não oferecimento da proposta de transação penal, resolve-se à luz do mecanismo estabelecido pelo art. 28, c/c art. 3º do CPP (encaminhar os autos ao Procurador Geral). - Precedentes. - Recurso provido para que sejam encaminhados os autos ao Procurador-Geral de Justiça. Recurso Especial n. 261570/SP. Relator Ministro Jorge Scartezini. 5ª Turma. Julgamento em 20.fev.2001.

²²² “A jurisprudência desta Suprema Corte é pacífica no sentido de que não cabe ao Poder Judiciário conceder os benefícios da Lei 9.099/1995 à revelia do titular da ação penal. A esse respeito, a Súmula 696 deste Supremo Tribunal Federal: "Reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, mas se recusando o Promotor de Justiça a propô-la, o Juiz, dissentindo, remeterá a questão ao Procurador-Geral, aplicando-se por analogia o art. 28 do Código de Processo Penal". Como a manifestação nos presentes autos provém do próprio Procurador-Geral da República, ainda que esta Colenda Turma dela dissentisse, a negativa deveria prevalecer, porquanto a Constituição Federal conferiu a titularidade da ação penal ao Ministério Público, à qual intimamente ligada a possibilidade de propor a suspensão condicional do processo e a transação. (Inq 3.438, rel. min. Rosa Weber, 1ª T, j. 11-11-2014, DJE 27 de 10-2-2015)

²²³ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de Pinho. A introdução do instituto da transação penal no direito brasileiro. E as questões daí decorrentes. Rio de Janeiro: *Lumem Jures*, 1998. p.50.

- 2) Havendo concurso de crimes, no *plea bargaining* o *Parquet* pode excluir da acusação algum ou alguns delitos, o que não ocorre na transação criminal
- 3) No *plea bargaining* o Ministério Público e a defesa podem transacionar amplamente sobre a conduta, fatos, adequação típica e penas (acordo penal amplo), como, p. ex., concordar sobre o tipo penal, se simples ou qualificado, o que não é permitido na proposta de aplicação de pena mais leve.
- 4) O *plea bargaining* é aplicável a qualquer delito, ao contrário do que ocorre com a nossa transação, que tem incidência restrita.
- 5) No *plea bargaining* o acordo pode ser feito fora da audiência; a transação, em audiência (art. 72 da Lei).

A Lei 9.099/95 prevê a possibilidade da transação penal. Contudo, também traz as hipóteses em que é vedada a apresentação de proposta. As situações impeditivas estão previstas no §2º, do art. 76, da lei, e são autônomas, bastando, portanto, meramente uma estar caracterizada para inviabilizar a possibilidade de proposta.

§ 2º Não se admitirá a proposta se ficar comprovado:

I - ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva;

II - ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo;

III - não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida.

Havendo consenso entre as partes, os termos do acordo são submetidos ao juízo, o qual efetuará um juízo de adequação. Não existindo qualquer causa impeditiva, o magistrado homologará o acordo e aplicará as penas acordadas. Existe a possibilidade legal do juiz reduzir a pena de multa até a metade. Todavia, somente poderá fazê-lo caso a pena de multa seja a única aplicada.

A sentença que homologa a transação penal não faz coisa julgada material, conforme entendimento vinculante²²⁴ do Supremo Tribunal Federal. Assim, caso ocorra o descumprimento do acordado, retorna-se ao *status quo ante*, possibilitando-se ao Ministério Público a continuidade da persecução penal. Não é legítimo converter o acordo em uma execução, visto a ausência de reconhecimento de culpa.

²²⁴ Súmula Vinculante nº 35 - A homologação da transação penal prevista no artigo 76 da Lei 9.099/1995 não faz coisa julgada material e, descumpridas suas cláusulas, retoma-se a situação anterior, possibilitando-se ao Ministério Público a continuidade da persecução penal mediante oferecimento de denúncia ou requisição de inquérito policial.

3.2.3 Suspensão condicional do processo

Outro instituto despenalizador trazido pela Lei 9.099/95 foi a suspensão condicional do processo.

Prevê o art. 89, da norma, que após o oferecimento da denúncia, o Ministério Público poderá propor a suspensão do processo pelo período de 02 a 04 anos, desde que a pena mínima de prisão cominada ao delito imputado não ultrapasse o prazo de 1 ano.²²⁵

A proposta de suspensão somente será possível caso o acusado “*não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime*”. Ademais, exige-se os cumprimentos dos demais requisitos previstos para a efetivação da suspensão condicional da pena prevista no art. 77, do Código Penal. Essa semelhança com o *sursis* da pena enseja que a suspensão condicional do processo seja regularmente denominada de *sursis* processual.

Havendo uma proposta de suspensão pelo *parquet*, o magistrado designará uma audiência para o acusado manifestar sua aceitação, com a qual deverá estar de acordo a defesa técnica. Aceito o acordo, o juiz, após receber a denúncia, suspenderá o feito e colocará o acusado sob período de prova, no qual terá de cumprir as condições arroladas no §1º, do art. 89.

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

O §2º, do art. 89, ainda prevê que o juiz poderia fixar outras condições. Tal disposição é altamente questionável, pois fragiliza sumamente o sistema acusatório do processo penal. No procedimento da suspensão deveria caber ao magistrado unicamente analisar a legalidade e voluntariedade do acordo, bem como assegurar a equidade entre partes e a possibilidade de negociação. Na prática, observa-se que o próprio Ministério Público se vale da possibilidade ofertada pelo dispositivo legal e oferta condições diferenciadas para a implantação da suspensão.

²²⁵ O enunciado de Súmula nº 243, do STJ, regula o tratamento a ser conferido no caso de concurso de crimes: “O benefício da suspensão do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de um (01) ano.”

Frise-se que a suspensão ocorre após o recebimento da denúncia. Assim, patente que “*se está numa fase eminentemente processual e judicial*”.²²⁶ Ademais, esse momento processual impõe que o magistrado analise as condições mínimas da ação. Caso essas estejam ausentes não será caso de suspensão do processo e sim de rejeição da denúncia.

Outro ponto para se reforçar é que apesar da suspensão condicional do processo ter sido trazida pela Lei 9.099/95, sua aplicação se dá em todos os ritos e procedimento e não somente no sumário. A única exceção a essa peremptória afirmação são os crimes sujeitos ao rito da Lei Maria da Penha, que nos termos da Súmula 536, do STJ, não podem ser objeto de suspensão condicional ou mesmo transação penal.

Durante o período da suspensão não corre o prazo prescricional.

As hipóteses de revogação da suspensão estão enumeradas nos §3º e §4º, do art. 89, da Lei 9.099/95.

O §3º arrola causas em que a revogação é obrigatória: o acusado ser processado por outro crime ou “não efetuar, sem motivo justificado, a reparação do dano”. Já houve grande discussão sobre a legitimidade da revogação por força de um novo processo, mas o STJ já fixou sólida posição na adequação da norma. Já o §4º traz hipóteses de revogação facultativa da suspensão: o acusado ser “*processado, no curso do prazo, por contravenção, ou descumprir qualquer outra condição imposta*”. Em atenção aos princípios do contraditório e ampla defesa, a revogação deve ser precedida da intimação do acusado e abertura de prazo para manifestação, notadamente no caso da modalidade facultativa.

Transcorrido o período de prova sem a revogação da suspensão, o juiz declarará a extinção da punibilidade.

Já foi uma intrincada questão definir qual conduta adotar na hipótese de estarem presentes no caso concreto os requisitos que autorizam a suspensão condicional do processo, mas o MP não formalizar a proposta. Hoje o STF possui entendimento sumulado²²⁷ de que compete ao magistrado remeter o feito ao Procurador Geral, em aplicação analógica do CPP. Esse entendimento está em conformidade com o sistema acusatório e reforça a compreensão que a suspensão condicional do processo não

²²⁶ GIACOMOLLI, Nereu José. Juizados Especiais Criminais: Lei 9.099/95. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.p.364.

²²⁷ Súmula 696 STF: Reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, mas se recusando o promotor de justiça a propô-la, o juiz, dissentindo, remeterá a questão ao Procurador-Geral, aplicando-se por analogia o art. 28 do Código de Processo Penal.

corresponde a um mero juízo de oportunidade do MPF.²²⁸

No que diz respeito aos fundamentos da suspensão condicional do processo, dentre outros, caberia destacar: o princípio da oportunidade (ou discricionariedade) regrada, o princípio da autonomia da vontade e o princípio da desnecessidade da prisão. Sem que o órgão acusatório tivesse a possibilidade de "dispor" da via persecutória normal não seria possível, evidentemente, a suspensão do processo, que é instituto despenalizador indireto, isto é, pela via processual chega-se, depois de cumpridas certas condições, à extinção da pretensão punitiva estatal. A regra continua sendo o princípio da obrigatoriedade (que alguns impropriamente chamam de legalidade processual). Excepcionalmente, no entanto, em algumas hipóteses taxativamente previstas em lei (e mesmo assim sob controle judicial), pode o Ministério Público dispor da *persecutio criminis* para propor alguma medida alternativa. Isso se chama oportunidade regrada ou discricionariedade regulada ou controlada. Há quem fale tam bém em legalidade mitigada.

É válido registrar ainda o entendimento consolidado na Súmula 337 do STJ: “*É cabível a suspensão condicional do processo na desclassificação do crime e na procedência parcial da pretensão punitiva.*” O enunciado demonstra que apesar da suspensão condicional ter a finalidade impedir a fase instrutória, por conta de sua característica despenalizante, ela poderá ocorrer na fase da sentença e até mesmo na fase recursal, caso a tipificação dada pelo *decisum* judicial seja diverso do imputado pela acusação e permita pela pena mínima em abstrato a concessão do benefício. Importante destacar que caso se configure essa situação, caberá ao órgão judiciário intimar o *parquet* para efetuar a proposta e não a conceder de ofício.

3.2.4 Colaboração premiada – Lei 12.850/2013 - Lei de combate às organizações criminosas

Como dito, a segunda grande onda de espaços de consenso no processo penal brasileiro envolveu as diversas formas instituídas de colaboração premiada.

Sob a perspectiva estritamente temporal, seria possível sustentar que a onda da colaboração premiada seria anterior a onda despenalizante gerada pelos Juizados Especiais, pois normas prevendo hipóteses de colaboração premial foram editadas

²²⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini et. al.. Juizados Especiais Criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995. 5ª ed.rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p.259 e 269.

antes da Lei 9.099/95. Entretanto, é mais adequado realizar a análise sob o enfoque da efetiva utilização do instituto e do impacto produzido no sistema jurídico. Desse modo, os instrumentos de consenso trazidos pela Lei 9.099/95 tem ampla precedência, pois foram muito mais impactantes no processo penal e na sociedade como um todo. Assim, é razoável sustentar que o instituto da colaboração premiada somente gerou uma efetiva onda de abertura de espaços de consenso (no caso, uma segunda onda) após a lei dos juizados especiais, notadamente a partir da Lei 12.850/2013.

Interessante registrar que é possível identificar notas de delação premiada ainda nas Ordenações Filipinas. Hodiernamente, surge ainda em 1990 com a Lei 8.072, a Lei dos Crimes Hediondos, a qual previu a delação de crimes nela elencados como causa de diminuição da pena de 1/3 a 2/3.

A Lei 9.034/90, a Lei do Crime Organizado anteriormente vigente, hoje revogada pela Lei 12.850/2013, na esteira das influências trazidas pela Convenção de Palermo²²⁹, prevê hipótese de diminuição de pena, também de 1/3 a 2/3, quando o agente colaborar e levar ao esclarecimento de infrações penais e sua autoria.

A Lei dos Crimes Tributários e Econômicos trouxe semelhante benefício para o coautor ou partícipe que confessar espontaneamente à autoridade toda a trama delituosa. Essa norma inseriu uma inovação, pois no formato que foi redigida o delator faz jus ao benefício legal com a mera confissão da trama delituosa, sendo indiferente para ele o resultado de ulteriores investigações ou processos.

Na sequência, a Lei 9.613/98, Lei de Lavagem de Capitais, reproduziu o instituto e inseriu como um dos possíveis benefícios ao colaborador o completo perdão judicial, bem como a possibilidade de cumprir a pena em regime inicial mais benéfico ou ter a pena restritiva de liberdade substituída por penas restritiva de direito.

Em 1999, a Lei de Proteção das Vítimas e Testemunhas (Lei 9.807) teve o mérito de permitir a colaboração em qualquer tipo de crime, ao contrário da metodologia até então escolhida que vinculava a delação a delitos específicos.

Ambas as lei de Drogas editadas no século XXI, tanto a Lei 10.409/2002, quanto a Lei 11.343/2006, previram o instituto, apesar de utilizarem formas distintas. Atualmente, vige o art. 41, da Lei 11.343/2006, que reconhece ao indiciado ou acusado

²²⁹ No ano de 2000 foi assinado pelo Brasil e mais 123 países a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, a qual ficou conhecida por Convenção de Palermo. A convenção foi inserida no ordenamento nacional através do Decreto 5.015/2004.

a redução de pena de um a dois terços, desde que esse colabore voluntariamente na identificação dos demais criminosos e na recuperação, ainda que parcial, do produto de crime.

Por fim, em 2013, entrou em vigor a Lei 12.850, Lei de Combate às Organizações Criminosas, a qual, nos termos de sua ementa “*define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal*”. Um dos meios de obtenção de provas disciplinados é a colaboração premiada que veio prevista na Seção I da norma, cuja redação original era composta dos artigos 4º ao 8º.

Com a publicação da Lei 13.964/2019, a denominada Lei Anticrimes, diversas alterações foram efetuadas na Lei 12.850, dentre eles a inclusão dos artigos 3º-A, 3º-B e 3º-C nessa Seção I.

O novo artigo 3º-A é resultado de uma longa discussão doutrinal sobre a natureza jurídica do instituto. Com a previsão legal, tornou-se expresso que o acordo de colaboração premiada consiste em um negócio jurídico processual e um meio de obtenção de prova. Essa posição já havia sido sufragada pelo Supremo Tribunal Federal em julgamento realizado pelo Tribunal Pleno nos autos do HC 127483.²³⁰

Vale destacar que o fato da colaboração premiada ser um meio de obtenção de prova não afasta a situação dela tornar-se incidentalmente a própria prova, conforme explica Nefi Cordeiro²³¹.

Os artigos 3-B e 3-C buscam regulamentar a fase de tratativas para o acordo, ou seja, a etapa de negociação propriamente dita. Para tanto, a norma instituiu uma peça processual denominada proposta para formalização de acordo de colaboração, a qual demarca o início das tratativas e serve como marco para a observância da confidencialidade, pois configurará violação de sigilo e quebra da confiança e da boa-fé a divulgação das negociações entabuladas após sua formulação.

Como em qualquer acordo, as partes envolvidas precisam efetuar ajustes para

²³⁰ Item 4 do acórdão: “A colaboração premiada é um negócio jurídico processual, uma vez que, além de ser qualificada expressamente pela lei como “meio de obtenção de prova”, seu objeto é a cooperação do imputado para a investigação e para o processo criminal, atividade de natureza processual, ainda que se agregue a esse negócio jurídico o efeito substancial (de direito material) concernente à sanção premial a ser atribuída a essa colaboração.”

²³¹ CORDEIRO, Nefi. Colaboração Premiada: caracteres, limites e controles. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p.27. “É de reconhecer que muitas vezes tem sido a colaboração diretamente meio de prova, quando nela são tomados depoimentos e colhidas provas, especialmente documentais e por gravações. Nessa situação, a colaboração não é apenas acordo para futura apresentação de provas colaborativas, mas é a própria reunião unilateral de provas, que precisarão ser devida e completamente submetidas ao contraditório judicial.”

alcançar um denominador comum. Para a realização de negócios é preciso analisar o “bem” disponível, seu valor e quanto cada um estaria disposto a ofertar/receber por ele. Na colaboração premiada não é diferente. Assim, o colaborador precisa, de certa maneira, antecipar o conteúdo de sua delação de modo a gerar interesse no órgão de persecução e receber uma oferta interessante por ela. Desse modo, é possível que as partes não alcancem um consenso sobre os benefícios a serem disponibilizados, o que inviabilizaria um acordo, mas, ainda assim, o pretense colaborador já tenha disponibilizado valiosas informações. A lei regula essa hipótese, prevendo que caso o acordo não ocorra “*por iniciativa do celebrante, esse não poderá se valer de nenhuma das informações ou provas apresentadas pelo colaborador, de boa-fé, para qualquer outra finalidade*”.

A previsão é razoável, porém, pode ser de tumultuada aplicação, pois em muitas ocasiões pode ser assaz difícil definir quem efetivamente deu causa a não celebração do acordo. Teria o MP oferecido uma redução de pena pequena ou o colaborador exigido demais? No mais, a exigência de boa-fé é salutar, pois a absoluta vedação de utilização das informações fornecidas quando das tratativas poderia dar azo a que pretensos colaboradores buscassem apresentar provas em acordos visivelmente inviáveis com a única finalidade de bloquear a utilização processual dos elementos trazidos.

Como diferentemente não poderia ser, a lei é expressa em exigir que o colaborador esteja acompanhado de advogado ou defensor público em qualquer tratativa relacionada à colaboração premiada.

O §3º, do art. 3º-C impõe que o colaborador narre todos os fatos ilícitos para os quais concorreu e que os mesmos tenham relação direta com os fatos investigados. A exigência de relação das informações trazidas com os fatos investigados atende ao critério da utilidade e veda delações sobre crimes ou autores externos ao processo, objetivando evitar que sejam “*provocados procedimentos investigatórios direcionados (a pessoa ou fatos selecionados), com inadmissível pessoalização na escolha e no início da persecução criminal.*”²³²

Seguindo o padrão histórico, a Lei 12.850 segue o critério do resultado, conseqüentemente, a colaboração premiada é entendida como um favor decorrente de um resultado produzido e não de uma mera conduta adotada. Destarte, para fazer jus ao benefício previsto pela norma é necessário que da colaboração advenha pelo menos

²³² *Ibidem.* p.27.

um dos resultados enumerados nos cinco incisos do caput do art. 4º:

- 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 norma exige, portanto, a entrega de um resultado eficiente. Desse modo, por mais bem-intencionado que seja, o colaborador não receberá os benefícios legais caso não entregue os resultados prometidos.

Sem embargo, o §1º, do art. 4º flexibiliza esse rigor de eficiência ao permitir que o magistrado considere a eficácia da colaboração quando da concessão do benefício. Logicamente, caso o colaborador tenha entregue o prometido, não restará o que analisar sobre a eficácia de sua atuação, devendo também o Judiciário entregar o benefício pactuado. Conclui-se, conseqüentemente, que essa previsão se aplica exatamente para as hipóteses em que os resultados alcançados com a colaboração não sejam integrais.

O atual § 1º do art. 4º da Lei da Criminalidade Organizada tempera a regra do favor proporcionalmente ao resultado quando indica que "a concessão do benefício levará em conta a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração".

Segue não premiada a boa intenção, mas a eficiência do resultado passa a ser sopesada também com a boa personalidade e a grande dimensão gravosa do crime para justificar acordos mais vantajosos ao colaborador. Quanto mais eficaz o colaborador, melhor inserido na sociedade (como integrante honesto, que contribui para o bem comum), e, quanto mais grave o crime dos corrêus, maiores os favores prometidos (na negociação) e concedidos (mesmo diretamente pelo juiz). Quanto menor a eficiência do resultado, quanto mais precária a inserção social do colaborador, quanto mais tenha ele atuado de modo reprovável no crime e quanto menor o dano social das condutas reveladas de corrêus, menores serão os favores negociados e concedidos.

A lei nova não alterou a regra do favor de resultado, mas fixou na proporção de favores também critérios pessoais e relativos ao crime.²³³

²³³ *Ibidem*. p.36.

Como benefícios possíveis ao colaborador, a lei prevê desde o completo perdão judicial à tradicional redução da pena privativa da liberdade em até 2/3, bem como sua substituição por medidas restritivas de direitos (por óbvio em hipóteses em que a substituição seria incabível, pela regra geral). Esses benefícios serão fixados pelo magistrado quando da dosimetria da pena. O §7º-A, do art. 4º, afastou qualquer dúvida que poderia existir sobre esse momento processual.²³⁴

Ademais, o §4º, do art. 4º, ainda possibilita que o Ministério Público deixe de ofertar denúncia caso a proposta de acordo de colaboração refira-se à infrações de cuja existência o órgão não tenha prévio conhecimento e o colaborador não seja o líder da organização criminosa, bem como, tenha sido o “*primeiro a prestar efetiva colaboração*”. O parágrafo traz inegável hipótese de aplicação do princípio da oportunidade no processo penal, ante a patente livre escolha na forma de proceder conferida ao membro do *parquet*²³⁵, coadunada com a efetiva ausência de persecução penal.

Destaque-se que o §4º foi alterado pela Lei Anticrime. Originalmente, a possibilidade do MP decidir-se pela não persecução era mais ampla, agora está mais restrita com a exigência de ausência de prévio conhecimento da infração, o qual estará caracterizado caso já haja “*inquérito ou procedimento investigatório para apuração dos fatos apresentados pelo colaborador*”²³⁶.

Formalizado o acordo entre acusação e acusado, sua redução a termo será remetida ao magistrado, juntamente com as declarações do colaborador e cópia da investigação. Caberá então ao juiz ouvir sigilosamente o colaborador, sempre na presença de seu defensor, e promover a homologação do acordo, desde que observados os quatro requisitos enumerados:

I - regularidade e legalidade;

II - adequação dos benefícios pactuados àqueles previstos no caput e nos §§ 4º e 5º deste artigo, sendo nulas as cláusulas que violem o critério de definição do regime inicial de cumprimento de pena do art. 33 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7

²³⁴ §7º - O juiz ou o tribunal deve proceder à análise fundamentada do mérito da denúncia, do perdão judicial e das primeiras etapas de aplicação da pena, nos termos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal) e do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), antes de conceder os benefícios pactuados, exceto quando o acordo prever o não oferecimento da denúncia na forma dos §§ 4º e 4º-A deste artigo ou já tiver sido proferida sentença.

²³⁵ Válido registrar que “*a investigação e o processo nunca serão substituídos pela colaboração, nem mesmo se o prêmio do colaborador for a imunidade processual, já que está só se concretizará se a colaboração for efetiva, o que resultará em muito material probatório sobre outros autores.*” BOMBARDELLI, Pablo Giordano Bernardi. Colaboração Premiada Meio de Obtenção de Prova e instrumento de Defesa. Porto Alegre: SV Editora, 2019. p.70.

²³⁶ Lei 12.850/2013 – art. 4º, §4º-A: Considera-se existente o conhecimento prévio da infração quando o Ministério Público ou a autoridade policial competente tenha instaurado inquérito ou procedimento investigatório para apuração dos fatos apresentados pelo colaborador.

de dezembro de 1940 (Código Penal), as regras de cada um dos regimes previstos no Código Penal e na Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal) e os requisitos de progressão de regime não abrangidos pelo § 5º deste artigo;

III - adequação dos resultados da colaboração aos resultados mínimos exigidos nos incisos I, II, III, IV e V do caput deste artigo;

IV - voluntariedade da manifestação de vontade, especialmente nos casos em que o colaborador está ou esteve sob efeito de medidas cautelares.

Caso o magistrado entenda que algum requisito legal não foi atendido, deverá devolver o material às partes para realização das necessárias adequações.

É importante destacar que por expressa disposição legal o juiz não participa da negociação das partes. Assim, o primeiro momento no qual o Judiciário efetivamente se envolve com a colaboração é na etapa da homologação. Esse afastamento é importante para assegurar a imparcialidade do magistrado e permitir que ele possa atuar como um real garantidor do devido processo.

A Lei 13.964/2019 expressamente vedou constar no escopo do ajuste formulado qualquer previsão de renúncia ao direito de impugnar a decisão homologatória do acordo.

No tocante a homologação propriamente dita é importante destacar que ela será realizada perante o juízo que julgará o futuro processo. Nas palavras de Canotilho e Brandão:

Por essa razão, a competência para a homologação deve ser deferida ao tribunal que à partida se antevêja como o competente para o julgamento da causa em 1ª instância e assim para a aplicação ao réu das sanções criminais pelos crimes por que vier eventualmente a ser condenado. Este princípio-regra deve articular-se, no plano sistemático constitucional, com outras normas onde se preveja competência especial de outro tribunal, como é o caso da competência do STF quando um ou mais denunciados no acordo de colaboração beneficiem de prerrogativa de foro privilegiado ante o STF (Constituição, art. 102, I, b). De outro modo, teríamos a homologar o acordo e a comprometer-se com certa solução um tribunal que não estaria depois em condições de honrar um tal compromisso, por não ser o tribunal competente para a sentença.²³⁷

Um dos requisitos para homologação do acordo é a adequação dos benefícios pactuados. Ao efetuar tal análise, o magistrado deve ater-se aos limites da estrita

²³⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes e BRANDÃO, Nunes. Colaboração Premiada. Reflexões Críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, Volume 133, p 133-171, 2017. p.151.

legalidade somente ultrapassando-o quando houver uma claríssima discrepância na proporção do acordado, hábil a de plano aviltar o critério mínimo de razoabilidade e igualdade.

Tampouco interferirá o juiz no critério da negociação, salvo clara ofensa à proporcionalidade e isonomia. Se a negociação gera mais vantagens a um dos lados em princípio se dá o ajuste dentro da álea admitida do negócio. Como analogia, vale lembrar que, mesmo uma licitação buscando o menor preço, poderá concluir pelo acolhimento de proposta maior do que encontrado no livre mercado, sem que isso represente ilegalidade. Ilegal será a diferenciação desarrazoada do preço, mas não o aparente prejuízo.

O ajuste razoável é buscado pelo negociador estatal, proporcionalmente dosando deveres e favores ao condenado, sem excessos injustificáveis. Não deve o magistrado assumir a função negociadora, substituindo-se ao discricionário negociar estatal.²³⁸

No momento da homologação, o Estado, através de seu representante, o magistrado, atesta a legalidade do acordo. Ultrapassado esse momento, não poderá o mesmo “*Estado alegar vícios, na negociação ou na conferência de legalidade, para beneficiar-se do próprio erro.*”²³⁹

A constatação de abuso ou erro na negociação deve dar-se no momento da homologação judicial do acordo de colaboração premiada. Nesse momento, pactuam o Estado e o cidadão acusado sobre os favores recíprocos; o acusado prometendo a revelação de fatos, provas e produtos do crime, o Estado prometendo proporcionais reduções de pena ou não persecução penal. Firmado o acordo, há contrato público vigente, que passa a regular os direitos e obrigações das partes negociadoras. Passa o contrato a ser fonte de confiança no cumprimento das obrigações assumidas.

Desde a homologação do acordo, poderá o Estado compreender-se no direito de exigir e utilizar as provas prometidas pelo colaborador, realizar o confisco dos produtos de crime trazidos, requisitar a presença do colaborador para depor revelando a estrutura criminosa e seus agentes, poderá, enfim, tornar mais eficiente a persecução criminal exigindo o cumprimento das promessas negociadas do colaborador.

De outro lado, desde a homologação, poderá o colaborador validamente exigir a redução da pena nos patamares negociados, bastando para tanto que realize ele ao cumprimento integral de suas obrigações.

Assim, fora das excepcionais hipóteses de vícios da vontade, de lide simulada

²³⁸ CORDEIRO, Nefi. *Op. Cit.*. p.93.

²³⁹ *Ibidem*, p.96.

de negociação por conluio entre as partes para favorecimentos ilícitos e desproporcionais deve ser respeitado pelo Estado o acordo formalizado. Os princípios da confiança e da boa-fé impedem rever acordos homologados, como contratos jurídicos em que desde então se constituem.²⁴⁰

Nesse sentido, reconhecendo que através da homologação do acordo de colaboração o Estado assume um compromisso irretroatável, que gera um direito subjetivo do acusado de receber o benefício máximo acertado, desde que cumprida a contraprestação prometida, Canotilho e Brandão explicam:

Homologando o acordo, o juiz não se limita a declarar a sua validade legal, mas também, de certo modo, assume um compromisso em nome do Estado: ocorrendo a colaboração nos termos pactuados e sendo ela eficaz, em princípio devem ser outorgadas ao réu colaborador as vantagens que lhe foram prometidas.²⁴¹

Sem prejuízo do dito alhures, é possível a rescisão do acordo por parte do Estado, desde que esse ato não seja fundado em motivos que impediriam a homologação e que poderiam nesse momento processual serem alegados. A lei enumera duas possíveis razões para a rescisão: a omissão dolosa pelo colaborador de fatos objeto da colaboração²⁴² e a situação do colaborador permanecer envolvido nas condutas ilícitas investigadas²⁴³.

É importante destacar que ambas as razões apontadas para rescisão do acordo se vinculam exclusivamente aos fatos objetos da colaboração. Assim, a mera constatação de que o colaborador omitiu fatos criminosos em seus depoimentos ou continuou cometendo delitos, não terá o condão de rescindir o pacto celebrado se não tiverem estrita correlação com os fatos da delação.²⁴⁴

Dessa forma, será de difícil utilização pelo Estado a previsão do §10º, do art. 4º,

²⁴⁰ *Ibidem*. p. 96.

²⁴¹ CANOTILHO, J. J. Gomes e BRANDÃO, Nunes. Colaboração Premiada. Reflexões Críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, Volume 133, 2017. p. 150.

²⁴² Art. 4º, §17 - O acordo homologado poderá ser rescindido em caso de omissão dolosa sobre os fatos objeto da colaboração.

²⁴³ Art. 4º, §18 – O acordo de colaboração premiada pressupõe que o colaborador cesse o envolvimento em conduta ilícita relacionada ao objeto da colaboração, sob pena de rescisão.

²⁴⁴ Em sentido semelhante, em texto elaborado antes da inovação legislativa: “*Em outras palavras, se o colaborador não colaborar com a investigação da organização criminosa, não gozará de qualquer benefício legal estipulado no negócio jurídico processual. Não pode ele mentir ou omitir fatos relevantes que sabe e que tenham relevância para o inquérito ou processo penal. Agora, se o indiciado ou réu efetivamente colaborar, mas descumprir uma obrigação ou dever estranha à própria investigação, não pode ser privado dos prêmios legalmente previstos no acordo de “delação premiada”.* JARDIM, Afrânio Silva. Acordo de Colaboração Premiada. Quais são os limites? Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Rio de Janeiro. Ano 10. Volume 17. Número 1. Janeiro a Junho de 2016. p.04.

que permite que as partes se retratem da proposta, quando então as provas produzidas poderão ser utilizadas, desde que não em desfavor do colaborador. Afinal, caso a desistência do acordo se dê, por iniciativa do próprio Estado, ainda antes da homologação, se aplicará a vedação do art. 3º-B, §6º, e, conseqüentemente, nenhuma das informações ou provas poderão ser usados em qualquer situação. Caso a pretensão de retratação seja após a homologação não será viável a mera desistência estatal, pois o colaborador terá o direito a receber o benefício acordado, caso cumpra sua parte do acerto.

O §16, do art.4º previa que nenhuma sentença condenatória seria proferida com fundamento apenas nas declarações do colaborador. Semelhante previsão era compreendida como uma restrição mínima que atendida a exigências do contraditório. A Lei 13.964/ 2019 promoveu uma nova redação no dispositivo e alargou o rol de vedações, impedindo que com fundamento exclusivamente nas declarações do delator, sejam prolatadas sentenças condenatórias, decretadas medidas cautelares reais ou pessoais ou recebida denúncia ou queixa-crime.

Interessante debate nesse tópico refere-se à corroboração cruzada que consistiria na possibilidade das declarações de um colaborador serem confirmadas pelas declarações de outro colaborador, atendendo, assim, o requisito mínimo exigido pela lei. A posição majoritária da doutrina e do STF é que semelhante prática é ilegítima, o que é perfeitamente adequado com o espírito da lei.²⁴⁵

Outro campo de profícuos debates e controvérsias no âmbito da colaboração premiada é o tópico referente aos limites da negociação, mais especificação, os limites dos benefícios concedidos. É relevante tal debate, pois apesar das diversas leis que

²⁴⁵ “Uma discussão que se mostra pertinente no estudo da necessidade de corroboração da colaboração premiada diz respeito à possibilidade de confirmação cruzada, ou seja, de que as declarações de um delator ratifiquem a versão de outro imputado também vinculado a um acordo premial. Segundo Valdez Pereira, “em tese poderia ser admitido, desde que as colaborações tenham vindo a conhecimento dos órgãos de acusação de modo independente e em procedimentos separados, em circunstâncias tais em que se excluíssem os riscos de acordos falsos ou de recíprocas interferências entre os colaboradores.

Contudo, parece claro que a fragilidade da prova produzida em razão de um acordo premial não decorre da inconfiabilidade de “um” delator, mas, em realidade, das inconsistências e aporias do próprio instituto da colaboração premiada. Assim, na visão de Gustavo Badaró, “não deve ser admitido que o elemento extrínseco de corroboração de uma delação premiada seja caracterizado pelo conteúdo de outra delação premiada”. Tal posição foi adotada pelo STF no julgamento do AC 117. 483, em que se asseverou não haver razão na afirmação de que “nada obsta que os elementos de prova que confirmem uma delação possam ser representados por declarações de um diverso coimputado”. Assim também no voto do Min. Celso de Mello no Inq. 3.982 julgado pelo STF: “(...) o Estado não poderá utilizar-se da denominada ‘corroboração recíproca ou cruzada’, ou seja, também não poderá impor condenação ao réu pelo fato de contra este existir, unicamente, depoimento de agente colaborador que tenha sido confirmado, tão somente, por outros delatores”. VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Colaboração premiada no processo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p.226-227.

regularam a colaboração premiada no ordenamento brasileiro sempre trazerem favores legais especificamente definidos, a prática da colaboração premiada passou a criar benefícios não previstos em lei.

São favores processuais de suspensão do processo, liberdade provisória, dispensa de fiança ou de obrigações de depor ou de realizar determinadas provas pessoais, previsão de invalidade do acordo por sua publicização; são favores penais igualmente amplos, de exclusão do perdimento de bens, exclusão de recursos ou da coisa julgada; são favores até mesmo para fora dos limites da lide penal, como a não persecução por crimes de outros feitos (e juízos!), do delator e de parentes (!) e de dispensa parcial do dever de reparação dos danos.²⁴⁶

Os principais argumentos em favor de semelhante prática são construídos no sentido de que a norma autoriza o qual seria o perdão judicial, o benefício máximo, assim, qualquer outra imposição menor não seria vedada. Ademais, as construções de pena seriam realizadas no interesse do acusado, melhorando sua situação jurídica. Contudo, semelhante prática viola diversos mandamentos constitucionais como o princípio da legalidade, da anterioridade da pena e da isonomia. Por semelhantes razões, grande parte da doutrina regularmente sempre se posicionou contra a homologação de acordos com penas inventadas.

Não devem ser homologadas “delações premiadas” que prevejam cumprimento de penas altas em regimes não permitidos pela lei penal ou de execução penal, prisão domiciliar para penas de dez anos, bem como não deve ser homologada suspensão de processos penais para não aumentar penas já aplicadas, renúncias prévias do Ministério Público a eventuais e futuros recursos ou renúncia à propositura de futuras ações penais ou cíveis, etc., etc.²⁴⁷

Buscando resolver esse imbróglio, as alterações promovidas pela Lei 13.964/2019 expressamente previram serem nulas as cláusulas do acordo que violem o critério de definição do regime inicial de cumprimento de pena do art. 33 do Código Penal, as regras de cada um dos regimes previstos no Código Penal e na Lei de Execução Penal e os requisitos de progressão de regime não abrangidos pelos definidos pela própria Lei 12.850.

Por fim, na esteira do entendimento do Supremo Tribunal Federal, a Lei 12.850

²⁴⁶ CORDEIRO, Nefi. *Op. Cit.*. p.58.

²⁴⁷ JARDIM, Afrânio Silva. Acordo de Colaboração Premiada. Quais são os limites? Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Rio de Janeiro. Ano 10. Volume 17. Número 1. Janeiro a Junho de 2016. p.03.

hoje contempla expressamente a necessidade do réu delatado ter a oportunidade de manifestar-se após o réu colaborador que o delatou, em todas as fases do processo.

3.2.5 Barganha – Projeto de novo código penal – PLS 236/2012

Tramita no Senado Federal o Projeto de Lei 236/2012, de autoria do Senador José Sarney, para elaboração de um novo Código Penal.

O projeto recebeu muitas críticas, sob diversas perspectivas. Contudo, dentro do escopo do presente trabalho, pode-se apontar que o PL inova ao pretender inserir no Código Penal um novo instituto denominado de Barganha. A previsão está no artigo 105 do novo CP, com a seguinte redação original:

Art. 105. Recebida definitivamente a denúncia ou a queixa, o advogado ou defensor público, de um lado, e o órgão do Ministério Público ou querelante responsável pela causa, de outro, no exercício da autonomia das suas vontades, poderão celebrar acordo para a aplicação imediata das penas, antes da audiência de instrução e julgamento.

§ 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 de prisão 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 a 4º 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 de prisão, nos termos do disposto no art. 61 deste Código.

§ 3º Fica vedado o regime inicial fechado.

§ 4º Mediante requerimento das partes, a pena prevista no § 1º poderá ser diminuída em até um terço do mínimo previsto na cominação legal.²⁴⁸

Trata-se inegavelmente de um instituto de consenso, ante a necessidade de acordo para sua aplicação. As razões do projeto indicam que o *plea bargaining* norte-americano é o modelo de referência do instituto.

É interessante registrar que o *caput* do dispositivo não prevê a manifestação da vontade do acusado no acordo, mas somente dos advogados/procuradores, tanto da

²⁴⁸ A íntegra do PL pode ser obtido no endereço eletrônico <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3515262&ts=1586469316413&disposition=inline>

defesa, quanto da acusação. Por certo que o advogado de defesa estará representando os interesses do acusado, todavia, tema tão sensível e afeto a direito personalíssimo exige a expressa e pessoal participação do interessado.

A barganha, que se dará após o recebimento da denúncia, prevê a aplicação imediata da pena, antes da audiência de instrução e julgamento. Conforme as razões do PL, é necessário o devido recebimento da denúncia de modo a constatar-se a justa causa da pretensão acusatória.

O PL enumera os três requisitos para o acordo. Primeiro, similarmente ao *plea bargaining*, exige-se a confissão total ou parcial em relação aos fatos imputados na denúncia. A lei não esclarece em que momento ou forma essa confissão se dará. Segundo, apresentação de requerimento formal de que a pena de prisão seja aplicada no mínimo, conforme previsão do tipo penal. Sem embargo, mediante requerimento das partes a barganha pode contemplar a redução da pena a ser aplicada em até um terço da mínima. Terceiro e último, a manifestação expressa das partes pela dispensa de produção de provas.

Ademais, o projeto de lei veda a aplicação do regime inicial fechado para o réu que participe da barganha. Assim, a pena iniciará, no máximo, no regime inicial semiaberto.

É possível constatar virtudes no projeto, notadamente, a fixação prévia do percentual de redução possível de pena e o fato da denúncia já estar devidamente distribuída e, conseqüentemente, com todos os elementos probatórios da acusação disponibilizados para a defesa, o que permite que ela realize uma análise mais ampla e realística de suas chances de êxito. Contudo, falha gravemente a proposta ao não dispor qualquer elemento de controle e verificação judicial da voluntariedade da manifestação de vontade do acusado.

O Parecer 1.576/2013²⁴⁹, datado de 19/12/2013, manifestou-se pela exclusão do artigo do PL por não reputar o instituto adequado ao momento da sociedade brasileira e por tratar de matéria iminentemente processual, estando, portanto, inadequadamente localizada no Código Penal. Sem embargo, é válido mencionar o instituto no presente trabalho, pois demonstra a movimentação rumo à terceira onda de consenso no processo penal.

²⁴⁹ A íntegra do parecer pode ser obtido no endereço eletrônico <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3515262&ts=1586469316413&disposition=inline>. O trecho referente à Barganha é o tópico 3.1.5, disponível a partir da fl. 136 do parecer.

Por fim, registre-se que o PLS 236/2012 ainda dispõe, no art. 106, uma pretensa regra geral de colaboração premiada. O instituto é denominado “Imputado Colaborador”. Como dito, o projeto de lei é de 2012. Assim, após seu registro no Senado foi publicada a Lei 12.850/2013 - Lei de Combate às Organizações Criminosas, a qual é uma norma muito mais completa e adequada ao objeto tratado.

3.2.6 Procedimento sumário – Projeto do novo código de processo penal – Substitutivo do PL nº 8.045, de 2010

Encontra-se em tramitação na Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei nº 8.045/2010, cuja finalidade é a elaboração de um novo Código de Processo Penal. Atualmente, o PL está tombado na Casa do Povo sob a rubrica de Substitutivo nº 01, do PL nº 8.045/10.

Dentro da temática do uso do consenso no processo penal tem especial relevância o capítulo III, do Título II, formado pelos artigos 308 a 315, que regula o procedimento sumário, e é aplicável aos crimes cuja pena privativa de liberdade não ultrapasse 8 anos e não esteja submetido ao procedimento sumaríssimo e nem ao Tribunal do Juri ou refira-se à violência contra a mulher. Caso os fatos imputados se enquadrem nesses requisitos, o acusado, através do seu defensor, e o Ministério Público poderão requerer, até o início da audiência de instrução, o julgamento antecipado de mérito e a aplicação imediata da pena.

É válida a transcrição dos artigos pertinentes do PL, pois facilitam o estudo e são de diminuto tamanho:

Art. 308. Ressalvados os casos submetidos ao Tribunal do Júri e de violência doméstica contra a mulher, até o início da audiência de instrução, cumpridas as disposições do rito ordinário, o Ministério Público e o acusado, por seu defensor, poderão requerer o julgamento antecipado de mérito e a aplicação imediata de pena nos crimes que não estejam submetidos ao procedimento sumaríssimo e cuja sanção máxima cominada não ultrapasse oito anos.

§ 1º O juiz não participará da transação realizada entre as partes.

§ 2º O julgamento antecipado isentará o réu do pagamento das despesas e custas processuais.

Art. 309. O requerimento da transação penal será apresentado por escrito e assinado pelas partes, e conterà obrigatoriamente:

I - a confissão em relação aos fatos imputados na peça acusatória;

II – a indicação da pena a ser aplicada e regime inicial de cumprimento;

III - a declaração expressa das partes dispensando a produção das provas por elas indicadas, se for o caso;

IV - renúncia ao direito de impugnar a sentença homologatória.

Art. 310. Ao homologar a transação, o juiz deverá verificar sua regularidade, legalidade e voluntariedade, podendo para este fim, sigilosamente, ouvir o acusado, na presença de seu defensor.

Art. 311. Tendo como limite a proposta pactuada, o juiz poderá, atendidos os requisitos legais:

I - reconhecer circunstâncias que abrandem a pena;

II - substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos;

III - aplicar a suspensão condicional da pena.

Art. 312. A decisão homologatória da transação tem natureza e estrutura de sentença penal condenatória, inclusive com os efeitos da condenação, e produzirá todos os efeitos legais dela decorrentes.

Art. 313. Não sendo a transação homologada, será ela desentranhada dos autos, ficando as partes proibidas de fazer referência aos seus termos e condições, o mesmo se aplicando ao juiz em qualquer ato decisório.

Art. 314. Não havendo transação entre acusação e defesa, o processo prosseguirá na forma do rito ordinário.

Art. 315. O julgamento antecipado não constitui direito público subjetivo do réu.²⁵⁰

Reconhecendo o caráter consensual do procedimento, o legislador afirma que o requerimento de julgamento antecipado decorrerá de uma transação penal. Em salutar atenção ao princípio acusatório, o projeto de norma é expresso em vedar a participação do magistrado nas tratativas de acordo entre partes.

O procedimento sumário é um instrumento de consenso fundado na confissão do acusado, assim, tem o condão de gerar uma zona de consensualidade que demanda a admissão de culpa. Essa confissão deve constar na petição de requerimento de transação penal. A peça processual deve ainda indicar o montante de pena a ser aplicado (não há um parâmetro legalmente fixado) e seu regime inicial de cumprimento, bem como conter manifestação expressa dispensando a produção de provas.

No tocante à pena, percebe-se uma relevante alteração no projeto, pois o texto

²⁵⁰ É possível acesso à íntegra do Projeto de Lei pode ser obtido no site da Câmara dos Deputados, mais precisamente no endereço eletrônico https://www.camara.leg.br/proporsicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=AC93EE21524A9AE9A61E45316BFEF089.proposicoesWebExterno1?codteor=1668776&filename=SBT+1+PL804510+%3D%3E+PL+8045/2010

original do PL²⁵¹ somente previa a aplicação da pena no seu mínimo legal, com a possibilidade da redução até 1/3 dessa pena mínima. A mudança, por um lado, representa um avanço, pois alarga a margem de consenso das partes e soluciona potenciais críticas relacionadas a desproporção no tratamento dos réus reincidentes, pois, nos termos anteriores esses teriam potencialmente um apenamento muito semelhante dos acusados primários. Por outro lado, paradoxalmente caracteriza também um retrocesso, pois, ao retirar qualquer parâmetro legal para pactuação da pena confere uma margem de discricionariedade muito larga e inapropriada, notadamente na sociedade brasileira que ainda não possui nenhum histórico de aplicação de semelhantes dispositivos legais. Ademais, essa ausência de balizas legais pode ensejar um enfraquecimento do caráter de prevenção geral e especial da pena, ante a possibilidade de fixação de penas muito diminutas.²⁵²

Como não poderia deixar de constar em uma norma minimamente bem redigida, o artigo 310 prevê o dever do magistrado de verificar a regularidade, legalidade e voluntariedade da transação, quando da sua homologação. Válido destacar que a denúncia já foi recebida, assim, já foi verificada a presença de justa causa para a imputação. Destarte, a grande atenção deverá estar voltada para a voluntariedade do acordo. Para a adequada verificação, a lei dispõe ser possível a oitiva do acusado. Apesar de ser utilizado o verbo poder, é imperioso reconhecer que essa oitiva deve ser obrigatória. Nada justifica sua não realização.

Sem desvalorizar o pactuado entre as partes, mas reconhecendo o amplo controle judicial do ato e que compete ao Judiciário fixar a pena em concreto, o magistrado pode, desde que tomando o pactuado como limite máximo, reconhecer circunstâncias que diminuam a pena acordada. Ademais, é possível ainda substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos ou aplicar a suspensão condicional da pena.

Caso a transação não seja homologada pelo juízo, ela deverá ser desentranhada dos autos. Será, então, vedado “*qualquer referência aos seus termos e condições*”. Melhor seria que em caso de não homologação o processo fosse remetido a um novo juízo, pois será de uma dificuldade quase intransponível ao julgador olvidar

²⁵¹ A tramitação do Projeto de Lei para criação de novo CPP iniciou-se no Senado Federal, sendo tombado sob o número PLS 156/2009.

²⁵² É válido registrar a quase completa banalização da transação e da suspensão condicional do processo, como prova de que a preocupação com o enfraquecimento do caráter de prevenção geral e especial da pena não é uma mera questão hipotética.

que o réu já confessou os fatos imputados e aceitou ser apenado com base neles.

Em suma, o procedimento sumário não se restringe a um mero rito com menos atos e prazos mais céleres. Trata-se de um instrumento que alarga os espaços de consenso, e permite que através de um acordo entre acusação e defesa seja possível a aplicação imediata da pena.

3.2.7 Acordo de não persecução penal

Com a entrada em vigor da Lei 13.964/19 foi inserido no Código de Processo Penal o artigo 28-A e criado o mais novo instrumento de consenso do sistema processual penal brasileiro, nominado como Acordo de Não Persecução Penal – ANPP.

Para sua adequada compreensão é apropriado estudar o projeto de lei que lhe deu origem. Antes, porém, é válido pontuar que a Lei 13.964/19 pode ser considerada o grande marco da terceira onda do consenso penal, caracterizada pelo foco nas imputações formuladas contra o acusado, através do incentivo da admissão de culpa, com o objetivo primordial de conferir celeridade, efetividade e economicidade na persecução penal, valendo-se de grande analogia com as ferramentas do direito norte-americano, especificamente o *plea bargaining*.

3.2.7.1 Projeto de Lei Anticrime

O denominado Projeto de Lei Anticrime foi tombado na Câmara dos Deputados sob três diferentes protocolos, todos de 2019: Projeto de Lei 881, Projeto de Lei 882 e Projeto de Lei Complementar 38.

O projeto de lei tinha a pretensão de alterar diversos dispositivos legais, de modo a implementar medidas que colaborariam com o anunciado objetivo de combater o crime. As alterações legislativas estavam organizadas em capítulos, que previam desde medidas para assegurar a execução provisória da condenação criminal após julgamento em segunda instância até medidas para alteração de regras de competência para facilitar o julgamento de crimes envolvendo autoridades com foro privilegiado.

Em atenção ao delimitado escopo do trabalho, o presente estudo se debruçará sobre o capítulo XII do PL, cujo título é Medidas para Introduzir Soluções Negociadas no Código de Processo Penal e na Lei de Improbidade.

Grosso modo, o PL pretendia inserir dois artigos no Código de Processo Penal,

art. 28-A e art. 395-A. A proposta do novo art.395-A não foi acolhida, restando aprovada somente o instrumento criado com o art. 28-A, apesar do mesmo ter sofrido profundas e significativas alterações durante o processo legislativo.

3.2.7.2 O Projeto de Artigo 395-A

O pretense art. 395-A visava inserir no ordenamento pátrio um instituto muito similar ao *plea bargaining* “clássico”, o acordo penal norte-americano. Abaixo segue reproduzida a íntegra do texto do dispositivo proposto:

Art. 395-A. Após o recebimento da denúncia ou da queixa e até o início da instrução, o Ministério Público ou o querelante e o acusado, assistido por seu defensor, poderão requerer mediante acordo penal a aplicação imediata das penas.

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

I - a confissão circunstanciada da prática da infração penal;

II - o requerimento de que a pena privativa de liberdade seja aplicada dentro dos parâmetros legais e considerando as circunstâncias do caso penal, com a sugestão de penas em concreto ao juiz; e

III - a expressa manifestação das partes no sentido de dispensar a produção de provas por elas indicadas e de renunciar ao direito de recurso.

§ 2º As penas poderão ser diminuídas em até a metade ou poderá ser alterado o regime de cumprimento das penas ou promovida a substituição da pena privativa por restritiva de direitos, segundo a gravidade do crime, as circunstâncias do caso e o grau de colaboração do acusado para a rápida solução do processo.

§ 3º Se houver cominação de pena de multa, esta deverá constar do acordo.

§ 4º Se houver produto ou proveito da infração identificado, ou bem de valor equivalente, a sua destinação deverá constar do acordo.

§ 5º Se houver vítima decorrente da infração, o acordo deverá prever valor mínimo para a reparação dos danos por ela sofridos, sem prejuízo do direito da vítima de demandar indenização complementar no juízo cível.

§ 6º Para homologação do acordo, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua legalidade e voluntariedade, devendo, para este fim, ouvir o acusado na presença do seu defensor.

§ 7º O juiz não homologará o acordo se a proposta de penas formulada pelas partes for manifestamente ilegal ou manifestamente desproporcional à infração ou se as provas existentes no processo forem manifestamente insuficientes para uma condenação criminal.

§ 8º Para todos os efeitos, o acordo homologado é considerado 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.

§ 10. No caso de acusado reincidente ou havendo elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, o acordo deverá incluir o cumprimento de parcela da pena em regime fechado, salvo se insignificantes as infrações penais pretéritas.

§ 11. A celebração do acordo exige a concordância de todas as partes, não sendo a falta de assentimento suprível por decisão judicial, e o Ministério Público ou o

querelante poderão deixar de celebrar o acordo com base na gravidade e nas circunstâncias da infração penal."

Deve-se, de plano, registrar a ausência de qualquer restrição, seja de pena, *modus operandi* do delito ou condições pessoais do denunciado para a celebração de acordos. Assim, seria possível a obtenção do acordo penal com fundamento no art. 395-A em qualquer delito, independente de quão grave fosse a pena fixada, inclusive em crimes dolosos contra a vida.²⁵³

Ao contrário do acordo de não persecução de crimes previsto no art. 28-A – adiante analisado – que veda o consenso caso o acusado tenha sido beneficiado nos cinco anos anteriores pelo mesmo instituto, bem como, na hipótese dos antecedentes, da conduta social e da personalidade do agente indicarem não ser suficiente tal medida, o art.395-A não previa qualquer restrição para a solução da lide penal através de acordo. Situações similares as mencionadas deveriam ser valoradas na pena a ser fixada, e não impedir o uso do mecanismo de consenso. Ademais, a proposta legislativa previa que caso o acusado fosse reincidente ou houvessem elementos probatórios que indicassem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional uma parte da pena deveria necessariamente ser cumprida em regime fechado, salvo se insignificantes as infrações penais pretéritas. Nada obstante, o §11 era expresso ao pontuar que o Ministério Público ou o querelante poderiam deixar de celebrar o acordo meramente com fundamento na gravidade e nas circunstâncias da infração penal.

A previsão da necessidade de parte da pena ser cumprida em regime fechado quando o acusado fosse reincidente encontrava-se no §10º, e esse dispositivo previa duas relevantes disposições dignas de nota.

Primeiro, a menção a elementos probatórios que indicassem que o acusado possuía conduta criminal habitual, reiterada ou profissional. Esses termos não são usuais no processo penal e, apesar de serem facilmente compreensíveis, sua precisa delimitação possuíam potencial para gerar muita controvérsia. Todavia, visto que os conceitos estariam em pauta quando da celebração do acordo, não deveriam gerar maior repercussão judiciária, pois integrariam o conteúdo do consenso alcançado. Sem embargo, a previsão não deixava de ser um elemento de instabilidade.

²⁵³ O inciso XXXVIII, do art. 5º, da CRFB, prevê a competência do júri para julgar esses crimes dolosos contra a vida. Todavia, a sistemática proposta pelo art. 395-A definia que em caso de acordo penal não haveria julgamento por parte do Judiciário e sim uma mera homologação do consenso, sem prejuízo da sentença homologatória a ser emitida ser considerada sentença condenatória, para todos os efeitos, nos termos do §8º. Assim, a competência do júri não seria usurpada, pois não haveria julgamento de fato.

Segundo, a salutar autorização de desconsiderar infrações penais pretéritas se insignificantes. Igualmente, esse dispositivo tinha a capacidade de gerar muitas discussões, afinal, se algo é insignificante, sequer deveria ser infração penal. Contudo, o objetivo da norma de não inviabilizar o consenso por conta de situações pretéritas de diminuta importância é sumamente louvável, apesar de demandar maior elaboração para uma aplicação isonômica do dispositivo.

O projeto enumerava três possíveis benefícios para o acusado em caso de celebração do acordo: diminuição da pena em até a metade, alteração do regime de cumprimento da pena e substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. A extensão de tais benefícios seria dosada com base na gravidade do delito, nas circunstâncias do caso e no grau de colaboração do acusado para a rápida solução do processo. O último critério demonstra nitidamente o viés utilitarista do instituto.

O §5º segue as influências de uma nova etapa humanista no direito penal, com a valorização da vítima. Assim, exigia-se, caso a infração deixasse vítimas, que o acordo previsse um valor mínimo para a reparação dos danos por elas sofridos.

O art. 395-A impunha que a homologação do acordo se desse durante audiência designada especialmente para esse fim, no qual seria verificada pelo magistrado a legalidade e a voluntariedade da avença, mediante a oitiva do acusado.

Similarmente ao pretendido no PL 8.045/2010, o pretense art. 395-A equipara o acordo devidamente homologado a uma condenação criminal para todos os efeitos legais. Ademais, caso não ocorresse a homologação, o PL determinava que ele fosse desentranhado dos autos e vedava qualquer menção aos seus termos.

Por fim, o §7º enumerava as hipóteses em que não deveria ocorrer a homologação do acordo: manifesta ilegalidade, manifesta desproporcionalidade e manifesta insuficiência de provas para uma condenação.

Quanto a manifesta ilegalidade das penas propostas não há maiores ressalvas a fazer, afinal, é uma das atividades precípua do magistrado assegurar o devido processo legal. É possível pontuar que dentro da análise da legalidade deveria ser considerada também a voluntariedade do acordo, a qual também deve ser averiguada quando da realização da audiência de homologação.

No tocante a manifesta desproporcionalidade das penas é importante destacar que essa desproporção pode atuar em dois sentidos, ensejando a sugestão de imposição de pena demais ou de menos. Considerando a hipótese da punição ter sido exageradamente fixada, a previsão é muito adequada e atende as exigências de um

processo penal garantista. Como sabido, as principais críticas direcionadas aos institutos que buscam o acordo em matéria penal decorrem do reconhecimento da posição de extrema fraqueza do acusado ante a acusação e a possibilidade dele aceitar acordos desvantajosos exatamente por força desse motivo.

Já no caso do magistrado entender que a pena foi fixada de forma insuficiente, a previsão mostra-se inadequada, pois autoriza uma subversão do sistema acusatório. Não se olvida que compete ao juiz fixar e aplicar a pena, contudo, em instrumentos consensuais, o MP como *dominus litis* da ação penal pública deveria estar plenamente legitimado a requerer a pena que reputasse devida e adequada, desde que legal²⁵⁴. Ademais, na hipótese, não haverá qualquer desigualdade a ser tutelada pelo Judiciário, ao contrário, pois a parte que pode ser reputada mais fraca, o acusado, está sendo beneficiada.

Já a hipótese de manifesta insuficiência de provas para uma condenação atende as demandas de um processo penal garantista. Não há menor justificativa moral para o magistrado impor uma condenação a uma pessoa contra a qual não haja o mínimo de provas.²⁵⁵ Essa hipótese de rejeição do consenso demonstra a exigência de um conjunto probatório mínimo, um grau de certeza para a homologação do acordo. Registre-se que esse *standard* mínimo de certeza, ainda que não semelhante ao exigido para a prolação de uma sentença condenatória, deve ser superior ao necessário para o recebimento da denúncia, visto que essa etapa processual já transcorreu e não tem cabimento as duas decisões serem valorativamente semelhantes.

3.2.7.3 O novo Artigo 28-A, do CPP

O projeto de lei do art. 28-A previa um acordo para a não persecução de crimes cuja pena máxima fosse inferior a 4 anos e tivessem sido cometidos sem violência ou grave ameaça. O PL sofreu algumas alterações durante sua tramitação legislativa – quase todas em pequenos pontos marginais, exceto uma, a qual alterou drasticamente o resultado final. No novo art. 28-A aprovado e sancionado, o acordo de não persecução

²⁵⁴ O aspecto da legalidade é sumamente relevante, contudo, já foi enumerado em hipótese de rejeição de homologação. Portanto, nesse ponto da proporcionalidade o item legalidade não está em foco.

²⁵⁵ Deve-se pontuar que a razão do acusado ter aceitado o acordo pode ter sido, exatamente, impedir que durante a instrução provas que tornariam sua situação jurídica pior aparecessem. Nesse caso, seria sumamente adequado observarmos estritamente o consenso produzido. Todavia, deve-se reconhecer que a chance de semelhante cenário se configurar é ínfima, notadamente quando confrontada com a possibilidade contrária consistente no acordo decorrer de um erro e má condução do acusado e sua defesa.

aplica-se a crimes com pena mínima inferior a 4 anos. Essa “singela” mudança alargou drasticamente o campo de incidência do dispositivo.

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

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

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

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

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

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

§ 1º Para aferição da pena mínima cominada ao delito a que se refere o caput deste artigo, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto.

§ 2º O disposto no caput deste artigo não se aplica nas seguintes hipóteses:

I - se for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei;

II - se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas;

III - ter sido o agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; e

IV - nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor.

§ 3º O acordo de não persecução penal será formalizado por escrito e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor.

§ 4º Para a homologação do acordo de não persecução penal, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor, e sua legalidade.

§ 5º Se o juiz considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo de não persecução penal, devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor.

§ 6º Homologado judicialmente o acordo de não persecução penal, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para que inicie sua execução perante o juízo de execução penal.

§ 7º O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais ou quando não for realizada a adequação a que se refere o § 5º deste artigo.

§ 8º Recusada a homologação, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para a análise da necessidade de complementação das investigações ou o oferecimento da denúncia.

§ 9º A vítima será intimada da homologação do acordo de não persecução penal e de seu descumprimento.

§ 10. Descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo de não

persecução penal, o Ministério Público deverá comunicar ao juízo, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia.

§ 11. O descumprimento do acordo de não persecução penal pelo investigado também poderá ser utilizado pelo Ministério Público como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo.

§ 12. A celebração e o cumprimento do acordo de não persecução penal não constarão de certidão de antecedentes criminais, exceto para os fins previstos no inciso III do § 2º deste artigo.

§ 13. Cumprido integralmente o acordo de não persecução penal, o juízo competente decretará a extinção de punibilidade.

§ 14. No caso de recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo de não persecução penal, o investigado poderá requerer a remessa dos autos a órgão superior, na forma do art. 28 deste Código.

O Acordo de Não Persecução (ANPP) é mais um instrumento de consenso inserido no sistema processual brasileiro, com o foco utilitarista na confissão de culpa do acusado.

Uma nota marcante do ANPP é a pré-processualidade, pois, conforme a previsão legal, o MP deverá formular proposta de acordo em um momento temporal anterior ao oferecimento da denúncia. A celebração do acordo necessariamente dependerá que o investigado confesse de forma circunstanciada a prática da infração penal imputada.

Válido destacar que apesar da lei definir que a iniciativa formal da proposta caberá à acusação, nada obstará que o investigado e sua defesa diligenciem para obter um acordo com o *parquet*.

O aceite da proposta e a formalização do consenso ensejará o não oferecimento da denúncia, desde que o investigado concorde em cumprir algumas condições que serão fixadas pelo MP, conforme rol legal.

As condições a serem ajustadas para cumprimento possuem verdadeira natureza de pena²⁵⁶, não por outra razão, no rol de opções estão a prestação de serviço

²⁵⁶ Quando o ANPP é proposto, o MP não está desistindo ou renunciando à pretensão penal, ou seja, não está exercendo o conceito estrito de oportunidade. Ao contrário, está exercendo uma discricionariade conferida pela norma para atender a pretensão penal de uma forma alternativa. Assim, é logicamente razoável concluir que a natureza das condições impostas é de pena. Nesse sentido também se posiciona Giacomolli ao analisar as condições impostas na transação penal. Afirma o doutrinador gaúcho:

“A multa ou a restrição de direitos constituem-se em penas porque encarnam uma reprovação jurídica, ainda que não tenha a mesma dimensão da pena aplicada após o juízo condenatório. Neste sentido existe uma divergência doutrinária a respeito da natureza jurídica, ou seja, se é uma pena criminal ou não.

“A primeira vista parece haver contradição em defender que se trata de uma sentença homologatória e, ao mesmo tempo, a natureza criminal da multa ou da restrição de direitos. Entretanto, se está ante a aplicação de uma pena, por força da incidência do ius puniendi do Estado, através do devido processo estabelecido em lei, inclusive na Constituição Federal. Não se está ante uma pena pronunciada após a dedução ou depois da sustentação de uma pretensão acusatória ordinária. O que impede a reprovabilidade criminal sem um decreto condenatório? Certamente não é o estado de inocência, o qual persiste, nem o devido processo, o qual é observado. Portanto, uma contradição unicamente pode ser atribuída a uma possível visão mecanicista repetitiva. A norma constitucional legítima a aplicação de uma pena proporcional, sem os efeitos da condenação.” GIACOMOLLI. *Op. Cit.*.p.334.

à comunidade ou a entidades públicas e prestação pecuniária, espécies de penas restritivas de direito previstas no Código Penal. Ademais, para aplicação da condição de prestação de serviço é utilizado para balizamento do prazo de cumprimento da medida o tempo de pena mínima cominada para o delito, o qual deverá ser diminuído de um a dois terços. Similarmente, o dispositivo que prevê a condição da prestação pecuniária é taxativo em apontar que sua fixação se dará nos moldes do art. 45, do CP. Por fim, confirmando a natureza de pena das condições, o §6º prevê que homologado judicialmente o acordo, este será executado pelo MP na vara de Execuções Penais.

A norma é explícita em reconhecer a necessidade do investigado estar devidamente assistido por defesa técnica para celebração do ANPP. A lei define que o acordo deve ser formalizado por escrito e ser assinado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e seu defensor. Em caso de divergência entre acusado e seu procurador deverá prevalecer a vontade do investigado, que é o pactuante e quem tem o *status libertatis* em risco.²⁵⁷

A natureza jurídica do manifestação judicial que formalizará o acordo é meramente homologatória, não possuindo nenhum conteúdo condenatório. A homologação judicial se dará em audiência especialmente designada para essa finalidade, quando então o juiz deverá ouvir o investigado, na presença de seu defensor. Essa medida é salutar para verificar a legalidade e voluntariedade do acordo, bem como a inteligibilidade pelo investigado do conteúdo do acordado.

Destaque-se que não será possível o ANPP quando for cabível a transação penal. Estabelece-se, assim, a precedência do instituto despenalizador da Lei 9.099/95, que não exige reconhecimento de culpa para sua efetivação.

Caso o acordo seja integralmente cumprido, o magistrado declarará extinta a punibilidade do fato. Apesar do reconhecimento de culpa formulado pelo investigado, nenhum registro permanecerá para fins de antecedentes criminais. A ausência de antecedentes é, sob uma perspectiva sistêmica, inafastável, visto que sequer terá existido qualquer processo criminal. Sem embargo, a expressa previsão legal é salutar.

Na hipótese de ocorrer o descumprimento de qualquer das condições ajustadas, o Ministério Público deverá informar o fato ao juízo, para que esse promova sua rescisão. Apesar do silêncio da norma, eventual rescisão do ANPP deverá ser precedida de

²⁵⁷ Nada impedirá que a defesa técnica através de ação autônoma se insurja contra o procedimento que gerou o acordo, objetivando trancar o inquérito, a investigação. Em caso de êxito, será considerado nulo o acordo formulado.

apresentação de defesa técnica e oitiva do acusado, em atenção a garantia constitucional prevista no art. 5º, LV, da CRFB.

Rescindido o acordo, o MP promoverá o oferecimento da respectiva denúncia. A Lei 13.964/19 previa ser competência do juiz de garantias decidir sobre a homologação do ANPP. O art. 3º-C, §3º, da citada lei, dispõe que em caso de rescisão os autos do acordo devem permanecer na secretaria do juízo de garantia e não serem remetidos ao juízo de instrução e julgamento. A regra é salutar, pois assegura imparcialidade do julgador em caso de rescisão do acordo. Contudo, por força de liminar proferida em sede de ADIN²⁵⁸, o STF suspendeu a eficácia das regras da Lei 13.964/19 atinentes a figura do juiz das garantias. Assim, ficou sem regramento específico o tema.

Um dos pontos mais sensíveis da norma é o parágrafo 5º e sua previsão da possibilidade do juiz devolver os autos ao MP, caso considere inadequadas ou insuficientes as condições celebradas.

Destaque-se que eventual inadequação observada pelo magistrado não terá qualquer relação com uma pontual ilegalidade, pois nessa hipótese deve ser recusada a homologação do acordo, nos termos do §7º, do art. 28-A.

Por um lado, a previsão de devolução dos autos é adequada e louvável, pois atende as exigências de um processo penal garantista e promove a isonomia ao tutelar os interesses da parte mais fraca da lide, reduzindo, assim, a possibilidade do investigado aceitar acordos desvantajosos exatamente por conta dessa disparidade de forças. Por outro lado, a previsão é inadequada, pois autoriza uma subversão do sistema acusatório. Não se despreza o papel preponderante do Judiciário na fixação da pena, contudo, em instrumentos consensuais, o MP, como *dominus litis* da ação penal pública, deve estar legitimado a requerer a pena que repute devida e apropriada, desde que legal. Ademais, na hipótese do magistrado considerar que a pena acordada é insuficiente, não haverá qualquer desigualdade a exigir tutela do Judiciário, exatamente o contrário, pois a parte que pode ser reputada mais fraca, o acusado, está sendo beneficiada.

Essa previsão de devolução dos autos por eventual inadequação das condições propostas possui clara referência mimética com o teor do atual artigo 28, do CPP, que trata dos pedidos de arquivamento de inquérito policial e se coaduna com a exigência do *caput*, do art. 28-A de que o acordo seja necessário e suficiente para a reprovação e

²⁵⁸ Decisão proferida pelo Ministro Fux, no bojo das ADINs 6298, 6299, 6300 e 6305.

prevenção do crime. Entretanto, parece mais adequado que a análise da necessidade e suficiência da pena acordada caiba ao Ministério Público, soando irrazoável que em uma zona de consenso estabelecida sob a égide de um sistema processual penal acusatório o magistrado possa demandar a aplicação de uma pena maior que a proposta pela acusação e aceita pela defesa.

Nucci aponta uma estranheza na parte final do §5º, a qual prevê a necessidade de concordância do investigado e seu defensor quando da devolução do instrumento de acordo ao Ministério Público para que a proposta seja reformulada.²⁵⁹ Destaca, corretamente, não fazer nenhum sentido vincular a atuação do magistrado ao desejo do investigado. Porém, a melhor leitura do dispositivo legal indica que a norma não pretendeu condicionar a devolução dos autos ao consenso entre magistrado e defesa e sim explicitar a necessidade de novo consenso entre acusação e defesa para promoção das devidas alterações nos termos da proposta apresentada, afinal a nova formulação consistirá em um novo acordo, com o qual acusado deve formal e expressamente aderir.

Como já registrado, as alterações promovidas no PL durante a tramitação legislativa foram formalmente pequenas, mas ensejaram uma mudança substancial em seu conteúdo. Na proposta originária, o ANPP somente era possível em delitos punidos com pena máxima inferior a 4 anos. Na redação final, o acordo é aplicável em crimes sancionados com pena mínima de 4 anos. Essa alteração ampliou de forma exponencial o alcance do instituto. A mudança deu-se, muito provavelmente, de forma não casual, pois, praticamente todos os crimes funcionais estão abarcados no limite fixado.

É importante recordar que a aplicação do art. 28-A enseja que o suspeito sequer seja denunciado e que nenhum antecedente penal recaia sobre ele. Palpável a potencial desproporcionalidade no regramento, por falta de tutela penal em casos graves e o risco da perda das funções de prevenção geral e especial da pena. Por certo, a previsão do juízo de necessidade e suficiência do acordo para reprovação e prevenção do crime por parte do MP tem a capacidade de compensar eventual exagero legislativo. Contudo, essa solução abre uma larga brecha para o arbítrio do acusador, o que não é desejável em um sistema processual que deve prezar pelo tratamento isonômico.

Em suma, o ANPP é uma ferramenta de consenso pensada para abarcar a criminalidade de médio potencial ofensivo. A forma mais apropriada de classificar as infrações penais de acordo com seu potencial ofensivo é considerar a pena máxima

²⁵⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. Pacote Anticrime Comentado: Lei 13.964, de 24.12.2019. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p.63.

fixada e não a mínima. O modelo escolhido pelo legislador, com o balizamento sendo realizado a partir da pena mínima, permitiu que o crime de concussão, por exemplo, cuja pena máxima é 12 anos de reclusão, estar abarcado no rol.

Sem embargo da inadequação apontada, vige o limite de 4 anos de pena mínima. Assim, nos termos do §14, caso o membro do Ministério Público recuse-se a propor o acordo de não persecução penal a alguém investigado pelo crime de concussão (por exemplo), por entender que o ANPP não será suficiente para reprovar a conduta imputada, o acusado poderá requerer ao Judiciário a remessa dos autos ao órgão superior do *Parquet*, na forma do art. 28 do CPP.

Para a verificação da limitação temporal deve-se considerar as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso, inclusive as decorrentes de concurso de crimes, na linha do entendimento sumulado do STF²⁶⁰ e do STJ²⁶¹ para a suspensão condicional do processo e aplicáveis analogicamente à transação e, agora, ao ANPP.

Afora o requisito temporal, a lei exige que o crime seja praticado sem violência ou grave ameaça. A violência que impede a proposta de acordo deve se restringir a praticada deliberadamente, destarte, em crimes culposos é possível a celebração do ANPP.

Importante registrar que o ANPP somente poderá ser proposto pelo MP quando não for hipótese de arquivamento da investigação. Ainda que haja a confissão do acusado (*conditio sine qua non* para o acordo), os elementos informativos colhidos pelos órgãos responsáveis pela persecução penal devem conter o mínimo de justa causa hábil a subsidiar uma denúncia, sob pena do acordo ter sua homologação necessariamente recusada pelo magistrado, por falta de requisito legal.

Por fim, válido indicar que o §2º, do art. 28-A traz hipóteses em que o acordo de não persecução penal não poderá ser aplicado, ainda que a pena do crime esteja dentro dos limites legais e o MP o repute necessário e suficiente. É o caso de ser possível transação penal, quando então deverá ser priorizado o instituto despenalizador da Lei 9.099/95, ou o fato do investigado ter sido beneficiado nos 5 anos anteriores à prática da infração em pauta, com outro ANPP, transação penal ou suspensão condicional do processo. Sublinhe-se que o benefício que impede a utilização da ferramenta de

²⁶⁰ Súm. 723, STF: Não se admite a suspensão condicional do processo por crime continuado, se a soma da pena mínima da infração mais grave com o aumento mínimo de um sexto for superior a um ano.

²⁶¹ Súm. 243, STJ: O benefício da suspensão do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de um (01) ano.

consenso é o utilizado nos cinco anos anteriores ao cometimento do delito, sendo, portanto, indiferente como causa obstativa qualquer um celebrado fora desse marco temporal.

Mais duas hipóteses de vedação são trazidas pela norma. Primeira, nos crimes praticados com violência doméstica ou contra mulheres por motivações decorrentes da condição de sexo feminino da vítima. Segunda, se porventura o investigado for reincidente ou houver elementos informativos que indiquem que o mesmo possui conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se essas condutas pretéritas sejam insignificantes.

Por força de sua redação muito aberta, essa segunda hipótese demanda uma análise mais minuciosa.

A vedação por força da reincidência somente deve abranger delitos dolosos. Ademais, a mera presença de maus antecedentes não pode, a princípio, impedir eventual acordo, visto que lei exige atividade delitativa habitual, sucessiva ou profissional, o que são conceitos que ultrapassam a presença de registro criminal anterior.²⁶² Por fim, por condutas pretéritas insignificantes devem ser consideradas as que geraram condenações por crimes de menor potencial ofensivo.

²⁶² Nesse mesmo sentido, NUCCI. *Op. Cit.*p.62: “Torna-se imperioso que os maus antecedentes indiquem, com clareza, a habitualidade delitativa, a reiterada prática de crimes ou o profissionalismo do agente, Nem sempre quem tem antecedentes preenche esses três fatores (art. 28-A, §2º, II);”

4) À Título de Conclusão

O estudo dos conceitos relacionados aos espaços de consenso no âmbito do processo penal, coadunado com a análise dos instrumentos de aplicação consensual da pena utilizados em relevantes ordenamentos internacionais e na ordem jurídica brasileira permite constatar que a expansão da zona de consensualidade mais do que um desejo ou um plano é um fenômeno já em execução.

Ainda que muitas críticas possam ser fundamentadamente formuladas, nenhuma parece ter a higidez necessária para impedir a expansão desse movimento ou para macular de forma peremptória os instrumentos de consenso de maneira a deslegitimar suas utilizações

Nesse cenário, constata-se que o uso do consenso gerando a possibilidade da acusação e da defesa de dispor do processo penal atende à finalística processual e não avilta as principais conquistas jurídicas da humanidade, desde que essa disposição esteja prevista em lei e seja realizada perante um magistrado em um processo público.²⁶³

Ante essa constatação, compete ao estudioso da matéria apontar a melhor forma pela qual essa possibilidade de disposição do processo deve ser regulada em lei e as maneiras pelas quais a atuação garantidora do magistrado ocorrerá do modo mais otimizada e efetiva possível. Por certo, essas formas e maneiras serão mais habilmente elaboradas quando considerarem toda a experiência já acumulada no mundo e no Brasil.

Na busca do melhor modelo consensual, um importante marco é o caso *Natsvlishvili e Togonidze vs. Geórgia*, julgado pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos.²⁶⁴ Nesse julgamento, os dois requerentes, ambos cidadãos da Geórgia, postulavam que o procedimento de *plea bargaining* realizado perante o Poder Judiciário georgiano foi abusivo e injusto, violando, assim, o artigo 6º § 1º²⁶⁵, da Convenção

²⁶³ GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, Oportunidade e Consenso no Processo Penal na Perspectiva das Garantias Constitucionais: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal, Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.p. 99. Completa o doutrinador gaúcho: “A paz jurídica pode ser alcançada também através do consenso, do término antecipado do processo, da diminuição da carga do mesmo, com atenção, também aos prejudicados pelo fato criminal. A prevenção geral ou particular pode ser alcançada também com um tratamento processual eficaz, tolerante, com menos carga, menos tempo e com resultados mais eficazes.”

²⁶⁴ A decisão foi prolatada em 29 de abril de 2014 e pode ser acessada em <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:%22001-142672%22> – consulta realizada em 19/05/2020.

²⁶⁵ “Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a proteção da vida privada das partes

Europeia dos Direitos do Homem, e o artigo 2º, do Protocolo nº 07, da mesma convenção, os quais asseguram, respectivamente, o direito a um julgamento justo e a garantia ao duplo grau de jurisdição em condenações criminais. A reclamação apresentada ainda sustentou a ocorrência de outras violações, todavia, sem relação estrita com o mecanismo consensual utilizado.

Esse julgamento tem uma especial relevância, pois foi o primeiro no qual a Corte Européia de Direitos Humanos se manifestou sobre “*compatibilidade dos acordos de aplicação da pena com o sistema internacional de proteção dos Direitos Humanos*”²⁶⁶. A Corte de Estrasburgo afirmou não existir nada inadequado no processo de barganha em si. Ademais, destacou que caso a ferramenta seja devidamente empregada, ela tem o potencial de produzir diversos benefícios, como a prestação de uma tutela jurisdicional mais célere, redução da carga de trabalho dos operadores da Justiça, auxílio no combate à corrupção e ao crime organizado e a diminuição da população carcerária, ante a prolação de sentenças mais lenientes.²⁶⁷

Ao término do processo, o TEDH não reconheceu a ocorrência de nenhuma das violações alegadas pelos reclamantes. Ainda assim, o julgamento teve o significativo mérito de fixar parâmetros mínimos para a legitimidade de um procedimento de aplicação consensual da pena.

Definiu a Corte que para o acordo ser válido, a decisão do réu deve ser tomada com plena consciência dos fatos que embasam o caso e de todas as consequências

no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça.” No processo foi especialmente destacado o trecho referente ao direito de ter sua causa examinada de forma justa por um tribunal independente e imparcial.

²⁶⁶ MALAN, Diogo Rudge. Aplicação Consensual da Pena. In Direito Processual - Coleção Direito Uerj 80 Anos - Vol. 7. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015.

²⁶⁷ Trecho da decisão: “*At the outset and in reply to the first applicant’s empirical arguments about the viability of the early Georgian model of plea bargaining, the Court reiterates that it cannot be its task to review whether the relevant domestic legal framework was, per se, incompatible with the Convention standards. Rather, this matter must be assessed by taking into consideration the specific circumstances of the first applicant’s criminal case. The Court further notes that it can be considered a common feature of European criminal-justice systems for an accused to obtain the lessening of charges or receive a reduction of his or her sentence in exchange for a guilty or nolo contendere plea in advance of trial or for providing substantial cooperation with the investigative authority (see the comparative legal study, paragraphs 62-75 above; see also, in this connection, Slavcho Kostov v. Bulgária, no. 28674/03, § 17, 27 November 2008, and Ruciński v. Poland, no. 33198/04, § 12, 20 February 2007). There cannot be anything improper in the process of charge or sentence bargaining in itself (see, mutatis mutandis, Babar Ahmad and Others v. the United Kingdom (dec.), nos. 24027/07, 11949/08 and 36742/08, 6 July 2010). In this connection the Court subscribes to the idea that plea bargaining, apart from offering the important benefits of speedy adjudication of criminal cases and alleviating the workload of courts, prosecutors and lawyers, can also, if applied correctly, be a successful tool in combating corruption and organised crime and can contribute to the reduction of the number of sentences imposed and, as a result, the number of prisoners.”*

legais, bem como, ser adotada de forma genuinamente voluntária. Ademais, o conteúdo do acordado e a licitude da forma de produção do ajuste entre as partes deve ser submetida ao um controle judicial adequado e eficiente.²⁶⁸

Apesar de sucinta, a decisão do TEDH estabelece importantes parâmetros que devem estar presentes em qualquer sistema jurídico que pretenda aplicar pena através de instrumentos consensuais.

Os *standards* propostos pela Corte Europeia podem ainda serem enriquecidos com a adição das mais valiosas características observadas em cada uma das ordens jurídicas internacionais estudadas.

Do ordenamento norte-americano é possível destacar os conceitos de *voluntarily*, *knowingly* e *factual basis*, os quais, muito desenvolvidos por conta da longa experiência americana no tema, dão o devido contexto e significado aos parâmetros trazidos pelo TEDH.

A prática americana de registrar todos os termos do acordo e de fazer perguntas específicas ao acusado sobre suas expectativas e compreensões do mesmo deve ser valorizada e reproduzida²⁶⁹. Destaque-se que semelhante tratamento, com a descrição pública das negociações no momento do juízo oral, com a devida gravação e registro processual, também é exigido pelo BGH alemão.

Igualmente, deve ser reproduzida a exigência fixada pela *Supreme Court*, no julgamento *Boykin v. Alabama*, de que o acusado seja expressamente informado dos

²⁶⁸ *The Court thus observes that by striking a bargain with the prosecuting authority over the sentence and pleading no contest as regards the charges, the first applicant waived his right to have the criminal case against him examined on the merits. However, by analogy with the above-mentioned principles concerning the validity of such waivers, the Court considers that the first applicant's decision to accept the plea bargain should have been accompanied by the following conditions: (a) the bargain had to be accepted by the first applicant in full awareness of the facts of the case and the legal consequences and in a genuinely voluntary manner; and (b) the content of the bargain and the fairness of the manner in which it had been reached between the parties had to be subjected to sufficient judicial review.*

²⁶⁹ O standard 14.17 do *Criminal Justice Section Standards* da ABA – *American Bar Association* prevê um padrão a ser seguido para a gravação dos procedimentos relativos aos *guilty pleas*.

A verbatim record of the proceedings at which the defendant enters a plea of guilty or *nolo contendere* should be made and preserved. The record should include the court's advice to the defendant (as required in Standard14-1.4), the inquiry into the voluntariness of the plea (as required in Standard14-1.5), and the inquiry into the factual basis of the plea (as required in Standard14-1.6). Such proceedings should be held in open court unless good cause is present for the proceedings to be held in chambers. For good cause, the judge may order the record of such proceedings to be sealed.

Um registro literal dos procedimentos nos quais o réu entra com uma declaração de culpado ou *nolo contendere* deve ser feito e preservado. O registro deve incluir as orientações do tribunal ao réu (conforme exigido na Norma 14-1.4), a inquirição sobre a voluntariedade do fundamento (conforme exigido na Norma 14-1.5) e a inquirição sobre a base factual da alegação (como exigido na Norma 14-1.6). Tais processos devem ser realizados em sessão aberta, a menos que haja uma boa causa para que a audiência seja realizada com portas cerradas. Com uma justa causa, o juiz pode ordenar que o registro de tais procedimentos seja selado (tradução nossa).

direitos que disporá ao fazer a barganha, vedando qualquer presunção de ciência da dispensa por força de eventual silêncio do réu.

Por controle judicial adequado e eficiente da barganha, conforme fixado na decisão da Corte Europeia, deve-se compreender a exigência de que a alegação de culpa tenha respaldo em elementos fáticos, conforme a *factual base* exigida pelo *Rule 11 da Federal Rules of Criminal Procedure*²⁷⁰ e reforçada pelos *standards* da ABA – *American Bar Association* sobre o tema²⁷¹. Similarmente, a justiça alemã demanda que a confissão que embasa o acordo seja plausível e precisa, confirmando, assim, o conteúdo das investigações.

Destaque-se que o CPP italiano prevê amplo controle jurisdicional do acordo e determina a minuciosa averiguação dos fatos que embasam a decisão, permitindo, inclusive, eventual absolvição. Assim, na Itália, não só o consenso alcançado deve ser considerado adequado e eficiente pelo magistrado, como a pena a ser aplicada deve ser reputada proporcional.

Uma forma de dar efetividade a essa pretensão é exigir que quando da homologação judicial do acordo, a acusação já esteja formalmente distribuída e toda a prova da acusação juntada ou devidamente requerida. Essa medida tem o condão de atender simultaneamente duas finalidades. Primeira, permitir uma adequada e efetiva análise da base factual da acusação e conseqüentemente do consenso. Segunda, reforçar a plena voluntariedade e consciência do acordo, visto que a decisão do acusado será tomada tendo acesso a “*prévia divulgação de todos os elementos informativos e provas já na posse do acusador*”²⁷², o que permite a realização de uma melhor análise de suas chances de êxito em eventual processo.²⁷³

²⁷⁰ Rule 11, (b), (3) *Determining the Factual Basis for a Plea. Before entering judgment on a guilty plea, the court must determine that there is a factual basis for the plea.*

Determinando a Base Factual para um Alegação. Antes de iniciar o julgamento de um *guilty plea*, a corte deve determinar se há base factual para a alegação (tradução nossa).

²⁷¹ No endereço eletrônico https://www.americanbar.org/groups/criminal_justice/publications/criminal_justice_section_archive/crimjust_standards_guiltypleas_toc/ podem ser verificados os standards aprovados pela ABA para o tópico *Pleas of Guilty*. O item 14-1.6 trata especificamente sobre *factual base*. Destaque-se a interessante abordagem que a associação faz na hipótese do acusado apresentar uma alegação de culpa ou *nolo contendere*, contudo negar a culpabilidade do fato. A ABA sustenta que a possibilidade do acusado fazer o acordo não deve ser negado meramente pelo fato dele não reconhecer sua culpa, porém, nesse caso, especial atenção deve ser dada pela corte na verificação da base factual da alegação para adquirir uma certeza que ela realmente está presente.

²⁷² MALAN, Diogo Rudge. Aplicação Consensual da Pena. In *Direito Processual - Coleção Direito Uerj 80 Anos - Vol. 7*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015.

²⁷³ Válido destacar a doutrina americana de Máximo Langer que ao tenta repensar o *plea bargaining* propõe como uma salutar medida para o desenvolvimento do consenso no processo penal a expansão dos deveres da promotoria de compartilhar provas, antes do acusado confessar sua culpa. LANGER. *Op. Cit.*. p.272. “*A second way to help ensure*

Um ponto recorrente presente em todos os ordenamentos e ausente, ao menos de forma expressa, na decisão do TEDHC é a necessidade de participação da defesa técnica não só na fase judicial, mas nas próprias tratativas do acordo. Nesse tópico, válido destacar a experiência espanhola que – sem juízo sobre o acerto ou não da postura – exige o consenso entre acusado e defesa para a formulação do acordo e, em caso de divergência, não é acatado eventual pedido de conformidade, prosseguindo regularmente o processo, nos termos do art. 784.4, da LECrim.

Nos EUA é ampla a liberdade de pactuação de pena. Contudo, não é comum essa abordagem nos demais países. Na Alemanha sequer permite-se um efetivo acordo sobre a pena. A legislação italiana fixa o montante que a pena será reduzida em caso de acordo. Muitas vezes reputam esse estabelecimento prévio de um parâmetro de benefício sumamente adequado²⁷⁴, tendo sido a postura adotada nos instrumentos consensuais brasileiros de segunda e terceira onda. LANGER, acompanhado de ampla doutrina americana, indica que uma das razões da inadmissível coercibilidade das propostas de acordo ofertadas pela promotoria americana é a enorme diferença de pena regularmente fixada em condenações decorrentes de *guilty pleas* e julgamentos.²⁷⁵ Na jurisdição federal, as sentenças oriundas de acordo chegam a ser em média 60% menor que as proferidas em julgamentos.²⁷⁶

Em sua obra sobre consenso, Guinalz aponta cinco requisitos para validade do acordo entre partes no processo penal: previsão legal, voluntariedade, desconto da pena aplicável, justa causa da ação penal e controle jurisdicional.²⁷⁷

that the prosecutor does not make plea proposals in weak cases would be to broaden prosecutorial discovery duties before the guilty plea is entered. Nondisclosure of evidence favorable to the defense hinders a central mechanism to check that prosecutors do not make plea proposals in weak cases."

"Uma segunda maneira de ajudar a garantir que o promotor não faça propostas de acordo em casos fracos seria ampliar os deveres de compartilhamento de provas do Ministério Público antes que a confissão de culpa seja registrada. Não divulgação de evidências favoráveis a defesa impede um mecanismo central para verificar se os promotores não fazem propostas de apelo em casos fracos. (tradução nossa)"

²⁷⁴ Uma das principais razões para a necessidade de uma fixação prévia do montante de benefício permitido é inviabilizar que o acusado se confronte com a possibilidade de uma condenação em uma penalidade muito maior caso alcance um acordo. Essa diferença sancionatória poderia constituir-se em uma verdadeira coerção para a confissão. Nesse exato sentido manifesta-se VOLK, Klaus. Op. Cit. p. 395.

"Si bien se permite indicar la regla de que una confesión opera morigerando el castigo, y mencionar para este caso un cierto monto de pena, no puede ofrecerse como alternativa unapena mucho más alta; esta "brecha sancionatoria" constituye una coacción a la confesión inadmisibile."

"Embora seja permitido indicar a regra de que uma confissão opera reduzindo a punição e mencionar, para este caso, uma certa quantia de pena, não pode ser oferecida uma penalidade muito maior como alternativa; essa "lacuna sancionatória" constitui uma coerção à confissão inadmissível. (tradução nossa)"

²⁷⁵ LANGER, Op. Cit. p.260.

²⁷⁶ *Ibidem.* p 229.

²⁷⁷ GUINALZ, Op. Cit.. p.126.

Em grande sintonia com o conjunto acima exposto, Malan formula um valioso rol de *standards* mínimos²⁷⁸ para a aplicação consensual da pena de uma forma processualmente justa:

- (i) legitimidade tanto do acusador quanto do defensor técnico para iniciar o procedimento de negociação;
- (ii) exigência de base factual (factual basis) ou justa causa (elementos mínimos de autoria e materialidade do crime) para autorizar o início da negociação;
- (iii) previsão legal detalhada de todas as condições que podem vir a ser oferecidas pelo acusador, vedadas aquelas sem previsão legal, ou de natureza imoral (v.g. regimes “diferenciados” de cumprimento da pena; pagamento de valores de origem ilícita a título de “taxa de êxito” na repatriação de ativos etc.);
- (iv) caráter oral, público e jurisdicional do procedimento de negociação do acordo, o qual deve transcorrer integralmente na presença e sob o controle do Juiz, além de ser devidamente documentado;
- (v) caráter voluntário da aceitação do acordo, assegurado pela assistência jurídica efetiva desde o início das negociações e pela proibição do emprego de quaisquer meios coercitivos ou enganosos para induzir o acusado a aceitar o acordo (v.g. falsas promessas; vazamento estratégico e seletivo de dados sigilosos para os meios de comunicação; prisão processual etc.);
- (vi) caráter informado da aceitação do acordo, garantido pela prévia divulgação de todos os elementos informativos e provas já na posse do acusador e pelo dever judicial de prestar informações detalhadas sobre natureza da imputação, sobre o direito a recorrer o acordo e sobre todas as implicações jurídicas (tanto penais quanto civis) da aceitação, inclusive quanto à renúncia de garantias processuais penais e às penas a serem aplicadas;
- (vii) previsão legal das causas de rejeição judicial da homologação do acordo.

Considerando todo o material estudado, percebe-se que a proposta que integrava o denominado Projeto de Lei Anticrime e que almejava inserir o artigo 395-A, no CPP tinha muitas virtudes e merece ser reconsiderada pelo legislador futuramente.

A proposta de dispositivo dispunha que o pedido de aplicação de pena seria apresentado após o recebimento da denúncia. Esse momento processual é o ideal, pois obriga o Ministério Público a apresentar todos os elementos probatórios que dispõem e enseja que o magistrado verifique a justa causa da pretensão para receber a exordial acusatória.²⁷⁹

Para homologação do acordo o art. 395-A exigia uma confissão

²⁷⁸ MALAN, Diogo Rudge. Aplicação Consensual da Pena. In Direito Processual - Coleção Direito Uerj 80 Anos - Vol. 7. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015.

²⁷⁹ Não se olvida, por certo, como essa decisão de recebimento de denúncia se dá de fato nas práxis.

necessariamente circunstanciada. Essa característica da confissão tem a virtude de potencialmente facilitar seu controle de forma adequada e eficaz. Reforçando esse caractere, o dispositivo era expresso em exigir homologação do acordo em audiência na qual deveria ser verificada a legalidade e voluntariedade do mesmo. Para tanto, era impreterível a oitiva do acusado na presença de seu procurador.

O projeto de lei permitia sugestão de penas em concreto ao magistrado, contudo, exigia que se atendessem os parâmetros legais e fixava um limite máximo de diminuição da pena, bem como os demais benefícios possíveis.

Ademais, o PL explicitava as hipóteses em que o acordo não deveria ser homologado, dentre elas a inexistência de base factual suficiente. Considerando que o magistrado já certificou a presença de um mínimo de justa causa quando do recebimento da denúncia, e que não faz sentido a norma exigir que ele prolate a mesma decisão, por certo essa necessidade de prova está em um patamar probatório mais elevado, ou seja, ainda que o *standard* decisório não seja equivalente ao de uma sentença condenatória, deve ser superior ao imposto para recebimento da denúncia. Esse entendimento permite desenvolver um duplo padrão de convencimento, um para acusar, que hoje se caracteriza pela presença de justa causa e outro para acordar a solução da lide, o qual demandaria um nível mais exigente de evidência da prática do crime e da sua autoria.²⁸⁰

Em conformidade com a melhor doutrina, o projeto de norma previa o desentranhamento dos autos do acordo caso esse não fosse homologado e vedava qualquer referência aos seus termos.

Como crítica negativa é válido pontuar a proibição de recursos. Apesar de ser até compreensível alguma limitação recursal, afinal, após um acordo não faria sentido discutir provas na segunda instância, há diversas situações que podem ensejar uma legítima necessidade recursal. Nesse ponto, laborou melhor o legislador italiano ao permitir recursos na hipótese da eventual impugnação ser fundada em motivos relacionados à expressão da vontade do réu ou à falta de correlação entre a solicitação e a sentença proferida ou eventual qualificação incorreta.

Ademais, pecou o PL em não fixar a necessidade da defesa técnica participar

²⁸⁰ LANGER, *Op. Cit.* p.26. O professor americano indica como um dos grandes problemas da formatação do sistema do *plea bargaining* nos EUA é o fato dos promotores proporem recorrentemente acordos em casos fracos. Isso violaria a voluntariedade da manifestação de vontade do acusado, ante o grande grau de coerção na proposta. Como forma de evitar esse abuso, Langer propõe o fortalecimento do controle da decisão de acusar (no Brasil isso pode ser obtido pelo necessário recebimento prévio da denúncia) e a fixação de dois *standards* decisórios diferentes, um para acusar (*probable cause*) e ou para oferecer uma proposta de acordo (*enough admissible evidence to support the charges*), conceito similar ao ora anunciado.

de todas as tratativas de acordo e nem mencionar nada sobre a fase pré-processual. Pela própria natureza das ferramentas consensuais é natural que suas tratativas ocorram fora do Judiciário, por isso, é importante alguma regulação, de modo a evitar abusos. O modelo fixado pela Lei 12.850/2013 para o acordo de colaboração premiada parece um bom caminho.

Seria importante ainda o legislador acrescentar, no tocante a verificação da validade do acordo pelo magistrado, ao lado dos requisitos da legalidade e voluntariedade, a necessidade de efetiva compreensão pelo réu dos termos do acordo e dos direitos dispensados.

Por fim, um ponto muito controverso da proposta era a grande amplitude do instrumento que, em tese, poderia ser aplicado a qualquer crime. A princípio essa abertura faz sentido, pois não há nenhuma vedação principiológica no consenso que impeça sua aplicação em alguma espécie de delito. Contudo, muitos países limitam a aplicação da barganha a crimes cuja pena fixada atenda um limite máximo. É o caso, por exemplo, da Espanha, onde o art. 787, da LECrim limita a conformidade aos crimes com pena máxima de 6 anos de prisão e da Itália que somente permite o *patteggiamento sulla pena* quando a pena concreta aplicada, já considerada a diminuição premial, se restringir a 5 anos.

Não parece existir uma forma correta. Porém, é pertinente sob a perspectiva brasileira a preocupação com a amplitude, especialmente pelo fato de semelhante abertura ao consenso jamais ter sido aplicada no direito processual penal pátrio. Desse modo, é mais prudente que essa expansão se dê de forma gradual, limitando-se, assim, aos delitos de médio potencial ofensivo, ainda que se pretenda futuramente estender a possibilidade de acordo a todos os tipos penal. Essa postura parece ser a mais condizente com a criação de um processo justo.

Em seu artigo *Idéias para uma Teoria da Decisão Justa*, o professor da Universidade de Pavia, Michele Taruffo, propõe um algoritmo para a aferição da justeza de uma decisão, que seria formatado pela combinação de três critérios, quais sejam: a) corretude da escolha e interpretação da regra jurídica aplicável ao caso; b) verificação confiável dos fatos relevantes do caso; c) emprego de um procedimento justo e válido para chegar à decisão. Apesar de originalmente formatado para o processo civil, as idéias do professor italiano têm plena aplicação no processo penal. Por certo a parcimônia na implantação dos instrumentos consensuais colabora para formatação de um procedimento justo e válido, virtudes que podem ser facilmente vilipendiadas com

eventual implantação açodada de instrumentos consensuais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGOSTINHO, Santo. A verdadeira religião. São Paulo: Edições Paulinas, 1987.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. SP: Malheiros, 2ª Ed., 2012

ALSCHULER, Albert W. The Changing Plea Bargaining Debate. In: California Law Review. Nº 69, pag. 662 a 730, 1981.

ANDRADE, Flavio da Silva Andrade. *Justiça Penal Consensual: Controvérsias e Desafios*. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

ANTUNES, Maria João. *Direito Processual Penal*. 2ª edição. Coimbra: Edições Almedina, 2018.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 3ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Efetividade do processo e técnica processual. In: *Temas de direito processual*, sexta série. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 17-29.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O Processo Civil entre Dois Mundos. *Revista da EMERJ*, v.4, n.16, 2001

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Por um processo socialmente efetivo. In: **Temas de direito processual**, oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 15-28.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tendências contemporâneas do direito processual civil. In: **Temas de direito processual**, terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 1-13.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O problema da duração dos processos: premissas para uma discussão séria. In: **Temas de direito processual**, nona série. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 367-377.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Juizados especiais criminais e alternativas à pena de prisão. 3ª edição revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

BOMBARDELLI, Pablo Giordano Bernardi. Colaboração Premiada Meio de Obtenção de Prova e instrumento de Defesa. Porto Alegre: SV Editora, 2019.

BYRNE, Mari. Baseless Pleas: A Mockery of Justice. Fordham Law Review Volume 78, 2010. Available at: <http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol78/iss6/9>

CANOTILHO, J. J. Gomes e BRANDÃO, Nunes. Colaboração Premiada. Reflexões Críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, Volume 133, p 133-171, 2017.

CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfllet. Porto alegre, Fabris, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro. “Acesso à justiça – Acesso à justiça como programa de reforma e como método de pensamento”. In: Processo, ideologias e sociedade. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2008, pp. 379-397.

CAPPELLETTI, Mauro. O acesso à justiça e a função do jurista em nossa época. Revista de Processo, São Paulo, n. 61, jan. 1991.

CAPPELLETTI, Mauro. Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas. Revista Forense, Rio de Janeiro, n. 318. p. 119-128, abr./maio/jun. 1992.

CHOUKR, Fauzi Hassan. Iniciação ao Processo Penal. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

CORDEIRO, Nefi. Colaboração Premiada: caracteres, limites e controles. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

CUNHA JUNIOR, Dirley. Curso de Direito Constitucional. 3ª ed. revista, atualizada e ampliada. Salvador: Editora JusPodivm, 2009.

DEU, Teresa Armenta. *Lecciones de Derecho procesal penal*. 12ª edição. Madrid: Marcial Pons, 2019.

FERNANDES, Antonio Scarance. Processo Penal Constitucional. 3ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

FERNANDES, Antonio Scarance. Processo Penal Constitucional. 4ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.

FONSECA, Cibele Benevides Guedes da. Colaboração premiada. Belo Horizonte: Del Rey, 2017.

FRANKERBERG, Kiyomi von. Plea Bargaining in Major German Corporate Criminal Proceedings - An Empirical Study Negotiated Judgements. São Paulo. Revista da Faculdade de Direito da Univ. São Paulo v. 106/107, 2012. p. 449 – 462.

GARNER, BRYAN A. **Black's Law Dictionary**, 6ª edição. Estados Unidos. West Group, 1990.

GIACOMOLLI, Nereu José. Legalidade, Oportunidade e Consenso no Processo Penal na Perspectiva das Garantias Constitucionais: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal, Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.

GRECO, Leonardo. Cognição sumária e coisa julgada. Revista Eletrônica de Direito Processual, ano 5. v. X, jul./dez. 2012. Disponível em: < <http://pcpcadv.com.br/pdf/artigos/cognicao-sumaria-e-coisa-julgada.pdf> Acesso

em: 15 maio 2019

GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. In: **Estudos de direito processual**. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, p. 225-286, 2005.

GRECO, Leonardo. O acesso ao direito e à Justiça. In: **Estudos de direito processual**. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos. p. 197-223, 2005.

GRECO, Leonardo. O Princípio do Contraditório. In: Revista dialética de direito processual: RDDP, n. 24, p. 71–79, março, 2005.

GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo no processo civil. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 164, p. 20-56, out. 2008.

GRECO, Leonardo. *Translatio iudicii* e reassunção do processo. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 166, p. 9-26, dez. 2008.

GUIDORIZZI, D. D. *Should We Really “Ban” Plea Bargaining?: The Core Concerns of Plea Bargaining Critics*. Emory Law Journal, Volume 47, 1998.

GUINALZ, Ricardo Donizete. Consenso no processo penal brasileiro. São Paulo, Liber Ars, 2019.

GRINOVER, Ada Pellegrini et. al.. Juizados Especiais Criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995. 5ª ed.rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza; DIAS, Maria Tereza Fonseca. (Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2006.

JARDIM, Afrânio Silva. Ação Penal Pública: Princípio da Obrigatoriedade. 4ª

edição revista e atualizada. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001

JARDIM, Afranio Silva. Acordo de Colaboração Premiada. Quais são os limites? Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Rio de Janeiro. Ano 10. Volume 17. Número 1. Janeiro a Junho de 2016.

JARDIM, Afrânio Silva. Direito Processual Penal. 11ª edição revista e atualizada. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.

JUNIOR, Aury Lopes. Direito Processual Penal. 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

JUNIOR, Aury Lopes. Direito Processual Penal. 14ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017.

JUNIOR, Aury Lopes. Fundamentos do Processo Penal. Introdução Crítica. São Paulo: Saraiva, 2015.

LADUSÃNS Pe. Stanislavs. Gnosiologia luridimensional. Fenomenologia do Conhecimento e Gnosiologia Crítica Geral. São Paulo: Editora. Loyola, 1992

LAFAVE, Wayne R.; ISRAEL, Jerold H; KING, Nancy J. *Criminal Procedure*. Thomson West, 4ª edição. 2004

LANGBEIN, John H. *The Criminal Trial before the Lawyers*. University of Chicago Law Review, Volume 45, nº 2, 1978.

LANGBEIN, John. H. *Torture and Plea Bargaining*. University of Chicago Law Review: Vol. 46 : Iss. 1 , Article 3. Disponível em <https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol46/iss1/3>

LANGER, Máximo. *Rethinking Plea Bargaining: The Practice and Reform of Prosecutorial Adjudication in American Criminal Procedure*. American Journal of Criminal Law, Vol. 33, p. 223, 2006, UCLA School of Law Research Paper No.

06-37, Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=931669>

LANGER, Máximo. *From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure*. Harvard International Law Journal. Vol. 45 Número 1, Winter, 2004.

LEITE, Rosimeire Ventura. *Justiça Consensual e Efetividade do Processo Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

LIMA, Marcellus Polastri. *Juizados Especiais Criminais (na forma das Leis nº 10.455/02 e 10.741/03)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

LIMA, Roberto Kant. *Ensaio de Antropologia e de Direito*. Coleção Conflitos Diretos e Culturas. Coordenadores Roberto Kant de Lima e Michel Misse. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. Salvador: Juspodivm, 2ª Ed., 2017

MALAN, Diogo Rudge. *Aplicação Consensual da Pena*. In *Direito Processual - Coleção Direito Uerj 80 Anos - Vol. 7*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015.

MARITAIN, Jacques. *A Ordem dos Conceitos – Lógica Menor (Lógica Formal)*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Livraria Agir Editora, 1958.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal - volume I*. Campinas: Bookseller, 1997.

MESSA, Ana Flávia. *Curso de Direito Processual Penal*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014.

MORAES, Alexandre de; SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Legislação Penal Especial*. São Paulo: Atlas, 2006.

NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas. A Expansão da Justiça Negociada e as Perspectivas para o Processo Justo: A Plea Bargaining Norte-Americana e suas Traduções no Âmbito da Civil Law. Rio de Janeiro, Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Volume XIV. Periódico da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ.pp.331-365, 2014.

NICOLITT, André Luiz. Juizados Especiais Criminais Temas Controvertidos. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. Pacote Anticrime Comentado: Lei 13.964, de 24.12.2019. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. 12ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

OLIVEIRA, Rafael Serra. Consenso no Processo Penal. Uma alternativa para a crise do sistema criminal. São Paulo: Almedina, 2015.

PEST, Robert. A Colaboração Premiada no Processo Penal Alemão. Traduzido por Luís Henrique Machado. Porto Alegre, RDU, Volume 13, n. 74, 2017.

PICARDI, Nicola; organizador e revisor técnica da tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Jurisdição e Processo. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Manual de direito processual civil contemporâneo. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

POPPER. Karl. R. A Logica da Pesquisa Científica. Tradução de Leônidas Hegenberg e Octanny Silveira da Motta. 16ª Edição. São Paulo: Editora Cultrix, 2008.

POPPER. Karl. R. Conjecturas e refutações. Tradução de Sergio Bath. 2ª edição. Brasília, DF ; Rio de Janeiro : Ed. UnB : Fundação Roberto Marinho, 1982.

QUIRÓS, Diego Zysman. Castigo e Determinação da Pena nos E.U.A.. Um estudo sobre as Unites States Sentencing Guidelines. Tradução do Prof. Dr. Jacson Zilio. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 16ª edição revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Editora *Lumen Juris*, 2009.

REALE, Giovanni. Metafísica de Aristóteles: Vol. II - Texto grego com tradução ao lado. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. Rio de Janeiro: GZ, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 3ª ed., 2003.

SCHÜNEMANN, Bernd. *La Reforma del Proceso Penal*. Madrid:Editorial DYKINSON, 2005.

TARUFFO, Michele. Idee per una teoria della decisione giusta. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Milano: Giuffrè Editore, 1997. p. 315-328.

TARUFFO, Michele. Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos. Tradução: Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2016.

TARUFFO, Michele. Verdade Negociada? Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Volume XIII. Periódico da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ. Patrono: José Carlos Barbosa Moreira www.redp.com.br ISSN 1982-7636. p. 634 a 657.

TONINI, Paolo. *Manuale di Procedura Penale*. Settima edizione. Giuffrè Editore, 2006.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. e MOELLER, Uriel. Acordos no Processo Penal Alemão: Descrição do Avanço da Barganha da Informalidade à Regulamentação Normativa. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XLIX, núm. 147, 2016. pp. 13-33.mor

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Barganha e Justiça Criminal Negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. 2ª edição. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. e CAPPARELLI, Bruna. Barganha no Processo Penal Italiano: Análise Crítica do Patteggiamento e das alternativas Procedimentais na Justiça Criminal. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Volume XV. Periódico da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ. Patrono: José Carlos Barbosa Moreira www.redp.com.br ISSN 1982-7636. p. 435-453.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Colaboração premiada no processo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

VOLK, Klaus. Curso Fundamental de Derecho Procesal Penal. Tradução da 7ª edição alemã por Alberto Nanzer; Noelia T. Núñez, Daniel R. Pastor e Eugenio Sarrabayrouse. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2016.

WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (org.). **Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ Editora, 2005. p. 684-690.

WEIGEND, Thomas e TURNER, Jenia Iontcheva. The Constitutionality of Negotiated Criminal Judgments in Germany. German Law Journal, Vol. 15, No. 1, 2014; SMU Dedman School of Law Legal Studies Research Paper No. 180. Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2375914>

WORRALL, John L. Criminal Procedure From First Contact to Appeal. Prentice

Hall, 3ª edição. 2009.